

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
ESCUELA DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO PENAL



**La naturaleza jurídica de la prueba preconstituida en el Código Procesal
Penal de 2004**

Tesis para optar el grado académico de Magíster en Derecho Penal

Autor:

Erick Salas Barrera

Asesor:

Prof. Mag. Héctor Fidel Rojas Rodríguez

Jurado:

Prof. Dr. Iván Fabio Meini Méndez

Prof. Dra. Romy Alexandra Chang Kcomt

LIMA-PERÚ

2018

RESUMEN

El presente trabajo plantea una propuesta de interpretación de la regulación de la prueba preconstituida en el CPP2004, debido a que la norma positiva es imprecisa en su desarrollo y la doctrina no proporciona criterios claros y homogéneos para sobrellevar esa deficiencia legislativa. En ese contexto, se busca establecer cuál es la naturaleza jurídica de la prueba preconstituida en el CPP2004 y las condiciones que ésta debe reunir para su utilización por el juez al momento de resolver alguna pretensión procesal durante el proceso, al final - en la sentencia- así como en las demás instancias. De ahí la importancia práctica del presente trabajo. Por ello se resaltan las diversas acepciones del término “prueba”, para hacer notar que no necesariamente cuando el legislador se refiere a la prueba preconstituida está haciendo referencia a “prueba” en sentido estricto, es decir como elemento que permite afirmar la verdad de un hecho, sino que puede adquirir diversos significados. Es a partir de su ubicación legislativa, su relación con otras categorías procesales y sin abandonar los principios de oralidad, inmediación, contradicción, presunción de inocencia y las reglas de libre valoración probatoria que se logra sistematizarla, distinguiéndola de otras categorías que aparentemente pueden confundirse (como los documentos, la prueba anticipada, las declaraciones previas o incluso la prueba material), llegándose con ello a definirse su naturaleza dentro del CPP2004 como medio de registro (actas) referidas a los actos de investigación en la que se alcanza a recabar la prueba material.

A Elizabeth y Arantxa



AGRADECIMIENTO

A Dios, porque sin Él cualquier esfuerzo resulta inútil.

A Javier Enrique y Clara Elia, mis padres, por ser mis cómplices en esta hazaña académica, alentándome en todo momento para alcanzar mis metas.

A mis hermanos, Fernando Javier, por ser el ejemplo de perseverancia y dedicación en el estudio. A César Augusto por su generosidad que permitió que mi sueño se haga realidad. A Rony, Jesús Enrique y Clara Rosa Salas Barrera por estar siempre pendientes de mí, deseándome todo lo mejor.

A Elizabeth, por su amor y compañía, que me dieron la tranquilidad emocional necesaria para tener la mente enfocada en este trabajo. A Arantxa, la niña de mis ojos, por venir a este mundo en el momento en que necesitaba combustible de mayor octanaje para concluir este trabajo.

A la Dra. Rosario del Pilar Martínez Tararocha por darme la oportunidad de que mis ideas académicas puedan ser confrontadas en casos judiciales reales. Además, por brindarme su amistad y apoyo incondicional.

A Héctor, mi asesor y amigo, por alentarme en los momentos difíciles para continuar hasta concluir la tesis. Agradezco mucho su tiempo y la dedicación brindada para revisar la tesis, para reunirnos a conversar y exponerme sus comentarios y críticas, los cuales me sirvieron para poder enrumbar mi trabajo, y llegar a buen puerto.

ÍNDICE

ABREVIATURAS	vii
INTRODUCCIÓN	8

CAPÍTULO I:

ACEPCIÓN DE LA PRUEBA Y LA PRUEBA PRECONSTITUIDA

I.- Introducción	12
1.- La prueba preconstituida como medio	12
2.- La prueba preconstituida en la jurisprudencia del TCE	15
3.- La prueba preconstituida como fuente de prueba	21
4.- La prueba preconstituida en el proceso civil	24
II.- Delimitación del sentido de la prueba	25
1.- Acepciones de la prueba	25
2.- Dinámica de la formación de los hechos	31
a) Actos de investigación y actos de prueba	32
b) Fuente de prueba.	36
c) Medio de prueba	37
d) Prueba	38
e) Relación de prueba y verdad	39
f) Principios sobre la prueba	40
i) Principio de oficialidad	41
ii) Principio de oralidad	42
iii) Principio de publicidad	43
iv) Principio de inmediación	43
v) Principio de contradicción	44
vi) Principio de concentración	45
vii) Principio de presunción de inocencia	46
III. La prueba preconstituida de acuerdo a las acepciones de prueba	46

CAPITULO II

REGULACIÓN DE LA PRUEBA Y DE LA PRUEBA PRECONSTITUIDA EN EL CPP2004

1.- Sentido de prueba y sistema de valoración probatoria en el CPP2004	49
a. Sentido de prueba	49

b. Sistema de valoración probatoria en el CPP2004	56
2.- La regulación de la prueba preconstituida en el CPP2004	59
a. Antecedentes nacionales:	59
i. En el CPP1940	59
ii. En la Ley N° 27784–Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control	60
b. Regulación de la prueba preconstituida en el CPP2004	62
c. Posición de la doctrina nacional sobre la prueba preconstituida	63

CAPITULO III

Sub título 1:

LA NATURALEZA DE LA PRUEBA PRECONSTITUIDA EN EL CPP2004

1.- Sentido de la prueba preconstituida	74
2.- La prueba preconstituida como resultado de las actuaciones objetivas.	74
3.- Naturaleza de la prueba preconstituida en el CPP2004: Medio escrito que documenta las diligencias de aseguramiento de fuente material	83

Sub Capítulo 2:

CONDICIONES DE LA PRUEBA PRECONSTITUIDA EN EL CPP2004

I.- La prueba preconstituida en la investigación	85
a. Contexto de la formación de la prueba preconstituida	86
b. Incorporación al proceso	86
c. Utilización para sustentar los requerimientos en la investigación	87
II.- Etapa intermedia	87
a. Ofrecimiento de la prueba preconstituida	88
b. Admisión de la prueba preconstituida	89
III.- Actuación y valoración de la prueba preconstituida	89
a. Actuación de los medios de prueba	89
b. Condiciones para la valoración de la “prueba preconstituida”	90
VI.- La prueba preconstituida en según da instancia	90
CONCLUSIÓN	92
BIBLIOGRAFÍA	93

ABREVIATURAS

AI.	Acción de Inconstitucionalidad
Cas.	Casación
Exp.	Expediente
CPP1940	Código de Procedimientos Penales de 1940
CPP2014.	Código Procesal Penal de 2014
LEC1882.	Ley de Enjuiciamiento Criminal Española
PNP.	Policía Nacional del Perú
TC.	Tribunal Constitucional del Perú
TCE.	Tribunal Constitucional Español
TSE.	Tribunal Supremo Español
STC.	Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú
STC.	Sentencia del Tribunal Constitucional Español



INTRODUCCIÓN

El art. 158 del CPP2004 señala que la *valoración de la prueba* que realizará el juez, debe observar las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia. Esa cláusula es la que nos vincula a un sistema de libre valoración probatoria. Contrariamente, con la regulación del art. 425.2 del CPP2004, se establece la coexistencia en el sistema de libre valoración probatoria de una “prueba preconstituida”, la cual, al menos desde el punto de vista etimológico, constituiría una prueba formada antes del proceso, y denotaría una vinculación al sistema de prueba tasada. Sin embargo, tampoco cabe la posibilidad de asumir preliminarmente la existencia de un sistema mixto, porque la denominada prueba preconstituida no se encuentra plenamente definida en nuestro código procesal penal; pero además, porque del tenor del art. 425 del CPP2004 genera un contrasentido al hablar de una “valoración independiente” que puede hacer la sala superior sobre la prueba preconstituida, que en realidad da pie a poder afirmar que no existe realmente un valor probatorio preestablecido.

En la doctrina nacional, el tratamiento es tan variado y sin profundidad que, como es de esperar, no hace más que repetir lo dicho anteriormente, sin analizar si la prueba preconstituida es realmente compatible con la regulación procesal actual. Lo particular es que, nuestra doctrina nacional recibe influencias de la doctrina y jurisprudencia española y, también en ese ordenamiento se aprecia complicaciones para poder sustentar la legitimidad de la prueba preconstituida. Esto nos lleva a asumir que no se trata propiamente de una categoría acabada o de una definición mínimamente identificable.

En efecto, en la doctrina nacional se encuentran posiciones que la conciben como un documento que registra actos de investigación de carácter material (SAN MARTÍN CASTRO), otro sector como actos de investigación que puede ser realizados tanto en la investigación preparatoria como en las diligencias preliminares (NEYRA FLORES) y lo que la distingue de los otros actos es su carácter de urgencia e irreproducibilidad (o indisponibilidad, en el caso de TALAVERA); por lo que resultaría necesario recurrir a la prueba preconstituida para el aseguramiento de la fuente de prueba. Otro sector de la doctrina, asume una posición más restringida en la realización de la prueba

preconstituida circunscribiendo la realización de ella en la etapa inicial de la investigación pre procesal, con características también de urgencia e irrepetibilidad (ARANA ANGULO y UGAZ ZEGARRA), precisando que estos actos solo pueden realizarse sobre pruebas materiales y diligencias relacionadas a ellas; y que finalmente su actuación se reduce a la lectura de las actas de cada diligencia. Y finalmente, una cuarta línea doctrinal sobre el tema la encontramos en CHOCANO NÚÑEZ, quien rechaza la utilización de la locución prueba preconstituida porque es polisémica, ya que es muy usada en el Derecho Procesal con distintos significados, algunos de los cuales coinciden con el de prueba anticipada. Resulta claro que en la doctrina no hay una posición pacífica que nos encamine a definir la naturaleza de la prueba preconstituida.

Lo que nos deja la doctrina procesal, al menos desde el ámbito del derecho procesal penal, es la vinculación de la prueba preconstituida a los actos de investigación, siendo que en determinadas circunstancias (urgencia e irrepetibilidad), se recurre a ella para asegurar fuente material (la denominada prueba material) lo que imposibilita que las partes, normalmente, puedan estar presentes en esas diligencias, con lo que se podría poner en crisis los principios básicos para la actividad probatoria, como la inmediación, la contradicción, la concentración, e incluso la oralidad, si es que no se cuenta con un mecanismo de control previo al juicio sobre ellos, pues si se tiene en cuenta que esos actos son documentados, ello es lo que impide que la información llegue de viva voz del órgano de prueba, restringiéndose por ende la posibilidad de ser examinado por las partes y el juez en el juicio y la mera lectura resultaría insuficiente para sustentar su fiabilidad.

La Corte Suprema de Justicia de la República ha abordado en tres acuerdos plenarios lo relativo a actuaciones vinculadas a los actos urgentes e irrepetibles de aseguramiento de las fuentes de prueba, características que la doctrina nacional utiliza para distinguir y legitimar a la prueba preconstituida. Así tenemos el Acuerdo Plenario 5-2010/CJ-116 (Incautación), Acuerdo Plenario Extraordinario 2-2012/CJ-116 (Audiencia de tutela de derecho e imputación suficiente) y Acuerdo Plenario 6-2012/CJ-116 (Cadena de custodia). Lo que llama la atención de estos acuerdos plenarios es que prácticamente prescinden de la confirmatoria de la incautación como requisito para controlar la ejecución de los actos de incautación, lo que dejaría a salvo que la prueba material pueda

ser admitida la actuación para ser valorada en el juicio oral, cuando la acreditación de ésta se realiza a través de un testigo o perito. En esa misma línea, se admite la actuación de prueba material pese a la ruptura de la cadena de custodia, bajo el criterio que, aun con dicha ruptura, no resulta la exclusión del material probatorio, porque los vicios que se denunciaren pueden ser subsanados a través de una valoración alternativa. Siendo así, ya no queda nada de las reglas procesales de control de los actos de investigación urgente e irreplicable, sin ningún otro criterio más que el de la efectividad para sancionar por encima de las garantías procesales y convirtiendo el proceso en un lugar de mero trámite para sancionar, dejando de lado su carácter instrumental de protección de garantías.

Echando vista a la legislación extra procesal, encontramos una denominada “prueba preconstituida” en el art. 15. f) de la Ley N° 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, que menciona que los informes de las Oficinas de Control constituyen prueba preconstituida para el inicio de las acciones administrativas y/o legales que sean recomendadas en dichos informes, por ende también de las acciones penales. Sin embargo, esta “prueba preconstituida” no es tal, por ningún motivo. Sobre estos informes se ha pronunciado la Corte Suprema, a la luz del anterior CPP1940, señalado que por el sistema probatorio al que se encuentra sujeto el informe de control, no puede ser entendida como prueba plena, sino que tiene que ser valorado y corroborado con otros elementos en forma conjunta. Aquí la Corte Suprema tampoco nos ayuda mucho a entender la prueba preconstituida pues, partiendo del razonamiento del Tribunal Supremo, si en la actualidad se tiene como el concepto predominante en materia probatoria a la prueba indiciaria, resulta un contrasentido hacer referencia a la posibilidad de encontrar la prueba “plena” en nuestro ordenamiento. Esta aparente ligereza de la Corte Suprema genera una grave confusión de conceptos. En efecto, esa interpretación abre la puerta a entender que la prueba preconstituida no es plena, sino una “prueba plena” a medias. Por ello nos preguntamos si es que pueden existir *pruebas a medias*, sobre todo cuando la prueba debe ser la que lleva a afirmar la existencia de un hecho. Finalmente, esos informes distan mucho de ser actos urgentes e inaplazables, ya que responden a una planificación y su

resultado surge de las interpretaciones del autor o autores, en un procedimiento administrativo especial.

Sobre los informes de control, finalmente, el legislador no tuvo mejor idea que precisar en la norma procesal penal una regulación particular, sin modificar el referido texto del art. 15. f) de la Ley N° 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, es así que, mediante la Ley N° 30214 se agregó al CPP2004 el artículo 201-A, cuyo texto incluye a los informes técnicos elaborados por la Contraloría General de la República dentro de los medios de prueba especiales con carácter de pericia institucional. Entonces nos preguntamos, qué similitud tienen esos los informes de control con los actos urgentes e irrepetibles. La respuesta es obvia: más que el membrete de prueba preconstituida no hay otra cosa con la que los asemeje. Ello no hace más que coadyuvar a la confusión que se ha generado sobre la naturaleza de la prueba preconstituida, su formación, su postulación, admisión, actuación y valoración.

En definitiva, nos encontramos frente a una situación problemáticas para poder identificar la naturaleza jurídica de la prueba preconstituida, así como para saber cuál es la acepción de “prueba” que subyace a su definición, a fin de poder deducir las reglas que permitan su sistematización, evitando confundirla con otras categorías (medio, actividad o resultado) lo que, a su vez, permitiría vislumbrar , a partir de ella, su naturaleza jurídica para poder establecer criterios claros sobre su utilización dentro del proceso. La presente investigación no solo tiene la aspiración de trascender en la comunidad académica sino también que sirva para los operadores del derecho a fin de contribuir en la aclaración de esta cuestión carente de desarrollo en nuestro medio.

CAPÍTULO I:

ACEPCIÓN DE LA PRUEBA Y LA PRUEBA PRECONSTITUIDA

SUMARIO: I.- *Introducción:* 1.- *La prueba preconstituida como medio.* 2.- *La prueba preconstituida como acto de investigación.* 3.- *La prueba preconstituida como fuente de prueba.* 4.- *La prueba preconstituida en el proceso civil.* II.- *Delimitación del sentido de la prueba:* 1. *Acepciones de la prueba.* 2.- *Dinámica de la formación de los hechos.* a) *Actos de investigación y actos de prueba.* b) *Fuente de prueba.* c) *Medio de prueba.* d) *Prueba.* e) *Relación de prueba y verdad.* II. *La prueba preconstituida de acuerdo a las acepciones de prueba.*

I.- Introducción

En este capítulo se analizan diversas posturas sobre la prueba preconstituida, que se presentan en la doctrina de forma independiente, es decir, sin tener entre ellas alguna vinculación o evolución conjunta o progresiva. Resulta importante analizarlas por la diversidad de formas que la prueba preconstituida adquiere en el análisis teórico.

1. La prueba preconstituida como medio

El primer antecedente de la *prueba preconstituida* lo encontramos en la obra de BENTHAM, titulada “*Tratado de Prueba Judicial*”, publicado en el año 1823, quien por cierto es el que acuña el término “preconstituida”. La obra de BENTHAM data de una época en la que los nuevos paradigmas de la Ilustración que motivaron la Revolución Francesa de 1789 habían sido acogidos, y sirvió para dar a luz al *Code d’Instruction Criminelle* francés de 1808¹. En los inicios, el sistema de libre valoración, a través de la íntima convicción, representaba amplios márgenes de discrecionalidad para el legislador, que tendía a la arbitrariedad, pero BENTHAM pretende establecer un sistema racional en el ámbito probatorio, que exija el cumplimiento de las formalidades sin que ello restrinja el fin de la norma sustantiva².

