



UNIVERSIDAD PARTICULAR DE CHICLAYO

FACULTAD DE DERECHO Y EDUCACIÓN



TITULO:

**“ANALISIS DE LA APLICACIÓN DE LA PRUEBA TRASLADADA
Y SU IMPLICANCIA EN EL DEBIDO PROCESO CON LA
APLICACIÓN DEL NUEVO PROCESO PENAL PERUANO”**

TESIS

PARA OPTAR EL TITULO PROFESIONAL DE ABOGADO

BACHILLER:

VICTOR LEE TORRES PIEDRA

ASESOR:

DR. ERWIN GUZMAN QUISPE DÍAZ

Chiclayo

Mayo 2019

**“ANÁLISIS DE LA APLICACIÓN DE LA PRUEBA TRASLADADA Y SU
IMPLICANCIA EN EL DEBIDO PROCESO CON LA APLICACIÓN DEL
NUEVO PROCESO PENAL PERUANO”**

Tesis presentada por el Bachiller Sr. Víctor Lee Torres Piedra, a la facultad de Derecho y Educación de la Universidad Particular de Chiclayo, para optar el Título Profesional de Abogado.

Víctor Lee Torres Piedra
Bachiller

Dr. ERWIN GUZMAN QUISPE DIAZ
Asesor.

Aprobado por:

Dr. Cesar Núñez Sánchez
Presidente

Mg. Jakeline Yanet García Arribasplata
Secretario

Mg. Javier Díaz Díaz
Vocal

DEDICATORIA

A la memoria de mi querida Madre;

ángel que guía e ilumina mi caminar.

AGRADECIMIENTO

Un agradecimiento especial para todos mis familiares y amigos que coadyuvaron al desarrollo de mi formación profesional.

ÍNDICE

DEDICATORIA	iii
AGRADECIMIENTO	iv
ÍNDICE	v
RESUMEN	viii
ABSTRACT	ix
1.- INTRODUCCIÓN	10
1.1.- Planteamiento del problema.	11
1.2.- Formulación del Problema.	14
1.3.- Objetivos	15
1.4.- Hipótesis	16
2.- MARCO TEÓRICO.	17
2.1.- Antecedentes.	17
Internacional.	17
Nacional	21
2.2.- Bases teóricas.	23
2.2.1.- SUB CAPITULO I: LA PRUEBA EN EL NUEVO PROCESO PENAL PERUANO	23
2.2.1.1.- Concepto de prueba.	23
2.2.1.2.- Marco Constitucional	24
2.2.1.3.- Principios que rigen la actividad probatoria.	25
2.2.1.4.- Conceptos previos:	29
2.2.2.5.- Objeto de prueba	30
2.2.2.6.- Excepciones a la práctica de prueba en juicio oral.	32
2.2.2.6.1.- La prueba anticipada	33
2.2.2.6.2.- La prueba pre-constituida	36
2.2.2.7.- La Prueba Prohibida	37
2.2.2.8.- Los actos de investigación y los actos de prueba, diferencias.	40
2.2.2.9.- Medios de prueba en particular	42

2.2.2.9.1.- La confesión judicial	42
2.2.2.9.2.-Prueba Testimonial	44
a.- El testimonio	45
b.- El Careo	46
2.2.2.9.3.-Naturaleza Jurídica	47
2.2.2.9.4.-La Prueba Pericial	47
a.- Concepto	47
b.- El perito	48
c.- El informe pericial	48
2.2.2.9.5.- La prueba documental	49
a.- Concepto	49
b.- El documento como objeto y medio de prueba	50
2.2.2.9.6- La valoración de la prueba.	51
a.- Concepto Básico.	51
b.- Sistemas de valoración de la prueba.	52
c.- La valoración de la prueba y el In Dubio Pro Reo	53
d.- Reglas a observar en la valoración de la prueba.	54
e.- Criterios particulares de valoración	55
f.- Valoración de la prueba indiciaria	55
g.- Clasificación de los Indicios	56

SUB CAPITULO II EL TRATAMIENTO DE LA PRUEBA TRASLADADA EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL	58
3.3.1.- Planteamiento de la cuestión.	60
3.3.2.- Concepto de prueba trasladada.	66
3.3.3.- El derecho Constitución aliciente protegido a la prueba.	71
3.3.4.- La prueba trasladada y su vinculación con el principio de unidad de jurisdicción.	72
3.3.5.- La Prueba Traslada y su vinculación con el carácter de cosa juzgada al momento de ser valorada	74
3.3.6.- Resolviendo las incógnitas planteadas en el problema.	75
3.3.7.- Base Legal.	78
3.3.7.1.- Artículo 20. Prueba trasladada	79
3.3.7.3.- Principio de contradicción.	81

3.3.7.3.-Contradictorio como derecho.	81
3.3.7.4.- Contradictorio como método	82
3.3.7.5.- Contradictorio en el modelo inquisitivo	82
3.3.7.6.- Contradictorio en el modelo acusatorio	83
3.3.8.- Actividad de la prueba trasladada.	84
3.3.9.- Supuestos de aplicación.	86
3.- METODOLOGÍA.	96
3.1.- Tipo y diseño de Investigación	96
3.2.- Población y Muestra	96
3.3.- Diseño de Investigación:	96
3.4.- Variables.	96
3.5.- Métodos de Investigación	97
4.- RESULTADOS	98
4.1.- Resultado de encuestas.	98
CONCLUSIONES	103
RECOMENDACIONES	106
BIBLIOGRAFIA	107

RESUMEN

En el Derecho Procesal Penal existen dos tópicos que han sido abordados por los grandes tratadistas en sus líneas de investigación: las etapas e incidentes del proceso penal ordinario y la teoría de la prueba. Sobre este último, ha existido una profusa literatura tanto en la doctrina extranjera como nacional, en donde instituciones como la prueba indiciaría, prueba prohibida, prueba anticipada, prueba científica y clases de medios de prueba (confesión, testimonial, pericial, documental), han sido abordadas de manera exhausta.

Sin embargo, existen ciertos institutos que aún no han sido objeto de análisis y comentario dentro de esta gama de clasificaciones de la prueba; la “prueba trasladada” es un claro ejemplo de ello.

Por un fin propedéutico, en la presente investigación compartiremos algunas reflexiones sobre esta institución probatoria poco desarrollada en la doctrina, dogmática y jurisprudencia nacional, la cual cobra suma importancia por los casos complejos que se vienen ventilando en el contexto de la persecución, procesamiento y sanción de hechos delictivos cometidos por organizaciones criminales.

ABSTRACT

In Criminal Procedure Law there are two topics that have been addressed by the great traders in their lines of investigation: the stages and incidents of the ordinary criminal process and the theory of evidence. On the latter, there has been a profuse literature in both foreign and national doctrine, where institutions such as evidence would be prohibited, prohibited evidence, early evidence, scientific evidence and kinds of evidence (confession, testimonial, expert, documentary), have been approached exhaustively.

However, there are certain institutes that have not yet been subject to analysis and comment within this range of test classifications; the "translated test" is a clear example of this.

For a protherapeutic purpose, in the present investigation we will share some reflections on this little developed probation institution in the national doctrine, dogmatic and jurisprudence, which becomes very important for the complex cases that have been aired in the context of persecution, prosecution and sanction of criminal acts committed by criminal organizations.

1.- INTRODUCCIÓN

No tendríamos una idea clara y precisa de la prueba trasladada si no abordamos preliminarmente el estudio de la prueba, en general. La noción de prueba se encuentra dentro del grueso de instituciones de mayor uso, pudiendo entenderla desde las más variadas acepciones; por lo que pretender ensayar una noción certera sobre la misma y que sea válida en todos los sentidos, se convierte en un difícil entramado. Sin embargo, haremos recaer su definición sobre su uso en el proceso judicial, para lo cual recurrimos a algunas definiciones doctrinales.

Se puede definir a la prueba dentro del proceso judicial penal como “aquello que confirma o desvirtúa una hipótesis o una afirmación precedente”⁰, demostrando que “lo afirmado corresponde a la realidad, a través del cual el litigante presenta la verdad del hecho afirmado al juez”.

En tal sentido, en adelante asumiremos a la prueba como el 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.

Conviene precisar que la prueba no existe durante todo el proceso sino, conforme señala Armenta Deu, que en principio, la hay desde el juicio oral, toda vez que los procedimientos realizados durante la investigación preparatoria son “actos de investigación”, cuyo objeto es comprobar los hechos denunciados y su límite para investigar es el que establezca el instructor (en nuestro caso, el fiscal) de acuerdo a la necesidad’.

Asimismo, el resultado de estos actos de investigación no tienen la certeza necesaria de la prueba para fundamentar una sentencia, sino la utilidad que reviste es únicamente suficiente para la sustentación de actos interlocutorios dentro del proceso antes de llegar al juicio oral. Ejemplo de ello, son los actos de investigación que se exponen en los pedidos de prisión preventiva, medidas cautelares reales, medidas restrictivas de derechos en el contexto de búsqueda de prueba, etc.; por lo que, como ya habíamos señalado, no se les exige que estos actos produzcan certeza en el juez, sino que tengan solo un grado de “probabilidad” sobre los hechos en controversia.

1.1.- Planteamiento del problema.

En el Derecho Procesal Penal existen dos tópicos que han sido abordados por los grandes tratadistas en sus líneas de investigación: las etapas e incidentes del proceso penal ordinario y la teoría de la prueba. Sobre este último, ha existido una profusa literatura tanto en la doctrina extranjera como nacional, en donde instituciones como la prueba indiciaria, prueba prohibida, prueba anticipada, prueba científica y clases de medios de prueba (confesión, testimonial, pericial, documental), han sido abordadas de manera exhausta.

Sin embargo, existen ciertos institutos que aún no han sido objeto de análisis dentro de esta gama de clasificaciones de la prueba; la “prueba trasladada” es un claro ejemplo de ello.

En la presente investigación compartiremos algunas reflexiones sobre esta institución probatoria poco desarrollada en la doctrina, dogmática y jurisprudencia nacional, la cual cobra suma importancia por los casos complejos que se vienen ventilando en el contexto de la persecución, procesamiento y sanción de hechos delictivos cometidos por organizaciones criminales.

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, informes y prueba documental, 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, informes, y prueba documental 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.

Resulta conveniente aterrizar en la fuente normativa que la regula. En ese sentido, una disposición normativa que podría ser empleada a fin de dilucidar la validez de la prueba traslada es la que contempla nuestro Código Procesal Civil de 1993, en su artículo 198 (eficacia de la prueba en otro proceso), cuyo tenor literal es el siguiente:

“Las pruebas obtenidas válidamente en un proceso tienen eficacia en otro. Para ello, deberán constar en copia certificada por el auxiliar jurisdiccional respectivo y haber sido

actuadas con conocimiento de la parte contra quien se invocan. Puede prescindirse de este último requisito por decisión motivada del juez”.

Asentados ya en el campo del proceso penal, tenemos que esta institución fue prevista en el artículo 261 del Código de Procedimientos Penales de 1940

La prueba no existe durante todo el proceso sino, conforme señala Armenta Deu, que en principio, la hay desde el juicio oral, toda vez que los procedimientos realizados durante la investigación preparatoria son “actos de investigación”, cuyo objeto es comprobar los hechos denunciados y su límite para investigar es el que establezca el instructor (en nuestro caso, el fiscal) de acuerdo a la necesidad.

Asimismo, el resultado de estos actos de investigación no tienen la certeza necesaria de la prueba para fundamentar una sentencia, sino la utilidad que reviste es únicamente suficiente para la sustentación de actos interlocutorios dentro del proceso antes de llegar al juicio oral. Ejemplo de ello, son los actos de investigación que se exponen en los pedidos de prisión preventiva, medidas cautelares reales, medidas restrictivas de derechos en el contexto de búsqueda de prueba, etc.; por lo que, como ya habíamos señalado, no se les exige que estos actos produzcan certeza en el juez, sino que tengan solo un grado de “probabilidad” sobre los hechos en controversia.

Entre la problemática tenemos que 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.

HERRERA GUERRERO, cuando sostiene que el principal problema en la prueba trasladada en nuestro ordenamiento es el relativo a la prueba de carácter personal, toda vez que -siguiendo a Miranda Estrampes-, (...) 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 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

Debemos indicar que el principio del contradictorio es el mandato preeminente de la actividad probatoria. La aportación de la prueba por cualquiera de las partes se efectúa bajo el control oportuno de la parte contraria. La admisión de esa prueba es decidida por el juzgador imparcial, evaluando los argumentos oralmente expresados por dichas partes en audiencia. La aplicación eficiente del contradictorio también requiere como presupuesto el conocimiento adecuado del resultado de la fase preparatoria del juicio (de lo investigado), los fundamentos (fácticos y jurídicos) de la acusación y el empleo adecuado del lenguaje oral y la terminología jurídica pertinente.

1.2.- Formulación del Problema.

¿De qué manera se establece la aplicación de la prueba trasladada y cuál es su implicancia en el debido proceso con la aplicación del nuevo proceso penal peruano?

Justificación del Problema.

Justificación

La investigación se justifica por la relación que tiene la prueba con el nuevo proceso penal peruano es realmente estrecha pues como ya se dijo sin ella el proceso penal está

destinado al fracaso. La prueba trasladada y su relación con el nuevo código procesal penal peruano, es realmente interesante, y debido a lo novedoso de su aplicación es que los linderos teóricos a los que nos limitaremos serán su tratamiento en el mencionado cuerpo normativo.

La presente investigación se justifica debido a que en la sociedad actual en la que nos desarrollamos lo cotidiano es tratar de sacar un provecho económico de cada acto que se nos presente, sin tener en cuenta los valores morales y la correspondiente legislación que compete a cada ciudadano en el desarrollo de sus actividades.

Importancia

Se justifica la presente investigación debido a la gran problemática que significa para los operadores de justicia y abogados penalistas analizar la aplicación de la prueba trasladada en diferentes procesos penales, pues ayuda para el esclarecimiento de los hechos y poder determinar un veredicto a los jueces penales. Pues lo que se encuentra en investigación determinará la libertad del implicado; pues la prueba trasladada ha venido cobrando relevancia práctica en los procesos penales donde se evalúan la comisión de eventos delictivos, por parte de sujetos inmersos en agrupaciones que forman parte del fenómeno denominado “crimen organizado”; siendo que, desde la perspectiva de un sector de la doctrina, secundado por operadores jurídicos litigantes, los supuestos donde se traslada prueba de carácter personal de un proceso penal a otro, resultan inconstitucionales debido a que vulnerarían el derecho fundamental a la defensa.

1.3.- Objetivos

1.5.1.- General.

Analizar la aplicación de la prueba trasladada y su implicancia en el debido proceso con la aplicación del nuevo proceso penal peruano.

1.5.2.- Específicos

- a) Identificar las consecuencias de la problemática de considerar la prueba trasladada en el nuevo Proceso Penal Peruano.
- b) Estudiar el tratamiento dado por la nueva normatividad procesal penal en la actividad probatoria de la prueba trasladada.

- c) Determinar la relación existente entre el tratamiento de la prueba trasladada y el impacto de su aplicación en el proceso penal peruano.
- d) Analizar los criterios empleados para clasificar una prueba trasladada en la ley 30077.

1.4.- Hipótesis

Si, existen 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, entonces conlleva a la vulneración al principio del debido proceso y, con respecto al imputado, al derecho de defensa y a la prueba.

Contrastación de la Hipótesis.

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 (órganos de prueba, documentales y materiales, que las partes deben de observar y/o escuchar los medios probatorios trasladados ejerciendo el contrainterrogatorio respectivo).

2.- MARCO TEÓRICO.

2.1.- Antecedentes.

Internacional.

Colombia

A.- Ingrid Bibiana Muñetones Roza (2018) “La prueba trasladada en el sistema penal acusatorio y los postulados constitucionales”. La relación existente entre los fines de la prueba y la verdad material como fin del proceso penal, aunado al reconocimiento del individuo como sujeto activo en la práctica de la prueba, obliga a reflexionar sobre la admisibilidad o no en el sistema penal de tendencia acusatoria de los elementos de prueba obtenidos fuera del juicio oral en actuaciones judiciales distintas a la etapa de conocimiento y, también, sobre el uso de esos instrumentos de cara a los postulados constitucionales; se alude, pues, a la figura que el ordenamiento anterior llamaba como prueba trasladada. El debate sobre el asunto se mantiene tanto en la doctrina como en la jurisprudencia: de un lado, aparecen posturas que dan por cerrada la disputa y no abarcan todas las aristas del problema; y, de otro lado, hay quienes entienden que esas herramientas se pueden utilizar porque no contrarían los principios penales constitucionales propios de un Estado social y democrático de Derecho, ni los estándares internacionales mínimos en materia de derechos humanos.

De esta última postura parte esta elaboración académica, pero asumida a partir de los postulados constitucionales.

B.- Enrique Gil Botero (2015) - Prueba Traslada - Proceso Penal. Colombia.

Debe precisarse que la copia simple de las pruebas que componen el acervo del proceso penal, en especial las diligencias adelantadas por la Policía Nacional, pueden ser valoradas en consideración a que la Sala así lo ha determinado en jurisprudencia reiterada; y los medios probatorios obrantes allí fueron practicados con audiencia de la demandada, y solicitados como prueba trasladada por la parte demandante, petición que fue coadyuvada por la entidad demandada, surtiéndose así el principio de contradicción. (...) En el caso sub examine, por ejemplo, la parte demandada pudo controvertir y tachar la prueba documental que fue aportada en la etapa probatoria, circunstancia que no acaeció, tanto

así que los motivos de inconformidad y que motivaron la apelación de la providencia de primera instancia por parte del demandado no se relacionan con el grado de validez de las pruebas que integran el plenario, sino con aspectos sustanciales de fondo que tienen que ver con la imputación del daño y con la forma de establecer la eventual participación en la producción del mismo. Por lo tanto, la Sala en aras de respetar el principio constitucional de buena fe, así como el deber de lealtad procesal reconocerá valor probatorio a la prueba documental que ha obrado a lo largo del proceso y que, surtidas las etapas de contradicción, no fue cuestionada en su veracidad por la entidad demandada. El anterior paradigma fue recogido de manera reciente en el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – que entra a regir el 2 de julio de 2012– en el artículo 215, que determina, se presumirá, salvo prueba en contrario, que las copias tienen el mismo valor del original cuando no hayan sido tachadas de falsas; entonces, si bien la mencionada disposición no se aplica al caso concreto, lo cierto es que en la nueva regulación, no es posible que el juez desconozca el principio de buena fe y la regla de lealtad que se desprende del mismo, máxime si, se insiste, las partes no han cuestionado la veracidad y autenticidad de los documentos que fueron allegados al proceso.

España.

Claudio Meneses Pacheco.- (2000).- Fuentes de prueba y medios de prueba en el proceso civil. El propósito de este artículo es explicar la distinción teórica entre fuentes de prueba y medios de prueba en el campo del enjuiciamiento civil. A partir de la llamada concepción racionalista o cognoscitivista de la prueba en juicio, se sostiene que tanto fuentes como medios constituyen datos empíricos que sirven de sustento a la actividad probatoria y al resultado de ésta. En este sentido, ambos son elementos (personas y cosas) que suministran información sobre hechos. La diferencia entre uno y otro radica en el escenario donde se sitúan, pues mientras las fuentes de prueba se ubican en un plano previo y ajeno al proceso jurisdiccional, los medios de prueba se instalan en el contexto del juicio. La relación entre ambos surge, en definitiva, del modo como cada sistema de enjuiciamiento determina la procedencia de los medios de prueba; en otras palabras, el asunto consiste en resolver cuáles fuentes de prueba pueden ser incorporadas a un juicio como medios de prueba relevantes y jurídicamente admisibles.

Podemos identificarla, en primer lugar, como una actividad que se desarrolla al interior del proceso, a través de la cual las partes aportan los antecedentes necesarios para sustentar sus alegaciones y el juzgador determina la *quaestio facti* debatida. En este sentido, la prueba aparece en un aspecto dinámico, integrada por una variedad de factores que se encuentran en constante movilidad, con intervención de los litigantes y del juez, de todo lo cual se obtiene la determinación de los hechos.

Desde la óptica técnico-procesal, esta actividad es regulada por el procedimiento probatorio, que fija la manera como debe producirse la prueba al interior de un juicio. La prueba judicial aparece, además, como una entidad que requiere de elementos que le sirvan de soporte, con base en los cuales el tribunal pueda dar por acreditadas las afirmaciones de hecho de la causa. Bajo esta perspectiva, la doctrina jurídica alude a la “prueba como medio”, refiriéndose con ello a los antecedentes que puede utilizar el juez para determinar la materia factual del juicio. Como veremos pronto, en las legislaciones procesales de civil law esta faceta es con frecuencia designada con la expresión “medios de prueba”.

c.- Mario Ivan Delgado y Pilar Melo Quetama, (2018) 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. 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.

Ecuador.

Maritza Cumandá Villalva Gastezzi (2014) trabajo de investigación “Correcta valoración de la prueba y la motivación en la administración de justicia penal”.