En cuanto al tratamiento de la prueba, para BENTHAM, significaba: “*un hecho supuestamente verdadero que se presume debe servir de motivo de*

¹ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. La valoración de la prueba a la luz del Nuevo Código Procesal Penal Peruano de 2004, pág. 4-5. En: <http://www.incipp.org.pe/media/uploads/documentos/mirandaestampres.pdf>. Consulta realizada el 24.03.2016.

² Vid. BENTHAM, Jeremías. *Tratado de las Pruebas Judiciales*. Buenos Aires, EJE, 1971, págs.12-13.

*credibilidad sobre la existencia o inexistencia de otro hecho*³. Entiéndase que, en realidad, el primer hecho no es más que datos o información aceptada como cierta que sustenta el hecho que se quiere probar para la aplicación de la norma jurídica. De tal forma que, para BENTHAM, el juez realiza la verificación de estos dos hechos, para poder aplicar la consecuencia jurídica de la norma⁴. Sin embargo, pese a tan novedosa concepción de prueba, al definir la *prueba preconstituida*, el autor señala que esta categoría, realmente no se trata en estricto de una prueba, porque ella – la prueba- tiene una entidad suficiente para acreditar o probar los hechos que se discuten en el proceso⁵, en cambio la prueba preconstituida todavía no. Para BENTHAM, su propuesta sobre la prueba preconstituida es que ésta no alcanzaba a ser un medio de prueba, debido a que, luego de la revisión judicial, ella solo podría probar que algo puede ser bueno o malo, completo o incompleto⁶.

Por ello, cuando BENTHAM hace la clasificación de “diversas especies de prueba” y dentro de ellos a la *prueba preconstituida*, en realidad se estaba refiriendo a una clasificación de medios de prueba⁷. Pero, dentro de todas las clasificaciones realizadas, solamente hay dos clases de (medios de) pruebas, que son las importantes, las pruebas directas, dentro de las que se encontraban el testimonio oral de un testigo presencial y la prueba preconstituida; y, en segundo lugar, las pruebas indirectas, dentro de las cuales se encontraban las pruebas reales y circunstanciales, y pruebas no originarias⁸. Ello nos permite identificar que la prueba preconstituida, en la posición del autor inglés, está diferenciada de la declaración escrita de testigos además, como puede servir para proporcionar hechos principales, y que estará investida de una superioridad con respecto a otros medios de pruebas.

³ BENTHAM, Jeremías. Tratado de las Pruebas Judiciales. Buenos Aires, EJE, 1971, pág. 21.

⁴ BENTHAM, Jeremías. Tratado de las Pruebas Judiciales. Buenos Aires, EJE, 1971, pág. 21.

⁵ BENTHAM, Jeremías. Tratado de las Pruebas Judiciales. Buenos Aires, EJE, 1971, pág. 21.

⁶ Vid, BENTHAM, Jeremías. Tratado de las Pruebas Judiciales. Buenos Aires, EJE, 1971, pág.30: “*Esa palabra – la prueba- tiene algo de engañador; parece que la cosa llamada así tiene fuerza suficiente para determinar el convencimiento. Sin embargo, no se debe entender por tal sino como **medio** de que puede ser bueno o malo, completo o incompleto*”. En el autor medio se encuentra con cursiva y la negrita en nuestra.

⁷ BENTHAM, Jeremías. Tratado de las Pruebas Judiciales. Buenos Aires, EJE, 1971, pág.32.

⁸ BENTHAM, Jeremías. Tratado de las Pruebas Judiciales. Buenos Aires, EJE, 1971, pág.32.

De acuerdo a BENTHAM, la utilidad de la prueba preconstituida radicaba en que *“ha sido hech[a] con arreglo a ciertas formas legales para ser empleada eventualmente con el carácter de prueba jurídica”*⁹. Además que *“la ley ha ordenado su creación y su conservación con anterioridad a la existencia de un derecho o de una obligación hasta el punto de que la exhibición de esa prueba será necesaria para el mantenimiento de ese derecho o de esa obligación”*¹⁰, es decir, se trataba de un medio de prueba típico. BENTHAM explicaba que, *“la mayor utilidad de la prueba preconstituida no está en poner fin al proceso sino en prevenirlo”*¹¹, es decir que se trata de un medio de prueba formado fuera del proceso. Aún de establecerse esas reglas no se establecía reglas rígidas sobre el resultado del medio, con lo que mantenía latente la discrecionalidad del juzgador, pero además, que el concepto de esta prueba preconstituida no tenía una vinculación inmediata con el concepto de verdad.

BENTHAM señalaba que entre los objetos a los que se podía aplicar la prueba preconstituida se encontraban: 1) los hechos que ofrecen una presentación legal: nacimiento, muerte, matrimonio, etc.; 2) los contratos; 3) los actos judiciales; 4) los actos de administración; 5) los actos legislativos; 6) los atestados sobre un hecho que acaba de pasar y que son redactados inmediatamente; y, 7) el registro de las copias¹². De los cuales, la restricción legal es que no podría haber otros más que tengan esa categoría. Su conservación se realiza en diversas instituciones administrativas, legislativas o judiciales¹³, pudiendo requerir de ellas cuando en el proceso sea necesario. Lo cual servía para establecer un cierto nivel de credibilidad sobre el medio.

Otro aspecto importante dentro del planteamiento de la prueba preconstituida de BENTHAM es que en su trabajo no hace la objeción de la prueba preconstituida sea compatible solamente para un tipo de proceso, por lo tanto, podemos deducir que no habría objeción de su aplicación en el proceso penal.

Por lo tanto, a manera de conclusión, podemos decir que se trataba de un medio documental típico preprocesal, que se realizaba bajo ciertos requisitos y

⁹ BENTHAM, Jeremías. Tratado de las Pruebas Judiciales. Buenos Aires, EJE, 1971, pág. 34.

¹⁰ BENTHAM, Jeremías. Tratado de las Pruebas Judiciales. Buenos Aires, EJE, 1971, pág.234.

¹¹ BENTHAM, Jeremías. Tratado de las Pruebas Judiciales. Buenos Aires, EJE, 1971, pág.235.

¹² BENTHAM, Jeremías. Tratado de las Pruebas Judiciales. Buenos Aires, EJE, 1971, pág. 240.

¹³ BENTHAM, Jeremías. Tratado de las Pruebas Judiciales. Buenos Aires, EJE, 1971, pág. 251.

se encontraba libre de cualquier finalidad que tendiera al proceso, pero aun así resulta útil para el mismo. Si bien es cierto, en el planeamiento de BENTHAM la prueba preconstituida no resultaba ser lo que permitía probar inmediatamente un hecho, permitía el convencimiento del juez sobre los hechos. Recordemos que BENTHAM, además de desarrollar su teoría en el sistema anglosajón consideraba que probar es un arte¹⁴. De ahí la explicación del por qué BENTHAM no habla propiamente de la prueba en relación con la verdad sino solamente de motivos de credibilidad sobre la existencia del hecho. Por tanto, mediante la prueba preconstituida, BENTHAM tampoco pretende establecer una epistemología racional enfocada a la verdad de los hechos, sino simplemente, de proveer de elementos a la decisión que la hagan creíble y de acuerdo a ello mostrar cierta racionalidad en la decisión.

2. La prueba preconstituida como acto de investigación

El segundo antecedente que hemos encontrado sobre la *prueba preconstituida*, es la jurisprudencia del TCE, la cual permitió la utilización de actos de investigación para sustentar una sentencia condenatoria.

Cabe indicar que antes de surgir este criterio jurisprudencia la prueba preconstituida no se encontraba definida legalmente¹⁵. Explica MIRANDA ESTRAMPES, que inicialmente regía el mandato de que las diligencias sumariales no tenga ningún valor probatorio, sino que tal valor era reconocido en las pruebas practicadas en el juicio oral, conforme se desprendía del art. 741 de la LEC1882, cuando encuentra los aspectos que permitían expedir la decisión judicial: “*el Tribunal, apreciando, según su consciencia las pruebas practicadas en el juicio, las razones expuestas por la acusación y la defensa y lo manifestado en esta Ley*”¹⁶. La inclusión de la práctica de la prueba en juicio era entendida pues como la exigencia de la realización de la declaración de la víctima del delito, testigos de referencia y la declaración de los coimputados¹⁷, quedando proscrito que las diligencias de la investigación sean consideradas en la sentencia

¹⁴ Vid BENTHAM, Jeremías. Tratado de las Pruebas Judiciales. Buenos Aires, EJE, 1971, pág. 22.

¹⁵ ASENCIO MELLADO, José María. Manual de Derecho Procesal Penal. Valencia, Tirant lo Blanch, 6ta. edición, 2012, pág. 280.

¹⁶ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. La mínima actividad probatoria en el proceso penal, Barcelona, J.M. Bosch. 1997, pág. 267.

¹⁷ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. La mínima actividad probatoria en el proceso penal, Barcelona, J.M. Bosch. 1997, pág. 176 y ss.

condenatoria. De esa forma, resultaba coherente que se sustentara un concepto de prueba como actividad, que era el que asumía gran parte de la doctrina española¹⁸.

Sumado a ello, el sistema de valoración vigente en ese momento en el proceso penal español era el de la *íntima convicción*, según el cual el juez contaba con amplios márgenes de discrecionalidad para valorar en conjunto todo lo actuado en el juicio¹⁹, sin embargo no existía la obligación de motivar la parte fáctica de su resolución, lo que limitaba ampliamente el control de los fundamentos fácticos de la sentencia, y por ende, la información proveniente de la investigación a través de las actas de las diligencias dejaban siempre un cierto tufillo de arbitrariedad²⁰.

Ese criterio lo mantuvo el TCE, como lo señala ASECIO MELLADO hasta la STCE 31/1981, de 28 de julio, pero luego en sentencias posteriores varió ese criterio, al punto de aceptar *“la no absolutividad del principio de producción de pruebas en el juicio oral”*²¹. Agrega MIRANDA ESTRAMPES, que resultaba confuso su tratamiento, pues por un lado se encontraba el criterio ya anotado del TCE y de otro lado, el TSE entendía a la prueba preconstituida *“como una de las excepciones al principio general de producción de prueba en el juicio”*²². En algunos casos la prueba preconstituida es confundida con la prueba anticipada²³,

¹⁸ Vid. ARMENTA DEU, Teresa. Lecciones de Derecho Procesal Penal. Madrid, Marcial Pons, 2003, pág. 253: “La prueba en el proceso penal es aquella actividad encaminada a procurar la convicción del Juez sobre los hechos afirmados por las partes en sus escritos de calificación”; vid. MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. La mínima actividad probatoria en el proceso penal, Barcelona, J.M. Bosch. 1997, pág. 29: concibe a la prueba como “una actividad de verificación de la exactitud de las afirmaciones realizadas por las distintas partes”;

¹⁹ Mal entendida como amplia libertad del juez, vid. MIRANDA ESTRAMPES, Miguel. La valoración de la prueba a la luz del Nuevo Código Procesal Penal peruano de 2004, en: <http://www.incipp.org.pe/media/uploads/documentos/mirandaestampres.pdf>, pág. 4 y ss. Consultado el 10.11.2015. El autor explica aun este sistema pretendió superar la arbitrariedad que representaba el sistema de la prueba tasada, la íntima convicción se encontraba “vacía de racionalidad”, con ausencia de motivación y control por parte de las instancias superiores de lo que el juez resolvía.

²⁰ LOZANO-HIGUERO PINTO, Manuel. La lectura de los folios sumariales en el juicio oral (una aproximación al art. 730 LECrim en clave garantista), en: Libro Homenaje a Luis Rojo Ajuria: Escritos jurídico, Santander, Servicios de Publicaciones de la Universidad de Cantabria, 2002, pág.959-982.

²¹ ASECIO MELLADO, José María. La prueba prohibida y prueba preconstituida. Lima, INPECCP, 2008, pág. 253.

²² MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. La mínima actividad probatoria en el proceso penal, Barcelona, J.M. Bosch. 1997, pág. 322.

²³ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. La mínima actividad probatoria en el proceso penal, Barcelona, J.M. Bosch. 1997, pág. 322.

en otros se *“identifica con las diligencias sumariales de imposibilidad o muy difícil reproducción”*²⁴, y en otros se la entiende *“como mecanismo para conceder eficacia probatoria a las diligencias policiales y sumariales, que no constituyen actos de prueba, permitiendo que el Tribunal pueda formar su convicción en base a las mismas”*²⁵. De tal forma que el ambiente descrito no propiciaba definir a partir de todas estas definiciones tan variadas de la prueba preconstituida.

El fundamento legitimador que se pretendió dar en ese momento para la utilización de la información obtenida en esos actos de investigación fue que el recurso a la prueba preconstituida se encontraba justificado porque *“estando sujeto también el proceso penal al principio de búsqueda de la verdad material, es preciso asegurar la búsqueda de la verdad material, que no sé [sic] pierdan datos o elementos de convicción”*²⁶. Esto resultaba un fundamento válido, compatible con una epistemología racional destinada a la obtención de la verdad, pero no suficiente. Si lo que se buscaba era obtener datos o elementos de convicción producto de la investigación, no consideramos que darle el valor probatorio era la decisión más correcta. El resultado de la investigación no puede por sí estar legitimado, sino que debe ser investido de algunas otras condiciones. Así, la urgencia o la irrepitibilidad de los actos de investigación a mi juicio no son elementos legitimadores, porque ellos están referidos al acto mismo, en cambio, su legitimación debe estar orientada a garantizar la calidad de la información, en cuanto a la verificabilidad de los hechos y la garantía de contradicción.

El TCE exigía que en la realización de esos actos se cumpliera con las garantías que se tiene en el juicio oral, es decir, intervención judicial, en lo posible, o alguna autoridad autorizada; la lectura representaba una especial actuación del acta que se elaboró en la diligencia de investigación²⁷; requisitos que materialmente no podrían garantizarse para todos los actos de investigación, pues algunos de ellos se realizan sin la intervención judicial, debido a la naturaleza urgente e inaplazable del acto. Por tanto, el principal problema era

²⁴ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. La mínima actividad probatoria en el proceso penal, Barcelona, J.M. Bosch. 1997, pág. 322.

²⁵ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. La mínima actividad probatoria en el proceso penal, Barcelona, J.M. Bosch. 1997, pág. 323

²⁶ ASECIO MELLADO, José María. La prueba prohibida y prueba preconstituida Lima, INPECCP, 2008, pág. 254, citando a la STC 137/1988, de 7 de julio.

²⁷ ASECIO MELLADO, José María. La prueba prohibida y prueba preconstituida Lima, INPECCP, 2008, pág. 257.

que esos requisitos no se cumplían en todos los casos, principalmente en la que se denominada prueba preconstituida, por la no participación de la Fiscalía, sino de la policía, e incluso sin defensa. Ante ello, CORDÓN MORENO intenta dar una solución del criterio del TCE y plantea que la contradicción podría realizarse en un momento posterior, en audiencias habilitadas por el juez, a la falencia, sin necesidad de que el legislador no lo contemplase²⁸. De esa forma se equiparan en la prueba preconstituida las condiciones de verificación que regían respecto de la prueba anticipada. Bajo este razonamiento entonces, la actuación de la prueba preconstituida debe hacerse bajo las reglas del juicio oral, es decir, en un examen contradictorio. Ahora bien, según nuestro punto de vista, esto solo sería aplicable para las declaraciones personales, pero no para otros actos urgentes e inaplazables realizados por la Fiscalía o la Policía pues en esos casos se tendría que realizar sobre el órgano de prueba que elaboró el acta. ¿Cabe algún otro mecanismo que permita controlar esos actos de investigación, en forma objetiva? Conforme venimos analizando la solución no está en investir con un contradictorio como el del escenario del juicio a la prueba preconstituida, porque tal posibilidad de contradicción no es posible en los actos urgentes e irrepetibles resultaría complicado. Lo que debe controlarse es la correspondencia de los hechos que sucedieron con lo que se dice las actas, y ello solamente puede lograrse si la información es lo suficientemente abundante para permitir su verificación, es decir, las actas deben describir en forma clara y concreta la información de la realización de la diligencia de investigación. Aun así, las limitaciones del medio escrito con respecto al medio hablado son considerables, ya que este último permite hacer aclaraciones, precisiones, lo que no ocurre con los medios escritos, es por ello que la utilización de este último debe de ser un supuesto excepcional.

Por otro lado, en el criterio adoptado por el TCE, que venimos analizando, no queda claro lo que implica el valor probatorio, es decir si es que el resultado de esos actos conlleva la afirmación como probado de un hecho o no, por el solo hecho de haber sido elaborado por los efectivos policiales, dándole la connotación de documento público. Al respecto, ASECIO MELLADO explica

²⁸ CORDÓN MORENO, Faustino. Las garantías constitucionales del proceso penal. Segunda Edición, Navarra, Aranzadi S.A., 2002, pág. 154.

que se pretendió resolver el tema probatorio bajo una *doble vía*, la calificación de los actos de investigación como documentos, sustentados en el art. 726 y 730 de la LEC1882, y la exacerbación del principio de libre valoración de la prueba²⁹. En similar sentido, MIRANDA ESTRAMPES explica que la eficacia probatoria le otorga a la prueba preconstituida la “*condición de material probatorio valorable por el Tribunal sentenciador*”³⁰, es decir, la sola lectura del acta en juicio no resultaba suficiente para que el juez alcance la convicción sobre los hechos que contiene la prueba preconstituida. Por tanto, el resultado del acto de investigación plasmado en las actas solamente servía como un elemento a valorar, pero no para afirmar la probanza de un hecho, vinculándose entonces el concepto de prueba con los elementos probatorios sujetos de valoración.

De las sentencias emitidas por el TCE, explica ROSAS YATACO, se ha podido sistematizar cuatro requisitos fundamentales, aplicables tanto para la denominada *prueba anticipada* como en la *prueba preconstituida*³¹, que son los siguientes:

- i) *Material*: que debe versar sobre hechos que, por su fugacidad, no pueden ser reproducidos en el día de la celebración del juicio oral. Sobre este requisito, se pronunciaron las sentencias 137/1998, 154/1990, 41/1991, 303/1993, 323/1993, 79/1994, 36/1995 y 51/1995.
- ii) *Subjetivo*: que sean realizadas por la única autoridad dotada de la suficiente independencia para generar actos de prueba, el cual es el Juez; todo ello sin perjuicio de que, por especiales razones de urgencia, también esté habilitado la policía judicial. Sobre este requisito, las que se pronunciaron fueron las sentencias 107/1983, 201/1989, 138/1992 y 303/1993.
- iii) *Objetivo*: Es necesario que se garantice la contradicción. Siempre que sea factible, se ha de permitir a la defensa que comparezca en la ejecución de dicha prueba sumarial, a fin de que

²⁹ Vid. ASENCIO MELLADO, José María. La prueba prohibida y prueba preconstituida. Lima, INPECCP, 2008, pág. 249.

³⁰ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. La mínima actividad probatoria en el proceso penal, Barcelona, J.M. Bosch. 1997, pág. 425.

³¹ ROSAS YATACO, Jorge. Tratado de Derecho Procesal Penal. Vol. II. Lima, Pacifico Editores, 2013, pág. 893 y ss. De la misma forma lo describe CORDÓN MORENO, Faustino. Las garantías constitucionales del proceso penal. Segunda Edición, Navarra, Editorial Aranzadi S.A., 2002, pág. 154.

pueda interrogar al testigo o preguntar al perito infungible. Sobre este requisito, se pronuncia la sentencia 303/1993.

iv) Formal: en la ejecución de la prueba sumarial se debe seguir el mismo procedimiento del juicio oral, esto es, el de la *cross examination*; por otro lado, debe ser introducida mediante la “lectura de documento”, es decir, la lectura del acta que reproduce la diligencia. Sobre este requisito se pronunciaron las sentencias 25/1988, 60/1988, 51/1990, 140/1991 y 200/1996.

Pero la sistematización de las STCE no disipa la confusión existente entre prueba anticipada y la prueba preconstituida. Como se sabe, la prueba anticipada tiene su fundamento en el art. 777.2 como excepción del art. 741 de la LEC1882, mientras que la prueba preconstituida tiene su origen en la jurisprudencia³². El TCE pretendió incluir en esta nueva figura todo aquello que no se había contemplado en la prueba anticipada lo cual equipara materialmente ambas figuras, de ahí la confusión. Al respecto, ASECIO MELLADO interpreta que la diferencia entre ambas, aunque no lo diga la ley, está en que “los actos materiales y objetivos constituyen prueba preconstituida, la prueba anticipada ha de limitarse a los testigos, coinclupados, que deben ser interrogados anticipadamente si se prevé la imposibilidad de hacerlo posteriormente por cualquier motivo”³³. La interpretación planteada resulta útil para esa diferenciación entre ambas categorías, pero también hay que tener en cuenta que no es algo definitivo, puesto que ello dependerá de la regulación concreta en cada legislación.

Finalmente, en cuanto a la valoración de las actas de investigación leídas, más que responder a un criterio epistemológico, su valoración se justificaba en un criterio político criminal, para aparentar cierta garantía procesal, sin tener en cuenta la búsqueda de la verdad, ya que, para esto, lo más idóneo era la concurrencia del órgano de prueba al juicio. La urgencia e irrepetibilidad se refería a la ejecución del acto, no a la presencia del órgano de prueba en juicio, por tanto, en un momento posterior podría el órgano de prueba ser examinado.

³² ASECIO MELLADO, José María. Manual de Derecho Procesal Penal. 6ta. edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pág. 280.

³³ ASECIO MELLADO, José María. Manual de Derecho Procesal Penal. Valencia, Tirant lo Blanch, 6ta. edición, 2012, pág. 282.

La mera lectura del acta, sin la concurrencia del órgano de prueba, impide que se pueda ejercer el derecho a interrogar y a conocer con detalle la ejecución de la diligencia objeto de la prueba preconstituida, por tanto, no se puede aceptar que las actas de esas diligencias urgentes e irrepitibles resultan fiables sin más. Tampoco es posible valorarlas si es que previamente no se ha verificado su fiabilidad. Desde nuestra perspectiva si no es examinado el órgano de prueba que elaboró el acta, ella carecerá de la fiabilidad que se requiere para poder valorarla y analizar si puede lograr a probar algo. Solo de esa forma se consigue un sistema procesal que busque la verdad de los hechos.

Por lo expuesto, la naturaleza de la prueba preconstituida en este esquema es un acto de investigación realizado en forma urgente e irrepitible, que ha sido debidamente documentada y, por tanto, se equipara el documento con la información, es decir, la forma y contenido; y cuyo valor probatorio se determina de acuerdo a la valoración probatoria, no antes.

3. La prueba preconstituida como fuente de prueba

El tercer antecedente lo encontramos en la doctrina de GUZMÁN FLUJA, quien interpretando la sistemática formada respecto a la anticipación y preconstitución de las pruebas en el proceso penal, plantea un nuevo concepto: la preconstitución de las fuentes de prueba, entendiendo estas como datos, elementos o instrumentos.

En el ínterin del desarrollo jurisprudencial del TCE y del TSE, se comenzó a construir, sobre la base de una interpretación del art. 741 de la LEC1882, el sistema de valoración con criterios de razonabilidad³⁴, que implica que el juez debe sustentar la verificación de los hechos, explicando los elementos que ha tomado en cuenta para dar por probado un hecho.

En ese contexto, GUZMÁN FLUJA plantea que no se puede aceptar la existencia de prueba en los actos de investigación. Él propone que el término

³⁴ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. La mínima actividad probatoria en el proceso penal, Barcelona, J.M. Bosch. 1997, pág. 161 y ss; el autor cita la Sentencia de la Sala 2da. del TSE de 15 de diciembre de 1981 “*fijando en definitiva los hechos probados según su conciencia –artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento-, es decir, atendándose no a principios de prueba legal o tasada sino a las reglas del criterio racional (vid. Artículo 717 de la Ley), pues aquella expresión más que a una operación íntima o secreta se está refiriendo a una operación regida por la lógica, con rechazo ara todo lo que no se pase de ser mera impresión, sospecha o conjetura....*”; en ese mismo sentido se encuentra la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de setiembre de 1990 y del 6 de abril de 1990.

más apropiado es “preconstitución de las fuentes de prueba”³⁵. Con ello se reconoce que en los actos de investigación no existe *prueba* sino que ello se encuentra en una fase posterior, cuando se corrobore con otros elementos o fuentes.

Sin embargo, tampoco podemos compartir la tesis de GUZMÁN FLUJA pues este autor parte de afirmar que: “*la preconstitución de una prueba viene referida a la fuente de la prueba y no del medio de prueba, y cuando se habla de prueba preconstituida automáticamente hay que pensar en la fuente de la prueba y caer en la cuenta de que toda fuente es preexistente al proceso*”³⁶. Para GUZMÁN FLUJA fuente es “*el dato, la información, el elemento relevante para poder verificar la existencia de un hecho (correctamente la veracidad de la afirmación sobre la existencia de un hecho) [...] y que se lleva al juicio oral a través de los llamados medio de prueba*”³⁷. Sin embargo, esa posición no es consistente, porque luego se ve obligado a darle un sentido dual, al concepto de fuente ya que no solamente estaría referido a datos información o elementos, sino que también a la persona u objetos inanimados, huellas, vestigios, instrumentos y el cuerpo del delito³⁸. Con ello se pierde de vista el real sentido del término *fuentes*, que en derecho se utiliza para hacer referencia metafóricamente al principio u origen algo³⁹. De esa forma, el autor confunde los elementos de prueba, es decir, la información sobre los hechos, con el objeto material del delito. Si se parte de la premisa de que las fuentes son “datos, información o elementos relevantes”, se pierde contacto con la realidad porque

³⁵ GUZMÁN FLUJA, Vicente C. Anticipación y preconstitución de la prueba en el proceso penal. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2006, pág. 292.

³⁶ GUZMÁN FLUJA, Vicente C. Anticipación y preconstitución de la prueba en el proceso penal. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2006, pág. 57.

³⁷ Vid. GUZMÁN FLUJA, Vicente C. Anticipación y preconstitución de la prueba en el proceso penal. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2006, pág. 58.

³⁸ GUZMÁN FLUJA, Vicente C. Anticipación y preconstitución de la prueba en el proceso penal. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2006, pág. 58: “el dato, la información, el elemento relevante para poder verificar la existencia de un hecho (...) es fuente de prueba. Esta fuente de prueba se lleva al juicio oral a través de los llamados medios de prueba (...) es recurrente el ejemplo según el cual el testigo es la fuente y la declaración testifical en el juicio es el medio de prueba”; pág. 92: “En el primer caso, la fuente de prueba será el conocimiento que pueda aportar una persona física a través de su declaración o interrogatorio, fundamentalmente los testigos, pero también los peritos cuando acuden a exponer o ser interrogados sobre su informe o dictamen, y, con las debidas precauciones el propio imputado, o los imputados. En el segundo caso, la fuente de prueba es un objeto inanimado, huellas, vestigios, instrumentos, el propio cuerpo del delito (...)”

³⁹ Vid. ALZAMORA VALDEZ, Mario. Introducción a la Ciencia del Derecho. 10ma. ed., Lima, Eddili, 1987, pág. 233.

los datos, información o elementos son producto de la apreciación e interpretación, sin que realmente garanticen su materialidad, porque son producto de la razón. Los datos, información o elementos emanan del objeto material, pero el objeto material no puede ser un dato, la información o el elemento. Si se tratase realmente de fuentes, tendríamos que calificar como tales a las declaraciones escritas de los testigos, peritos, imputados, y las actas de las diligencias de investigación y aseguramiento de fuente material lo cual pone en evidencia la inconsistencia de este planteamiento, pues se tendría como prueba preconstituida, todo el resultado de la investigación, lo que podría llevar a desnaturalizarla el juicio oral convirtiéndolo en un juicio puramente leído.

Si bien es cierto que existe doctrina que comulga con la posición de GUZMÁN FLUJA y entiende a la fuente como sinónimo de datos, información o elementos probatorios⁴⁰, otro sector no menos importante de la doctrina expone una posición contraria, vinculando más bien a la fuente con algo concreto, real como son los objetos y las personas⁴¹. Así, por ejemplo, ALVARADO VELLOSO añade a los indicados tres fuentes más: las personas jurídicas, documentos y lugares⁴². Queda claro que el concepto de fuente de prueba tampoco es pacífico en la doctrina, sin embargo, consideramos que la definición más apropiada, es la que identifica a la fuente con los objetos y las personas, tal como lo asume la Corte Suprema de Justicia de la República⁴³. De acuerdo a ello se podrá entender y diferenciar entre el testigo (fuente), su declaración (medio) y el contenido de la declaración (elemento de prueba), y finalmente, el resultado de la declaración, aceptada, y corroborada con otros elementos nos permitirá afirmar la existencia de prueba.

En consecuencia, en ningún sentido puede afirmarse la *preconstitución de fuentes*. La fuente no puede preconstituirse, sino **solo es posible asegurarla**. El aseguramiento de la fuente de prueba va a depender de la naturaleza de esta. En la fuente persona, mediante la protección, a través de la Unidad de Víctimas

⁴⁰ Vid. MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. La mínima actividad probatoria en el proceso penal, Barcelona, J.M. Bosch, 1997, pág. 133; TALAVERA ELGUERA, Pablo. La prueba en el nuevo proceso penal. Manual de Derecho Probatorio y de la valoración de las pruebas en el proceso penal común. Lima, GTZ., 2009, pág. 71.

⁴¹ Vid. SAN MARTÍN CASTRO, César. Lecciones de derecho procesal penal, Lima, INPECCP, 2015, pág. 519.

⁴² Vid. ALVARADO VELLOSO, Adolfo. La prueba judicial. Lima, EGACAL, 2015, pág. 58 y ss.

⁴³ Vid. Acuerdo Plenario 6-2012/CJ-116 (Cadena de custodia). Asimismo, SAN MARTÍN CASTRO en Lecciones de derecho procesal penal, Lima, INPECCP, 2015, pág. 519.

y Testigos, para garantizar que el testigo concorra al juicio. En el caso de la fuente material, el aseguramiento debe estar referido a la protección de objetos y efectos del delito, para evitar que sean dañados, quedando bajo custodia para que oportunamente sean llevados a juicio. A diferencia de la fuente personal, la material requiere que en los actos de investigación donde fueron obtenidas se genere la documentación y registro de la diligencia, que sirvan para verificar y controlar su autenticidad en cualquier etapa del proceso. Pero esa documentación producto de la investigación no se confecciona para utilizarla ordinariamente en el juicio como medio de prueba, sino que tiene una función preventiva, para evitar que, ante la eventualidad de la inconcurrencia del órgano de prueba, la información contenida en estas actas no quede inútil.

Por otra parte, GUZMÁN FLUJA señala que las características de la preconstitución de las fuentes de prueba son: i) Se forma siempre antes de que comience el proceso y no en él; ii) tiene como objeto dejar constancia a efectos de su utilización futura, de la existencia de un hecho, acto, negocio o relación jurídica; iii) se realiza de manera no casual por quien lo elabora⁴⁴. Pero no descarta que, excepcionalmente también se admita que se produzca en la fase del proceso⁴⁵. No obstante, el citado autor define la prueba como resultado de la actividad probatoria y no a la actividad probatoria misma, viéndose obligado a descartar cualquier posibilidad de prueba en la investigación, lo que le impide una definición sistemática y coherente de la prueba preconstituida.

4. La prueba preconstituida en el proceso civil

En el proceso civil se desarrolla un concepto de prueba preconstituida contrario a lo que se entiende en el proceso penal. SERRA DOMÍNGUEZ explica que *“las pruebas preconstituidas [son] creadas con la finalidad de excluirlo, y que normalmente operan al margen del proceso (...) no sólo son aplicables en un proceso civil, sino incluso en la esfera administrativa o fiscal”*⁴⁷. Fundamentalmente, señala que *“deben mantenerse en las leyes materiales las normas reguladoras de la carga de la prueba y las presunciones legales relativas,*

⁴⁴ GUZMÁN FLUJA, Vicente C. Anticipación y preconstitución de la prueba en el proceso penal. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2006, pág. 292-299

⁴⁵ GUZMÁN FLUJA, Vicente C. Anticipación y preconstitución de la prueba en el proceso penal. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2006, pág. 301

⁴⁷ SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel. Estudios de Derecho Probatorio. Lima, Communitas, 2009, pág. 62.

*pese a su manifiesto carácter procesal, y con mayor razón las presunciones legales absolutas*⁴⁸.

De tal forma que las *“afirmaciones [que] no se producen directamente en el curso del proceso, sino que se preparan con anterioridad para ser eventualmente utilizadas en el proceso ulterior, plasmándolas documentalmente, creándose con ello una prueba preconstituida”*⁴⁹ *“(…) comprenden cualquier tipo de dato cognoscitivo, de procedimiento o de medio que produzca información utilizable para la determinación de la verdad de los hechos”*⁵⁰.

Esa concepción resulta inviable en el proceso penal, que tiene como principio, la formación de la prueba en el juicio, bajo las reglas de la oralidad, publicidad, inmediación, contradicción, y principalmente, con intervención judicial. La prueba preconstituida en el ámbito procesal civil está referida a documentos elaborados fuera del proceso y la ley les da un valor anticipado, es decir, se trata de un rezago del sistema de prueba tasada⁵¹.

II.- Delimitación del sentido de la prueba

1.- Aceptación de la prueba

Antes de analizar los tópicos que nos permitan llegar a establecer la naturaleza jurídica de la *prueba preconstituida*, resulta necesario tener claro qué se entiende por *prueba*.

Para CARRARA, la noción de prueba es que *“sirve para dar certeza acerca de la verdad de una proposición”*⁵². Esta noción revela cierta profundidad y precisión para encontrar un significado compatible a la afirmación de verdad que se haga sobre un hecho en concreto. De ello salta a la luz su importancia para el proceso en general, en donde lo que se busca es verificar la existencia de los hechos que llevarían a aplicar el presupuesto fáctico de la norma jurídica.