En la actualidad la prueba es el alma del proceso, así se ha establecido en todos los tiempos. Toda afirmación jurídica solo es posible en la medida en que se disponga de la prueba de ella, la misma que genera la certeza en las relaciones Jurídicas y coadyuva a la convivencia social.

La necesidad de eficacia en la valoración de la prueba iniciaría en el Proceso Penal Ecuatoriano, para dar un cambio trascendental en nuestra justicia, ha tomado una nueva dimensión en nuestro sistema procesal, ya que a partir de la vigencia del nuevo Código de Procedimiento Penal, se ha orientado a garantizar la aplicación del debido proceso, en todos los parámetros que la Constitución establece, en el presente trabajo observamos diferentes tópicos sobre la valoración de la prueba y la falta de fundamentación de las sentencias constituye una grave violación del debido proceso.

La prueba debe tener relación con el objeto del proceso, es decir, ser pertinente, que busca descubrir la perpetración del delito y la responsabilidad del acusado, en lo penal buscamos la valoración de un hecho concreto que ya ocurrió, pero con la limitación de

respetar las garantías constitucionales y los derechos humanos de las partes que intervienen en el proceso.

La metodología de la investigación integra métodos, técnicas e instrumentos a aplicar en el proceso de investigación, cuyo resultado garantizará que los Jueces en sus sentencias realicen una verdadera motivación, efectuando una real apreciación o valoración de las pruebas, dando la razón a las pretensiones de cada una de las partes que intervinieron en el juicio; dejando que las partes se encuentren conformes en el fallo emitido.

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.

Nacional

Hamiltón Castro Trigosso. (2008) en su trabajo de investigación **“La prueba Ilícita y el Tribunal Constitucional”**, **Universidad Nacional Mayor De San Marcos**.

Es en este marco que se plantea el tema de la prueba ilícita o prueba prohibida, que son sinónimos, si se les entiende como la prueba que ha sido originalmente obtenida mediante la violación de derechos constitucionales, así como también a la prueba que se deriva de ella. En el primer caso opera la “regla de exclusión” y en el segundo caso, la doctrina de los frutos del árbol envenenado. En ambos casos, el mensaje central era que la prueba obtenida con violación a derechos constitucionales carecía de valor probatorio,

por lo que se prohibía su valoración. No era admisible pretender aplicar la Ley penal, a través de la violación de normas Constitucionales. Otro concepto diferente es el de la prueba irregular, defectuosa o incompleta, que se da mediante la inobservancia de formalidades (violación de regla procesal), que puede ser valorada en la medida que sea subsanada, de lo contrario, tendrá efecto similar a la prueba prohibida, pero con la diferencia, que esta modalidad de prueba ilícita, no genera efecto reflejo, es decir, que su invalidez no alcanza a las que se pudieran derivar de ésta, siempre que se obtengan o incorporen lícitamente. En otras palabras, estaremos ante una prueba ilícita o prohibida cuando se obtenga la prueba con violación de una norma constitucional; en cambio, si se incorpora la prueba con violación de una norma procedimental, estaremos ante una prueba defectuosa o irregular.

Vergara Cano, Katherine (2018). “La prueba trasladada y su implicancia al principio de contradicción en el juzgamiento del nuevo proceso penal Peruano. CONCYTEC. 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.

2.2.- Bases teóricas.

2.2.1.- SUB CAPITULO I: LA PRUEBA EN EL NUEVO PROCESO PENAL PERUANO

2.2.1.1.- Concepto de prueba.

La verdad se alcanza con la prueba. Esta es entonces la demostración de una afirmación o de la existencia de un hecho o de una cosa. La prueba es una actividad de sentido lógico y de uso común y general; es la forma natural de demostración de la verdad de una afirmación.

Para el maestro peruano Mixán Máss¹ la prueba debe ser conceptuada integralmente, es decir, como una actividad finalista, con resultado y consecuencia jurídicas, que le son inherentes; y que procesalmente, "la prueba consiste en una actividad cognoscitiva metódica, selectiva, jurídicamente regulada, legítima y conducida por el funcionario con potestad para descubrir la verdad concreta sobre la imputación o, en su caso, descubrir la falsedad o el error al respecto, que permita un ejercicio correcto y legítimo de la potestad jurisdiccional penal".

La prueba en materia judicial constituye una actividad pre ordenada por la ley, que se encuentra sometida al criterio de la autoridad judicial y mediante la cual se espera descubrir u obtener la verdad de un hecho controvertido. En tal sentido, para Velez Mariconde la prueba es "todo elemento (o dato objetivo) que se introduzca legalmente en el proceso y sea susceptible de producir en el ánimo de los sujetos procesales un conocimiento cierto o probable acerca de los extremos fácticos de la imputación delictiva"².

Así mismo la actividad probatoria compete a los sujetos procesales. En

¹MIXÁN MÁSS, F. Categorías y actividad probatoria en el procedimiento penal, Ediciones BLG, Trujillo, 1996, p. 303.
²VELEZ MARICONDE, A. Derecho Procesal Penal, T. I, cit. p. 341.

consecuencia, como enseña Ortells Ramos, la prueba es una actividad procesal de las partes, dirigida por el Juzgador con fin de la formación de su convicción psicológica sobre los datos de hecho probados, la misma que debe estar sometida a una ordenación, que supone establecer limitaciones y condicionamientos, y también la posibilidad de valoraciones positivas o negativas sobre la eficacia jurídica de la actividad realizada, sin que importen solamente unos efectos de un hecho de haber contribuido a la formación de la convicción³.

2.2.1.2.- Marco Constitucional

La actividad probatoria se encuentra regulada por la Constitución Política del Estado y también por las leyes internacionales que garantizan los derechos fundamentales de la persona. Conforme a la presunción de inocencia, se debe respetar la consideración de no autor o no partícipe de un delito mientras no se halla declarado judicialmente su responsabilidad (Art. 2º inc. 24, ap. e). También se prohíbe la violencia moral o de tratos inhumanos o humillantes; y la afirmación de la carencia de valor de las declaraciones obtenidas por la violencia. El Art. 2º inc. 24 ap. h) de nuestro texto constitucional es muy claro:

"Nadie debe ser víctima de violencia moral, psíquica o física, ni sometido a tortura o a tratos inhumanos o humillantes. Cualquiera puede pedir de inmediato el examen Médico de la persona agraviada o de aquélla imposibilitada de recurrir por sí misma a la autoridad. Carecen de valor sus declaraciones obtenidas por la violencia. Quien la emplea incurre en responsabilidad".

En los Pactos y Convenios Internacionales existe mención expresa a los derechos fundamentales y la actividad probatoria:

³ORTELLS RAMOS. M., Derecho Jurisdiccional, T. III. con MONTERO AROCA, cit. p. 322.

"Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a ley" (Art. 14.2 Pacto de Nueva York; 8.2 Pacto de San José). "Derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a confesarse culpable (Art. 14.3 g Pacto de Nueva York; 8.2 g Pacto de San José). "La confesión es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza" (Art. 8.3 Pacto de San José).

El Código Procesal Penal, a diferencia de la regulación anterior, consagra en su título preliminar que "carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación al contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona" (Art. VIII. 2), lo que permite contar con una amplia protección de los derechos fundamentales en materia probatoria.

2.2.1.3.- Principios que rigen la actividad probatoria.

Los Principios Fundamentales sobre la prueba son del más alto rango constitucional pues tienen sustento en la Constitución y los tratados Internacionales y se reproducen en las leyes ordinarias. Las mismas constitucionales en materia probatoria se interpretan en relación directa a las normas internacionales que tienen plena vigencia en nuestro sistema jurídico. Por ello pueden ser alegadas y aplicadas en los procesos penales.

La actividad probatoria en el proceso penal se rige por determinados principios, basados en la legalidad de la prueba, que la ordenan y deciden su forma, limitaciones que condicionan su obtención, incorporación y valoración en el proceso penal. Dentro de los principios más importantes en materia de prueba

podemos citar los siguientes:

- **Legitimidad de la prueba.** - Se refiere a que la obtención, recepción, valoración de la prueba debe realizarse de conformidad con lo establecido por nuestro ordenamiento jurídico. El Art. VIII del Título Preliminar del CPP 2004 acoge este principio al prescribir que todo medio de prueba será valorado solo si ha sido obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucional-mente legítimo, careciendo de efecto legal las pruebas obtenidas directa o indirectamente con violación al contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona; asimismo, establece que la inobservancia de cualquier regla de garantía constitucional establecida a favor del procesado no podrá hacerse valer en su perjuicio.
- **La libertad de la prueba.** - Es uno de los principios más invocados en materia probatoria. La libertad de la prueba se sustenta en la regla de que todo se puede probar y por cualquier medio⁴, salvo las prohibiciones y limitaciones que nacen de la Constitución y el respeto a los derechos de la persona que se consagran. En tal sentido, el fiscal y los defensores están en las condiciones de pedir u ofrecer la actuaciones de pruebas que favorezcan sus pretensiones; por ejemplo, para establecer la conducta que se atribuye ilícita o para descartarla; para establecer el grado de responsabilidad del imputado, o de su eximente; de las circunstancias que agravan o atenúan su conducta; o la naturaleza del perjuicio o daños causado; para desvirtuar las pruebas ofrecidas por la parte contraria, etc. El código procesal penal establece que "las pruebas se admiten a solicitud del Ministerio Público o de los demás sujetos procesales" (Art. 155.2), asimismo establece que "Los

⁴ VELEZ MARICONDE, A. Derecho Procesal Penal, T. II, cit. p. 198.

hechos de prueba pueden ser acreditados por cualquier medio de prueba permitido por ley. Excepcionalmente, pueden utilizarse, siempre que no vulneren derechos y garantías".

También se posibilita la limitación de la prueba por el Juez cuando aquella resulte manifiestamente excesiva. Así pues, el juez sólo podrá excluir las pruebas que "no sean pertinentes y prohibidas por la Ley. Asimismo, podrá limitar los medios de prueba cuando resulten manifiestamente sobreabundantes o de imposible consecución" (Art. 155.2).

- **La inmediación.-** Este principio significa el conocimiento inmediato, directo y simultáneo de la prueba por el juez con intervención de los sujetos procesales. El conocimiento directo de la prueba (objeto u órgano) es fundamental en el proceso penal y en tal sentido la oralidad juega un rol también importante, así como la concentración lo que se evidencia en el examen del imputado, del testigo, de la víctima así como de los objetos materiales del delito. La inmediación, la oralidad y concentración de la actividad probatoria dinamizan el nuevo proceso penal, lo hacen más ágil y permiten mayor seguridad al juzgador.
- **La publicidad del debate.-** La publicidad como principio rige el juicio oral y en tal sentido, comprende la actuación de la prueba con la posibilidad de que la colectividad pueda conocer de su actuación y debate así como la forma en que es valorada en la sentencia por los magistrados. La prueba se analiza y se discute en el juicio de manera pública, salvo los casos exceptuados por la propia ley empero, siempre será pública cuando se trate del juzgamiento de un funcionario público.

- **La pertinencia de la prueba.**- Las pruebas que se soliciten o se ofrezcan o se actúen en el proceso penal deben guardar pertinencia con los fines del proceso y en especial, con lo que es objeto de prueba. En tal sentido, el juez no admitirá las pruebas que sean impertinentes o como establece la ley "podrá excluir las que no sean pertinentes". Las pruebas deben de conducir a establecer la verdad sobre los hechos investigados.
- **La comunidad de la prueba.** - El esclarecimiento de la verdad en el proceso penal exige que todos los elementos de prueba existentes en la causa penal, sin atender a que sujeto procesal los propuso u ofreció, debe ser de conocimiento común de todos los sujetos procesales⁵. Ello significa que las pruebas ofrecidas por la defensa del procesado o del Fiscal, no son de conocimiento exclusivo de la autoridad jurisdiccional, sino que también de aquella que no los ha ofrecido.

De esta manera se busca el equilibrio o igualdad que debe existir en el proceso penal: las partes deben tener las mismas posibilidades de ataque y defensa, sobre todo, tratándose de las pruebas que se incorporan al proceso; de tal manera que una parte carece de facultad para evitar que la contraria o distinta a ella la conozca y la valore en el proceso pues, precisamente, en ello radica la importancia de la prueba. De este principio se deriva el de la unidad de la prueba, pues la actividad probatoria constituye un todo dentro del proceso, aun cuando se obtenga en distintos momentos. La relación jurídico-procesal es una sola y cualquier actividad postulatoria sobre prueba repercute en la otra parte.

⁵DEVIS ECHANDÍA, Hernando, Teoría General de la Prueba Judicial, T. I, 4ª edición, Medellín, Colombia, 1993, p. 118.

2.2.1.4.- Conceptos previos:

Medios, Fuentes y órgano de prueba

En doctrina, no existe un criterio uniforme al momento de definir los conceptos básicos en materia probatorio y, pesar que el Nuevo Código Procesal Penal importa una mejora sustancial en cuanto a la teoría de la prueba penal, no define que debemos entender por fuente, medio y órgano de prueba. Comúnmente estos tres términos suelen confundirse y utilizarse como sinónimos.

Sentís Melendo citando al maestro italiano Carnelutti afirma que: "la fuente de prueba es el hecho del cual se sirve el juez para deducir la propia verdad, el medio de prueba lo constituye la actividad del Juez desarrollada en el proceso⁶." Medio probatorio es el instrumento o mecanismo a través del cual la fuente de conocimiento se incorpora al proceso; por otro lado, las fuentes son elementos que existen en la realidad, independientemente de la existencia del proceso.

Los medios de prueba son aquellas actividades judiciales complejas de las cuales se vale la autoridad judicial para conocer de la realidad de los hechos que investiga, la existencia de los medios probatorios se encuentran condicionadas a la del proceso. Por su lado, las fuentes de prueba están fuera del proceso, son extraprocesales. Por ejemplo tenemos como medios de prueba: la declaración de parte, la declaración de testigos, las inspecciones judiciales; como fuentes de prueba, está el testimonio en sí mismo, el documento (audio, video, fotografía, etc.).

Órgano de prueba es la persona a través de la cual se adquiere en el proceso el objeto de prueba; es la persona que expresa ante el Juez el conocimiento que tiene sobre

⁶CARNELUTTI, citado por SENTÍS MELANDO, Santiago. La prueba. Los grandes temas del derecho probatorio. Ediciones jurídicas Europa - América, Buenos Aires, 1979, p. 147.

un hecho que se investiga, que aporta un elemento de prueba. Puede decirse que el órgano de prueba actúa como intermediario entre la prueba y el Juez. El imputado, el agraviado, el testigo son órganos de prueba.

2.2.2.5.- Objeto de prueba

La noción del objeto de prueba responde a las siguientes preguntas ¿Qué puede probarse en el proceso penal? ¿Cuál es la materia sobre la que puede actuar la prueba?, en tal sentido, el objeto de prueba es todo aquello que debe ser investigado, analizado y debatido en el proceso.

En el proceso penal el legislador ha definido lo que es objeto de prueba en los siguientes términos: "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." (Art. 156.1) De esta manera amplía lo que es objeto de prueba a ámbitos necesarios en el proceso penal e incluso a aquellas reglas referidas a la responsabilidad civil.

Sin embargo, la ley -siguiendo a la doctrina- establece excepciones a lo que es objeto de prueba, es decir, que no resultan necesaria su probanza. Estos son las llamadas máximas de la experiencia, las leyes naturales, la norma jurídica vigente, la cosa juzgada, lo imposible y los hechos notorios. Veamos brevemente cada una de ellas:

Las máximas de la experiencia.- Son aquellos casos que se originan de la observación repetida de casos particulares y que generan una apreciación constante y aceptada para casos posteriores. Es la experiencia que se acumula en atención al conocimiento de determinados hechos constantes y aceptados por la colectividad. Por ejemplo, nadie puede estar al mismo tiempo en dos lugares distintos; existen

determinadas enfermedades que por su naturaleza son contagiosas.

Las leyes naturales. - Son aquellas leyes que por la rigurosidad de su método, se encuentran debidamente acreditadas por la ciencia: la ley de la gravedad; la ley de la velocidad de la luz, etc.

Norma Jurídica Interna Vigente.- Son aquellas que deben ser conocidas por las autoridades judiciales en razón del ejercicio de sus funciones y, por lo tanto, no deben ser objeto de prueba. Ello no impide que la defensa, a efecto de presentar mejor sus pretensiones o posiciones jurídicas, haga conocer de la creación o modificación de las leyes a las autoridades judiciales, pero sin la calidad de medio probatorio.

La cosa juzgada.- Un hecho que ha sido judicialmente resuelto y que se encuentra en estado de cosa juzgada no amerita ser probado, lo que no obsta para que sea invocada ante la autoridad judicial o se señale el lugar donde dicho proceso ya se encuentra archivado.

Lo imposible.- Lo imposible es aquello que no se-puede probar por su inexistencia, por contravenir alguna regla de la experiencia o porque existe alguna prohibición legal. Ej. Pretender probar la muerte de una persona que no se encuentra registrada como viva; citar como testigo a una persona que ya ha fallecido; u ofrecer como testigo al Juez que conoce de la misma causa⁷.

⁷MIXÁN MASS, señala otros ejemplos: pretender demostrar que el imputado ha cometido delito por instigación del "diablo"; tratar de probar que el delincuente empleó su poder mental para sacar momentáneamente el río Amazonas y pasar a la otra ribera; perpetrar el delito y luego retornar al punto de partida o que el agraviado sin auxilio de ningún medio técnico percibió desde una distancia de 4 kilómetros la conversación del imputado cuando éste preparaba la comisión del delito; en Categorías y actividad probatoria en el procedimiento penal, cit. p. 362-363.

Lo notorio.- Los hechos notorios son aquellos que por su saber colectivo, directo e indirecto, no merecen cuestionamiento sobre su veracidad. No todos los hechos son notorios sino aquellos que originan un conocimiento general y permanente y dotados de cierto interés también general (un siniestro, un terremoto, huelga de grandes proporciones, duelo judicial, un personaje importante en la vida jurídica o política o artística, etc.). La notoriedad apuntaba Steín es la peculiaridad de un hecho⁸.

Con respecto al objeto de prueba, el Nuevo Código Procesal Penal incorpora la institución de las convenciones probatorias (Art.156.3) en virtud de la cual, las partes podrán determinar que circunstancia no necesita ser probada, en cuyo caso se valorará como un hecho notorio.

2.2.2.6.- Excepciones a la práctica de prueba en juicio oral.

La regla general de que la prueba en el proceso penal, sólo es || practicada en el Juicio Oral, no importa que haya que negar eficacia probatoria a las diligencias que se realizan en las etapas previas, diligencias que por su naturaleza son de imposible o difícil reproducción en el estado correspondiente del Juicio Oral.

La doctrina reconoce dos excepciones, la prueba anticipada y la prueba pre constituida.

⁸STEIN, F. El conocimiento privado del Juez, cit. p. 170

2.2.2.6.1.- La prueba anticipada

- 1. Concepto.-** Consiste en la actuación de la prueba con anterioridad al juicio oral por la imposibilidad justificada de su realización en dicho estadio procedimental, con la finalidad de asegurar su declaración con las demás pruebas.

Para Ortells Ramos⁹ que se trata de "la práctica de un medio de prueba en un momento anterior al que le corresponde según el orden del procedimiento, que se acuerda porque es razonablemente previsible la posibilidad de tal práctica en el momento ordinario o la necesidad de suspender el juicio oral para proceder a la misma".

Los presupuestos de la prueba anticipada lo constituyen la irrepetibilidad y la previsibilidad del medio probatorio. El primero es más importante y comprende los actos que por su naturaleza son reproducibles en el juicio pero no repetibles por la existencia de determinadas circunstancias de riesgo, es la irrepetibilidad material (posibilidad de muerte o incapacidad física o intelectual del testigo)¹⁰. El nuevo código procesal penal regula su trámite en los artículos 242 a 246.

b. Características

1. La imposibilidad o dificultad de actuación de la prueba en el juicio oral. Lo que decide la práctica de la prueba anticipada es, precisamente, la imposibilidad o los riesgos que existen para que la prueba se realice en el juicio. Por consiguiente, la necesidad de anticipar la prueba debe ser plenamente justificada.
2. La decisión jurisdiccional sobre la actuación anticipada. La práctica anticipada de la prueba ha de ser decidida por el Juez de la Investigación Preparatoria a pedido

⁹ ORTELLS RAMOS, Manuel, con MONTERO AROCA, Derecho Jurisdiccional, III. Proceso Penal, cit. p. 273.

¹⁰ASENCIO MELLADO.