VÁZQUEZ ROSSI señala que, como fenómenos del proceso, se realizan la postulación, acreditación, alegación y decisión; razón por la cual le lleva a afirmar que la prueba es la que permite confirmar los hechos afirmados. Esa confirmación de hechos solamente adquiere importancia y efectos, cuando ellos

⁴⁸ SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel. Estudios de Derecho Probatorio. Lima, Communitas, 2009, pág. 62.

⁴⁹ SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel. Estudios de Derecho Probatorio. Lima, Communitas, 2009, pág. 68.

⁵⁰ TARUFFO, Michele. Simplemente la verdad. Madrid, Marcial Pons, 2010, pág. 160 y 176.

⁵¹ Vid. TARUFFO, Michele. Simplemente la verdad. Madrid, Marcial Pons, 2010, pág. 186.

⁵² Citado por BORTHWICK, Adolfo E.C. Nociones fundamentales del proceso. Corrientes, Mario A. Viera, 2001, pág. 273 y ss.

son declarados en la sentencia. Por lo tanto, en las etapas previas a la decisión, no encontramos hechos probados ni mucho menos prueba⁵⁴.

Por lo tanto, la idea que debe quedar bien en claro es que, dentro del proceso la prueba es la que permite apreciar la verdad de los hechos. Estos hechos, en realidad, en un plano más preciso, se tratan de la verdad de las proposiciones fácticas⁵⁵ que se refieren al hecho histórico sobre el cual recae la calificación jurídica.

En el sentido usual de la palabra, el término prueba alude a la acción o efecto de probar, o razón, argumento, instrumento u otro medio con que se pretende mostrar y hacer patente de verdad o falsedad de algo⁵⁶; lo que alude tanto a los elementos que permiten llegar al juzgador al conocimiento de los hechos, como también al medio por el cual se lo pone en conocimiento de esos hechos. Se aprecia que estas definiciones coinciden con las de algunos autores que conceptúan la prueba como una categoría procesal, identificándose a varios de los significados como categorías autónomas, pero sin tomar en cuenta la relación estrecha que debe existir entre la prueba y la verdad. Es por ello que en la doctrina se encuentran posiciones que definen a la prueba como una actividad tendiente a acreditar o a verificar los hechos del proceso⁵⁷; otros la definen como los medios mediante el cual se proporciona la información o datos⁵⁸; otros que se refieren a los elementos probatorios que contienen cada medio de prueba⁵⁹. Como se ve, ninguna de estas posturas relaciona a la prueba de manera inmediata con la verdad.

Así por ejemplo, para ARMENTA DEU la prueba penal *“es aquella actividad encaminada a procurar la convicción del Juez sobre los hechos afirmados por las partes en sus escritos de calificaciones”*⁶⁰. De acuerdo a la

⁵⁴ VÁZQUEZ ROSSI, Jorge E. Derecho Procesal Penal: T II. Buenos aires, Rubinzal- Culzoni, 1997, pág. 277.

⁵⁵ Vid. FERRER BELTRÁN, Jordi, Prueba y Verdad en el Derecho. Barcelona, Marcial Pons, 2005, pág. 74.

⁵⁶ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la Real Academia Española. Vigésimotercera Edición, 2001, pp. 1853.

⁵⁷ Vid. ARMENTA DEU, Teresa. Lecciones de Derecho Procesal Penal. Madrid, Marcial Pons, 2003, pág. 253. Asimismo, FAIRÉN GUILLÉN, Víctor. Doctrina General del Derecho Procesal. Barcelona, Bosch, 1990, pág. 424.

⁵⁸ Vid. ROXIN, Claus. Derecho Procesal Penal. Buenos Aires, Del Puerto, 2000, pág. 185.

⁵⁹ Vid. AROCENA, Gustavo Alberto; BALCARCE, Fabián Ignacio y José Daniel CESANO. Prueba en materia penal. Buenos Aires, Astrea, 2009, pág. 1-3. Asimismo, JAUCHEN, Eduardo M. El juicio oral en el proceso penal. Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2008, pág. 19.

⁶⁰ Vid. ARMENTA DEU, Teresa. Lecciones de Derecho Procesal Penal. Madrid, Marcial Pons, 2003, pág. 253.

posición de esta autora, la prueba no es aquello que permite pasar de la línea de la incertidumbre hacia la certeza sobre los hechos, sino que se trataría de una *acción* concreta de probar. Esta posición es asumida por buen número de doctrinarios españoles⁶¹, aunque les resulta complicado sustentar la diferencia entre los actos de prueba y los de investigación, cuando estos últimos proporcionan elementos probatorios importantes para acreditar los hechos.

Lo que no es tomado en cuenta por esos autores es que la prueba no es una materia que corresponda al derecho o al derecho procesal en específico, sino que a ella se le reconoce como objeto de estudio de la ciencia en general⁶², de ahí que su tratamiento debe comprender ciertos conocimientos comunes de la ciencia en general. En forma particular, la prueba en el proceso se encuentra regulada por normas, principios y garantías que parametra la averiguación y la verdad, que no son comunes a las otras ciencias. De esa forma, la búsqueda de la verdad no se convierte en actos desproporcionados, sino que se establece en un punto medio, entre las garantías de los procesados y la verdad de los hechos⁶³.

GASCÓN/GARCÍA⁶⁴ y FERRER BELTRÁN⁶⁵ coinciden en afirmar que el tratamiento del análisis probatorio y de los hechos, ha recibido un inadecuado tratamiento, en las últimas décadas entre otras cosas, debido a la falta de dedicación de la teoría de la argumentación y al estudio del juicio de los hechos, así como también de la dogmática procesalista. Todo ello ha contribuido a que en la doctrina no se encuentre una adecuada sistematización de conceptos en materia probatoria, que compatibilice con el producto de los actos de investigación y el resultado final de la valoración probatoria. De acuerdo a ello, podemos verificar que la doctrina procesal no es pacífica al abordar la definición

⁶¹ Vid. GIMENO SENDRA, Vicente; MORENO CATENA, Víctor; y, Valentín CORTÉS DOMÍNGUEZ. *Lecciones de Derecho Procesal Penal*. 2da. edición, Madrid, Colex, 2003, pág. 194; CALDERÓN CEREZO, A. y J.A. CHOCLÁN MONTALVO. *Derecho Procesal Penal*. Madrid, Dykinson, 2002, pág. 337 y ss.

⁶² DIAZ DE LEÓN, Marco Antonio. *Tratado sobre las pruebas penales*. México D.F., Porrúa, 2000, p.7; ANDERSON, Terence; SCHUM, David y William TWINING. *Análisis de la Prueba*. Madrid, Marcial Pons, 2015, pág.79

⁶³ Vid. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Quinta edición, Madrid, Trotta, 2001, pág. 33 y ss.

⁶⁴ GASCÓN ABELLÁN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso J. *La argumentación en el Derecho. Algunas cuestiones fundamentales*. Lima, Palestra, 2003, pág. 149.

⁶⁵ FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba y verdad en el Derecho*. Madrid, Marcial Pons, 2005, pág. 16.

de qué es lo que se entiende por *prueba*⁶⁶. Ello se ve reflejado en que aún se identifica en el derecho procesal tres acepciones de la prueba⁶⁷, las cuales se utilizan en forma indistinta, pese a que, en realidad, son categorías procesales claramente independientes:

- a) La *prueba como actividad* que viene a ser “*el mecanismo de aportación de los elementos de convictivos que tiende a verificar la existencia y demostración de los hechos oportunamente alegados que funda la pretensión de deducida*”⁶⁸. En ella podemos identificar las diligencias de investigación en general, las cuales son denominadas por la doctrina como prueba sumarial, encontrándose identificada, ahí también, la prueba anticipada. Los actos que suceden en la realidad quedan registradas en un medio, a través del cual el acto se pone a conocimiento en el juicio oral.
- b) En una segunda acepción, la *prueba como medio* hace referencia al conjunto de modos u operaciones del que se extrae, a través de la fuente, los motivos o razones que producen la convicción al juez⁶⁹; pudiendo formarse esos medios extra proceso (documentos), e interproceso, (actas, informes, objetos, declaraciones escritas y las declaraciones orales en el juicio oral).
- c) En una tercera acepción, se entiende a la *prueba como resultado*. Algunos consideran que el resultado se refiere a los medios de prueba, mientras que otros refieren que el resultado es del conjunto de los medios probatorios actuados⁷⁰. En cuanto al primero, DEVIS

⁶⁶ Vid. FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba y verdad en el Derecho*. Madrid, Marcial Pons, 2005, pág. 16; CELIS MENDOZA AYMA, Francisco. *La necesidad de una imputación concreta en la construcción de un proceso penal cognitivo*. Segunda Edición, Lima, IDEMSA, 2015, pág. 245 y ss.; BORTHWICK, Adolfo E.C. *Nociones fundamentales del proceso*. Corrientes, Mario A. Viera, 2001, pág. 273 y ss.

⁶⁷ Vid. MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, Barcelona, J.M. Bosch. 1997, pág. 20. Aunque un sector de la doctrina, reconoce solamente dos de ellas, porque entiende que la prueba como medio y actividad tiene en un solo sentido, y el segundo aspecto es como resultado; vid. ASENIO MELLADO, José María. *La prueba Prohibida y Prueba Preconstituida en el Proceso Penal*. Lima, INPECCP, 2008, pág. 1; vid. DE SANTO, Víctor. *La prueba judicial. Teoría y Práctica*. Buenos Aires, Universidad, 1992, pág. 28 y ss.; CELIS MENDOZA AYMA, Francisco. *La necesidad de una imputación concreta en la construcción de un proceso penal cognitivo*. Segunda Edición, Lima, IDEMSA, 2015, pág. 245 y ss.

⁶⁸ BORTHWICK, Adolfo E. C. *Nociones fundamentales del proceso*. Corrientes, Mario A. Viera, 2001, pág. 278.

⁶⁹ Vid. BORTHWICK, Adolfo E. C. *Nociones fundamentales del proceso*. Corrientes, Mario A. Viera, 2001, pág. 279.

⁷⁰ Vid. FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba y verdad en el Derecho*. Madrid, Marcial Pons, 2005, pág. 29.

ECHANDÍA señala que ese es el sentido estricto de prueba; lo cual se colige de su propia definición: la prueba judicial se refiere a “*las razones o motivos que sirven para llevarle al juez la certeza sobre los hechos*”⁷¹. Esas razones o motivos se encuentran sustentadas en las fuentes de prueba con las que se pretende probar a través del medio de prueba⁷². Además, explica DEVIS ECHANDÍA que estos *motivos o argumentos de la prueba*, si se encuentra establecido por la ley, se trata de un sistema de prueba legal, tasada o tarifada, pero cuando se encuentran en la experiencia, las reglas de la lógica o los conocimientos científicos, se trata de un sistema de libre valoración⁷³. Sin embargo, lo que no toma en cuenta el autor es que, los argumentos se forman en base a datos e información, incluso equivocado y, por tanto también los argumentos pueden ser falsos; con lo que se perdería la relación de la prueba con la verdad de los hechos.

Sobre ese extremo, FERRER BELTRÁN menciona que cuando hablamos de prueba como resultado, tenemos que diferenciar, al resultado del medio específico de prueba y al resultado obtenido de la valoración conjunta de todos los elementos probatorios⁷⁴, posición que compartimos. FERRER BELTRÁN señala que resulta más apropiada referirnos al resultado individual porque a partir de él es que se procede a la valoración para probar el objeto de prueba. De ahí que, con razón, TARUFFO explica que “se obtiene prueba sólo cuando una inferencia obtenida de los medios de prueba da sustento a la verdad de un enunciado acerca de un hecho”⁷⁵; con la precisión de que esta posición hay que restringirla solamente al ámbito de la decisión. Por otro lado, el resultado de la valoración de los medios no es

⁷¹ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría General de la Prueba Judicial*. T: I, Buenos Aires, De Zavalía, 1981, pág. 29.

⁷² DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría General de la Prueba Judicial*. T: I, Buenos Aires, De Zavalía, 1981, pág. 550, es importante el análisis de este autor, aunque plasme que el objetivo de la prueba es lograr un estado psicológico en el juez, porque permite ver claramente cómo es que se forma la prueba dentro del proceso.

⁷³ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría General de la Prueba Judicial*. T: I, Buenos Aires, De Zavalía, 1981, págs. 550-551.

⁷⁴ FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba y verdad en el Derecho*. Madrid, Marcel Pons, 2005, pág. 29.

⁷⁵ TARUFFO, Michele. “Prueba y verdad en el Proceso Civil”, en: *Teoría de la Prueba*. Lima, ARA, 2012, pág. 36.

propiamente individual porque también requiere de cierta corroboración para considerar a un elemento probatorio como suficiente para dar como probado “un hecho”. Por ejemplo, no será suficiente la declaración que brinda el testigo, sino su fiabilidad, la calidad de la información que proporciona, que ésta sea corroborada con otros elementos, para a partir de ahí, recién dar como verdadera la versión testimonial.

El problema de la prueba no solo versa sobre la acepción del término, sino que ello incide en las reglas de aplicación. En efecto, cada una de las categorías procesales existentes, formadas a partir de las acepciones de la prueba, cuenta con ciertas reglas establecidas por el legislador. Estas reglas procesales, de alguna forma son las que nos van a permitir identificarlas, y poder derivar de ellas, su régimen de aplicación, sin llegar a confundir su naturaleza. Este aspecto se desarrolla con mayor detalle más adelante.

Por otro lado, ante las diferentes acepciones de prueba, resulta también importante hacer notar la distinción del concepto de *prueba* con el *derecho a la prueba*.

El *derecho a la prueba* es un derecho que no se encuentra expresamente reconocido en la Constitución peruana, ni en cuerpos normativos, sino que ha tenido reconocimiento por el TC en la STC Exp. N° 00010-2002-AI/TC, en la que indica que el derecho a la prueba es un derecho implícito al derecho al debido proceso, por lo tanto abarca todo el ámbito del proceso.

Tal como lo explica BUSTAMANTE ALARCÓN, el derecho a la prueba es un derecho complejo, cuyo contenido que se encuentra integrado por: a) el derecho a ofrecer los medios de prueba; b) el derecho a que se admitan los medios de prueba; c) el derecho a que se actúen adecuadamente los medios de prueba admitidos; d) el derecho a que se aseguren la producción o conservación de la prueba a través de la actuación y adecuada de los medios de probatorio; y, e) el derecho a que se valoren en forma adecuada y motivada los medios de prueba⁷⁶. Esos derechos específicos revelan que el derecho a la prueba se

⁷⁶ BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. El Derecho a Probar como elemento esencial de un Proceso Justo. Lima, Ara, 2001, pág. 102-103

encuentra presente en todas las etapas del proceso en la que se obtenga información relacionada a los hechos del proceso.

Con el derecho a la prueba lo que el TC ha pretendido es viabilizar todas las formas posibles para que se descubra la verdad de los hechos, haciéndose notorio el funcionamiento teleológico en la relación prueba y verdad. Sin embargo, el hecho que se reconozca los derechos específicos del derecho a la prueba, y que se manifiesten en diversas fases del proceso no debe llevarnos a pensar que en cada una de esas etapas del proceso estamos hablando de “la prueba” en sentido estricto, como presupuesto para alcanzar la verdad de los hechos. Pero aun así, la vulneración de esos derechos específicos, podría permitir la incorporación de información determinada que podría distorsionar el resultado final del proceso. De ahí que el derecho a la prueba no es la categoría procesal “prueba” pero sí se encuentra muy relacionada a ella.

En resumen, el derecho a la prueba, resulta mucho mejor denominarlo como derecho a probar, porque refleja acciones determinadas que tienden a la búsqueda de un resultado que es la aprobación final por parte del juez de la tesis fáctica de la imputación.

2.- Dinámica de la formación de los hechos

Para asumir una posición respecto al concepto de prueba, es necesario tener en claro el funcionamiento de las categorías procesales y su interacción dinámicamente dentro del proceso, en busca de lograr el resultado probatorio. Nos referimos a la fuente de prueba, al medio de prueba y a los elementos de prueba. A partir de que comprendamos la funcionalidad de estas categorías procesales y su utilidad, se podrá lograr seguir objetivos de verdad dentro del proceso, y un adecuado concepto de prueba, pero además permite estructurar un sistema comprobable y demostrable, valiéndose de los rastros y huellas que los hechos pudieron haber dejado en cosas, o personas, el resultado de las experimentaciones (pericia) y los argumentos (indicios)⁷⁷.

a) Actos de investigación y actos de prueba.

Dentro de la metodología de obtención de información para el proceso, los actos de investigación son los que permiten que se pueda incorporar

⁷⁷ CAFERATA NORES, Juan I. Proceso penal y derechos humanos. 2da. edición, Buenos Aires, Del Puerto, 2008, pág. 161.

información al proceso que servirá al Fiscal plantear su tesis fáctica. De otro lado, los actos de prueba, están dirigidos a probar, es decir, a que se verifica que los datos proporcionados por los medios de prueba contengan elementos probatorios necesarios que corroboren la tesis fáctica planteada en la pretensión punitiva. No se trata de la información que se proporciona al proceso, sino del comportamiento que se despliega para alcanzar a probar los presupuestos fácticos del delito.

LÓPEZ MASLE señala que la principal diferencia que existe entre ambos se puede identificar por *la oportunidad, el sujeto* que lo realiza y *la finalidad* que buscan cada uno de ellos⁷⁸. En el caso de los actos de investigación, estos se realizan en la etapa de la investigación, y está a cargo del Fiscal o la Policía, y tiene por finalidad la de averiguar o recabar datos sobre los hechos; en cambio, los actos de prueba, se realizan desde la etapa de intermedia, la llevan a cabo las partes y tiene por finalidad verificar la existencia de los hechos.

Al respecto, SAN MARTÍN explica que ambos -los actos de investigación y los actos de prueba- lo que hacen es *introducir hechos al proceso*⁷⁹; esto entendido como la información sobre el delito; pero se marca la diferencia entre ambas, que cumple funciones distintas, la primera cumple con una función de averiguar y la segunda, la de verificar⁸⁰. Es decir, en sus términos, los actos de investigación sirven para aportar hechos para averiguar y los actos de prueba aportan hechos para verificar. Esto resulta importante resaltar porque, en realidad, el análisis de los hechos no se hace en la etapa final del proceso sino durante todo el proceso, solo que con objetivos y niveles distintos, lo cual depende del momento en que se efectúa el análisis.

Por su parte, MIRANDA ESTRAMPES también señala que como elemento diferenciador eran las garantías que regían entre una u otra⁸¹. Señalaba que en los actos de investigación el contradictorio no era absoluto, contrario a los actos de prueba que sí tenía que darse el contradictorio. Sin embargo, ello va a depender de cada legislación en concreto, a los límites que

⁷⁸ HORVITZ LENNON, María Inés y Julián LÓPEZ MASLE. Derecho Procesal Penal Chileno. T II, Santiago, Jurídica de Chile, 2004, pág. 68 y ss.

⁷⁹ SAN MARTÍN CASTRO, César. Lecciones de derecho procesal pena. Lima, INPECCP, 2015, pág. 510.

⁸⁰ SAN MARTÍN CASTRO, César. Lecciones de derecho procesal penal. Lima, INPECCP, 2015, pág. 510.

⁸¹ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. La mínima actividad probatoria en el proceso penal, Barcelona, J.M. Bosch. 1997, pág. 101.

establezcan, las formas cómo es que se puede controlar cada uno de esos actos de investigación, etc. Por lo tanto, ello no es propiamente una diferencia esencial dentro de estas categorías jurídicas, sino está condicionada a su regulación legal.

Por tanto, no se debe perder de vista que, estos – los actos de investigación y los actos de prueba - se tratan de actos procesales, y como tales, explica FAIRÉN, son “*hechos humanos realizados dentro del proceso*”⁸². Cada uno de esos actos procesales tendrá una finalidad concreta. En el caso de los actos de investigación, estos pueden ser, incluso, extendidos a la instancia pre procesal cuando las actuaciones son inmediatas en la temporalidad a la comisión del delito. Por ello, ni son elementos probatorios ni son medios probatorios, porque estos son el resultado de los actos de investigación. Y por tanto, los actos de investigación no puede ser utilizados para acreditar los hechos, sino su resultado: los medios y los elementos probatorios.

Ahora, en un sistema procesal que exige, por un lado, la oralidad y, la inmediación del juez con el órgano de prueba, la contradicción; y por otro, que de acuerdo a la tecnificación de las investigaciones y las nuevas formas de criminalidad, que exigen el acopio de documentación que registran las diligencias de investigación, se muestra como una oportunidad para replantear ciertos conceptos, dentro de los que se encuentra pues actos de investigación y actos de prueba, ya que, lo obtenido en la investigación, que normalmente es información documentada, no implica por sí que sea invalidada sino por el contrario resultar ser eficaz, pero dejando siempre en manos de la valoración del juez⁸³.

Con la distinción entre el *acto* y el *medio que lo documenta* se puede encontrar una mejor explicación de este fenómeno: que los actos de investigación (de averiguación) no puede conviértase en un acto de prueba (acto de verificar). Estos solamente son las actividades que se realiza con un fin específico en la etapa procesal que les corresponde, de acuerdo a su naturaleza. Ahora, en el caso que los medios de documentación de la investigación (actas) que se pretendan utilizar en el juicio, ellos no cambian la naturaleza del acto. En

⁸² FAIRÉN GUILLÉN, Víctor. Doctrina general del Derecho procesal. Barcelona, Bosch, 1990, pág. 329.

⁸³ TARUFFO, Michele. La prueba de los hechos. Madrid, Trotta, págs. 496-497

todo caso, se podría decir que en la investigación se forma el medio de prueba, y en el juicio se utiliza para acreditar los hechos; pero no siempre los medios de prueba que se formen en la investigación podrán ser utilizados en el juicio, sino solo los que, de acuerdo a la naturaleza del juicio lo permita.

Por ello, queda claro que se tratan de actos procesales – de investigación y de prueba-, que contribuyen a mover el proceso hacia un fin en concreto: a través de la averiguación se podrá obtener elementos probatorios (información), que quedan registradas en actas u otros documentos, y que en el juicio, el juzgador verificará si esa información alcanza a establecer el presupuesto fáctico del hecho delictivo. Y la forma de introducirlo para el conocimiento en el proceso es a través de los medios de prueba, que dependiendo de las reglas del procedimiento que se actuarán esos medios: en los juicios orales, la actuación del medio es oral, en el caso hipotético que el juicio fuese escrito, esto tendría que hacerse leyendo. En todo caso, debe tenerse en cuenta que, gran parte de la investigación penal es escrito, salvo algunas decisiones preliminares, que serán orales. Por lo tanto no podemos negar su importancia dentro de la sistemática del proceso, pero, no se puede aceptar que, se le dé a los actos de investigación una naturaleza distinta: el legislador pretende dar el trato de actuación o acto a lo que es en realidad un medio de prueba⁸⁴. Lo correcto es entender que las actuaciones de investigación, como lo que son, actos procesales, se tratan *actuaciones humanas*; el resultado que se obtenga del mismo, no tiene esa naturaleza, porque con lo que finalmente se busca acreditar los hechos no son con esos actos sino con los datos, información o elementos proporcionados en el juicio oral a través de los medios de prueba.

También tiene que quedar bien en claro que, el hecho que se reconozca la formación de medios de prueba en la investigación no la lleva a convertir esa actividad en actuación probatoria⁸⁵, sino simplemente en una actividad distinta a ella, consistente en la documentación del aseguramiento de cierta información o

⁸⁴ El art. 325 CPP2004 dice: *Las actuaciones de la investigación sólo sirven para emitir las resoluciones propias de la investigación y de la etapa intermedia. Para los efectos de la sentencia tiene carácter de acto de prueba las pruebas anticipadas recibidas de conformidad con los artículos 242° y siguientes, y las actuaciones objetivas e irrepetibles cuya lectura en el juicio autoriza este Código”.*

⁸⁵ Vid. ROXIN, Claus. Derecho Procesal Penal. Buenos Aires, Editores del Puerto, 2000, pág. 395: admite que el Alemania, tanto el juez profesional como el juez lego deben estar en la capacidad de poder diferenciar entre el contenido de las actas y el juicio oral.

elementos probatorios vinculadas al momento en el que se logra la obtención de fuentes materiales. En forma concreta, en la investigación se contempla un número determinado de actos de investigación que tienen por función recabar información y asegurar fuentes materiales o información de la fuente personal, para prepararlo para el juicio.

También existen otros actos de investigación que necesitan realizarse en forma urgentes o que no pueden ser repetidos en el juicio. En ambos grupos de actos procesales descritos, la ejecución comprende la documentación de las mismas por cualquier medio posible, pero normalmente se realiza por el medio escrito. Pero ello tampoco debe llevarnos a pensar que a través de ese medio de documentación se comunicará ordinariamente al juzgador sobre los hechos, puesto que, para el caso del juicio oral, debe propenderse el cumplimiento de la oralidad, la inmediación y contradicción. En un juicio con esas características, se hace imperiosa la concurrencia de la fuente personal (llamado también órgano de prueba), para que sea a través de la declaración oral el medio de comunicación; y por tanto, los medios escritos pasan a un segundo plano como supuestos excepcionales, y por tanto, la formación de las actas de la investigación debe realizarse en base a las reglas restringidas que establece la ley, teniendo en cuenta un mecanismo de control que garantice la identidad entre la información que contiene el medio con la información apreciada en la fuente.

Por otro lado, en los actos de prueba como actos procesales tendientes a la verificación de los hechos, debe identificarse el ofrecimiento, la admisión y la práctica⁸⁶. Cada uno de ellos tiene una función específica con miras a la probanza de los hechos⁸⁷, y así mismo cuentan con reglas específicas para su realización. Esto quiere decir que, los actos de prueba están vinculados en estricto con la “acción de probar”. Por los mismos motivos de la oralidad, la inmediación, la contradicción, el ofrecimiento, admisión y actuación se deben

⁸⁶ Vid. SAN MARTÍN CASTRO, César. Lecciones de derecho procesal penal. Lima, INPECCP, 2015, pág. 571-574; el autor identifica estos actos en fases: fase de proposición, fase de admisión, fase de práctica. Cfr. MAIER, Julio B.J. Derecho procesal penal argentino. Vol. I, Buenos Aires, Hammurabi, 1989, pág. 859.

⁸⁷ El acto de postulación es el de solicitar que determinado medio de prueba sea actuado en el juicio; el acto de admisión es la aceptación de determinado medio de prueba por parte del Juez de Investigación Preparatoria para que sea actuado en el juicio, que queda plasmado en una resolución judicial; el acto de actuación que es la muestra la información que ella contiene como útil para acreditar los hechos; el acto de valoración es algo más complejo, que incluye otras fases: la percepción, la representación o reconstrucción y el razonamiento (sobre este último Vid. BUSTAMENTE ALARCON, Reynaldo. *Derecho a Probar como elemento esencial de un Proceso Justo*. Lima, Ara, 2001, p. 295-298)

realizan sobre medios de prueba que pueden ser actuados oralmente. Pero también es cierto que, no se prohíbe la utilización de otros medios escritos, pero sí se encuentra limitado por tratarse de supuestos excepcionales. El CPP2004 contempla el juicio oral pero este debe entenderse como un supuesto ideal, de aspiración del legislador, que en lo posible eso se cumpla, dependiendo de la naturaleza del medio de prueba que es sujeto de actuación, ya que el mismo cuerpo legal también contempla en forma ordinaria, la actuación de los medios de prueba distintas a la oral: exhibición de la denominado prueba material, directamente la observación del Juez (en la inspección o reconocimiento judicial), la lectura de los documentos preexistentes al proceso.

Como se ha podido advertir, la ejecución de los actos de investigación se encuentra pues vinculados a las reglas de actividad mientras que los documentos que registran esas actividades se regularían bajo las reglas del medio. Por el contrario, ninguno de ellos está referido a las reglas de prueba, que comprende el razonamiento para alcanzar el resultado probatorio.

b) Fuente de prueba

En cuanto a la fuente, etimológicamente hablando, expresa el origen de algo, es decir, no hay algo anterior a ella. En el derecho, la fuente hace referencia metafórica de donde fluye algo o de donde se produce los conocimientos de algo⁸⁸, y cuyo conocimiento sirve para interpretar y lograr sistematizar las normas que forman parte del ordenamiento jurídico. En materia probatoria, sucede algo similar; es decir que, cuando se habla de fuente, se está haciendo referencia a aquello de donde fluye el conocimiento inicial respecto a los hechos objeto de probanza. Sin embargo, sobre este concepto, para la doctrina no ha sido fácil poder obtener consenso⁸⁹. Pero nuestra Corte Suprema ha marcado posición, al menos para efectos de nuestro sistema procesal penal, señalando que las únicas fuentes de conocimiento reconocidos en el sistema procesa es *la persona*

⁸⁸ Vid. RIVERA MORALES, Rodrigo. Actividad probatoria y valoración racional de la prueba. Barquisimeto, J. Rincón G., 2010, pág. 100; ALZAMORA VALDEZ, Mario. Introducción a la Ciencia del Derecho. 10ma. ed., Lima, Eddili, 1987, pág. 233.

⁸⁹ Vid. GUZMÁN FLUJA, Vicente C. Anticipación y preconstitución de la prueba en el proceso penal. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2006, pág. 57 y 292; vid. ALVARADO VELLOSO, Adolfo. La prueba judicial. Lima, EGACAL, 2015, pág. 59-60.

y *el objeto*⁹⁰. La primera no es más que el órganos de prueba⁹¹ y la segunda la denominada prueba material⁹². De acuerdo a ello, podemos concluir que, las fuentes dentro del CPP2004 son de carácter personal y real⁹³, y a partir de ella desprenden los diferentes medios de prueba. Esta posición asumida por la jurisprudencia, a raíz de la interpretación de la legislación consideramos que es la más apropiada para efectos de sistematizar este concepto como el primer eslabón dentro de la cadena o fases que van teniendo el conocimiento de los hechos dentro del proceso. Esta es la posición de fuente al que nos adherimos en este trabajo.

c) Medio de prueba

El siguiente paso está referido a la forma cómo es que se lleva al juicio la información que se obtiene de las fuentes. Esa labor la realiza el *medio de prueba*, pudiendo ser este un procedimiento (declaración de testigo, inspección judicial, reconocimiento judicial) o un instrumento (objetos o documentos). También existe otra clasificación, en funciones de la fuente, como son los medios de pruebas personales y medios de prueba reales o materiales. Sin embargo, entre ellos, existen medios de prueba que involucra ambas fuentes de conocimiento, como puede ser el caso de la pericia cuando en ésta se realiza sobre una fuente material. También, existirán otros supuestos en los que la pericia es un medio de prueba puramente personal, como por ejemplo un experto que es citado al juicio para que declare sobre un tema de su especialidad, que necesita ser explicado, como podría ser un químico experto en venenos que explique los tipos de venenos que no dejan rastros en el organismo de quién los ingiere⁹⁴. En este último, no hay propiamente un examen a la fuente material sino solamente se explica un saber profesional referido a un tema que necesita ser aclarado para que el juez pueda tener suficientes elementos sobre el cuál valorar antes de aceptar como probado los hechos.

⁹⁰ Fundamento jurídico 8) del Acuerdo Plenario N° 6-2012/CJ-116 (asunto: Cadena de Custodia), del 07 de marzo de 2013.

⁹¹ CUBAS VILLANUEVA, Víctor. El nuevo proceso penal peruano: teoría y práctica de su implementación. Lima, Palestra, 2009, pág. 269.

⁹² CUBAS VILLANUEVA, Víctor. El nuevo proceso penal peruano: teoría y práctica de su implementación. Lima, Palestra, 2009, pág. 501.

⁹³ De igual forma vid. SAN MARTÍN CASTRO en Lecciones de derecho procesal penal, Lima, INPECCP, 2015, pág. 519.

⁹⁴ Vid. art. 172.1 y 172.2 del CPP2004.

Por otro lado, también hay que tener en cuenta que, la doctrina procesal nos enseña que toda pretensión cuenta con medios probatorios que los sustentan. En ese sentido, cualquier pretensión planteada en el proceso (prisión preventiva, allanamiento, intervención de comunicaciones, confirmatoria de incautación, etc) siempre tendrán que tener medios de prueba que sustenten los presupuestos fácticos de cada pedido. Ello no tiene nada que ver con una anticipación de juicio sobre los hechos, porque cada pretensión cuenta con un presupuesto concreto distinto a los otros, que es lo que se deben apuntar a probar en esos casos, y además, porque en estas pretensiones planteadas, el nivel de convicción o conocimiento sobre el hecho objeto de prueba es distinto al del Juzgamiento.

d) Prueba

Dentro de las acepciones de prueba que anteriormente hemos mencionado, la que refiere a la prueba como “conjunto de elementos suficientes”. Esta debe entenderse en el sentido de que, para la aceptación de la probanza de un hecho, debe producir un resultado positivo del análisis de los elementos probatorios⁹⁵. Pero aún con ese hecho probado positivamente, deben ser valorados con otros hechos probados para lograr a alcanzar los presupuestos fácticos de la norma jurídica. Es decir que, no todo elemento probatorio se convierte en prueba, sino solamente cuando los elementos sean de tal índole que permitan verificar la existencia de las proposiciones fácticas que forman parte de objeto de prueba. Por ello, no todo medio de prueba proporciona elementos de prueba que van a convertirse en prueba. Ello va a depender del análisis de la valoración del medio de prueba y la información que ella proporcione⁹⁶. Finalmente, la prueba termina siendo el resultado de la valoración de los medios, que permiten verificar determinados hechos.

⁹⁵ Vid. TARUFFO, Michele. Teoría de la prueba. Lima, Ara, 2010, pág. 35-36.