- de las partes, lo que significa la exposición de los fundamentos que la sustentan.
3. La realización de la prueba ante el órgano jurisdiccional. La prueba anticipada se realiza, de acuerdo a lo dispuesto por la ley, pero bajo la dirección del órgano jurisdiccional y con observancia a las garantías procesales. Se puede realizar en la investigación preparatoria o en la etapa intermedia (art.242.2).
 4. La formalidad procedimental. En la realización de la prueba anticipada se deben de observar las normas regulares de procedimiento sobre la prueba actuada en el juicio oral, así como las específicas que se prevean para esta diligencia.
 5. La intervención de las partes. Los demás sujetos procesales deben ser notificados por el órgano jurisdiccional para intervenir en la diligencia y ejercer los derechos que establece la ley procesal.

c) Supuestos de prueba anticipada

El art. 242.1 del código procesal penal establece los casos de la práctica de la prueba anticipada.

1. En el caso de testigos y peritos, cuando requieran ser examinados con urgencia ante la existencia de un motivo fundado en enfermedad u otro grave impedimento; o por haber sido expuestos a la violencia, amenaza, ofertas o promesa de dinero u otra utilidad para que no declaren o lo hagan falsamente. Se considera además la posibilidad del debate pericial.
2. El careo bajo los mismos supuestos señalados anteriormente.
3. Los reconocimientos, inspecciones o reconstrucciones, que por su naturaleza y características deben ser considerados actos definitivos e irreproducibles, y no sea posible postergar su realización hasta el juicio oral.

d. Requisitos y trámite de la prueba anticipada (arts. 243 -245)

1. Se solicita al juez de la investigación preparatoria hasta antes de remitir la causa al juzgado penal, siempre que exista el tiempo suficiente para realizar la diligencia.
2. Se deberá precisar la prueba a actuar, los hechos que son su objeto y las razones de su importancia para la decisión judicial, es decir, la trascendencia para la sentencia. Se debe de indicar el nombre de las personas a intervenir en la diligencia.
3. Se deberá señalar los sujetos procesales constituidos y su domicilio procesal.
4. El fiscal asiste obligatoriamente a la audiencia y debe de exhibir la carpeta fiscal para su examen inmediato por el juez en ese acto.
5. El juez corre traslado por 2 días a las partes para que presenten sus consideraciones.
6. El fiscal puede pedir el aplazamiento de la diligencia cuando pueda perjudicar la realización de otras diligencias de la investigación preparatoria. Fundamentará e indicará el término del aplazamiento.
7. En ambos casos, el juez resolverá en 2 días. En casos urgentes, el plazo podrá abreviarse, incluso, a pedido del fiscal podrá actuarse la diligencia de inmediato, sin traslado alguno.
8. La resolución que disponga la prueba anticipada indicará el objeto de prueba, las personas interesadas, la fecha de la audiencia -salvo los casos de urgencia- la que no podrá ser antes del décimo día de la citación. Se cita a todos los sujetos procesales.
9. Si se trata de la actuación de varias pruebas se realizarán en una sola audiencia, salvo que sea manifiestamente imposible.

10. La audiencia se realiza en acto público, con presencia obligatoria del fiscal y del defensor del imputado. Si este no concurre, se designará defensor de oficio, empero se podrá aplazar la audiencia dentro del quinto día siguiente.
11. Las pruebas se practican con las formalidades del juicio oral.
12. Se realiza la prueba en la misma audiencia, pero puede continuar al día siguiente hábil.
13. El acta, los objetos y documentos agregados serán remitidos al fiscal para su evaluación y empleo. Las partes pueden conocer del mismo y obtener copia.
14. Las resoluciones judiciales que ordena la prueba anticipada, que la deniega, que dispone su aplazamiento o su realización de urgencia, pueden ser impugnadas (art. 246).

2.2.2.6.2.- La prueba pre-constituida

La llamada prueba pre-constituida aparece -al igual que la prueba anticipada- como otra institución procesal por la cual se exceptúa la práctica de la prueba en el juicio oral porque ésta es irreproducible, dada la existencia de circunstancias especiales de su obtención y atendiendo a la necesidad propia de la investigación preliminar, pero con observancia a los principios de inmediación y contradicción.

La prueba pre-constituida es aquella que se obtienen como consecuencia de los actos investigatorios, sobre todo de las investigaciones iniciales, y sólo podrán convertirse en actos de prueba si se reproducen en el juicio oral y se someten al contradictorio¹¹.

Pueden considerarse prueba preconstituida las diligencias propia-, de la

11 HERNÁNDEZ GIL, Francisco. La prueba preconstituida, en La prueba en el proceso penal. Centro de Estudios Judiciales, N° 12, Madrid, 1993, p.79. Señala el autor que "entendida la prueba preconstituida como el medio o fuente de prueba preexistente al proceso, o como la prueba que se prepara con anterioridad y fuera del proceso, el concepto no es de fácil aplicación al proceso penal, en el que no rigen los mismos principios que en el proceso civil."

investigación policial: las actas de incautación, de hallazgo; las pericias oficiales practicadas con el carácter de inicial, se incluye por ejemplo, la pericia médico legal, la necropsia, el levantamiento del cadáver, el reconocimiento personal directo o fotográfico, la prueba de alcoholemia, el llamado dosaje etílico, el recojo de armas, objeto o examen de huellas o muestras de sangre o sustancias encontradas en la escena del delito, inspección policial, el registro domiciliario, etc.

2.2.2.7.- La Prueba Prohibida

La prueba para que sea válidamente incorporada y valorada en el proceso penal debe ser lícita, obtenida de acuerdo con la Constitución y las leyes y merecedora del valor que la autoridad jurisdiccional le asigne y de allí que bajo el marco del rigor constitucional, se repule ser válida en cualquier ordenamiento jurídico, ya que partimos de la idea básica que la finalidad del proceso penal, conformada por búsqueda de la verdad, no es un fin absoluto, sino que posee un límite: el respeto de los derechos fundamentales de la persona.

En la doctrina no es uniforme la definición de prueba prohibida. Se suelen plantear diferencias entre prueba prohibida, prueba ilícita, prueba irregular, dependiendo del tipo de derecho afectado y el grado de vulneración al derecho, entre otros criterios. Sin embargo la idea central de la definición de la prueba prohibida, de conformidad con el Artículo VIII del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Penal, es aquella que se obtiene con violación al contenido esencial de los derechos fundamentales, ya sea directa o indirectamente y la sanción que establece el mismo código es su ineficacia, es decir, carecen de efecto legal. Además el artículo 157 establece que "no pueden ser utilizados, aún con el consentimiento del interesado, métodos o técnicas idóneas para influir sobre su libertad de autodeterminación o

para alterar la capacidad de recordar o valorar los hechos". Están prohibidos entonces los maltratos, el narcoanálisis o suero de la verdad, la hipnosis, el detector de mentiras. En el mismo sentido, se prescribe que el juez "no podrá utilizar, directa o indirectamente, las fuentes o medios de prueba obtenidos con vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona" (Art. 159).

La regla general en materia de prueba prohibida es su exclusión tanto de la prueba directa (ej. cuando una confesión se obtiene mediante torturas) como de la prueba derivada (ej. cuando producto de una intervención telefónica se logra incautar droga), la primera a través de la reglas de exclusión y en el segundo caso, por medio de la teoría del fruto del árbol envenenado. El fundamento para la prohibición de la prueba derivada es que, siendo el procedimiento inicial violatorio de garantías constitucionales, tal ilegalidad se proyecta a todos aquellos actos que son su consecuencia y que se ven así alcanzados o teñidos por la misma ilegalidad. "De tal manera, no sólo resultan inadmisibles en contra de los titulares de aquellas garantías las pruebas directamente obtenidas del procedimiento inicial, sino además todas aquellas otras evidencias que son "fruto" de la ilegalidad originaria".

Para el caso de la prueba directa

- a) **La doctrina de la ponderación de intereses.** Desarrollada fuertemente por el derecho europeo continental; sostiene que la aplicación de la exclusión de la prueba prohibida está supeditada a la relación de importancia o gravedad que tengan el acto ilegal (violación constitucional); las consecuencias negativas de su eventual ineficacia (exclusión). El balancing test es la adaptación estadounidense de la tal excepción. Esta doctrina consiste en "hacer valer una prueba ilícita en

base a criterios de proporcionalidad".

b) **La Doctrina de la buena fe.**- Admite la posibilidad de valorar prueba ilícitamente obtenida, siempre que dicha violación se haya realizado sin intención, sea por error o ignorancia. (Caso León vs. U.S 1984,) ejemplo, cuando la policía escucha gritos de dolor al interior de un domicilio y al ingresar, pensando salvar a una persona, encuentra a unos sujetos consumiendo drogas con menores de edad.

c) **Doctrina sobre la infracción constitucional beneficiosa para el imputado.** Admite la posibilidad de valorar prueba ilícita que pueda ser utilizada a favor del imputado. Esta es la única excepción expresa a las reglas de exclusión que se encuentra regulada en el NCPP, en el artículo VIII.3. "La inobservancia de cualquier regla de garantía constitucional establecida a favor del procesal no podrá hacerse valer en su perjuicio"

d) **Doctrina de la destrucción de la mentira del imputado.** Admite la validez de la prueba solo para descalificar la declaración del imputado (a fin de confrontarlo) atacando su credibilidad, pero nunca para acreditar su culpabilidad, por eso no sería propiamente una excepción a las reglas de exclusión.

En el caso de la prueba derivada:

a) **Teoría de la fuente independiente:** Se puede valorar la prueba derivada de una directa obtenida con violación a derechos constitucionales, siempre que se pueda llegar a la fuente de prueba por medios probatorios legales, por ejemplo, el imputado confiesa, bajo torturas, el lugar donde se encuentra el secuestrado,

sin embargo podríamos haber dado con el paradero de Il Vil ti mi mediante la declaración de un testigo.

b) **Teoría del hallazgo inevitable.** Esta teoría se desprende de la primera -teoría de la fuente independiente-, y se aplica cuando las consecuencias del acto ilícito (confesión, bajo torturas al Imputado, del lugar donde se guardaba la droga), se hubieran obtenido in defectiblemente (existía una exhaustiva investigación en curso).

c) **Teoría del nexa causal atenuado.** Las acciones posteriores a la prueba ilícita, van perdiendo relación con aquella, la proyección del vicio inicial se va atenuando, hasta que se llega a diluir por completo.

Estas excepciones a la reglas de exclusión a las cuales hemos hecho referencia, constituyen una opción política por parte de los Tribunales de Justicia - cuyo fundamento es la eficiencia del sistema penal, evitar la impunidad - las cuales se van adecuando y desarrollando conforme va evolucionado los criterios sociales. Siempre deben ser tomadas como excepciones, sin olvidar que en la noción de prueba, se encuentra íntimamente relacionado con el derecho fundamental de la presunción de inocencia.

2.2.2.8.- Los actos de investigación y los actos de prueba, diferencias.

La doctrina permite la distinción entre actos de investigación y actos de prueba, para separar las etapas y a las autoridades judiciales relacionadas con la actividad probatoria en el proceso penal. Su naturaleza, fines y alcances son distintos; al Fiscal le compete asumir los actos de investigación en la fase preliminar y

preparatoria; al juez los actos de prueba en el juicio oral.

Siguiendo a Ortells Ramos para tratar de las diferencias entre actos de investigación y actos de prueba¹², podemos afirmar lo siguiente:

- a. El acto de investigación forma parte de la investigación judicial y sirve a sus funciones, mientras el acto de prueba se integra en el juicio oral y sirve al fin de éste.
- b. La eficacia de los actos de investigación permiten proveer el fundamento necesario para que el juez dicte resoluciones sobre medidas cautelares, peticiones, incidentes, archivo o apertura del juicio oral. La eficacia de los actos de prueba es la de servir de fundamento a la sentencia.
- c. Otra diferencia se centra en la calidad de las resoluciones judiciales que se fundan en los actos de investigación y en los actos de prueba. Las proferidas respecto a las medidas cautelares o la de apertura del juicio oral (auto de enjuiciamiento) no precisan que la situación definitiva del procesado, sino es suficiente un juicio de mera probabilidad al respecto. Los actos de prueba determinan la sentencia; y sólo la plena convicción sobre la responsabilidad penal permite una resolución condenatoria, mientras que un juicio de mera probabilidad debe conducir a una absolución.
- d. En los actos de prueba deben respetarse escrupulosamente los principios de inmediación y contradicción, los cuales adquieren mayor intensidad. En los actos de investigación, la intensidad de estos principios disminuye.

En definitiva, se trata pues de dos clases de actos de naturaleza fiscal y judicial para

¹²ORTELLS RAMOS, Manuel, con MONTERO AROCA, Derecho Jurisdiccional, T. III, cit. p. 151.

alcanzar el debido esclarecimiento de los hechos; ambos realizados en dos momentos distintos, cuyo grado de convicción son separados. Esto significa que, por regla general, los actos de investigación no puedan tener eficacia jurídica de actos de prueba salvo que aquellas no puedan ser reproducidas en el juicio oral. La prueba entonces ha de practicarse en el juicio oral bajo los principios de oralidad, inmediación, contradicción e igualdad, principalmente.

Entonces, conforme a la nueva legislación vigente, los actos de investigación preliminar son aquellos practicados por la Fiscalía o por la Policía o ésta por orden de aquellas, que tienen por finalidad investigar la existencia de elementos fácticos sobre un hecho denunciado como delito y de la persona denunciada o imputada del mismo, donde si bien puede resultar que dicha investigación es satisfactoria y hasta suficiente en sus objetivos para aquellos, sólo van a posibilitar continuar con la investigación preparatoria por el mismo fiscal. Tanto la preliminar como la preparatoria son investigaciones con características propias: son formales, útiles para la toma de decisiones sobre medidas cautelares, ampliación por otros delitos u a otras personas, para que las partes tomen conocimiento de lo que sucede en la investigación, las diligencias son taxativas, pues solo se practican las que se encuentran reguladas en la ley, son de naturaleza reservada, lo que exige de los sujetos procesales a guardar la reserva de lo que acontece en la diligencia, etc.

2.2.2.9.- Medios de prueba en particular

2.2.2.9.1.- La confesión judicial

Una de las instituciones que mayor relevancia en el proceso penal en los últimos años lo constituye la Confesión. Esta se produce durante la fase de investigación

(preliminar o preparatoria) y de juzgamiento, incluso en los mecanismos de culminación anticipada del proceso (terminación anticipada y conformidad). La confesión en el proceso penal es el acto procesal por el cual el imputado presta una declaración personal, ante la autoridad judicial, sea en la investigación o en el juzgamiento, de manera libre, consciente, espontánea y verosímil sobre su participación como autor o cómplice, en el hecho delictivo que se investiga.

Como quiera que se trata de una manifestación voluntaria del imputado de dar a conocer al Juez que cometió un delito sin que se exija mayor rigurosidad es necesaria su posterior verificación con otros medios de prueba. Sin embargo, se acepta también la retractación de la confesión, es decir, volver a declarar para negar lo confesado anteriormente, ello hace que no se estime como medio de prueba.

El nuevo código procesal penal lo regula expresamente en los artículos 160 y 161 resaltándose la presencia de dos formas de confesión 1) la confesión en el sentido de aceptación de cargos, es decir, consiste "en la admisión de los cargos o imputación formulada en su Contri" (art. 160); y 2) la confesión sincera, cuando "adicionalmente, es sincera y espontánea, salvo los supuestos de flagrancia y de irrelevancia de la admisión de cargos en atención a los elementos probatorios incorporados en el proceso ..." (art. 161).

La confesión exige determinados presupuestos³⁸ a fin de ser considerados en la valoración de la prueba referidos al sujeto, objeto o contenido y a la forma. En tal sentido, el art. 160 establece que la confesión sólo tendrá valor probatorio cuando:

- a. Esté debidamente corroborada por otro u otros elementos de convicción.

- b. Sea prestada libremente y en estado normal de las facultades psíquicas.
- c. Sea prestada ante el Juez o el Fiscal en presencia de su abogado

Conforme a lo dispuesto en el art. 161 de la ley procesal, el legislador ha querido privilegiar a la confesión sincera, -es decir, aquella que se practica de manera voluntaria, ante la autoridad fiscal o judicial con muestra de arrepentimiento y con la posibilidad de alcanzar una indulgencia del juzgador permitiendo la disminución de la sanción penal, pues en estos casos, "el Juez, especificando los motivos que la hacen necesaria, podrá disminuir prudencialmente la pena hasta en una tercera parte por debajo del mínimo legal."

2.2.2.9.2.-Prueba Testimonial

La prueba testimonial constituye uno de los medios probatorios de suma importancia y de mayor empleo en el proceso penal. La naturaleza del delito o las circunstancias en que ocurrió, muchas veces no permiten encontrar suficientes elementos probatorios, por lo que se acude generalmente a la búsqueda de elementos indiciarios aportados por el procesado, si se encuentra presente en el proceso, empero, si no fuera así, la declaración de las personas que presenciaron los hechos o de las víctimas del delito, resultan de trascendental importancia, pues de su contenido, igualmente, se podrán obtener los elementos de prueba que se requieren en el proceso para alcanzar sus objetivos.

En la actualidad, la prueba testimonial constituye una de las pruebas de mayor recurrencia en el proceso y, por cierto, la base probatoria que puede decidir un caso

penal. Para Ramos Méndez¹³ uno de los elementos típicos de la investigación en el proceso penal es recurrir a las declaraciones de las personas que en una u otra forma puedan tener conocimiento de los hechos o puedan aportar datos de utilidad para la instrucción de la causa.

La prueba testimonial significa la puesta en conocimiento ante la autoridad fiscal o jurisdiccional de los hechos o circunstancias relacionadas con el delito, o la información que guarde relación con el presunto autor, o con los medios utilizados o los efectos del delito.

La declaración del testigo debe recibirse con cautela y bajo criterios relativos al objeto de prueba y de quien lo propone; debe ser verificada y analizada; se exige que sea fidedigna, con coherencia, objetiva y con ausencia de subjetividad. Debe recibirse lo más pronto posible a fin de evitar el olvido de los detalles o circunstancias del delito por parte del testigo.

a.- El testimonio

El testimonio, en sentido amplio, aparece como una manifestación humana de un conocimiento pretérito y el término se emplea para dar razón de un hecho percibido a través de los sentidos. Puede ser histórico, político, científico, religioso, social o judicial. Este último es el que nos interesa por cuanto es aquel que se presta ante un órgano judicial con fines probatorios.

El testigo es la persona física que se encuentra presente al momento de la comisión

¹³RAMOS MÉNDEZ, F., El Proceso Penal. Lectura Constitucional, Barcelona, 1993, cit. p. 204.

del delito y que es llamada al proceso penal para que declare sobre lo que conoce de los hechos que se investigan. Como lo firma Carnelutti los testigos se encuentran en el ambiente del delito y , por el contrario, en el ambiente del juicio. Es la persona llamada a referir su declaración sobre todo lo que ha visto, oído o palpado o en fin de todo aquello que ha llegado a él por medio de los sentidos, di mi hecho pasado presumible punible y objeto de averiguación"¹⁴.

b.- El Careo

El careo se hace necesario cuando en el proceso penal dos o más personas, sean imputados o testigos, deponen sobre hechos que son materia de investigación judicial y surgen contradicciones sobre su contenido, originando discordancia o confusión, ya que se desconoce a quien corresponde el dicho sobre la verdad. Conforme a lo dispuesto por la ley procesal penal, se realizará el careo cuando entre lo declarado por el imputado y lo dicho por otro imputado, testigo o agraviado, surjan contradicciones importantes (art. 182.1).

El careo consiste entonces en poner frente a frente a los Sujetos que intervienen en el proceso penal para poder esclarecer, mediante el debate, las controversias que han surgido de sus propias declaraciones expresadas ante la autoridad judicial. Se busca reconstruir los hechos que constituyen el objeto del proceso o de una parte de él a partir de las propias discrepancias que existen en las declaraciones judiciales¹⁵.

¹⁴RODRÍGUEZ O., Cit. p. 4.

¹⁵DEL VALLE RANDICH, L., LOS medios de prueba en el derecho procesal penal, cit. p. 123.

2.2.2.9.3.-Naturaleza Jurídica

La doctrina no ha sido uniforme respecto a la naturaleza jurídica del careo. Se puede apreciar una tendencia orientada a consideraba como un medio subsidiario o complementario de prueba, y también, como un medio de prueba.

Se sostiene que no se trata de un medio de prueba, sino de un expediente para la valoración de una prueba¹⁶; que es un "medio complementario y negativo de comprobación al que se recurre para despejar una situación de incertidumbre provocada por manifestaciones discordes"¹⁷.

2.2.2.9.4.-La Prueba Pericial

a.- Concepto

La especialización y el adelanto del conocimiento científico, hace vital este medio probatorio en la dinámica del proceso penal. Florián¹⁸ la definen como un medio de prueba. Se sostiene que no se trata de un medio de prueba, sino de un expediente para la valoración de una prueba¹⁹; que es un "medio complementario y negativo de comprobación al que se recurre para despejar una situación de incertidumbre provocada por manifestaciones discordes"²⁰.

También se afirma que el careo constituye una diligencia judicial esencialmente subsidiaria²¹ que se realiza cuando se constatan contradicciones, divergencias o desacuerdos en las declaraciones judiciales prestadas por los inculpadados o entre

16MANZINI, V., Tratado de Derecho Procesal Penal, T. 4, Traducción de Santiago Sentís M. Y M. Ayerra, EJE, Bs. As. 1953, p. 214

17Véase OMEBA, Enciclopedia Jurídica, T. XX, Editorial Bibliográfica Argentina, Bs. As., 1961, p. 699.

18FLORIÁN, Eugenio. De la pruebas penales. Tomo II, traducción de Jorge Guerrero, Editorial Temis, Bogotá, 2002, p. 351

19MANZINI, V., Tratado de Derecho Procesal Penal, T. 4, Traducción de Santiago Sentís M. Y M. Ayerra, EJE, Bs. As. 1953, p. 214

20Véase OMEBA, Enciclopedia Jurídica, T. XX, Editorial Bibliográfica Argentina, Bs. As., 1961, p. 699.

21MONTÓN REDONDO, A., Proceso Penal, obra colectiva, con Montero A., cit., p. 180, 299.

ellos y los testigos, y resulta necesario para el debido esclarecimiento de tales declaraciones. En tal sentido, no se le considera como un medio de prueba, sino un instrumento para constatar declaraciones vertidas en el proceso o factor valorativo de la declaración testimonial.

b.- El perito

El perito, a diferencia del testigo, no es llamado a declarar sobre hechos que conoce por su propia experiencia, sino que es llamado por el conocimiento específico que posee; prevalece fundamentalmente el elemento técnico. El perito es un órgano de prueba que nace desde el proceso penal mismo, mientras que el testigo existe con independencia de él.

El artículo 173.1, dispone que el nombramiento del perito será realizado durante la etapa de investigación Preparatoria, por el Juez competente y en los casos de prueba anticipada los peritos pueden ser nombrados por el Juez o el Fiscal; asimismo, establece el siguiente orden de prelación: se escogerá a los especialistas donde los hubiere y entre estos, a quienes se hallen sirviendo al Estado, los que colaborarán con el sistema de justicia penal gratuitamente, y de no existir este tipo de profesionales, se tomara en cuenta a los designados o inscritos, según las normas de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

c.- El informe pericial

El informe pericial es el resultado del trabajo realizado por el perito, que contiene, la opinión del perito, la explicación detallada de las operaciones técnicas realizadas y de los principios científicos o técnicos en que se basa. En nuestra nueva legislación la presentación del informe pericial reviste un carácter formal.

El artículo 178, prescribe, el contenido del informe pericial en los siguientes términos: a) El nombre, apellido, domicilio y Documento Nacional de Identidad del perito, así como el número de su registro profesional en caso de colegiación obligatoria; b) La descripción de la situación o estado de hechos, sea persona o cosa, sobre los que se hizo el peritaje; c) La exposición detallada de lo que se ha comprobado en relación al encargo; d) La motivación o fundamentación del examen técnico; e) La indicación de los criterios científicos o técnicos, médicos y reglas de los que se sirvieron para hacer el examen; f) Las conclusiones, g) La fecha, sello y firma. Asimismo, menciona que el informe pericial no puede contener juicios respecto a la responsabilidad o no responsabilidad penal del imputado en relación con el hecho delictuoso materia del proceso ya que no es función del perito dicha determinación sino ilustrar al juzgador respecto de un tema en particular, por el cual ha sido nombrado.

2.2.2.9.5.- La prueba documental

a.- Concepto

Para Carnelutti el documento constituye una prueba histórica, esto es, un hecho representativo de otro hecho. Agrega, "si el testigo es una persona, que narra una experiencia, el documento puede ser definido como una cosa, por la cual una experiencia es representada; aquí el objeto de investigación debe ser la diferencia entre la representación personal y la representación real.

El documento es toda aquel medio que contiene con el carácter de permanente una representación actual, pasada o futura, del pensamiento o conocimiento o de una aptitud artística o de un acto o de un estado afectivo o de un suceso o estado de la naturaleza, de la sociedad o de los valores económicos, financieros, etc., cuya

significación es identificable, entendible de inmediato y de manera inequívoca por el sujeto cognoscente.

El documento no sólo se identifica con algún acto escrito, sino comprende a todas aquellas manifestaciones de hechos, como las llamadas instrumentales, (cinta magnetofónica, vídeo, disquetes, slides, las fotografías, caricaturas, planos, representaciones pictóricas, pentagramas, estampillas, cartas, fax, telegrama, códigos de comunicación, fórmulas, etc.). En materia civil se establece que documento es todo escrito u objeto que sirve para acreditar un hecho (art. 233°).

b.- El documento como objeto y medio de prueba

El documento puede ser considerado como objeto de prueba pues para su incorporación al proceso y valoración posterior requieren de previa observación, identificación y análisis. Debe de existir una relación directa o indirecta entre el hecho que se investiga con el documento que se pretende considerar dentro del proceso. Por ejemplo, la carta extorsionadora, el dibujo de la escena de crimen, en el delito de secuestro o robo; la carta del imputado o del testigo, etc. De tal manera que, el documento como objeto de prueba nos permite identificar los hechos que se relacionan con la imputación misma y que es el centro de la investigación.

El documento como medio de prueba aparece cuando su contenido se apoya en declaraciones o en informes de personas dentro del proceso judicial; son aquellos documentos que forman parte del proceso y que por sí mismos merecen valor en tanto se relacionen con el hecho sujeto a investigación: declaración del imputado, testimonial, pericia, etc. En tal sentido, el documento como medio de prueba se relaciona necesariamente con el órgano de prueba. El artículo 184 de la nueva ley procesal establece que "se podrá incorporar al proceso todo documento que pueda

servir como medio de prueba. Quien lo tenga en su poder está obligado a presentarlo, exhibirlo o permitir su conocimiento."

Como se puede apreciar, el documento tiene naturaleza representativa, pero además, tiene la singularidad de ser un medio de comunicación pues la relación entre el sujeto cognoscente y la fuente de prueba se manifiesta a través del contenido del documento; también tiene naturaleza permanente pues su existencia es por tiempo indeterminado, en tanto el documento no sufra algún deterioro, adulteración o desaparezca. También tiene carácter objetivo dado que existe real e independientemente de la persona de su autor.

2.2.2.9.6- La valoración de la prueba.

a.- Concepto Básico.

La actividad probatoria encuentra su momento culminante cuando se procede judicialmente²² a la valoración de la prueba²³. Se espera alcanzar la verdad sobre los hechos mediante la prueba y ésta tiene como función específica darle el incentivo vigoroso de la verdad dado que, la sentencia que es el fin característico del proceso se hace realidad cuando las pruebas se dirigen a asegurar la verdad²⁴.

En tal sentido, todo el procedimiento probatorio debe obedecer a criterios judiciales fundamentales de legitimidad, orden procedimental, pertinencia y contradicción. El objeto del proceso debe quedar plenamente satisfecho para que se cumpla la excelsa función jurisdiccional: juzgar.

La prueba aportada en el debate contradictorio, tendrá como norte, a efectos de

22 La exclusividad de la valoración de la prueba lo es para que el Juez dicte sentencia y obviamente, es distinta a la que corresponde al Fiscal y a las partes, a fin de sustentar sus posiciones.

23 Véase GERHARD WALTER. LIBRE APRECIACIÓN DE LA PRUEBA. Investigación acerca del significado, las condiciones y límites del libre convencimiento judicial, versión castellana de Tomás Banzhaf, Editorial Temis, Bogotá, 1985.

15 8 ARANGO ESCOBAR, Julio, VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL, en AAVV, serie Justicia y Derechos Humanos/2, Guatemala, 1996, p. 111.

destruir válidamente la presunción de inocencia, lograr la plena convicción del juzgador sobre la culpabilidad del imputado ya que solo la certeza en torno a la imputación es presupuesto básico para emitir una sentencia condenatoria. Cuando la percepción de haber alcanzado la verdad es firme, se dice que hay certeza, que podría MI definida como la firme convicción de estar en posesión de la verdad.

Como es sabido la prueba, no sólo puede generar certeza en torno a la tesis acusatoria, también existen otros grados de conocimiento, como la duda -que se aprecia como un equilibrio u oscilación porque el intelecto es llevado hacía el sí y luego hacía el no, sin poder quedar en ninguno de los dos extremos- y la probabilidad -se produce cuando coexisten elementos positivo y negativos, con el detalle que los positivos son superiores.

b.- Sistemas de valoración de la prueba.

La historia y el derecho comparado reconocen hasta tres sistemas de valoración de la prueba: a) sistema de la prueba legal o tasada, lo sistema de la íntima convicción; y c) sistema de la sana critica racional o libre convicción. Nuestro legislador ha introducido este último sistema pues expresamente señala que "en la valoración de la prueba el Juez deberá observar las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia, y expondrá los resultados obtenidos y los criterios adopta dos" (art. 158.1). En consecuencia, como enseña Velez Maricondi; se deja al juzgador en libertad para admitir toda prueba que estime útil al esclarecimiento de la verdad, y para apreciarla conforme a las reglas de la lógica, de la psicología y de la experiencia común. Agrega el maestro argentino que "éstas reglas de la sana crítica racional, del "correcto entendimiento humano" -contingentes y variables con relación a la experiencia del tiempo y del lugar, pero estables y permanentes en

cuanto a los principios lógicos en que debe apoyarse la sentencia- son las únicas que gobiernan el juicio del magistrado"²⁵.

De allí que se afirme que la libre valoración de la prueba supone que los distintos elementos de prueba pueden ser libremente ponderados por el tribunal de instancia, a quien corresponde, en consecuencia, valorar su significado y trascendencia en orden a la fundamentación del fallo contenido en la sentencia. Pero para que dicha ponderación pueda llevar a desvirtuar la presunción de inocencia, es precisa una mínima actividad probatoria producida con las garantías procesales que de alguna forma pueda entenderse de cargo y de la que se pueda deducir, por tanto, la culpabilidad del procesado.

c.- La valoración de la prueba y el In Dubio Pro Reo

El sistema de la libre convicción o sana crítica racional, al igual que el de íntima convicción (criterio de conciencia), establece la más plena libertad de convencimiento de los jueces; sin embargo, en el primero se exige que las conclusiones a que se lleguen sean el producido lógico y racional de las pruebas en las que se las apoye. En este sistema de valoración de la prueba existe un deber de motivación de las resoluciones judiciales

La certeza a que ha de llegar el juzgador sobre la prueba actuada va a determinar que la sentencia sea absolutoria o condenatoria. Sin embargo, es posible dicho convencimiento judicial no llegue a concretarse por la presencia de determinadas dudas en el juicio valorativo del Juez. En estos casos, el órgano jurisdiccional juzgador debe inclinarse a favor del procesado.

El principio in dubio pro reo tiene toda una doctrina que lo sustenta y que es

25 VELEZ MARICONDE, A., DERECHO PROCESAL PENAL, cit. p. 363.

imperativo para los jueces por mandato constitucional, pues ha de aplicarse la ley más favorable al procesado en caso de duda o de conflicto entre leyes penales (art. 139° inc. 11 Const.). Además, el nuevo código procesal es expreso al señalar cuando en su título preliminar trata del principio de inocencia, que "en caso de duda sobre la responsabilidad penal debe resolverse a favor del imputado." (Art. II. 1).

Este principio guarda estrecha relación con la presunción de inocencia. En efecto, ninguna persona puede ser considerada como culpable hasta que se pruebe el hecho materia de imputación y el juzgador lo exprese en una sentencia condenatoria y motivada. Es más, se ha afirmado que el in dubio pro reo constituye un corolario del principio constitucional de inocencia, como lo señala Langer y que en su aspecto negativo "prohíbe al tribunal condenar al acusado si no obtiene certeza sobre la verdad de la imputación" y en su aspecto positivo, "obliga al tribunal no sólo a no condenar sino a absolver al acusado al no obtener certeza".

d.- Reglas a observar en la valoración de la prueba.

La aplicación de las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia en la valoración de la prueba -a las que hace referencia el artículo 158 del Código, en concordancia con el artículo 393-, dependerá del caso concreto que se aborde.

Como ya lo hemos anotado precedentemente las máximas de la experiencia se originan de la observación repetida de casos particulares y que generan una apreciación constante y aceptada para casos posteriores, por su parte las reglas de la lógica, conformada por principios tales como "principio de no contradicción" y el "principio de la razón suficiente" y la ciencia -en tanto sean pertinentes- deberán ser tomadas en cuenta por el juzgador, para formar su convicción.

e.- Criterios particulares de valoración

La regla básica en cuanto a la valoración de la prueba, es la sana crítica racional (art. 393), ahora bien el Código, recogiendo la jurisprudencia, ha establecido reglas valorativas que en cierta medida se hacen necesarias. Cabe anotar que estos criterios reglados deben ser la excepción a efectos de no llegar al sistema tasado de valoración.

Valoración de la declaración de testigos de referencia, de arrepentidos o colaboradores

Los testigos de referencia son aquellos que conocen del hecho delictivo de manera indirecta, los arrepentidos o colaboradores, técnicamente son coimputados que optan por desvincularse de una asociación delictiva y colaborando con la administración de justicia delatan a sus coimputados. En esos supuestos la norma establece que existe una necesidad de corroboración de las declaraciones referenciales, y de los colaboradores o arrepentidos (art. 158.2)

f.- Valoración de la prueba indiciaria

Mención especial, merece el tema de la controvertida "prueba indiciaria", la cual no es un medio de prueba, sino un tipo de prueba, tan igual como la prueba directa y que tiene virtualidad para fundamentar válidamente una sentencia condenatoria.

Concepto de prueba indiciaria

En términos de Mixán Máss la prueba indiciaria es aquella actividad probatoria de naturaleza necesaria discursiva e indirecta, cuya fuente es un dato comprobado, y

se concreta en la obtención del argumento probatorio mediante una inferencia correcta.

La prueba indiciaría relaciona los conceptos de hecho indicio, como dato real, cierto, objetivo y el hecho consecuencia, es decir, lo que permite descubrir o comprobar. Existe pues, como lo expresa Martínez Arrieta²⁶ "un hecho indicio acreditado por prueba directa, al que se asocia una regla de la ciencia, o una máxima de la experiencia o, incluso, una regla de sentido común.

g.- Clasificación de los Indicios

La doctrina reconoce determinadas clases de indicios, los mismos que se pueden clasificar en atención a ciertos elementos comunes. Así tenemos: indicios generales y particulares, dependiendo si se refiere a todo delito o alguno en particular; manifiesto, próximo y remoto, si el indicio se encuentra en la escena del crimen, o expresa una relación no necesaria con el hecho indicado o cuando expresa alguna relación concomitante con el hecho o la persona del imputado o agraviado: antecedentes, informes anteriores, etc.; indicio concomitante, subsiguiente y antecedente, cuando se acompaña un dato cierto, real al delito mismo, o cuando se manifiesta en la realización de un hecho posterior de un delito (planes de fuga, desaparición de huellas) o cuando los hechos evidencian hechos anteriores al delito (amenazas, adquisición de armas, etc.); indicio por móvil, por capacidad, por predisposición, por la oportunidad para delinquir, por su capacidad intelectual en los llamados delitos informáticos; o por la circunstancia propia de soledad entre el

26 MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés, LA PRUEBA INDICIARÍA, LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL, AAW. Centro de Estudios Judiciales, Ministerio de Justicia, de España, Madrid, 1993, p. 53.

agresor sexual y la víctima. Por las huellas materiales u objetivas que deja el agente del delito, o "tarjeta de presentación" del autor, también los indicios por las manifestaciones anteriores y posteriores al delito, referidas a la conducta del agente antes y después del delito; indicio de lugar.

SUB CAPITULO II EL TRATAMIENTO DE LA PRUEBA TRASLADADA EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL

En el presente capítulo se realiza un pequeño esbozo respecto del tratamiento de la prueba trasladada en el proceso penal, teniendo en cuenta que nuestro actual Código Procesal Penal resulta ser mucho más flexible en el ámbito probatorio que las limitaciones impuestas en el Código Procesal Civil, pues no se puede perder de vista que el objeto en el proceso penal es el esclarecimiento de la verdad de los hechos, por más verdad procesal a la que se pueda llegar, teniendo en cuenta que la libertad personal de un ciudadano se encuentra en juego, por tanto, con la incorporación de datos tácticos a través de la prueba se podrá llegar a la convicción del juzgador para emitir un fallo condenatorio al Imputado o un fallo absolutorio al existir duda razonable o falta de probanza para desvirtuar la presunción de inocencia que le asiste a toda persona, siendo éstos los dos principales motivos por los que el órgano jurisdiccional podrá absolver a un imputado en el marco de un proceso penal.

De esta manera, y atendiendo a la regulación de la prueba en el proceso Penal, se analizará si es contraria al principio de contradicción y oralidad que inspira este nuevo modelo procesal, si su solicitud de incorporación en el proceso penal guarda el respecto al debido proceso y si las limitaciones que se encuentran reguladas en los dispositivos procesales civiles —pues se aplican de forma subsidiaria— son aplicables o no al proceso penal.

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.

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.

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

3.3.1.- Planteamiento de la cuestión.

No existe ningún dispositivo legal del Código Procesal Penal que regule expresamente el tratamiento de la prueba trasladada, como si se encontraba anteriormente regulado en el artículo 272 del Código de Procedimientos Penales, el cual establecía:

“En los delitos perpetrados por miembros de una organización criminal o asociación ilícita para delinquir, la sala a pedido de las partes o de oficio podrá realizar las actuaciones probatorias siguientes: *las pruebas admitidas y practicadas ante un juez o*

Sala Penal podrán ser utilizadas o valoradas en otro proceso penal, siempre que su actuación sea de imposible consecución o difícil reproducción por riesgo de pérdida de la fuente de prueba o de amenaza para un órgano de prueba. Sin necesidad de que concurren tales motivos, podrán utilizarse los dictámenes periciales oficiales, informes y prueba documental admitida o incorporada en otro proceso judicial. La oposición a la prueba trasladada se resuelve en la sentencia.

La sentencia firme que tenga por acreditada la existencia o naturaleza de una organización delictiva o asociación ilícita para delinquir determinada, o que demuestre una modalidad o patrón de actuación en la comisión de hechos delictivos o los resultados o daños derivados de los mismos, constituirá prueba con respecto de la existencia o forma de actuación de esta organización o asociación en cualquier otro proceso penal, la misma que deberá ser valorada conforme al artículo 283°.

Tal como se puede observar, este dispositivo legal del artículo 272 del Código de Procedimientos Penales aplicaba la prueba trasladada únicamente para aquellos casos vinculados a la existencia y el *modus operandi* de una organización delictiva o de una asociación ilícita para delinquir; estableciendo la valoración de la prueba trasladada de un informe pericial, de un informe, de una prueba documental e incluso de una sentencia en otro proceso penal.

Por otro lado, tampoco es que haya una extensa regulación respecto de la institución jurídico procesal de la prueba trasladada en el Código Procesal Civil, siendo dos los dispositivos legales que la regulan: a) El artículo 198, el cual prescribe: “*Las pruebas obtenidas válidamente en un proceso tienen eficacia en otro. Para ello, deberán constar en copia certificada por el auxiliar jurisdiccional respectivo y haber sido actuadas con conocimiento de la parte contra quien se invocan. Puede prescindirse de este último requisito por decisión motivada del Juez*”; y b) El artículo 240, el cual prescribe: “Es

improcedente el ofrecimiento de expedientes administrativos o judiciales *en trámite*. En este caso, la parte interesada puede presentar copias certificadas de este.

De la regulación de las leyes procesales civiles se tiene que la eficacia de una prueba (entiéndase en sentido lato: fuente de prueba, medio de prueba y prueba propiamente dicha) puede ser trasladada a otro proceso judicial siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos:

1. La prueba que se pretende trasladar, no debe haber sido desconocida, tachada u opuesta, o anulada por ilegal o ilícita en el proceso primigenio o de origen, esto es, la prueba debe haber sido válidamente obtenida.

2. Debe constar en copia certificada por el auxiliar jurisdiccional.

3. La prueba debe haber sido actuada con conocimiento de la parte contra quien se invocan, a efectos de garantizar el derecho de defensa de las partes procesales.

Asimismo, la regulación procesal civil establece los siguientes límites a la prueba trasladada:

1. Debe existir coincidencia total o parcial entre las partes procesales. Se exceptúa, mediante decisión motivada del juez.

2. Es improcedente el ofrecimiento de expedientes administrativos o judiciales en trámite.¹²

Si bien es cierto el Código Procesal Penal no regula expresamente el tratamiento de la prueba trasladada, existe un dispositivo legal en su articulación que lo hace de forma indirecta, tal como lo regula, principalmente, los numerales 1 y 2 del artículo 157 del Código Procesal Penal, el cual prescribe:

“1. Los hechos objeto de prueba pueden ser acreditados por cualquier medio de

prueba permitido por ley. Excepcionalmente, pueden utilizarse otros distintos, siempre que no vulneren los derechos y garantías de la persona, así como las facultades de los sujetos procesales reconocidos por la ley. La forma de su incorporación se adecuará al medio de prueba más análogo, de los previstos, en lo posible.