⁹⁶ Vid. NIEVA FENOLL, Jordi. La valoración de la prueba. Barcelona, Marcial Pons, 2010, pág. 237-238; al respecto el autor español habla solamente de la fiabilidad del medio; sin embargo, la fiabilidad solamente debe ser entendida como la condición de posibilidad de que proporcione elementos suficientes para acreditar los hechos. Al respecto, TALAVERA ELGUERA, Pablo. La prueba en el nuevo proceso penal. Manual de Derecho Probatorio y de la valoración de las pruebas en el proceso penal común. Lima, GTZ, 2009, pág. 116, establecer unas fases en la valoración.

Esta concepción de prueba nos permite identificar los datos e información existente sobre las proposiciones fácticas⁹⁷, y a partir de ahí poder verificar y corroborar las hipótesis fácticas planteadas. Pero, debemos tener presente también, que esos datos e información que se obtenga tiene que ser obtenidos en el contexto de un juicio oral, con todas las garantías de oralidad, publicidad, contradictorio, inmediación, para poder establecer ese equilibrio entre verdad y garantía; por tanto, que el resultado, la prueba sea confiable y al mismo tiempo que tenga cierto los hechos objeto de prueba.

Esta posición planteada consideramos que es la más solvente, porque permite no solamente encontrar una relación inmediata entre prueba y verdad, sino que también resulta útil en la motivación de los hechos, al momento de aceptar un hecho como probado.

e) Relación de prueba y verdad

MAIER explica, que la *verdad* es la correspondencia entre el pensamiento y el objeto pensado⁹⁸. Este concepto de verdad, de referencia a la que se busca en el proceso, muestra que, existe una limitación para alcanzar el conocimiento pleno de hechos materia del proceso, pero no por ello debe renunciarse a ese ideal⁹⁹, de lo contrario, no tendría sentido el proceso mismo.

Frente a ello, FERRER BELTRÁN, solventemente explica que, actualmente ya no podemos encontrar la relación entre prueba y verdad, partiendo de posiciones de que la prueba es la que fija los hechos, proporciona convicción sobre los hechos o dé certeza de los hechos; hoy por hoy, - dice el autor- lo que existe es una relación entre los enunciados probatorios, respecto a los elementos de juicio¹⁰⁰. De tal forma que, lo que se tiene por probado son las proposiciones fácticas a partir de los suficientes elementos probatorios que este tenga en el proceso. Por tanto, en el derecho, como en cualquier ciencia, se requiere ciertos estándares a partir del cual se pueda establecer que los hechos se les tienen por probado, pese a reconocer que siempre, se llegarán solamente a la probabilidad de la existencia de los hechos. Ese estándar que permite

⁹⁷ FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba y verdad en el Derecho*. Barcelona, Marcel Pons, 2005, pág. 68: "La razón es simple: podría aún sostenerse que sólo puede decirse que hay elementos suficientes en favor de *p* cuando esos elementos demuestren la verdad de *p*".

⁹⁸ MAIER, Julio B.J. *Derecho procesal penal argentino*. Vol. I, Buenos Aires, Hammurabi, 1989, pág. 843.

⁹⁹ FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba y verdad en el Derecho*. Madrid, Marcial Pons, 2005, pág.68 y ss.

¹⁰⁰ FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba y verdad en el Derecho*. Madrid, Marcial Pons, 2005, pág.68 y ss.

aceptar como probado un hecho, debe permitir también “tenerse por verdadero” ese hecho¹⁰¹.

Con este autor se da un tremendo giro, con mayor certeza y seguridad en los conceptos probatorios y la relación de prueba con verdad está en el plano lógico. Por un lado, la prueba será respecto a las proposiciones fácticas a través de los elementos de convicción. Si es que se copa las proposiciones con ciertas premisas, se tendrá como probado en tanto aparezca otro elemento que cambie la situación inicial. De acuerdo a ello, la verdad será el ideal en el razonamiento que mueve al operador del derecho; por tanto es una verdad no acabada, sino como “dada por verdadera”. Por otro lado, respecto a la prueba, resulta compatible como tal a los elementos que resulten suficientes para acreditar la proposición fáctica. En base a esta posición, se establece una relación entre prueba y verdad.

f) Principios sobre la prueba

Siendo el proceso el escenario en el que se determina la prueba que sirve para aceptar los hechos probados, existen principios dentro del sistema de enjuiciamiento que determinan la estructura y funcionamiento¹⁰², lo cual definitivamente influenciará en gran medida del resultado del proceso. La influencia de esos principios nos exige delimitar de cada uno de los principios que influyen la prueba.

En primer lugar, tomando en cuenta lo que ORÉ GUARDIA nos explica, los principios consisten la base del legislador, que va permitir la interpretación, comprender el sentido y la finalidad de las leyes¹⁰³, lo que lo convierte en un instrumento para establecer coherencia sistemática de las leyes.

Por su parte, ALVARADO VELLOSO, indica que es un punto de partida de lo que se pretende hallar o lograr el llegar¹⁰⁴, es por ello que, el autor explica que formular los *principios* implica trazar líneas directivas respetadas para lograr el mínimo de coherencia que supone todo sistema¹⁰⁵; de acuerdo a esta posición, los principios establecen un sistema rígido y coherente en tanto y en

¹⁰¹ FERRER BELTRÁN, Jordi. Prueba y verdad en el Derecho. Madrid, Marcial Pons, 2005, pág. 75.

¹⁰² BOVINO, Alberto. Principios políticos del procedimiento penal. Buenos Aires, Del Puerto, 2005, pág. 1.

¹⁰³ ORE GUARDIA, Arsenio. Principios del Proceso Penal. Lima, La Reforma, 2011, págs. 14-15.

¹⁰⁴ ALVARADO VELLOSO, Adolfo. El proceso judicial. Lima, EGACAL, 2013, pág. 104.

¹⁰⁵ ALVARADO VELLOSO, Adolfo. El proceso judicial. Lima, EGACAL, 2013, pág. 104.

cuento se mantenga la decisión política que motivó esa voluntad para establecerlo, lo que en el tiempo proporciona seguridad jurídica en la aplicación de las normas que forman parte del sistema.

Por otro lado, BERNAL PULIDO, explica que los principios tratan de normas cuya estructura contienen mandatos de optimización, y citando a ALEXY precisa que, los principios ordenan “*que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes*”¹⁰⁶, De acuerdo a esta posición, los principios siempre estarán inspirando una u otra norma o regla en concreto, de ahí que la forma de aplicación de los principios sea ponderación mientras que para las reglas es la subsunción¹⁰⁷.

DWORKIN señala llama como principio “a un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad”¹⁰⁸.

En ese sentido, los principios solamente inspiran las reglas para su aplicación, de tal forma que, cuando las reglas se encuentran en una situación de conflicto, resultará definirlo a nivel de principio, siendo este una actividad constante la aplicación normativa. Con mucho mayor razón debe tenerse en cuenta la aplicación de esos principios en una categoría de tanta importancia como la prueba, que es la que define la existencia de los hechos como probados, y la prueba preconstituida, si es que realmente se cumple con esos principios.

i) Principio de oficialidad

Al respecto, SAN MARTÍN explica que el reconocimiento del principio de oficialidad se desprende de la exigencia del juicio previo como presupuesto para la sanción penal¹⁰⁹. Este principio, establece la exclusividad del órgano jurisdiccional a determinar la existencia de delito e imponer penas¹¹⁰, determinan que, solamente el órgano jurisdiccional pueda establecer qué hechos son tomados como probados, para los presupuestos fácticos de la norma penal y

¹⁰⁶ BERNAL PULIDO, Carlos. Estructura y límites de la ponderación. Doxa N° 26, 2003, pág. 225.

¹⁰⁷ BERNAL PULIDO, Carlos. Estructura y límites de la ponderación. Doxa N° 26, 2003, pág. 225.

¹⁰⁸ DWORKIN, Ronald. Los derechos en serio. Barcelona, Ariel, 3era. Edición, 5ta. reimpresión, 2002, pág. 72.

¹⁰⁹ SAN MARTÍN CASTRO en Lecciones de derecho procesal penal, Lima, INPECCP, 2015, pág.58.

¹¹⁰ MONTERO AROCA, Juan. Principios del Proceso Penal: Una explicación basada en la razón. Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, pág. 18; SAN MARTÍN CASTRO en Lecciones de derecho procesal penal, Lima, INPECCP, 2015, pág.59.

para la aplicación de la correspondiente consecuencia jurídica. Ello exige también un comportamiento previo del órgano jurisdiccional, que es el seleccionar los elementos de convicción proporcionado a través de los medios de prueba, cuál de ellos proveen información racional, coherente y suficiente para aceptar los hechos planteados por las partes como probados. De ahí que, solamente podemos encontrar la prueba en la valoración que realiza el órgano jurisdiccional. Antes de ello, solamente elementos de convicción y medios probatorios.

Si bien es cierto que, el CPP2004 establece mecanismos, como la Terminación Anticipada, Conclusión Anticipada, o las Convenciones Probatorias, estos se encuentran condicionados a la aprobación judicial, por lo tanto, la posibilidad de las partes procesales determinen la probanza de los hechos está limitada a la aprobación del órgano jurisdiccional. Sin embargo, a través del principio de oportunidad, se pondera y se opta por una solución rápida y eficaz ante la simplicidad de la infracción penal; en estos procedimientos inspirados por el principio de oportunidad no se establece la probanza los hechos, ni mucho menos la aplicación de la sanción penal, sino lo que se produce es una abstención de la acción penal. Por tanto, en el ámbito de la prueba, no se ha renunciado al principio de oficialidad.

ii) Principio de oralidad

Por otro lado, para determinar responsabilidad penal, el legislador exige un juicio previo en el que rijan especialmente la oralidad, publicidad, inmediación y la contradictorio en la actuación, el mismo que se realiza sobre la base de la acusación [art. 1.2 TP y art.356.1 del CPP2004]. La oralidad es una “garantía que constituye” una forma de comunicarse normal y directamente, que le permite a toda persona (...) hacerse oír y al público apreciar directamente las actuaciones procesales” [Considerando 2.2.3. de la Casación N° 636-2014 Arequipa]; lo cual no se ve afectada con la lectura de los documentos o la exhibición de la objetos y efectos del delito, ya que, de acuerdo a la metodología de la actuación, se requerirá de todas formas de una persona quién comunica la pertinencia de la información que estas contienen. A través de este principio se busca que en lo posible, las actuaciones probatorias se realicen pues a través del medio oral, cuando su naturaleza lo permita, es decir, el exámenes de los

testigos y peritos; sin embargo, no se hace ilegítimo que otras formas de actuación distinta a la oral, como la lectura o la exhibición, las cuales está sujetas a reglas específicas, que solamente en los supuestos contemplados en la ley en que se podrá realizar.

iii) El principio de publicidad

La publicidad se materializa con la realización del juicio público [Considerando 2.2.3. de los Casación N° 636-2014 Arequipa]. Esta se constituye en una garantía de control al órgano jurisdiccional pues se trata de uno de los poderes que el pueblo ha delegado al Estado, pero también constituye una garantía para el ciudadano, que no se vea sometido a un proceso en la clandestinidad¹¹¹. Esta garantía resultará efectiva, en tanto y en cuanto, la información proporcionada en el juicio resulte ser fiable; si se lleva a cabo con información amañada, tendenciosa, el juicio público se convertirá en un teatrín. Esa información fiable solamente se podrá lograr si es que, en cada una de las etapas previas al proceso se haya cumplido con las reglas para obtenerla, como en el caso de recojo de las evidencias materiales o los procedimientos para la obtención de información con restricción de derechos.

iv) El principio de inmediación

El principio que se demanda con mayor exigencia en el juicio oral es sin duda el principio de inmediación. EISNER indica que, con este principio “se procura asegurar que el juez o el tribunal se hallen en permanente e íntima vinculación con los sujetos y elementos que intervienen en el proceso, recibiendo directamente las alegaciones de las partes y las aportaciones probatoria; a fin de que pueda conocer en toda su significación en material de la causa”¹¹². El principio de inmediación, adquiere sentido en el juicio oral, debido a que, es en esta clase de juicio en que se exige la presencia de la persona física proporcionando información referida a los hechos materia de juzgamiento. Pero más trascendental es que, el órgano jurisdiccional reciba la información directamente de la fuente del conocimiento (personal o material), es decir, que lo obtenga después de haber escuchado al propio órgano de prueba o haya apreciación el objeto o efecto del delito, y solamente, escuchando lo leído de los

¹¹¹ Vid. FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón. Quinta Edición, Madrid, Trotta, 2001, pág. 616.

¹¹² EISNER, Isidoro. La inmediación en el proceso. Buenos Aires, Depalma, 1963, pág. 33.

documentos, cuando esta proporcionen realmente la información fiable que permita someterla directamente a la valoración, lo cual estará regulado por la norma procesal para cada caso en concreto, de ahí que se reconozca actualmente que bajo este principio la percepción sensorial del juez como el lenguaje, capacidad narrativa, expresividad de las manifestaciones, precisiones en el discurso, que se presenta en los casos de la actuación del medio de prueba persona en el juicio oral, y por otro lado, se incluya dentro de este mismo principio, una fase estructura racional de la información que se recibe [Considerando décimo segundo de la Casación N° 468-2014 San Martín]. De tal forma que, el principio de inmediación lo que hace es excluir de toda intermediación fútil que pueda generar una indebida valoración de los elementos de prueba [Considerando 2.3.2. de la Casación N° 636-2014 Arequipa]¹¹³. Esto resulta más coherente para poder establecer las categorías procesales que actúan en la investigación, y definitivamente resultan útiles para el juicio, y no como la doctrina procesal que ha pretendido establecer una rigurosidad en cuanto a la oralidad e inmediación, pero que al encontrarse frente a la realidad, se ha venido argumentando equivocadamente la existencia de una actuación probatoria en la investigación, la presunción de licitud de la actuación de la Policía y la Fiscalía, cuando se llevan a cabo ciertos actos de investigación que no pueden ser realizados en el juicio¹¹⁴. De esta forma, los actos de investigación que son documentados adecuadamente, de tal forma que permita observar objetivamente la ejecución de esos actos, y mientras que las partes pueden ejercer el contradictorio y controlar la fiabilidad respecto a autenticidad del origen de la información, resulta legítimo poder ser utilizadas para el juicio.

v) Principio de contradicción

El principio de contradicción, conocido también como principio de “bilateralidad”, “[i]mpone la paridad de oportunidades para las partes de ejercer

¹¹³ Debe tenerse en cuenta que la casación menciona como “valoración de prueba” a la valoración que realiza sobre información que recibe del medio de prueba actuado, a lo que nosotros denominamos “elementos de prueba”.

¹¹⁴ GIMENO SENDRA, Vicente. La prueba prohibida. Conferencia Magistral realizada el 07 de abril de 2006, en el Auditorio “Ella Dumber Temple” Rectorado de la Universidad Nacional Mayor de san Marcos, ciudad universitaria. En: http://www.youtube.com/watch?v=YE9jaak_8Y0; consultado el 26.08.2017.

sus derechos de defensa, lo cual es una expresión particular del principio de político de la igualdad ante la ley”¹¹⁵.

Puede ser identificado en dos facetas, por un lado, *cuando la actuación se realiza en el juicio de medio de prueba personal*, implica que las partes tengan a) la posibilidad de ser oídas por el tribunal, b) la posibilidad de ingresar (medios de) pruebas c) la posibilidad de controlar la actividad judicial y de la parte contraria; y d) la posibilidad de refutar los argumentos que puedan perjudicarlas¹¹⁶. Por otro lado, con respecto a los medios de prueba, como hemos visto, pueden actuarse por medio de la lectura, el contradictorio se ejercer en primer término al momento de la incorporación al proceso, en el caso de los documentos; en la audiencia de confirmatoria judicial, cuando se trata de actuaciones que documentan el recojo de objetos relacionados al delito; o cuando se participa en las diligencias; lo que los habilita poder ser actuados; pero por otro lado, está el contradictorio con respecto al contenido de esos medios de prueba, lo cual se realizan en la propia en el juicio. De esta forma, existe un doble contradictorio, esto es en la formación del medio de prueba y en el medio de prueba ya formado¹¹⁷. Esto resulta más evidentes precisamente en las actas de las diligencias de la investigación, produciéndose la primera posibilidad de contradictorio en la investigación, sea este participando en la diligencia, confirmatoria o reexamen; por otro lado, en el contradictorio sobre “la prueba ya formada” que no es otra cosa que sobre la estructura racional de la información, es decir, sobre el contenido que pueda tener el medio de prueba. Aún con esta fragmentación del principio, se mantiene intacto porque el juez, al momento de resolver tendrá todos los elementos necesarios para valorar correctamente el medio y de lo que se diga de él.

vi) Principio de concentración

La concentración “se encuentra como imperativo de procurar que la consumación de los distintos actos o diligencias procesales sean próximos entre

¹¹⁵ JAUCHEN, Eduardo M. El Juicio Oral en el proceso penal. Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2008, pág. 37.

¹¹⁶ BOVINO, Alberto. Principios políticos del procedimiento penal. Buenos Aires, Del Puerto, 2005, pág. 85.

¹¹⁷ IGARTÚA SALAVERRÍA, Juan. El razonamiento en las resoluciones judiciales. Lima, Palestra, 2009, pág. 74-75: este autor habla de un contradictorio “sobre la prueba formada” y “sobre la formación de la prueba”, cuando en realidad se está refiriendo a la formación de medio de prueba y al medio probatorio ya formado.

sí, con la menor interrupción temporal posible”¹¹⁸. Con este principio lo que se busca es que, en el juicio con intermediación, se garantice que la información se encuentra se encuentre fresca para que no se olviden lo esencia, sin embargo, ello ya no tiene sentido cuando los juicios son gravados en audio y video. Más solvente resulta el fundamento de que el acusado tiene el derecho a una respuesta de la administración de justicia sin dilación.

Otro punto importante que se tiene que tener en cuenta con este principio es que, cuando se habla que los actos o diligencias no debe interrumpirse por un tiempo prolongado, esto se refieren única y exclusivamente de las realizadas en el juicio oral. Las actuaciones que se puedan realizar en la investigación no constituyen propiamente actos que tengan por finalidad inmediata el “probar”. La información que se obtienen de esas actuaciones tendrá todavía un curso de evaluación para determinar si es que realmente será utilizada por el fiscal para sustentar alguna proposición fáctica de sus tesis. Mientras tanto, si la información proporcionada en esos actos de investigación no es ofrecido a través de la actuación de algún medio de prueba, no puede ser utilizado. Entonces, si esa información se proporcione a través de algún medio escrito, permitido, no afecta este principio, ya que el ámbito de aplicación de este principio solamente abarca los actos del juicio.

vii) Presunción de inocencia

Finalmente, se entiende que un juicio con estas características de exigencia del cumplimiento de esos principios, debe permitir al órgano jurisdiccional afirmar si existen suficientes elementos probatorios sobre la responsabilidad del procesado, de no existirlos, se tendrá que absolver de los cargos (regla de juicio de la presunción de inocencia). Para ello, el órgano jurisdiccional, solamente cuenta con las máximas de la experiencia, las reglas de la lógica y la ciencia [art. 158 del CPP2004].

III. La prueba preconstituida de acuerdo a las acepciones de prueba.

Una vez vistas las aristas que se nos presenta al tratar de identificar un concepto de prueba adecuado, desde el punto de vista procesal y epistémico,

¹¹⁸ JAUCHEN, Eduardo M. El Juicio Oral en el proceso penal. Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2008, pág. 38

ahora nos toca identificar cuál de ellas resulta aceptable en una categoría de prueba preconstituida.

Si tomamos en cuenta que, el prefijo *pre*¹¹⁹ significa “anterioridad” y el verbo *constituir* significa “formar, componer, ser”¹²⁰, la locución prueba preconstituida nos da a entender que se trataría de una prueba formada o constituida antes del momento que corresponde hacerlo, por ende se da como probado los hechos solamente con la configuración de ese presupuesto, lo que afectaría la contradicción, la presunción de inocencia, y la inmediación.

Sin embargo, esa no parecer haber sido la intención del Juzgador, ya que la regulación del art. 425.2 del CPP2004 nos hace referencia de una valoración independiente sobre la prueba preconstituida. Ahora, si tomamos en cuenta las acepción de *prueba*, se muestran variantes sobre la prueba preconstituida. Si pretendemos decir que la *prueba preconstituida* asume la acepción de prueba como actividad, esta sería entendida como la anticipación de la actividad probatoria del juicio. Esto implicaría llevarla a cabo con todas las garantías y reglas procesales para ella. El único elemento diferenciados respecto a la actuación probatoria ordinaria resultaría ser el momento de su realización, que solamente sería posible si se actúan la declaración de testigos o peritos antes del juicio, pero con posterioridad al auto que ordena llevar a cabo el juicio hasta antes de que se apertura el debate¹²¹.

En el caso que, la *prueba preconstituida* como medio, esta estaría referida a los medios documentales formados antes de la existencia del proceso, los que se forman durante la investigación y de cualquier medio formado antes de la actuación en el juicio oral, que se traduce todo ello en medios documentales finalmente. Se incluye en ella pues las actas de las declaraciones escritas de los peritos, testigos, actas de diligencias, etc. En este caso, una vez que se ha formado el medio, su actuación en el juicio se realizará a través de la lectura,

¹¹⁹ REAL ACADÉMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la Real Academia Española. Vigésimotercera edición, 2014.

¹²⁰ REAL ACADÉMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la Real Academia Española. Vigésimotercera edición, 2014.

¹²¹ Siguiendo a Gómez Orbaneja, MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, La mínima actividad probatoria en el proceso penal, Barcelona, Bosch, 1997, pág. 319, opina que únicamente en ese supuesto se debe reservar el concepto de prueba anticipada, entendida esta como anticipación de la actuación del medio de prueba, de tal suerte que el acta de la misma no resultaría necesaria su oralización. En un supuesto distinto podría llevar a confusión con la prueba preconstituida. En esa misma línea GUZMÁN FLUJA, Vicente C. Anticipación y preconstitución de la prueba en el proceso penal. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2006, pág. 256.

visualización o escucha, según el medio de registro utilizado. En este caso, lo que se cuestiona es la fiabilidad de la información registrada en las actas que registran diligencias urgentes e irrepetibles, y más grave aún, sin que en ellas hayan participado el abogado de la defensa o las partes no hayan firmado el acta; y que llevaría al cuestionamiento de su legitimidad.

Finalmente, si la *prueba preconstituida* se entendiera como resultado, estaríamos hablando que un determinado medio de prueba tenga un valor preestablecido por el legislador. Por tanto, esta solamente podría presentarse en el sistema de prueba tasada, cuando el legislador establece reglas para arribar a un resultado determinado. En forma contraria, en un sistema de libre valoración probatoria, aun cuando, se permita la realización de actos de investigación en los que se obtiene información sobre el hecho delictivo, estos no tienen calidad de prueba, porque existen otras reglas que la condicionan antes de que el juzgador pueda aceptar sus proposiciones fácticas. Por tanto, una regulación de prueba preconstituida, bajo en el sentido de resultado sería incompatible en un ordenamiento jurídico que regula la valoración probatoria bajo las reglas de la sana crítica (máximas de la experiencia, reglas de la lógica y los conocimientos científicos).

CAPITULO II

REGULACIÓN DE LA PRUEBA Y DE LA PRUEBA PRECONSTITUIDA EN EL CPP2004

SUMARIO: 1. Sentido de la prueba y el sistema de valoración probatoria en el CPP2004.
a. Sentido de la prueba en el CPP2004. b. Sistema de valoración probatoria en el CPP2004. 2. La regulación de la prueba preconstituida en el CPP2004. a. Antecedente.
i. En el CPP1940. ii. En la Ley N° 27784 – Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control.
b. Regulación de la prueba preconstituida en el CPP2004. c. Posición de la doctrina nacional sobre la prueba preconstituida.

1.- Sentido de prueba y sistema de valoración probatoria en el CPP2004

a.- Sentido de término prueba en el CPP2004

En el CPP2004, hemos podido identificar que el legislador ha sido ortodoxo en la utilización de los términos sobre la prueba para referirse a varias categorías vinculadas a la materia probatoria; pero muy liberal con la regulación de mecanismos procesales de obtención de información (actos de restricción de derechos y búsqueda de prueba regulado en el art. 230 de CPP2004 y ss.) y una metodología para verificación de los hechos probados (utilización de las máximas de la experiencia, reglas de la lógica, conocimientos científicos y la utilización de la prueba indiciaria). Es por ello que, en el CPP2004 hay que tener cuidado al referirnos de alguna categoría jurídica con la denominación “prueba”, porque no necesariamente se trata de un presupuesto para afirmar la verdad de los hechos.

En efecto, muchas de ellas son categorías jurídicas que tienen una estrecha relación dentro de la metodología de la investigación, pero que tienen naturaleza distinta:

1. En el Libro Segundo (de la Actividad Procesal), Sección II (de la prueba), Título II (de los medios de prueba), el legislador ha regulado los “medios de prueba”. En ese título ha regulado como medios de prueba los siguientes:
 - a. La Confesión (art. 160 -161 CPP2004)
 - b. El testimonio (art. 162 -171 CPP2004)
 - c. La pericia (art. 172-181 CPP2004)
 - d. “Prueba documental” (art. 184 -188 CPP2004)

- e. El reconocimiento (art.189-191 CPP2004)
- f. Inspección judicial y la reconstrucción (art. 192 CPP2004)

En ese grupo de medios de prueba, apreciamos que el legislador se refiere al documento, como “prueba documental”. No se está refiriendo al contenido del documento sino al registro físico que contienen el dato o la información. Incluso se hace mención en el art. 185 del CPP2004 un catálogo de documentos que nos remite a un catálogo de documentos físicos: *manuscritos, impresos, fotocopias, fax, disquetes, películas, fotografías, radiografías, entre otros. Cláusula que identifica al documento solamente al documento escrito sino también a cualquier medio de registro de información.* Por tanto, no cabe duda que, en esta parte, la referencia a la prueba es bajo el sentido de medio.

2. En el Libro Segundo (de la Actividad Procesal), Sección II (de la Prueba), Título II (de los medios de prueba), Capítulo V, se ha contemplado otros medios de prueba relacionados con los procedimientos urgentes y necesarios para el asegurar información relevante para el juicio. El legislador los ha denominado “Pruebas Especiales”, aunque en realidad lo que se tratan son de actos de investigación que cumplen una función indagatoria, las mismas que quedan plasmada en actas o pericias oficiales, y que normalmente son realizados en la fase inicial del proceso. Estas denominadas “Pruebas Especiales” son las siguientes:

- i. Levantamiento de cadáver
- ii. Necropsia
- iii. Embalsamiento
- iv. Examen de viseras y materias sospechosas
- v. Examen de lesiones y de agresión sexual
- vi. Examen en caso de aborto

En alguno de ellos se realiza el aseguramiento de fuentes materiales, para el posterior examen. Dichos documentos serán utilizados durante el proceso para poder sustentar algún requerimiento ante el juez. La documentación de esos actos y las pericias no implican que con esos

serán los medios probatorios que se utilizará posteriormente para acreditar el delito, porque el juicio tiene reglas de actuación del medio de prueba, como son la oralidad, inmediación y contradicción, que en primer momento no cumpliría. Por lo tanto, en este caso en concreto, el sentido que se da en esta parte es de prueba como actividad o acto procesal documentado.

3. En el Libro Segundo, Sección II, Título III, el legislador ha regula los actos de “búsqueda de prueba y restricción de derechos”. Mediante las reglas establecidas por el legislador para estos actos de investigación, se pretende establecer límites al accionar del fiscal, a fin de no afectar derechos fundamentales. Dichas reglas podemos dividir las en dos grupos:
 - *Cuando la norma exija autorización para su ejecución.* En este grupo encontramos las medidas que para su ejecución, el fiscal previamente debe solicitar al juez la autorización, la cual debe emitirse en forma escrita y motivada. Para la calificación de dicha medida el juez debe observar la proporcionalidad de la medida y existan suficientes elementos de convicción. En este caso, si no existe riesgo, el juez incluso puede correr traslado a los sujetos procesales antes que se pronuncie sobre la procedencia de la medida solicitada.
 - *Cuando por la urgencia o peligro en la demora la ley autorice su actuación.* En este supuesto se permite que el fiscal o la Policía realicen ciertos actos que son urgentes o cuya demora es peligroso. Si la ejecución del acto implicara la restricción de derechos fundamentales de las personas, se solicitará inmediatamente la confirmatoria.

Estos actos de investigación, utilizan, pues, un concepto amplio de prueba que, TARUFFO lo definiría como *elementos utilizables para la determinación del hecho*¹²². Tiene una tendencia a que pueda ser útil, pero no tiene el valor probatorio que hace que con ellos se acrediten

¹²² TARUFFO, Michele. La prueba de los hechos. Madrid, Trotta, 2002, pág. 378.

directamente los hechos. De tal forma que la autorización que otorga el juez para la ejecución de estos actos de investigación o su control posterior no implica otorgarle algún efecto probatorio. Con la autorización judicial solamente habilita la ejecución del acto de investigación en determinados casos en los que se afecte gravemente derechos fundamentales, pero no garantiza que en la ejecución se vulneren esos mismos derechos fundamentales u otros, o se realicen con algún vicio en el recojo de la información. En el primer caso, existe el reexamen y la apelación como mecanismos de control para verificar si es que la autorización judicial se otorgó conforme al principio de proporcionalidad y la existencia de elementos suficientes, y que en la ejecución no se haya vulnerado derechos fundamentales.

Por otro lado, a través de la confirmatoria, se busca someter a control los actos urgentes e irrepetibles, cuya ejecución no requería autorización judicial previa. En cuanto a la información que se obtenga de ellas el cuestionamiento será pues en los momentos que el CPP2004 permite: En la etapa intermedia solicitando la inadmisión del medio de prueba, o cuando quepa solicitar un sobreseimiento; y en el mismo juzgamiento.

Entre los actos que ha regulado el legislador en este título se encuentran:

- a. El control de identidad y la videovigilancia
- b. Las Pesquisas
- c. La intervención corporal
- d. El allanamiento
- e. La exhibición forzada y la incautación de bienes
- f. La exhibición e incautación de actuaciones y documentos no privados
- g. La interceptación e incautación postal
- h. La intervención de comunicaciones
- i. El aseguramiento e incautación de documentos privados
- j. Levantamiento del secreto bancario y de la reserva tributaria
- k. La clausura o vigilancia de locales e inmovilización.

Estos actos de investigación cumplen pues una función instrumental para la obtención de información útil para el proceso, porque ordinariamente ellos se encuentran dentro de la esfera de protección de determinados derechos fundamentales. La información que se obtenga de ellos, como ya se ha señalado, están sujetas a la valoración, antes de que el juez pueda decir que, por medio de ella, se haya logrado acreditar algún hecho en concreto. Por tanto, el sentido de prueba utilizado por el legislador es como elementos de convicción obtenidos en una situación muy complicada, en donde existe fricción entre los derechos y garantías de los investigados.

4. En el Libro Segundo (Actividad Probatoria), Sección II (La prueba), Título IV, se regula la “Prueba Anticipada”. En este caso, el sentido que se da a la prueba es como actividad; y al igual que los antes mencionados actos procesales referidos anteriormente, ésta se encuentra plasmada en un acta. Sin embargo, hay que tener en cuenta que en la doctrina mayoritaria, ella es aceptada como “prueba”, debido al escenario en el que se desarrolla: intervención judicial y la realización del contradictorio sobre el órgano de prueba. Pero, la aceptación de ella como “prueba”, parte pues de entender a la prueba como una actividad de aportación de información sobre los hechos, tal como se nota en algunos autores españoles¹²³; pero si entendiéramos que la “prueba” es resultado positivo de la valoración conjunta de elementos probatorios obtenidos de los medios de prueba, la situación cambia, haciendo que “la prueba anticipada” sea simplemente acto procesal de aseguramiento de información, y el acta que lo documenta sería el medio en el que se registra la información; y aunque las garantías de intervención judicial se cumple, el juez que lo lleva a cabo no es el juez que resolverá definitivamente la sentencia, es decir, otro juez lo valorará en plenitud: en forma individual y conjunta. En cuanto, al contradictorio, este provee de objetividad de la información

¹²³ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. La mínima actividad probatoria en el proceso penal. Barcelona, Bosch, 1997, pág. 29.

plasmada en las actas. Por lo tanto, podemos decir que, sistemáticamente, la “prueba anticipada” tiene un sentido de actividad, pero es a través del acta y las grabaciones de la audiencia que se servirán para probar los hechos. Lo que provee la prueba anticipada es la fiabilidad de la información proporcionada en ella por haber participado en el contradictorio sobre la actuación del medio.

5. En el literal f) del art. 350.1 del CPP2004 se regula como una de las varias posibilidades del procesado ante la notificación de la acusación, el “ofrecer pruebas” para el juicio. A este nivel del proceso, resultaría prematuro decir que estamos ante prueba, porque la Fiscalía recién está planteando su pretensión punitiva, por lo que resultará prematuro afirmar la existencia de prueba. Lo que hay, y se exige, en esta etapa son los medios de prueba que sustentan la pretensión punitiva. En consecuencia, debemos entender que, el sentido que tiene la “prueba” en ese contexto es como medios de prueba y sus elementos que esto puedan contener.
6. En el art. 382 del CPP2004 regula la “prueba material”. Este artículo refiere dentro de ella a los *instrumentos o efectos del delito, y los objetos o vestigios incautados o recogidos, que obran o hayan sido incorporados con anterioridad al juicio*. Esta descripción detallada podría llevarnos a pensar que se está haciendo referencia a un supuesto de prueba documental en sentido funcional¹²⁴ por tanto incluirse en ella tanto a los documentos literales como a otros instrumentos que también registran información. Sin embargo, cuando el legislador hace mención de que ellos deben de haber sido incautados, nos da a entender que ellos han sido obtenidos en el contexto de un acto de investigación, y por tanto, existe cadena de

¹²⁴ RAMIREZ GÓMEZ, José Fernando. La prueba documental. Medellín, Señal Editora, Octava Edición, 2008, pág. 57. El autor explica que en la prueba documental se puede identificar dos sistemas, los que identifican a la prueba documental como el documento escrito, literal, al cual denomina *sistema de la literalidad o del concepto estructural*; y, por otro lado, está el sistema que identifica a la prueba documental, además del documento literal, sino que “se asocia con los signos del lenguaje”, sin importar la forma de su materialidad, al cual denomina *sistema técnico o del concepto funcional*.

custodia sobre ellos, que es lo que lo distingue propiamente del documento.