2. En el proceso penal no se tendrán en cuenta los límites probatorios establecidos por las leyes civiles, excepto aquellos que se refieren al estado civil o de ciudadanía de las personas”.

Por tanto, en mi opinión, al permitirse la aplicación del principio de libertad de prueba en el proceso penal, es de inferirse que se permite la aplicación de la prueba trasladada, pero con la característica de que no se tendrán en cuenta las limitaciones probatorias establecidas por el reglamento del derecho procesal civil.

Se me podrá objetar diciendo que al realizar una interpretación literal del artículo 157° numeral 2 del Código Procesal Penal, se hace referencia a límites probatorios establecidos por las “leyes civiles”, mas no por las “leyes procesales civiles”, por lo que resulta ilógico pensar que en el proceso penal no pueda aplicarse las mismas limitaciones que en el proceso civil, máxime si se está aplicando subsidiariamente el Código Procesal Civil con respecto a la prueba trasladada, al no existir una regulación expresa en el Código Procesal Penal. Sin embargo, deberá notarse que el dispositivo legal en mención se encuentra regulado en un Código adjetivo, en la sección II: la prueba, Título I: preceptos generales, “medios de prueba”, por lo que la interpretación literal es incorrecta en este caso, pues lo que el dispositivo procesal hace referencia es a las limitaciones probatorias, independientemente de si estas se encuentran en el orden sustantivo civil o en el orden procesal civil²⁷, esto es, a las leyes (procesales) civiles, lo cual es corroborado con una

27 Cfr. ALSINA, Hugo, Tratado teórico-práctico de derecho procesal civil y comercial, 2.ª ed., Ediar, Buenos Aires,

interpretación sistemática con el numeral 1 del mismo artículo 157 del Código Procesal Penal; estableciéndose una única excepción: será de aplicación restrictiva, las limitaciones procesales civiles, en aquellos casos en que quiera probarse el estado civil o la ciudadanía de las personas. Pero ¿por qué este carácter especial respecto a la no aplicación de las limitaciones probatorias en el proceso penal? Porque la vigencia de tales restricciones probatorias, las mismas que obedecen a un obstáculo formalista, podría generar la impunidad de algunos delitos²⁸.

Ahora bien, al determinarse que las limitaciones probatorias no son de aplicación en el proceso penal —salvo las que tenga por objeto la probanza del estado civil o de la ciudadanía de las personas—, por tanto, las limitaciones del Código Procesal Civil respecto a la prueba trasladada no serán de aplicación tampoco en el proceso penal, por ende, se puede invocar prueba trasladada de un expediente en trámite, entre partes no coincidentes en su totalidad. Y ¿cuál es la finalidad de ello? No solamente el no dejar impune algún delito materia de un proceso penal, sino también a efectos de causar duda razonable en el juzgador o aportar contra indicios suficientes que desvirtúen la prueba indiciaría del Ministerio Público, o sencillamente aportar elementos probatorios para la defensa de cualquier parte procesal, principalmente del imputado.

Para ilustrar mejor el planteamiento del problema, se propone el siguiente caso denominado la “Cajita de cartón”:

Caso 1. Ticio, chofer de la empresa de transportes “El rayo valenciano” se traslada desde la ciudad de Talara con destino a la ciudad de Sullana. En la garita de control de

1963.1.1, p. 37. No interesa si una limitación probatoria se encuentra en la ley civil o en la ley procesal civil, pues se trata de un dispositivo procesal y pertenece al derecho procesal, independientemente del Código donde se encuentre.

Aduanas de Los Órganos, efectivos de la Policía Nacional del Perú encuentran una cajita de cartón que contenía tres paquetes semicirculares precintados con cinta negra adhesiva con un peso de 8 kilogramos de marihuana cada uno, sin ningún distintivo o pertenencia a algún pasajero o encomienda dejada en administración, se encuentra debajo del asiento del conductor. Ticio es detenido y llevado a audiencia de prisión preventiva, donde se meritúan los elementos fundados y graves de convicción de la Fiscalía Especializada Antidrogas, declarando el juzgador fundado el requerimiento de prisión preventiva por 9 meses por la presunta comisión del delito de tráfico ilícito de estupefacientes. Dicha resolución judicial es consentida por el imputado.

Caso 2. A la semana, Claudio, chofer de la misma empresa de transportes “El rayo valenciano”, el cual se traslada de Talara a Sullana, pero en el trayecto sube Cayo como pasajero de ruta. En la garita de control de Aduanas de Los Órganos, efectivos de la Policía Nacional del Perú, encuentran una cajita de cartón que contenía tres paquetes semicirculares precintados con cinta negra adhesiva con un peso de 8 kilogramos de marihuana cada uno, sin ningún distintivo o pertenencia a algún pasajero o encomienda dejada en administración, sin embargo, esta vez la cajita de cartón se encontraba en la bodega del bus. Claudio indica a Cayo ser el propietario al haber manifestado que subió como pasajero de ruta y solicitó guardar su cajita de cartón en la bodega del bus. Cayo es llevado a audiencia de prisión preventiva por el delito de tráfico ilícito de estupefacientes al requerimiento del fiscal Especializado Antidrogas. En audiencia, la defensa del imputado solicita que se incorpore como prueba trasladada la copla certificada de la resolución judicial que declaró fundada la prisión preventiva de Ticio respecto del Caso 1.

Se pregunta: ¿existe conexidad entre el Caso 1 y el Caso 2? ¿Hay coincidencia parcial, total o nula entre las partes procesales en ambos casos? ¿Se meritúan los

elementos fundados y graves de convicción del fiscal en una audiencia de prisión preventiva? ¿Se puede solicitar la incorporación de una prueba trasladada en una audiencia que no es juicio oral? ¿Para que haya prueba trasladada necesariamente se debe actuar en audiencia? ¿Qué se traslada: la prueba propiamente dicha o la valoración que se hace de ella? cuando solicito la incorporación de prueba trasladada de una sentencia (prueba documental), ¿qué se traslada en realidad y requiere o no estar revestida con el carácter de cosa juzgada?

Estas y otras preguntas se resolverán mediante el desarrollo de este pequeño trabajo respecto al tratamiento de la prueba trasladada en el proceso penal.

3.3.2.- Concepto de prueba trasladada.

En palabras del maestro DEVIS ECHANDÍA, se entiende por prueba trasladada “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”.

Se debe acotar que, históricamente, no era aceptado reconocerle ningún valor probatorio, con motivo de la existencia del principio de independencia de los procesos, sin embargo, se observó que, siempre y cuando, se preserve su validez formal con garantía del control judicial, podría ser admitida, pero con sujeción a ciertas limitaciones y requisitos bajo los cuales se entiende deben producirse.

Se trata de una prueba originalmente producida o provocada con ocasión de un juicio diferente a aquel en que, en el momento actual, pretende de nuevo hacerla valer y no cabe duda que se trata de una prueba cuya evacuación ha sido extra litem, pero que se la lleva a otro proceso, con el rigor de cualquier otra prueba normal, y que por tanto debe revestir todos los caracteres formales y materiales de una prueba producida en juicio.

Cuando se hace referencia a prueba, no necesariamente se refiere a la prueba propiamente dicha, esto es, aquella que ha sido actuada y valorada por el juzgador, plasmando la valoración probatoria en la sentencia a efectos de resolver la litis que se le ha puesto en conocimiento. Por tanto, puede válidamente referirse a los medios de prueba, es decir, a aquellas fuentes de prueba que han sido admitidas por el juzgador, libres de tachas u oposiciones (en el proceso penal, solo de oposiciones), de nulidades e ilicitudes. En palabras del maestro MONTERO AROCA, “medio de prueba es esencialmente la actuación procesal por la que una fuente se introduce al proceso”.

Es por demás, nuevamente acotar que la prueba trasladada de un pro-ceso primigenio a un proceso penal nuevo, no requiere formalidades difíciles de completar, con trámites innecesarios o imposibles de cumplir, pues nuestra propia regulación ha establecido que no se aplican las limitaciones probatorias en el proceso penal.

Por otro lado, se ha de acotar que en el distrito judicial de Sullana, mediante el Pleno Jurisdiccional Distrital en materia penal de fecha 14 de octubre de 2013, se llegó al siguiente acuerdo: “En el nuevo sistema procesal penal es admisible la denominada prueba trasladada, entendida esta como el desplazamiento material de las pruebas practicadas válidamente de un proceso a otro, cualquiera 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”.

Lo que hace que se admita el traslado de una prueba, de un primer proceso a otro, es el hecho del aporte de la probanza o la probabilidad para probar un dato táctico que se requiere necesariamente, a criterio de la defensa o del Ministerio Público e inclusive de oficio a criterio del juzgador, probar en juicio para efectos de determinar la culpabilidad

o la inocencia del procesado, al encontrarse en juego el derecho constitucionalmente protegido a la libertad personal.

Para algunos, la prueba trasladada tiene el valor probatorio de un indicio que debe ser valorada con otros elementos de convicción; por tanto, y tal como se había establecido en cierto sector de la doctrina con la vigencia del Código de Procedimientos Penales, no es suficiente su simple oralización, sino que deberá exigirse su ratificación, esto es, deberá actuarse la prueba en juicio oral, siendo citados el testigo, los peritos o coimputados, para efectos de garantizar el derecho de defensa y el contradictorio en audiencia.

En mi opinión, considero que la prueba trasladada por los peritos, testigos, informes (de Órganos de Control Institucional o de Contraloría General de la República) o de coimputados, resultan ser plenos en ciertas ocasiones, por ejemplo, en la coincidencia total o parcial de las partes procesales, no requiriendo de otros medios de prueba para ser suficientes. Sin embargo, cuando se trasladada una sentencia de un proceso a otro, está por sí misma no resulta ser suficiente y plena para acreditar los hechos, por cuanto no se le puede obligar al juez del proceso nuevo a “pensar” y “valorar” en los mismos términos al juicio o razonamiento del juez del proceso donde se emitió la sentencia o resolución que se pretende ahora trasladar, pues los jueces, al aplicar la sana crítica en la valoración de los medios de prueba que se actúan, tienen lógica y reglas de experiencia distintas; no obstante, deberán respetar y no contradecir la sentencia revestida con el carácter de cosa juzgada.

Así el Tribunal Constitucional, en el Expediente N.º 0012-2008-AI/TC (fundamentos 29 y 30) considera que “la prueba trasladada precisa de algunos criterios para evitar defectos o vicios en su aplicación:

- i) En principio, la sentencia de un proceso penal puede ser utilizada en cualquier otro proceso, pero ello no la convierte en prueba plena;
- ii) Los hechos acreditados en esa sentencia están en relación a los condenados;
- iii) Si un tercero es juzgado por los mismos hechos, puede cuestionar no solo si tales hechos han ocurrido, sino también cuestionar su participación en ellos;
- iv) 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 defensa; y
- v) Además, en relación a la valoración de la precitada sentencia, 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 la doctrina nacional, resulta pertinente lo señalado por ROSAS YATACO, quien sostiene que se le llama trasladada a la prueba cuya práctica y admisión se ha efectuado en un proceso determinado y de la cual se obtiene copia certificada para ser presentada en otro proceso penal; agrega que es importante indicar que este tipo de prueba se practica con base en el principio de libertad probatoria y la búsqueda de la verdad real de los hechos.²⁹ (ROSASYATACO 2016)

Con un matiz en cuanto a una argumentación favorable sobre la prueba trasladada, SAAVEDRA DIOSES indica que esta institución probatoria tiene su fundamento jurídico en el principio de unidad jurisdiccional, es decir, la prueba trasladada a un determinado

²⁹ ROSAS YATACO, Jorge. La prueba en el proceso penal. Volumen 1, Ediciones Legales. Lima, 2016, p. 425.

proceso es perfectamente válida y surte todos sus efectos por cuanto cualesquiera que sean las personas y el derecho material aplicable, sean juzgados y tribunales integrados al Poder Judicial, todos al ejercer potestad jurisdiccional tienen el mismo estatus y los mismos efectos, lo cual exige que exista un solo Poder Judicial, el cual no puede ser menos; por ende, existe una enorme responsabilidad en cada uno de los órganos jurisdiccionales al momento de resolver un caso concreto, pues la valoración y la decisión que se tome tendrá que ser respetada por otro órgano jurisdiccional al momento de actuar una prueba trasladada³⁰. (SAAVEDRA: 2015)

A nivel de la judicatura nacional, se han mostrado a favor de dicha institución; así se tiene el Pleno Jurisdiccional Distrital de Sullana, de fecha 14 de octubre de 2013, donde se determinó que: “En el nuevo sistema procesal penal es admisible la denominada prueba trasladada, entendida esta como el desplazamiento material de las pruebas prácticas válidamente en un proceso a otro, cualquiera que sea el medio utilizado, llámese declaración de parte, testimonio de terceros, dictamen de peritos, inspección judicial, documentos, etc., al haber consagrado en el código procesal penal el principio de libertad probatoria”. Asimismo, resulta conveniente anotar que, el Tribunal Constitucional, en el Exp. N° 0012-2008-AI/TC, se ha pronunciado sobre la constitucionalidad de la prueba trasladada, en el extremo del transbordo de sentencias, como medios de prueba, hacia procesos penales distintos a aquél³¹. (EXPEDIENTE 012-2008)

³⁰ SAAVEDRA DIOSES, Flavio. “El tratamiento de la prueba trasladada en el Código Procesal Penal”. En: HERRERA GUERRERO, Mercedes y VILLEGAS PAIVA, Elky (Coordinadores). La prueba en el proceso penal. Instituto Pacífico, Lima, 2015, p. 172.

³¹ Sentencia constitucional, recaída en el Exp. N° 0012-2008-AI/TC, FF.JJ. 29-30, del 14 de julio de 2010.

3.3.3.- El derecho Constitución aliciente protegido a la prueba.

En nuestro idioma no existen palabras específicas que hagan referencia a los principales rubros sobre los cuales se orienta la prueba en juicio. Así, el término “prueba” es polisémico, pues designa diversos aspectos, cada uno con un significado especial. Además, la prueba judicial resulta ser un instrumento procesal multidisciplinario, al involucrar varias áreas del quehacer humano, haciendo la distinción en tres de sus principales factores: la prueba como actividad, como medio y como resultado.

En el Derecho comparado, la doctrina española regula el contenido constitucional de la prueba en cuatro facultades: a) El derecho a ofrecer los medios de prueba que se crean adecuados a fin de corroborar los hechos expuestos; b) El derecho a que se admitan los medios de prueba ofrecidos; c) El derecho a que se practiquen las pruebas admitidas; y c) El derecho a que se valoren adecuadamente las pruebas practicadas.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia nacional recogen esas cuatro facultades del derecho a la prueba y agrega una más: el derecho a que se asegure la producción o conservación de la prueba a través de la actuación anticipada y adecuada de los medios probatorios.

Ahora bien, el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la prueba permite ofrecer los medios probatorios adecuados a fin de corroborar 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, y crear convicción en el juzgador; dicha facultad se encuentra íntimamente vinculada al derecho a la libertad de prueba, la cual permite ofrecer cualquier medio de prueba y no verse restringido por un *numerus clausus* de tipos de medios probatorios, pues se pueden ofrecer medios de prueba típicos como atípicos.

Así, el derecho a la prueba no da derecho a que el juzgador se dé por convencido ante los medios probatorios que ante él se admiten o se actúan, sino a que se admitan y actúen los ofrecidos por los sujetos procesales.

Siendo esto así, las partes procesales pueden ofrecer expedientes judiciales — incluso de otras vías procesales: civil, laboral, entre otras— a fin de incorporar algún dato táctico en el nuevo proceso penal donde se ha solicitado la incorporación de prueba trasladada. Dichos expedientes judiciales son ofrecidos como prueba documental.

3.3.4.- La prueba trasladada y su vinculación con el principio de unidad de jurisdicción.

Como se mencionó anteriormente, la prueba trasladada es aquella que resulta admitida y actuada válidamente en un proceso primigenio y ofrecida en un proceso posterior, cuyo fundamento de validez radica en el principio de la unidad de la jurisdicción, en cuanto todos los jueces a nivel nacional tienen la misma jurisdicción al cien por ciento para administrar justicia al estar entroncados en el mismo estatus en el Poder Judicial.

La prueba trasladada comprende tanto a las pruebas ofrecidas, actuadas y valoradas en un primer proceso; como todo el proceso en sí, el cual se resume en la sentencia de fondo. Dicha sentencia es ofrecida como prueba documental en un proceso posterior y tiene el carácter de documento público al ser recabado dentro de un proceso judicial y emitido por un funcionario público (el juez); por tanto, requiere constar en copia certificada por el auxiliar jurisdiccional respectivo. La copia certificada no es simplemente un requisito ad solemnitatem al momento de solicitar su incorporación como prueba trasladada en el nuevo proceso penal, sino también esta garantizará su autenticidad y el conocimiento de la parte procesal contra quien se invoca, o de la parte procesal que recién toma conocimiento a efectos de poder ofrecer una nueva contraprueba a dicha

prueba trasladada. Debe tenerse en cuenta que dicha sentencia que es ofrecida como prueba trasladada no solamente contiene la decisión judicial sobre el fondo de un primer conflicto de intereses intersubjetivos en materia penal, sino que además contiene una serie de razonamientos y juicios realizados por el órgano jurisdiccional, entre ellos, la valoración conjunta de los medios probatorios aportados por las partes procesales; los cuales en su conjunto se encuentran revestidos con el carácter de cosa juzgada.

Es por ello que, de ser el caso, cuando se ofrecen expedientes judiciales como prueba trasladada debe especificarse la o las piezas procesales respectivas de dicho expediente judicial, pues podrían formularse contra ellos alguna oposición, dado que resultan ser impertinentes e innecesarios dichos medios de prueba, puesto que un expediente judicial comprende denuncia, declaraciones (de testigos, imputados y agraviados) a nivel fiscal, actas fiscales, disposiciones, requerimientos, providencias, cédulas de notificación, autos, inspecciones fiscales, dictámenes periciales, sentencias (de primera y segunda instancia, y de casación), recurso de apelación, casación, queja, reposición, entre otras figuras jurídicas procesales, lo que resultaría tedioso para el órgano jurisdiccional que se encuentra resolviendo evaluar cada una de las piezas procesales que comprende el expediente judicial que se acaba de ofrecer como prueba trasladada en el nuevo proceso penal.

Así mismo, la prueba producida en otro expediente judicial puede no ser seguido entre las mismas partes, sino entre un tercero y una de ellas (coincidencia parcial), siempre y cuando haya sido citada la parte procesal contra quien se pretende oponer y esta haya sido citada y haya tenido la oportunidad de intervenir, a efectos de garantizar el derecho de defensa y el contradictorio, por cuanto, la prueba trasladada está relacionada con la valoración que se efectúa en *strictu sensu* a una prueba admitida (medio de prueba), actuada y valorada (prueba propiamente dicha) en otro proceso penal, siendo una

condición de validez de la prueba trasladada el respeto al principio de bilateralidad, donde la prueba haya sido introducida con intervención controlada de la parte contra quien se intenta utilizar.

Todo lo anteriormente mencionado tiene su fundamento jurídico en el principio de unidad jurisdiccional, es decir, la prueba trasladada a un determinado proceso es perfectamente válida y surte todos sus efectos por cuanto cualesquiera que sean las personas y el derecho material aplicable, sean juzgados y tribunales integrados al Poder Judicial, todos al ejercer potestad jurisdiccional tienen el mismo estatus y los mismos efectos, lo cual exige que exista un solo Poder Judicial, el cual no puede ser menos; por ende, existe una enorme responsabilidad en cada uno de los órganos jurisdiccionales al momento de resolver un caso en concreto, pues la valoración y la decisión que se tome tendrá que ser respetada por otro órgano jurisdiccional al momento de actuar una prueba trasladada.

3.3.5.- La Prueba Traslada y su vinculación con el carácter de cosa juzgada al momento de ser valorada

La valoración o apreciación de la prueba es una actividad fundamentalmente cognitiva y la más importante que realiza el juez, pues de esta dependerá el resultado final del proceso. Aquí el órgano jurisdiccional percibe, representa o reconstruye los hechos, los razona y determina si le han causado o no convicción. Por tanto, el magistrado realiza los siguientes pasos al momento de valorar en su conjunto el material probatorio: a) Determina con qué medios de prueba, válidamente aportados en el proceso, cuenta; b) Confronta los medios de prueba unos contra otros; c) Establece las conclusiones a las que arriba después de confrontar los medios de prueba; y d) Expresar por escrito las conclusiones a las que arribó.

Tal como ya se expuso anteriormente cualquier parte procesal puede ofrecer como prueba trasladada alguna sentencia expedida en otro proceso concluido, ya sea del mismo derecho material aplicable o de otro, ya sea entre las mismas partes o entre una de ellas y un tercero. Esta sentencia trasladada resume un expediente completo, pues en ella se encuentran plasmados los razonamientos y juicios realizados por el órgano jurisdiccional al momento de valorar todas las pruebas en su conjunto y la decisión tomada al momento de emitir la respectiva resolución judicial.

Cuando esta sentencia trasladada adquiere la calidad de firme y de ejecutoriada alcanza el carácter de cosa juzgada por lo que todo lo plasmado en ella y lo determinable también estará revestido con este carácter y deberá ser respetado en su integridad por los otros órganos jurisdiccionales al momento de valorar la misma en una determinada litis, en la cual se ha ofrecido como prueba documental trasladada en virtud al artículo 198 del Código Procesal Civil.

3.3.6.- Resolviendo las incógnitas planteadas en el problema.

A continuación se responderán las incógnitas formuladas en el planteamiento de la cuestión, desarrollándose el caso hipotético propuesto a manera de ilustración:

Para responder a las dos primeras preguntas: “¿existe conexidad entre el Caso 1 y el Caso 2?” y “¿hay coincidencia parcial, total o nula entre las partes procesales en ambos casos?”, se deberá tener en cuenta que la conexidad debe analizarse en tres elementos del proceso: a) elemento objetivo: la pretensión punitiva; b) elemento subjetivo: las partes procesales; y c) la causa pe- tendí: los fundamentos de la pretensión punitiva. Si existe coincidencia (mas no identidad, pues habrá vulneración al principio non bis in ídem, y ello se determina examinando los hechos: fecha, hora, lugar y circunstancias) entre los

tres elementos, habrá coincidencia total; si no hay coincidencia en alguno de los tres elementos, será una coincidencia nula; y si hay en alguno de los tres, será parcial.

Así, respecto al elemento objetivo, se tiene que en ambos procesos se investiga al imputado por el delito de tráfico ilícito de drogas, en cuanto a actos de tráfico de estupefacientes.

Luego, respecto al elemento subjetivo, se tiene que tanto en el Caso 1 y en el Caso 2, se trata del Ministerio Público-Fiscalía Especializada Antidrogas; mientras que el imputado en el Caso 1, se trata de Ticio, chofer del bus; y en el Caso 2, se trata de Cayo, pasajero de ruta. También, no ha de perderse de vista que en los dos casos, hay una referencia a la empresa de transportes “El rayo valenciano”, la cual válidamente podría solicitarse su constitución como tercero civilmente responsable. Por tanto, hay coincidencia parcial en este segundo elemento.

Finalmente, respecto al tercer elemento, esto es, la causa petendi, en ambos casos se tiene el hecho de la posesión de la cajita de cartón que contenía los tres paquetes precintados de droga en el bus de transportes “El rayo valenciano” (en el caso 1, en la caseta del conductor; mientras que, en el caso 2, en la bodega del bus) en la ruta Talara-Sullana. Por ende, hay coincidencia en este elemento.

En conclusión, hay coincidencia parcial entre el Caso 1 y el Caso 2.

Respecto a la incógnita: “¿se meritúan los elementos fundados y graves de convicción del fiscal en una audiencia de prisión preventiva?”, mi respuesta es positiva, pues para que el juez de investigación preparatoria pueda declarar fundado o infundado el requerimiento de prisión preventiva debe merituar (en el sentido, que las partes procesales oralizan en audiencia las piezas documentales que son parte de sus

argumentos, así como el propio juez analiza al solicitarle al señor fiscal la Carpeta Fiscal) los elementos fundados y graves de convicción citados por el representante del Ministerio Público.

Al momento que el juez de investigación preparatoria entra a analizar los elementos fundados y graves de convicción del fiscal, así como las fuentes de prueba que son ofrecidas por la defensa, dota de un valor probatorio a cada uno. Considero que al momento de llevarse a cabo la audiencia de prisión preventiva, el juez meritúa los medios de prueba de cada una de las partes procesales y al emitir su resolución, las dota de un valor probatorio, si bien es cierto no es un valor probatorio respecto al fondo del asunto, esto es, la responsabilidad penal del procesado, si respecto a los hechos que en grado de probabilidad sustentarán la situación jurídica del procesado. Al dotarse de una valoración, los convierte en prueba y su valor puede ser trasladado, siempre que dicha resolución adquiera la calidad de cosa juzgada.

Por otro lado, en referencia a la pregunta: “¿se puede solicitar la incorporación de una prueba trasladada en una audiencia que no es juicio oral?”, mi respuesta es positiva, pues tal como ya se expuso anteriormente, la prueba ha de tratarse de un medio de prueba ofrecido o meritulado en audiencia, por lo que deberán ser incorporados en la audiencia de prisión preventiva (tal como lo hace la defensa al solicitar la incorporación de las constancias domiciliarias o las partidas de nacimiento de los menores de edad, a efectos de acreditar el arraigo domiciliario y familiar), máxime si hay un debate donde el derecho constitucionalmente protegido de la libertad está en juego.

Con el desarrollo de la anterior pregunta, se podrá conquistar a esta: “¿para que haya prueba trasladada necesariamente se debe actuar en audiencia?”, siendo mi respuesta negativa, pues basta que haya sido admitida la prueba del proceso primigenio que se tiene pensado trasladada.

La pregunta más difícil resulta ser la siguiente: “¿qué se traslada: la prueba propiamente dicha o la valoración que se hace de ella?”, siendo mi respuesta: “depende”, pues dependerá de qué clase de prueba trasladada estoy solicitando se incorpore en el proceso posterior. Si se trata de la incorporación de prueba trasladada de una pieza documental, testimonial o pericial, se ha de trasladar la prueba propiamente dicha, pues tendrá la calidad de prueba indiciaria, que deberá corroborarse con otros medios de prueba; mientras que se trata de la incorporación de prueba trasladada en cuanto sentencia o auto revestido con carácter de cosa juzgada, se tendrá que trasladar la valoración que el juez del proceso primigenio haya realizado.

En último lugar, cabe desarrollar la última pregunta: “cuando solicito la incorporación de prueba trasladada de una sentencia (prueba documental), ¿qué es lo que se traslada y si requiere o no estar revestida con el carácter de cosa juzgada?”, respondiendo que lo trasladado es la valoración en sí que haya realizado el juez del proceso primigenio, por lo que deberá estar revestido con el carácter de cosa juzgada.

3.3.7.- Base Legal.

Para proseguir con el estudio de la prueba trasladada, resulta conveniente aterrizar en la fuente normativa que la regula. En ese sentido, una primera disposición normativa que podría ser empleada a fin de dilucidar la validez de la prueba trasladada es la que contempla nuestro Código Procesal Civil de 1993, en su artículo 198 (Eficacia de la prueba en otro proceso), cuyo tenor literal es el siguiente:

“Las pruebas obtenidas válidamente en un proceso tienen eficacia en otro. Para ello, deberán constar en copia certificada por el auxiliar jurisdiccional respectivo y haber sido actuadas con conocimiento de la parte contra quien se invocan. Puede prescindirse de este último requisito por decisión motivada del Juez”.

Asentados ya en el campo del proceso penal, tenemos que esta institución fue prevista en el artículo 261 del Código de Procedimientos Penales de 1940.³² (normativa modificada por el artículo 1 del D. Leg. N° 983, publicado el 22 julio 2007), cuya regulación, salvo lo atinente a la supresión de la figura de “asociación ilícita para delinquir”, no dista mucho de la actual normativa que prevé este instituto probatorio; en ese sentido, la Ley N° 30077 (Ley contra el Crimen Organizado), emitida el 19 de agosto de 2013 –que entró en vigencia a partir de 1 de julio de 2014-, en su Capítulo V –valoración de la prueba-, artículo 20, es la que regula lo concerniente a la prueba trasladada en los procesos seguidos contra organizaciones criminales, en los siguientes términos:

3.3.7.1.- Artículo 20. Prueba trasladada

En los casos de delitos cometidos a través de una organización criminal, las pruebas admitidas y actuadas a nivel judicial pueden ser utilizadas o valoradas en otro proceso penal, siempre que su actuación sea de imposible consecución o de difícil reproducción debido al riesgo de pérdida de la fuente de prueba o de amenaza para un órgano de prueba.

³² Artículo 261 (Prueba trasladada).- “En los delitos perpetrados por miembros de una organización criminal o asociación ilícita para delinquir, la Sala a pedido de las partes o de oficio podrá realizar las actuaciones probatorias siguientes:

Las pruebas admitidas y practicadas ante un Juez o Sala Penal podrán ser utilizadas o valoradas en otro proceso penal, siempre que su actuación sea de imposible consecución o difícil reproducción por riesgo de pérdida de la fuente de prueba o de amenaza para un órgano de prueba. Sin necesidad de que concurran tales motivos, podrán utilizarse los dictámenes periciales oficiales, informes y prueba documental admitida o incorporada en otro proceso judicial. La oposición a la prueba trasladada se resuelve en la sentencia.

La sentencia firme que tenga por acreditada la existencia o naturaleza de una organización delictiva o asociación ilícita para delinquir determinada, o que demuestre una modalidad o patrón de actuación en la comisión de hechos delictivos o los resultados o daños derivados de los mismos, constituirá prueba con respecto de la existencia o forma de actuación de esta organización o asociación en cualquier otro proceso penal, la misma que deberá ser valorada conforme al artículo 283”.

En los casos en que no se presenten tales circunstancias, puede utilizarse los dictámenes periciales oficiales, informes y prueba documental admitida o incorporada en otro proceso judicial, dejando a salvo el derecho a la oposición de la prueba trasladada, la cual se resuelve en la sentencia.

La sentencia firme que tenga por acreditada la existencia, estructura, peligrosidad u otras características de una determinada organización criminal, o que demuestre una modalidad o patrón relacionados a la actuación en la comisión de hechos delictivos, así como los resultados o consecuencias lesivas derivados de los mismos, constituye prueba respecto de tales elementos o circunstancias en cualquier otro proceso penal.

Para estos efectos, debe tenerse en consideración los siguientes criterios:

a) El valor probatorio de la prueba trasladada está sujeto a la evaluación que el órgano judicial realice de todas las pruebas actuadas durante el proceso en que ha sido incorporada, respetando las reglas de la sana crítica, la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos.

b) La prueba trasladada debe ser incorporada válidamente al proceso, debiendo respetarse las garantías procesales establecidas en la Constitución Política del Perú.

c) La persona a la que se imputa hechos o circunstancias acreditados en un anterior proceso penal tiene expedito su derecho para cuestionar su existencia o intervención en ellos”.

Habiéndonos formado una idea general de lo que consiste la prueba trasladada, corresponde analizar su operatividad en el proceso penal, con especial incidencia en el transbordo de prueba personal.

3.3.7.3.- Principio de contradicción.

El artículo I del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Penal (NCPP) reconoce como principio o criterio rector de la justicia penal que toda persona tenga derecho a un juicio previo, oral, público y contradictorio; debiéndose entender al juicio no en su acepción restringida a una de las etapas del proceso común (precedente a la etapa de investigación y etapa intermedia), sino en su acepción genérica a todo el procedimiento de investigación, discusión y resolución del conflicto jurídico penal, por ello, es de suma importancia para los operadores del nuevo modelo acusatorio adversarial, interiorizar al contradictorio no sólo en su versión clásica como derecho a la defensa, sino en especial como el método más perfecto de búsqueda de la verdad en el proceso penal.

3.3.7.3.-Contradictorio como derecho.

El principio contradictorio (o de contradicción) es la posibilidad que tienen las partes de cuestionar preventivamente todo aquello que pueda luego influir en la decisión final y como tal presupone la paridad de aquéllas (acusación y defensa) en el proceso: puede ser eficaz sólo si los contendientes tienen la misma fuerza o, al menos, los mismos poderes. Es la posibilidad de refutación de la contraprueba. Representa a su vez el derecho a la igualdad ante la ley procesal, de contar con las mismas armas para formar –con las mismas posibilidades- el convencimiento del juzgador.

El contradictorio tienen lugar cuando se asegura que el imputado conozca en que consiste la acusación y cuáles son las pruebas ya constituidas que la confirmarían, así como participar en la formación de la prueba (buscar fuentes de prueba) y en el control de la prueba ya producida: “contradictorio para la prueba y contradictorio sobre la prueba”. Si bien es cierto que el fiscal tiene más poderes que el imputado en la formación de la prueba al tener la dirección de la investigación, ello importa que a la defensa se le

reconozca en forma efectiva el papel contradictorio en todo momento y grado del procedimiento, tal es así, que como lo prevé los artículos 337.4 y 338.1 del NCPP el imputado puede solicitar la actuación y asistir a las diligencias pertinentes y útiles para el esclarecimiento de los hechos durante la investigación preparatoria.

3.3.7.4.- Contradictorio como método

El contradictorio además de constituir un derecho del imputado (defensa en juicio), es el método más conveniente para el descubrimiento de la verdad (aproximativa, nunca absoluta), como correspondencia respecto de los hechos que constituyen el objeto de la acusación y luego de la condena. Es una técnica o método basado en la actuación de las partes para el descubrimiento de la verdad, deja al juez que debe decidir el caso en una situación de tercero ajeno y no involucrado en esa actividad. Es un método probatorio en grado de procurar la mejor reconstrucción objetiva de los hechos. Más que un principio procesal es un sistema lógico de conocimiento, por ello, constituye la “estructura” esencial del proceso.

Como criterio epistemológico en el ámbito judicial, el contradictorio es un método de investigación judicial importado de la investigación científica, del método ensayo-error de Karl Popper: “la teoría más apta que está a nuestro alcance mediante la eliminación de las que son menos aptas”, precisamente, el conocimiento científico (y su progreso) se basa en la crítica de las conjeturas ensayadas, de manera tal que puedan éstas puedan ser controladas, refutadas y cambiadas.

3.3.7.5.- Contradictorio en el modelo inquisitivo

El modelo inquisitivo se inspira en la figura ingenua del “juez imparcial” que debe producir las pruebas de cargo y descargo (tarea única e indivisible), con el fin de llegar a

la “verdad absoluta”. Hay una reducida -sino nula- participación de la defensa en la formación y crítica de la prueba (reglas de prueba legal, la confesión por tortura o intimidación, interrogatorio del tribunal, pruebas de oficio). La ley lo obliga a adoptar la posición de parte en el proceso, a tener interés propio en la decisión, a abandonar su posición neutral frente al acontecimiento, a conocer por las suyas la verdad de un acontecimiento histórico (investigar ex officio). No existe una clara separación de funciones, que garantice la imparcialidad del juez y asegure la carga de la prueba en cabeza de la acusación. Se apuesta por una LÓGICA VERIFICACIONISTA en que la hipótesis (acusatoria) es seleccionada en forma arbitraria y asumida como dogma por el juez (convicción subjetiva, no racional), para luego buscar solo elementos que lo corroboren y defiendan a cualquier precio. El juez asume una actitud dogmática – pseudo científica. Recuérdese el proceso sumario y ordinario bajo las reglas del Código de Procedimientos Penales de 1940, cuando el juez instructor asume como hipótesis oficial y única la teoría del caso de la parte acusadora expuesta en la formalización de la denuncia fiscal, que servía de sustento fáctico y normativo al autoapertorio de instrucción, tendiendo en adelante la investigación a su sola verificación.

3.3.7.6.- Contradictorio en el modelo acusatorio

En el modelo acusatorio existe una clara distinción entre pruebas de cargo y descargo, se pasa del principio de autoridad al principio dialéctico, por el cual la formación de la prueba es una función de las partes controladas por el juez imparcial (separación de funciones). La privación del ejercicio del contradictorio es inconstitucional y lesiona el derecho de defensa en juicio. La sanción penal es válida en la medida que la hipótesis acusatoria haya sido sometida al contradictorio y esté basada en la verdad del hecho contenido en ella. La LOGICA FALSACIONISTA aplicado al modelo acusatorio impone que la hipótesis acusatoria sea solo una simple conjetura

(relativa), que debe ser confrontada con la hipótesis de la defensa, está sujeta a refutación y confirmación por elementos probatorios, precisando que la hipótesis de la defensa no necesita el mismo grado de confirmación que la acusación (duda). El juez en este modelo adopta una actitud crítica - científica. El contradictorio en el NCPP, estimula que la hipótesis acusatoria del fiscal desde la apertura del juicio sea confrontada y refutada con la hipótesis exculpatória de la defensa, a través de un exigente control de la actividad probatoria de cargo, que requiere el grado máximo de certeza del juez para condenar y sólo la duda o la probabilidad para absolver o sobreseer.

3.3.8.- Actividad de la prueba trasladada.

El traslado de prueba comporta el desarrollo de la actividad procesal propia de cualquier clase de prueba. Por lo que las fases de postulación, admisión, actuación y valoración son también de aplicación a la prueba trasladada.

En lo atinente al momento procesal de **ofrecimiento** de la prueba trasladada, tenemos que esta se puede dar a partir del pedido de alguna de las partes, como excepcionalmente, hacerlo el organismo jurisdiccional de oficio, recogiendo los parámetros que expone el Código de Procedimientos Penales de 1940.

Si bien la prueba trasladada, a nivel legal, no tiene un medio de prueba específico en virtud del cual se permita su incorporación al procesamiento penal, se entiende que por el principio de libertad probatoria, contemplado en el **artículo 157, inciso 1, del Código Procesal Penal de 2004**, el cual sostiene lo siguiente: “Los hechos objeto de prueba pueden ser acreditados por cualquier medio de prueba permitido por la ley. Excepcionalmente, pueden utilizarse otros distintos, siempre que no vulneren los derechos y garantías de la persona, así como las facultades de los sujetos procesales reconocidas por la ley. La forma de su incorporación se adecuará al medio de prueba más

análogo, de los previstos, en lo posible”, es totalmente viable que con base a la fuente de prueba que se desee incorporar, esta se podrá determinar en el medio de prueba que más se adecúe a su naturaleza.

Hemos de hacer énfasis que el principio de libertad en la utilización de medios probatorios, aduce que el mayor valor con que cuenta el ordenamiento hace que todas las normas relacionadas con la actividad probatoria, entre ellas las que tipifican los medios de prueba, deban interpretarse de la manera más favorable para la efectividad y virtualidad de su contenido; por lo tanto, ninguna tipificación del material probatorio puede tener el carácter taxativo, antes bien, debe existir absoluta libertad para incorporar como medios de prueba los nuevos instrumentos de reproducción o conservación de los hechos que provean los avances de la ciencia y de la técnica³³.

En lo que respecta a su **admisión**, esta tiene que cumplir con los principios de utilidad, pertinencia, conducencia, licitud, etc. Tal situación se encuentra regulada de manera expresa en la Ley N° 30077, que en su artículo 20, inciso 4, literal b), establece que: “La prueba trasladada debe ser incorporada válidamente al proceso, debiendo respetarse las garantías procesales establecidas en la Constitución Política del Perú”.

Ahora bien, en lo concerniente a la etapa de **actuación**, tenemos que, como indicamos líneas *supra*, este debería practicarse en caso se subsuma como medio de prueba documental, a través del procedimiento de su lectura.

Asimismo, somos de la idea que sobre la práctica de la prueba trasladada en juicio oral, esta debe realizarse en consonancia al cumplimiento de los principios de publicidad, oralidad, inmediación y contradicción.

Esta preocupación la recoge el artículo 20, inciso 4, literal c) de la Ley N° 30077, cuando establece que: “La persona a la que se imputa hechos o circunstancias acreditados

33 BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. Ob. cit., pp. 121-122.

en un anterior proceso penal tiene expedito su derecho para cuestionar su existencia o intervención en ellos”.

Bajo esa línea de pensamiento, Rosas Castañeda, precisa que es condición esencial para la validez de la prueba trasladada que en su actuación se haya observado la plena vigencia del principio de bilateralidad, que debe exteriorizarse en el hecho de que la prueba se haya introducido con intervención controladora de la parte contra quien se intenta utilizar el medio. Además, agrega que la prueba producida en otro proceso debe haber sido originada con intervención de la parte contra la que se pretende hacer valer³⁴
35.

Finalmente, sobre la **valoración** de este instituto probatorio, advertimos que esta debe guiarse conforme a las reglas de la libre valoración, es decir, con base a las reglas de la lógica, las leyes de la ciencia y las máximas de la experiencia, construyendo un resultado probatorio en base a la actuación de las demás pruebas actuadas en el juicio oral; estos mandatos los hayamos regulados en el artículo 20, inciso 4, literal a) de la Ley N° 30077.

3.3.9.- Supuestos de aplicación.

Debemos comenzar por afirmar que esta modalidad de prueba solo se puede aplicar en el procesamiento penal seguido contra una organización criminal, tal cual lo prescribe la Ley N° 30077, en el primer inciso del artículo 20. La figura delictiva de organización criminal, actualmente regulado en el artículo 317 del Código Penal^(2é), además de

34 ROSAS CASTAÑEDA, Juan Antonio. “Exclusión probatoria de las declaraciones inculpativas del coimputado prestadas en otro proceso y no ratificadas en el juicio oral”. En: Actualidad Jurídica. N° 157, Gaceta Jurídica, Lima, diciembre de 2006, p. 127.

35 *Artículo 317.- Organización Criminal:

El que promueva, organice, constituya, o integre una organización criminal de tres o más personas con carácter estable, permanente o por tiempo indefinido, que de manera organizada, concertada o coordinada, se repartan diversas tareas o funciones, destinada a cometer delitos será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa, e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 1), 2), 4) y 8). La pena será no menor de quince ni mayor de veinte años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa, e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 1), 2), 4) y 8) en los siguientes supuestos:

Cuando el agente tuviese la condición de líder, jefe, financista o dirigente de la organización criminal. Cuando producto del accionar delictivo de la organización criminal, cualquiera de sus miembros causa la muerte de una persona o le causa lesiones graves a su integridad física o mental”.

interpretarse conforme a la literalidad de su norma, debe enmarcarse en lo que se conoce como “criminalidad organizada”, la que se entiende como “(...) toda actividad delictiva que ejecuta una organización de estructura jerárquica o flexible, dedicada de manera continua o permanente a la provisión y comercio de bienes, medios o servicios legalmente restringidos, de expendio fiscalizado o de circulación prohibida, los cuales cuentan con una demanda social interna o internacional, potencial o activa, pero siempre en crecimiento. Además, estas actividades criminales se reproducen y extienden aplicando una eficiente dinámica funcional de abuso, inserción, o gestión de posiciones, expectantes o consolidadas, de poder político, económico o tecnológico”^{*36}.

Habiendo dicho esto, tenemos que un **primer supuesto** de prueba trasladada se puede presentar en el proceso posterior como una prueba anticipada. Ello responde a que la actuación de la fuente u órgano de-prueba actuado en el primer proceso será indisponible en el segundo, por lo que solamente será viable que se puedan incorporar mediante su lectura, lo cual propiciará que las partes puedan debatirlo en el segundo plenario.

Un **segundo supuesto** que regula la normativa sobre prueba trasladada es la posibilidad de transportar los dictámenes periciales oficiales, informes y prueba documental admitida o incorporada en otro proceso judicial anterior. Resulta conveniente resaltar aquí, la llamada de atención que realiza Herrera Guerrero, cuando sostiene que el principal problema en la prueba trasladada en nuestro ordenamiento es el relativo a la prueba de carácter personal^{*37}; toda vez que, siguiendo a Miranda Estrampes: “(...) 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

36 PRADO SالدARRIAGA, Víctor Roberto. Criminalidad organizada y lavado de activos. Idemsa, Lima, 2013, p. 60.

37 HERRERA GUERRERO, Mercedes. “La prueba trasladada en los procesos penales seguidos contra miembros de organizaciones criminales. Una primera aproximación”. En: Gaceta Penal & Procesal Penal, Tomo 89, Gaceta Jurídica. Lima, noviembre de 2016, p. 37.

podría en muchos casos considerarse una prueba prohibida o ilícita, ya que conforme al concepto de esta -que consideramos más preciso-, un medio o fuente de prueba es ilícito o prohibido cuando vulnera el contenido esencial de 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^{*38}.

Sin embargo, hemos de precisar que los supuestos de prueba trasladada no regulan el trasbordo de pruebas testimoniales, más sí el de dictámenes periciales oficiales e informes, los cuales si bien son emitidos por un perito (prueba de carácter personal) se legitima su traslado a partir de la declaración oficial que hacen estos en el primer proceso.

Por otro lado, tenemos que la prueba documental se pueda trasladar al segundo proceso. Sobre este caso en específico, es pertinente señalar un concepto de este medio de prueba; así, tenemos que San Martín Castro, siguiendo a Moras Mom, expresa que la prueba documental es un medio de prueba de carácter material -se trata de un soporte u objeto material: es prueba real y objetiva- que refleja un contenido de ideas: datos, hechos o narraciones, con eficacia probatoria, que se introduce al juicio oral, en cumplimiento del principio de oralidad, a través de la lectura, de la audición o del visionado -se entiende de sus partes pertinentes- Es pues, el aporte de conocimiento al proceso con relación a la materia debatida, emergente de cosas u objetos materiales -soportes materiales- aptos para conservar y transmitir expresiones de voluntad humana³⁹.

Hemos de señalar que por su naturaleza no habría problema en trasladar al segundo proceso la prueba documental, toda vez que esta se incorpora al plenario por intermedio

38 ídem.

39 SAN MARTÍN CASTRO, César. Derecho Procesal Penal. Lecciones. Inpeccp y Cénales, Lima, 2015, p. 548.

de su lectura o glose, permitiendo que las partes puedan observar y/o escuchar el contenido del documento, lo que asegura que estos puedan ejercer el contradictorio respectivo.

Por último, el **tercer supuesto** prevé la posibilidad que una sentencia firme, que tenga por acreditada la existencia, estructura, peligrosidad u otras características de una determinada organización criminal, o que demuestre una modalidad o patrón relacionados a la actuación en la comisión de hechos delictivos, así como los resultados o consecuencias lesivas derivados de los mismos, pueda ser trasladada.

Sobre esta situación, Saavedra Dioses, sostiene que la prueba trasladada comprende tanto a las pruebas ofrecidas, actuadas y valoradas en un primer proceso, como todo el proceso en sí, el cual se resume en la sentencia de fondo. Dicha sentencia es ofrecida como prueba documental en un proceso posterior y tiene el carácter de documento público al ser recabado dentro de un proceso judicial y emitido por un funcionario público (el juez); por tanto, requiere constar en copia certificada por el auxiliar jurisdiccional respectivo. La copia certificada no es simplemente un requisito *ad solemnitatem* al momento de solicitar su incorporación como prueba trasladada en el nuevo proceso penal, sino también así está garantizada su autenticidad y el conocimiento de la parte procesal contra quien se invoca, o de la parte procesal que recién toma conocimiento a efectos de poder ofrecer una nueva contraprueba a dicha prueba trasladada. Debe tenerse en cuenta que dicha sentencia que es ofrecida como prueba trasladada no solamente contiene la decisión judicial sobre el fondo de un primer conflicto de intereses intersubjetivos en materia penal, sino que además contiene una serie de razonamientos y juicios realizados por el órgano jurisdiccional, entre ellos, la valoración conjunta de los medios probatorios aportados por las partes procesales; los cuales en su conjunto se encuentran revestidos

con el carácter de cosa juzgada⁴⁰.

No obstante, Pérez Arroyo acota que es necesario indicar que lo descrito no constituye un supuesto de prueba trasladada, ya que dicha institución solo hace referencia al traslado de “elementos de prueba”. Por ello, es de aclarar que lo que se traslada son los “hechos probados” contenidos en la sentencia, hechos que al ser contenidos en una sentencia “firme”, se transforman en lo que la doctrina se conoce como “hechos notorios judiciales”^{41 42}.

“Un hecho notorio judicial está constituido por un hecho que es de general conocimiento para el ordenamiento jurídico, como son las sentencias firmes; por ello no es necesaria su probanza teniéndose por validado. Esto es, si ya se ha acreditado para el ordenamiento jurídico que un grupo de sujetos pertenece a una organización criminal, ¿por qué tendría que probarse nuevamente? Evidentemente, existe una garantía que fundamenta su valoración: la cosa juzgada, es decir, un hecho que ha sido judicialmente resuelto y que se encuentra en estado de cosa juzgada no amerita ser probado, bastando para ello únicamente, su invocación. Conforme se señaló, el tercer supuesto no es parte de la doctrina de prueba trasladada, sino de las máximas troncales de los hechos exentos de prueba que habilitan su no acreditación por ser incontrovertibles”⁰³¹.

No participamos de la idea que torna innecesario considerar una sentencia que tenga la condición de firmeza como prueba trasladada, debido a que ésta no se introduce al proceso penal referente como un “objeto de prueba”, sino como un medio de prueba que desplaza toda la información probatoria al segundo proceso.

Por otro lado, nuestro Tribunal Constitucional, en el Exp. N° 0012- 2008-AI/TC, sobre la constitucionalidad de la prueba trasladada ha sostenido lo siguiente:

40 SAAVEDRA DIOSES, Flavio. Ob. cit., p. 171.

41 PÉREZ ARROYO, Miguel. “La interpretación del Tribunal Constitucional de la garantía del plazo razonable y de la prueba trasladada. Comentarios a la STC Exp. N° 00012- 2008-PI-TC”. En: Gaceta Penal & Procesal Penal, Tomo N° 14, Gaceta Jurídica, Lima, agosto de 2010, p. 21.

42 Ibidem, pp. 21-22.

“El precitado artículo 1 del Decreto Legislativo N° 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 a 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; y d) Además, en relación a 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”³⁴).

En lo atinente a pruebas producidas en un primer juicio, si bien Eduardo Couture sostuvo que: “No es tanto un problema de formas de la prueba, como 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 y de impugnación que la ley otorga en el juicio en el que se produjeron. Esas pruebas producidas con todas las garantías, son eficaces para acreditar los hechos que fueron motivo de debate en el juicio anterior y que vuelven a repetirse en el nuevo proceso^{43 44}; existe una arista sumamente interesante, la cual consiste en determinar si el instituto de la prueba trasladada trastoca o no algunos principios de la actividad probatoria tales como el de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción.

Debemos señalar que el principio del contradictorio es el principio preeminente de la actividad probatoria. La aportación de la prueba por cualquiera de las partes se efectúa bajo el control oportuno de la parte contraria. La admisión de esa prueba es decidida por el juzgador imparcial, evaluando los argumentos oralmente expresados por dichas partes en audiencia. La aplicación eficiente del contradictorio también requiere como presupuesto el conocimiento adecuado del resultado de la fase preparatoria del juicio (de lo investigado), los fundamentos (fácticos y jurídicos) de la acusación y el empleo adecuado del lenguaje oral y las terminología jurídico pertinente⁽³⁶⁾.

Por lo que consideramos que la prueba trasladada para su validez debe cumplir con el principio de contradicción o bilateralidad, es decir, que en su actuación, la prueba haya sido introducida con intervención controlada de la parte contra quien se pretende utilizar.

Pongamos un ejemplo a nivel fáctico; se rinde testimonio en un proceso, en donde este acto procesal se consigna en una constancia documental, por lo que siendo inicialmente la prueba testimonial, está por el traslado adquiere luego características de prueba documental. Para algunos esta situación genera problemas en cuanto al principio de contradicción e inmediación, toda vez que es imposible interrogar o contra interrogar un documento; lo que ocasionaría que finalmente la percepción judicial sobre este medio

43 STC Exp. N° 0012-2008-AI/TC, fundamentos jurídicos 29 y 30.

44 COUTURE, Eduardo. Fundamentos del Derecho Procesal Civil. 3ª edición, Depalma, Buenos Aires, 1958, pp. 255-256.

probatorio sería mínimo o irrelevante al momento de resolver.

Lo esencial del debate probatorio consiste en introducir la fuente de prueba mediante el medio de prueba idóneo. Su finalidad es el esclarecimiento integral del caso para que, a su vez, el juzgador expida un fallo justo^{45 46}.

Otro pronunciamiento jurisdiccional donde podemos advertir el uso correcto de la “prueba trasladada” es el siguiente: “La convocatoria a juicio de testigos o la incorporación de la prueba trasladada son legítimas siempre que su incorporación esté sujeta al control de las partes; su actuación sea sometida a debate en el estadio que corresponda, y su mérito probatorio sea explicado de manera razonable, coherente y objetiva por el juez; condiciones que fueron cumplidas por la Sala Superior. La prueba trasladada no es implicate con la autoridad de cosa juzgada del hecho probado, si con su incorporación, debate y valoración no se cuestiona su contenido y su vinculación con los hechos que fueron probados en la instancia en donde se generaron”^{47 48}.

Por otro lado, tenemos que la inmediación entre el juzgador, las partes, defensores y órganos de prueba durante el debate probatorio es fundamental. Propicia el conocimiento directo, en original (en su autenticidad) de la personalidad, experiencia, emotividad, temperamento, mayor o menor velocidad mental, conocimiento especializado o no, mendacidad o sinceridad, capacidad mnémica, tipo de atención, etc. Ese cúmulo de información se irá reflejando y sintetizando en las neuronas tanto del juzgador como del fiscal y del defensor^{<39)}.

El problema al parecer estriba en que con la prueba trasladada no se respetaría el principio de inmediación debido a que el juez del segundo proceso simplemente

45 MIXÁN MASS, Florencio. Cuestiones epistemológicas y teoría de la investigación de la prueba. Ediciones BLG, Trujillo, 2009, p. 179.

46 idem.

47 Resolución recaída en el R.N. N° 5385-2006-Lima, fundamento jurídico 4.5.3.b), emitido por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, de fecha 26 de noviembre de 2007.

48 MIXÁN MASS, Florencio. Ob. cit., p. 178.

recepcionaría una prueba que ya fue actuada y valorada, otorgándole incluso un “peso” determinado a esta.

Una de las resoluciones más importante en donde se empleó esta institución probatoria es la sentencia recaída en el Exp. N° A.V N° 27- 2003⁴⁹, que resolvió la causa contra Alberto Fujimori Fujimori y otros por los delitos de asociación ilícita para delinquir, colusión ilegal, peculado, malversación de fondos, etc., en donde nuestra Corte Suprema de Justicia estableció lo siguiente: “Institución de la prueba trasladada. Esta declaración testimonial es de singular importancia, pues relata el conocimiento personal que tiene acerca de los hechos que han realizado otras personas y que ha captado por medio de su intervención, por lo que cobra relevancia para generar convicción y establecer la participación de los agentes en este hecho delictivo. No obstante, se debe precisar que esta prueba -testifical- no se recabó en este juicio oral, sino que proviene de otro proceso penal en el que Montesinos Torres se acogió a la terminación anticipada. Nuestro ordenamiento penal para este tipo de situaciones ha considerado la ‘prueba trasladada’ como mecanismo de complementación probatoria, recurriendo a la prueba que obra en otro proceso, obviamente simultáneo o anterior, con las formalidades legales.

El artículo 261 del Código de Procedimientos Penales regula el procedimiento en este tipo de prueba, estableciendo en el párrafo segundo, que las pruebas admitidas y practicadas ante un juez o sala penal podrán ser utilizadas o valoradas en otro proceso penal, siempre que su actuación sea de imposible consecución o difícil reproducción por riesgo de pérdidas de la fuente de prueba o de amenaza para un órgano de prueba. Es de precisar, que este tipo de prueba, obviamente, tiene que reunir ciertos requisitos para que cuente con valor y fuerza acreditativa; así debe ser practicado válidamente en el proceso penal; del mismo modo, su traslado al segundo proceso debe ser pedido y solicitado en

49 Resolución recaída en el Exp. N° A.V N° 27-2003, emitido por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia, de fecha 22 de setiembre de 2011.

tiempo oportuno; la declaración o documento trasladado debe constar en copia autenticada. Todas estas exigencias han sido cumplidas en este caso.

De otro lado, se debe señalar que los requisitos legales de la prueba trasladada se configuran o califican en función del proceso fuente, esto es, del que se obtendrá la actuación probatoria para incorporarla al proceso en curso. Por tanto, desde el proceso fuente, por imperio de la norma analizada, debe calificarse las actuaciones que podrán ser aportadas. Esto también ha sido cumplido.

En consecuencia, lo que pueda calificarse como testimonial, está en función del proceso fuente y no del proceso receptor. Tal límite tendría como fundamento que la declaración de un testigo no compareciente al acto de juicio oral impide al tribunal escuchar y ver, conforme al principio de inmediación, y a las partes, someterlas a la pertinente contradicción. Este motivo razonable también se ha cumplido, pues Montesinos Torres, en su calidad de ‘testigo impropio’ se acogió a su derecho a guardar silencio.

Desde esta perspectiva, es posible establecer la presencia de un concierto ilegal y de una defraudación al ordenamiento financiero o presupuestal del Estado que estuvo encabezado por el ex Presidente de la República Alberto Fujimori Fujimori, quien determinó que la mejor forma de generar recursos destinados al “fondo de contingencia” era mediante la compra de armas, en las que se obtenían jugosas comisiones. Así las cosas, la adquisición de los aviones para fortalecer el armamento de la Fuerza Área, vía Ministerio de Defensa y con los recursos provenientes de la privatización, tuvo como único fin generar ingresos ilegales a los intervinientes en dichas adquisiciones”.

3.- METODOLOGÍA.

3.1.- Tipo y diseño de Investigación

Tipo de Investigación:

La investigación Básica del nivel Descriptivo-explicativo, cuya finalidad es profundizar y ampliar los conocimientos sobre el tema de investigación la Prueba trasladada.

3.2.- Población y Muestra

Población.

Poder Judicial.- Distrito Judicial de Lambayeque

Muestra.

Casuística, jurisprudencia.

3.3.- Diseño de Investigación:

No Experimental, su finalidad es estudiar el hecho jurídico identificado. Se empleó el diseño Transversal, que se realizó la recolección de datos del hecho jurídico en un solo momento o en un tiempo único. (Carhuaz 2017-2018).

3.4.- Variables.

3.4.1.-Variable independiente

- La Prueba trasladada.

3.4.2.- Variable dependiente.

- Principio de Contradicción en el NCPP.

3.5.- Métodos de Investigación

Método Dogmático: Encaminada al estudio e investigación de la doctrina (instrumentos lógicos, inducción, deducción, análisis, síntesis, analogía, comparación).

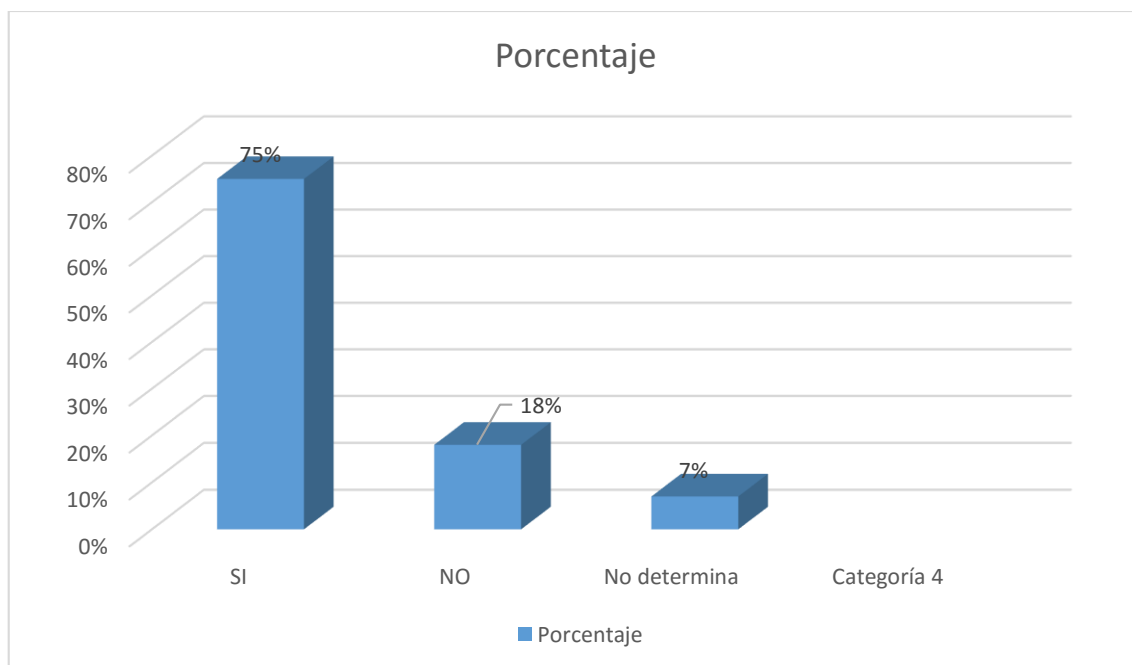
Método Hermenéutico: este método trata de observar algo y buscarle significado. En sentido estricto, siempre que los datos o las partes de un todo se presten a diferentes interpretaciones.

4.- RESULTADOS

4.1.- Resultado de encuestas.

1.- ¿Considera Ud. a la prueba como medio determinante para establecer al responsabilidad del delito?

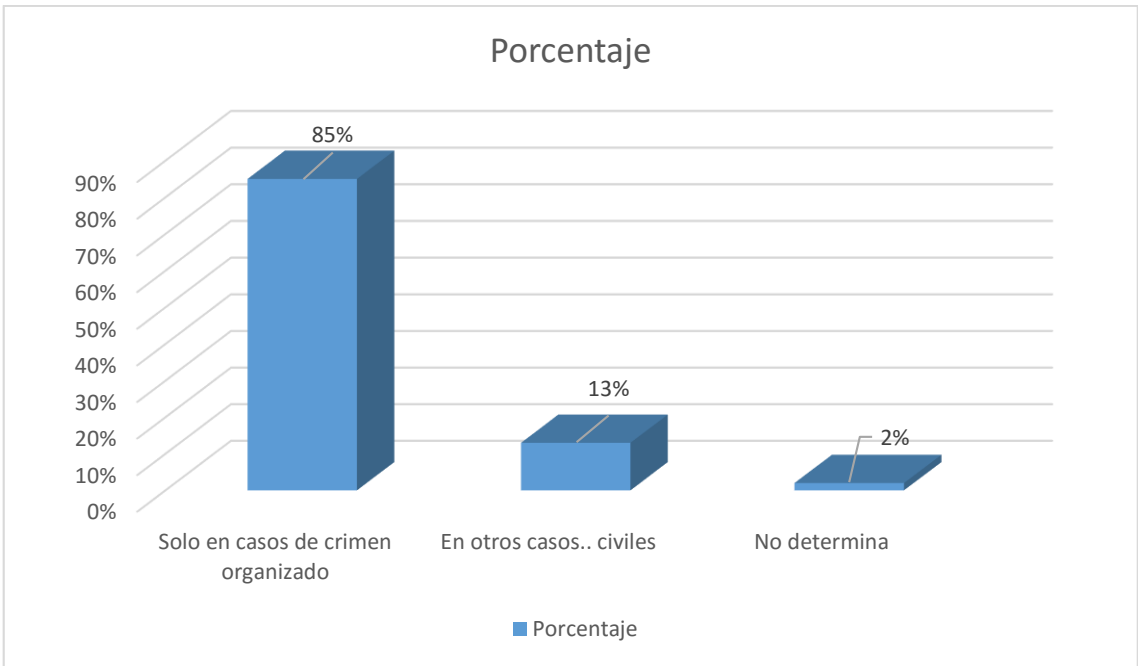
Respuesta:	Porcentaje	Total
Si	75 %	
No	18 %	
No determina	07 %	
Total		100%



El 75% de encuestados considera que si es medio determinante para establecer al responsabilidad del delito. Mientras que un 18% considera lo contrario. Existe aún el 7% que no determina la importancia de la prueba dentro del proceso penal.

2.- Conocedor de la prueba en el proceso penal, podría explicar el procedimiento de la prueba trasladada en el proceso penal.

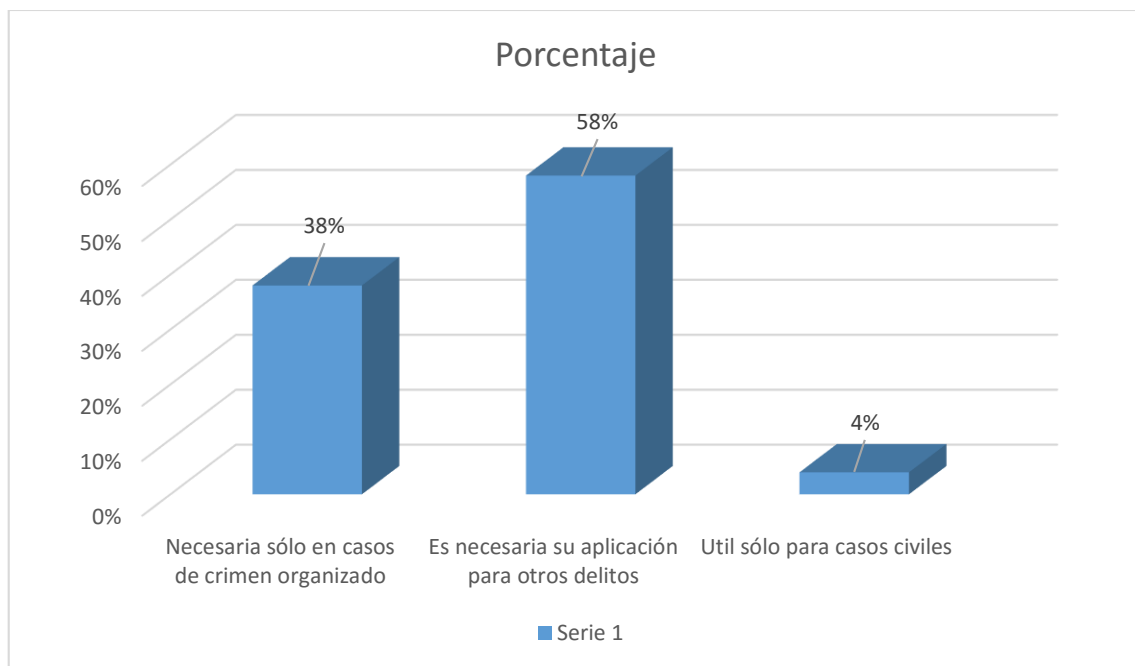
Respuesta:	Porcentaje	Total
Solo en casos de crimen organizado	85%	
En otros casos.. civiles	13%	
No determina	02%	
Total		100%



El 85% de encuestados considera que solo se da en casos de crimen organizado, el 13% considera sólo en casos civiles, mientras un 2% no determina.

3.- En su opinión ¿que nos podría decir, respecto a la prueba trasladada?

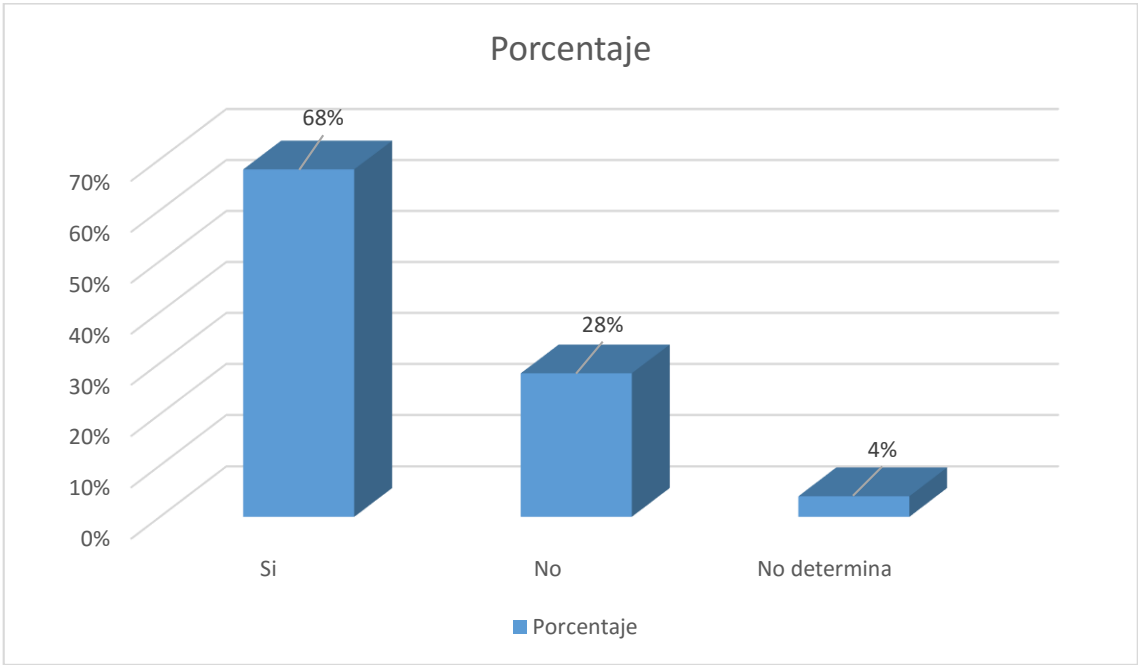
Respuesta:	Porcentaje	Total
Necesaria sólo en casos de crimen organizado	38%	
Es necesaria su aplicación para otros delitos	58%	
Útil sólo para casos civiles	04%	
Total		100%



Los entrevistados en un 38% consideran que es necesaria sólo en casos de crimen organizado, asimismo un 58% considera que es necesaria su aplicación para otros delitos comunes y un 04% considera que es sólo útil sólo para casos civiles.

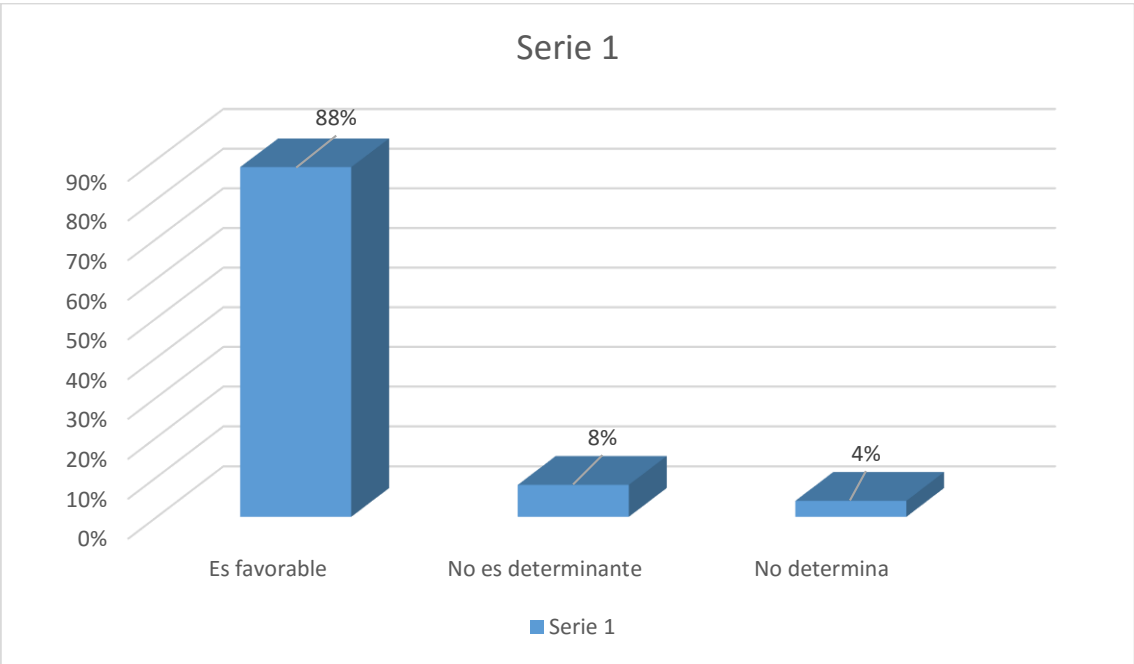
5. ¿En su opinión la prueba trasladada podría ser considerada como medio probatorio que permite a los jueces valorar su validez y eficacia probatoria?

Respuesta:	Porcentaje	Total
Si	68%	
No	28%	
No determina	04%	
Total		100%



6 ¿Cómo abogado/ Operador jurídico; que nos podría recomendaría, respecto a la aplicación de la prueba trasladada en el proceso común en el nuevo código procesal penal?

Respuesta:	Porcentaje	Total
Es favorable	88%	
No es determinante	8%	
No determina	4%	
Total		100%



El 88% de los entrevistados, considera que si es favorable, mientras un 8% considera que no es determinante 8% y un 4% No determina.

CONCLUSIONES

1. No existe ningún dispositivo legal del Código Procesal Penal que regule expresamente el tratamiento de la prueba trasladada, como sí se encontraba anteriormente regulado en el artículo 272 del Código de Procedimientos Penales.
2. El dispositivo legal del artículo 272 del Código de Procedimientos Penales aplicaba la prueba trasladada únicamente para aquellos casos vinculados a la existencia y el modus operandi de una organización delictiva o de una asociación ilícita para delinquir; estableciendo la valoración de la prueba trasladada de un informe pericial, de un informe, de una prueba documental e incluso de una sentencia en otro proceso penal.
3. Si bien es cierto, el Código Procesal Penal no regula expresamente el tratamiento de la prueba trasladada, existe un dispositivo legal en su articulación que lo hace de forma indirecta, tal como lo regula, principalmente, los numerales 1 y 2 del artículo 157 del Código Procesal Penal.
4. Cuando se hace referencia a prueba, no necesariamente se refiere a la prueba propiamente dicha, esto es, aquella que ha sido actuada y valorada por el juzgador, plasmando la valoración probatoria en la sentencia a efectos de resolver la litis que se le ha puesto en conocimiento. Por tanto, puede válidamente referirse a los medios de prueba, es decir, aquellas fuentes de prueba que han sido admitidas por el juzgador, libres de tachas u oposiciones (en el proceso penal, solo de oposiciones), de nulidades e ilicitudes.
5. Lo que hace que se admita el traslado de una prueba de un primer proceso a otro es el hecho del aporte de la probanza o la probabilidad para probar un dato táctico que se requiere necesariamente, a criterio de la defensa o del Ministerio Público e inclusive de oficio a criterio del juzgador, probar en juicio a efectos de determinar la culpabilidad o la inocencia del procesado, al encontrarse en juego el derecho constitucionalmente protegido a la libertad personal.

6. Para algunos, la prueba trasladada tiene el valor probatorio de un indicio que debe ser valorada con otros elementos de convicción; por tanto, y tal como se había establecido en cierto sector de la doctrina con la vigencia del Código de Procedimientos Penales, no es suficiente su simple oralización, sino que deberá exigirse su ratificación, esto es, deberá actuarse la prueba en juicio oral, siendo citados el testigo, los peritos o coimputados, a efectos de garantizar el derecho de defensa y el contradictorio en audiencia.
7. La prueba trasladada comprende tanto a las pruebas ofrecidas, actuadas y valoradas en un primer proceso; como todo el proceso en sí, el cual se resume en la sentencia de fondo. Dicha sentencia es ofrecida como prueba documental en un proceso posterior y tiene el carácter de documento público al ser recabado dentro de un proceso judicial y emitido por un funcionario público (el juez); por tanto, requiere constar en copia certificada por el auxiliar jurisdiccional respectivo. La copia certificada no es simplemente un requisito ad solemnitatem al momento de solicitar su incorporación como prueba trasladada en el nuevo proceso penal, pues esta garantizará su autenticidad y el conocimiento de la parte procesal contra quien se invoca, o de la parte procesal que recién toma conocimiento a efectos de poder ofrecer una nueva contraprueba a dicha prueba trasladada.
8. La prueba trasladada a un determinado proceso es perfectamente válida y surte todos sus efectos, en virtud a su íntima relación con el principio de unidad de la jurisdicción; por cuanto, cualesquiera que sean las personas y el derecho material aplicable, sean juzgados y Tribunales integrados al Poder Judicial, todos al ejercer potestad jurisdiccional tienen el mismo estatus y los mismos efectos, lo cual exige que exista un solo Poder Judicial, el cual no puede ser menos; por ende, existe una enorme responsabilidad en cada uno de los órganos jurisdiccionales al momento de resolver un caso en concreto, pues la valoración y la decisión que se tome tendrá que ser respetada por otro órgano jurisdiccional al momento de actuar una prueba trasladada.
9. La conexidad entre dos procesos, a efectos de solicitar la incorporación de prueba trasladada, deberá centrarse en tres elementos: a) elemento objetivo: la pretensión punitiva; b) elemento subjetivo: las partes procesales; y c) la causa petendi: los fundamentos de la pretensión punitiva. Si existe coincidencia (mas no identidad,

pues habrá vulneración al principio non bis in ídem, y ello se determina examinando los hechos: fecha, hora, lugar y circunstancias) entre los tres elementos, habrá coincidencia total; si no hay coincidencia en alguno de los tres elementos, será una coincidencia nula; y si hay en alguno de los tres, será parcial.

RECOMENDACIONES

1. Por tanto, en mi opinión, al permitirse la aplicación del principio de libertad de prueba en el proceso penal, es de inferirse que se permite la aplicación de la prueba trasladada, pero con la certeza de que no se tendrán en cuenta las limitaciones probatorias establecidas por la regulación del derecho procesal civil.
2. La prueba producida en otro expediente judicial puede no ser seguido entre las mismas partes, sino entre un tercero y una de ellas (coincidencia parcial), siempre y cuando haya sido citada la parte procesal contra quien se pretende oponer y esta haya sido citada y haya tenido la oportunidad de intervenir, a efectos de garantizar el derecho de defensa y el contradictorio, por cuanto, la prueba trasladada está relacionada a la valoración que se efectúa en *stríctu sensu* a una prueba admitida (medio de prueba), actuada y valorada (prueba propiamente dicha) en otro proceso penal; siendo una condición de validez de la prueba trasladada, el respeto al principio de bilateralidad, donde la prueba haya sido introducida con intervención controlada de la parte contra quien se intenta utilizar.
3. Se recomienda la modificación del Proceso Penal, respecto a la aplicación de la prueba trasladada, para que también sea considerada dentro del juicio oral en los procesos comunes, ya que la figura de la prueba traslada ha permitido resolver situaciones complejas de juzgamiento a asociaciones ilícitas para delinquir, así como coadyuvará a la realización de la actividad probatoria en los procesos contra la criminalidad organizada; causas penales que por su complejidad trasuntan en la necesidad de incorporar pruebas que ya se han practicado y valorado anteriormente, a razón de que se torna imposible su convocatoria al nuevo juicio por motivo de irreproductibilidad material, de riesgo o amenaza hacia la fuente u órgano de prueba.

BIBLIOGRAFIA

1. ARMENTA DEU, Teresa. *Lecciones de Derecho Procesal Penal*. Marcial Pons, Madrid, 2003.
2. BENTEIAM, Jeremías. *Tratado de las pruebas judiciales*. Establecimiento tipográfico de Don Ramón Rodríguez de Rivera, Madrid, 1847.
3. BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. *El derecho a probar o derecho a la prueba como elemento esencial de un proceso justo*. 2ª edición, Ara editores, Lima, 2015.
4. CAFFERATA ÑORES, José y HAIRABEDIÁN, Maximiliano. *La prueba en el proceso penal, con especial referencia a los códigos procesales penales de la Nación y de la Provincia de Córdoba*. 6ª edición, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2008.
5. COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. 3ª edición, Depalma, Buenos Aires, 1958.
6. CHALA, Rubén. *La prueba en el proceso penal*. Hammurabi, Buenos Aires,
7. **2010.**
8. DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial*. Tomo I, Víctor P. de Zavalía Editor, Buenos Aires, 1970.
9. FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Marcial Pons, Madrid, 2007.
10. HERRERA GUERRERO, Mercedes. “La prueba trasladada en los procesos penales seguidos contra miembros de organizaciones criminales. Una primera aproximación”. En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*, Tomo 89, Gaceta Jurídica, Lima, noviembre de 2016.
11. KIELMANOVICH, Jorge Leonardo. *Teoría de la prueba y medios probatorios*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996.
12. MIDÓN, Marcelo Sebastián. *Derecho probatorio. Parte general*. Volumen I, Ediciones jurídicas Cuyo, Mendoza, 2007.
13. MIXÁN MASS, Florencio. *Cuestiones epistemológicas y teoría de la investigación de la prueba*. Ediciones BLG, Trujillo, 2009.

14. MONTERO AROCA, Juan. *Proceso (civil y penal) y garantía. El proceso como garantía de libertad y de responsabilidad*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
15. MUÑOZ SABATÉ, Luis. *Técnica probatoria*. Temis, Bogotá, 1997.
16. PARRA QUIJANO, Jairo. *Manual de derecho probatorio*. 18ª edición, Librería Ediciones del Profesional LTDA, Bogotá, 2011.
17. PICÓ I JUNOY, Joan. “El derecho constitucional a la prueba y su configuración legal en el nuevo proceso civil español”. En: *La ciencia del Derecho Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho. Tomo X. Tutela judicial y derecho procesal*. Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea (coordinadores). Instituto de investigaciones jurídicas. UNAM, México D.F., 2008.
18. PRADO SALDARRAGA, Víctor Roberto. *Criminalidad organizada y lavado de activos*. Idemsa, Lima, 2013.
19. QUISPE FARFAN, Fanny Soledad. “Investigación preliminar: naturaleza y duración”. En: *Anuario De Derecho Penal 2011-2012, Ministerio Público y Proceso Penal*, 2012.
20. REYNA ALFAR O, Luis Miguel. *La defensa del imputado: Perspectivas garantistas*. Jurista Editores, Lima, 2015.
21. ROSAS CASTAÑEDA, Juan Antonio. “Exclusión probatoria de las declaraciones inculpativas del coimputado prestadas en otro proceso y no ratificadas en el juicio oral”. En: *Actualidad Jurídica*. N° 157, Gaceta Jurídica, Lima, diciembre de 2006.
22. ROSAS YATACO, Jorge. *La prueba en el proceso penal*. Volumen 1, Ediciones Legales, Lima, 2016.
23. PÉREZ ARROYO, Miguel. “La interpretación del Tribunal Constitucional de la garantía del plazo razonable y de la prueba trasladada. Comentarios a la STC Exp. N° 00012-2008-PI-TC”. En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*, Tomo N° 14, Gaceta Jurídica, Lima, agosto de 2010.
24. SAAVEDRA DIOSES, Flavio. “El tratamiento de la prueba trasladada en el Código Procesal Penal”. En: *La prueba en el proceso penal*. Herrera Guerrero, Mercedes y Villegas Paiva, Elky (coordinadores). Instituto Pacífico, Lima, 2015.

25. SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal. Lecciones*. Inpeccp y Cénales. Lima, 2015.
26. TALAVERA ELGUERA, Pablo. *La prueba en el nuevo proceso penal. Manual del derecho probatorio y de la valoración de las pruebas en el proceso penal común*. AMAG, Lima, 2009.