Al respecto, la Corte Suprema, aunque no siendo del todo claro, refiere que los objetos incautados están referidos a la fuente material, cuya derivación resultará el medio de prueba material¹²⁵. Lo que nos da a entender que, mientras que la fuente se encuentre dentro de la investigación, hablamos de fuente de prueba, y cuando ella es llevada al juicio con fines probatorio, ella cumple una función de medio de prueba. De acuerdo a ello, la conclusión a la que se puede llegar es que, el sentido de prueba en este contexto es de fuente material y medio de prueba.

7. En el art. 385.2 del CPP2004 se señala que: *“El Juez Penal, excepcionalmente, una vez culminada la recepción de las pruebas, podrá disponer, de oficio o a pedido de parte, la actuación de nuevos medios probatorios si en el curso del debate resultasen indispensables o manifiestamente útiles para esclarecer la verdad. (...)”*. En este caso, la referencia de *“recepción de las pruebas”* nos indica que el sentido es de prueba como resultado individual de los medios de prueba, es decir, los datos, información o elementos dirigidos a probar un hecho.
8. En el art. 387 del CPP2004 se dice que: *“El Fiscal, cuando considere que en el juicio se han probado los cargos materia de la acusación escrita, la sustentará oralmente, expresando los hechos probados y las pruebas en que se fundan, la calificación jurídica de los mismos, la responsabilidad penal y civil del acusado, y de ser el caso, la responsabilidad del tercero civil, y concluirá precisando la pena y la reparación civil que solicita”*. En este supuesto, habría que entender el contexto en el que desarrolla el CPP2004. Se trata del momento en que el Fiscal propone lo que para él debe ser tenido como hecho

¹²⁵ Fundamento jurídico 8) del Acuerdo Plenario N° 6-2012/CJ-116 (asunto: Cadena de Custodia), del 07 de marzo de 2013.

probado y como prueba, a la espera que ello sea acogido en ese rango; de lo que se desprende el significado de medio y elemento probatorio al mismo tiempo.

Como se ha podido advertir, el significado que se deduce de la prueba ha dependido mucho del contexto en el que se encuentran esas categorías procesales de acuerdo al momento procesal que se hace referencia. En el caso de la prueba preconstituida, se podría seguir esa misma metodología si es que se hubiera regulado en un contexto distinto. La regulación que se hizo de ella solamente en la valoración probatoria en el juicio de segunda instancia no revela la verdadera dimensión, y tampoco aporta algún elemento del que se pueda deducir el sentido que le ha asignado el legislador.

b.- El sistema probatorio en el CPP2004

Tal como lo hemos indicado con anticipación, nuestro CPP2004 al prescribir en el art. 158.1 del CPP2004 que *en la valoración de la prueba el Juez deberá observar las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia*, marca su alineamiento al sistema de libre valoración probatoria. Pero eso no es solamente por pura decisión del legislador, sino que este sistema, actualmente es entendido como un sistema racional, acorde con un proceso penal basado en los fundamentos de un Estado de Derecho, sin abandonar los fines de verdad que cumple el proceso.

Como, también se ha visto, bajo este sistema, el juez, utilizando las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia, debe llegar a la certeza de que el hecho concreto se encuentre como probado. Por ello, en este método de razonamiento, en puridad, la prueba consistirá en la información que permita al juez inferir que un hecho aconteció. Pero, como se ha podido analizar líneas arriba el legislador nacional no la define concretamente como “prueba”, sino que utiliza el término en sentido amplio para referirse indistintamente a diferentes categorías procesales.

El art. 393.2 del CPP2004 señala que la valoración tiene que realizarse en dos fases: individual y conjunta. Por lo que debe entenderse que en cada una de ellas tiene que utilizarse reglas lógicas, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos. IGARTUA SALAVERRÍA explica que la valoración individual está referida o se proyecta al medio de prueba, mientras que la

valoración conjunta está dirigida a establecer la hipótesis¹²⁶. Es decir, en este primer razonamiento lo que se hace es obtener la información que cada medio de prueba pueda haber proporcionado. En esta **primera fase**, el juez tendría que verificar, lo que TALAVERA denomina el juicio de fiabilidad probatoria, que consiste en comprobar *requisitos formales y materiales para alcanzar su finalidad*¹²⁷, es decir, no solamente se tendrá que comprobar, primero los requisitos que establece la ley para cada medio de prueba, control judicial en la formación de los medios, sino también, si es que no se violó derechos fundamentales, la pertinencia, conducencia, utilidad, y también establecer si bajo las reglas de la lógica, máximas de la ciencia y la experiencia, el contenido del medio de prueba actuado puede cumplir su finalidad. En resumen, como dice TALAVERA “no es un juicio sobre la veracidad del hecho que constituya el objeto de un medio de prueba, sino que se limita a ser un juicio sobre la posibilidad de usar un concreto medio de prueba como instrumento para acreditar un hecho determinado”¹²⁸.

En el **segundo nivel**, o sea la valoración conjunta, podríamos identificar una **primera sub fase** en la que se realiza la interpretación del medio de prueba y la credibilidad de la misma¹²⁹. A través de ella se busca establecer si las proposiciones fácticas de la tesis fiscal se encuentran confirmadas¹³⁰. O también descartadas. El resultado de ello, se podría decir, son los hechos o proposiciones fácticas, que se tendrá como probados provisionalmente.

En una **segunda sub fase**, no solamente basta la confirmación de la proposición fáctica sino que, a decir de GONZÁLES LAGIER, debe considerarse **i)** cuente con un número suficientes de hechos probatorios; o sea que los hechos en conjunto puedan copar todos los supuestos fácticos de la norma jurídica; **ii)** que sean variados, es decir, que tenga la mayor confirmación posible, y descartar

¹²⁶ IGARTUA SALAVERRÍA, Juan. Los indicios tomados en serio; pág. 484. En: ORTEGA GOMERO, Santiago (Editor). Interpretación y Razonamiento Jurídico. Lima, Ara, 2009. El mismo. El razonamiento en las resoluciones judiciales. Lima, Palestra, 2009, pág. 115.

¹²⁷ Vid. TALAVERA ELGUERA, Pablo. La prueba en el nuevo proceso penal. Manual de Derecho Probatorio y de la valoración de las pruebas en el proceso penal común. Lima, GTZ, 2009, pág. 115.

¹²⁸ Vid. TALAVERA ELGUERA, Pablo. La prueba en el nuevo proceso penal. Manual de Derecho Probatorio y de la valoración de las pruebas en el proceso penal común. Lima, GTZ, 2009, pág. 116.

¹²⁹ Vid. GASCÓN ABELLÁN, Marina y Alfonso J. GARCÍA FIGUEROA. La argumentación en el Derecho. Algunas cuestiones fundamentales. Lima, Palestra, 2003, pág. 363-368.

¹³⁰ Vid. TALAVERA ELGUERA, Pablo. La prueba en el nuevo proceso penal. Manual de Derecho Probatorio y de la valoración de las pruebas en el proceso penal común. Lima, GTZ, 2009, pág. 117-118.

las hipótesis alternativas (requisito de no refutación¹³¹); y **iii**) referido a la pertinencia, es decir que no todos los hechos probados son realmente necesarios¹³².

TALAVERA explica que en el requisito de no refutación, se hace *la comparación entre los resultados probatorios y los hechos alegados*¹³³, es decir, que una vez que se han confirmado los hechos con la hipótesis fáctica de la acusación fiscal, se debe ahora proceder a relacionar esos hechos con los hechos alegados por las partes, a fin de verificar que no existan hipótesis alternativas que podrían excluir la posibilidad de la afirmación como probado de la hipótesis, o en todo caso, que ellas puedan tener una explicación razonable dentro del conjunto de hechos. Esto responde a una regla epistemológica o *garantía de verdad*, del cual se deriva otra regla denominada, de contradicción, que establece la oportunidad de poder contradecir la confirmación y poder disipar las probabilidades de una hipótesis que lo refute¹³⁴, es decir, solamente se podrá tener por confirmado los hechos cuando se haya rechazado esa hipótesis alternativa¹³⁵. De esa forma se puede acercar con mayor probabilidad a la verdad del hecho controvertido en el proceso. Este hecho, que se entiende, es el sustento fáctico de la tesis acusatoria, tendrá que ser analizada a la luz de la norma legal para determinar si es que se ha llegado a acreditar el tipo penal que prescribe la norma jurídica. Pero hay que tener en cuenta que, el análisis probatorio no se realiza en forma aislada e independiente a la norma jurídica. El tipo penal es el que define el hecho a probar, pero al mismo tiempo, se elige el tipo penal de acuerdo a la información que se tiene sobre los hechos. Este sistema de valoración encuentra un importante correlato con las técnicas de

¹³¹ GASCÓN ABELLAN, Marina y Alfonso J. GARCÍA FIGUEROA. La argumentación en el Derecho. Algunas cuestiones fundamentales. Lima, Palestra, 2003, pág. 368.

¹³² GONZÁLES LAGIER, Daniel. Ensayos Quaestio facti: Ensayos sobre la prueba, causalidad y acción. Lima, Palestra, 2005, pág. 81-85.

¹³³ TALAVERA ELGUERA, Pablo. La prueba en el nuevo proceso penal. Manual de Derecho Probatorio y de la valoración de las pruebas en el proceso penal común. Lima, GTZ, 2009, pág. 119.

¹³⁴ GASCÓN ABELLÁN, Marina y Alfonso J. GARCIA FIGUEROA. La argumentación en el Derecho. Algunas cuestiones fundamentales. Lima, Palestra, 2003, pág. 368.

¹³⁵ TARUFFO, Michele. La prueba. Madrid, Marcial Pons, 2008, pág. 35; FERRER BELTRÁN, Jordi. Los estándares de la prueba en el proceso penal español. Pág. 6. En: <http://www.uv.es/CEFD/15/ferrer.pdf>. Consultado el 04.11.2015; ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. Justicia penal, derechos y garantías. Lima, Palestra, 2007, pág. 177: el autor explica que "una hipótesis acusatoria sólo podrá ser considerada fecunda cuando cuente con la pluralidad de confirmaciones, coincidentes y no contradictorias entre sí, que lo hagan convincentemente explicativo".

motivación de los hechos probados¹³⁶, que permite conseguir un nivel elevado del control de la aceptación de los hechos como probados¹³⁷.

En resumen, del esquema explicado, podemos identificar que el legislador, pese a la aceptación del sistema de libre valoración probatoria, no identifica a la prueba con el conjunto de elementos que permite aceptar los hechos como probados, por lo que de antemano se puede descartar que la *prueba preconstituida* esté referido a un hecho probado.

2. La regulación de la prueba preconstituida en el CPP2004

a. Antecedente

En nuestro país, no podemos decir que la prueba preconstituida como categoría procesal ha tenido un desarrollo legislativo o jurisprudencial amplio. Esa deficiencia, hace que el análisis sobre el tema resulte complicado por la ausencia de elementos de juicio que permitan llevar el análisis a fondo.

i. En el CPP1940¹³⁸

En el CPP1940 no se encuentra expresamente la categoría *prueba preconstituida*. Por lo tanto, si dentro este contexto legislativo se ha producido en la práctica judicial la asignación a alguna categoría procesal el *nomis iuris* de prueba preconstituida, ella es arbitraria. Además, hay que tener en cuenta, como dice SAN MARTÍN, resultaría riesgosa “*la asunción teórica del nuevo Código bajo las perspectivas del Código derogado*”¹³⁹. Ello tiene una explicación, es el contexto cómo el legislador desarrolla la categoría jurídica junto a las otras fuentes del derecho: la doctrina y la jurisprudencia, que permitirá una interpretación determinada. Es por ello que, estamos convencidos que la naturaleza de la prueba preconstituida debe encontrarse en el análisis funcional con otras categorías procesales reguladas junto con ella.

¹³⁶ CASTILLO ALVA, José Luís. La motivación de la valoración de la prueba en materia penal. Lima, Grijley, 2013, pág. 295 y ss.

¹³⁷ FERRER BELTRÁN, Jordi. Motivación racional de la prueba. Lima, Grijley, 2016, pág. 269.

¹³⁸ Aprobado por Ley N° 9024 de fecha 16.01.1940.

¹³⁹ SAN MARTÍN CASTRO, César. Lecciones de derecho procesal penal, Lima, INPECCP, 2015, pág. LVIII (en la Introducción).

ii. En la Ley N° 27784 – Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control

En la Ley N° 27784 – Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control, aún vigente, se señala textualmente en el literal “f” del art. 15 que los informes resultantes de las acciones de control, tendrá la calidad de prueba preconstituida:

“Artículo 15.- Atribuciones del sistema

Son atribuciones del Sistema:

[...]

f) Emitir, como resultado de las acciones de control efectuadas, los Informes respectivos con el debido sustento técnico y legal, constituyendo prueba pre-constituida¹⁴⁰ para el inicio de las acciones administrativas y/o legales que sean recomendadas en dichos informes.”

Sin embargo, aunque esta no es una norma procesal de carácter penal, ha tenido implicancias en los procesos penales en donde se tramitaban delitos contra la administración pública. Explica MORÓN URBINA que hubo intentos de que esta parte de la referida norma sea modificada porque resultaba inconstitucional; e incluso que hubo un proyecto legislativo que no prosperó; precisando el autor que en dicho proyecto legislativo se entendía equivocadamente la prueba preconstituida con el valor probatorio pleno o tasado¹⁴¹. Con lo que se revela que, inicialmente se entendía esta figura procesal como un resultado probatorio tasado.

Actualmente, al menos para los efectos del proceso penal, se ha dado un cambio a esa regulación. Aun manteniéndose en el texto de la Ley N° 27784, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control, el carácter de prueba preconstituida de los Informes de Control, se ha visto modificado mediante la Ley N° 30214, del 29 de junio de 2014, que agregó en la CPP2004 el art. 201-A, artículo en el que se da la calidad de *pericia institucional extraprocesal* a los referidos informes cuando estos sirvan para formular denuncia penal, y como elemento de convicción cuando es realizado simultáneamente con la

¹⁴⁰ El sublineado es nuestro

¹⁴¹ MORÓN URBINA, Juan Carlos. “Los informes de control y calidad de prueba preconstituida: posición de la Corte Suprema”. Gestión Pública y Desarrollo, Setiembre 2011. En: http://www.gestionpublica.org.pe/plantilla/rxv5t4/1029474941/enl4ce/2011/seti/revges_1337.pdf; consultado el 25.05.2015

investigación. Asimismo, el referido articulado señala que la sustentación se realizará con el personal que la Contraloría designe. De tal forma, su admisión para el juicio debe ser solicitada por el fiscal y evaluada por el juez, su actuación tendrá que realizarse no solamente mediante la lectura sino que habrá un profesional que la Contraloría designe, que lo sustentará; y su valoración estará sujeta a las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia, como cualquier otro medio de prueba.

SAN MARTÍN analizando las Normas de Auditoría Gubernamental – NAGU explica que “*el Informe de Auditoría Gubernamental es una pericia preprocesal con características singulares por tratarse de un ámbito especialmente complejo y especializado de la Administración Pública*”¹⁴². Lo que revela que, aunque el texto legal de la Ley N° 27784 señale que se trate de una prueba preconstituida, las normas internas de la Contraloría definen una naturaleza distinta y compleja, que llevan a concluir que no bastará analizar esa categoría procesal únicamente del texto del literal “f” del art. 15 de la Ley N° 27784 – Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control.

Por lo tanto, el reconocimiento de esos informes como *prueba pericial* y no como *prueba preconstituida*, fluye no solamente de un reconocimiento legal actual, sino también de las normas que regulan ese sector.

Por su parte, la jurisprudencia nacional respecto al tema de los Informes Especiales de Control, pese a su intento de deslindar respecto a su naturaleza, no ha llegado a barajar la posibilidad de que se trata de una pericia. En la jurisprudencia se analizó sobre la base de la eficacia probatoria de los Informes Especiales de Control, indicando que no tienen el carácter de prueba plena, es decir que, no cuenta un peso probatorio que vincule al juez, preliminarmente, para aceptar como probado un hecho, sino que deben ser corroborados con otros medios de prueba¹⁴³. Esto definitivamente fue un anticipo de la tendencia que con posterioridad se vio materializó en la Ley N° 30214 antes comentada.

¹⁴² SAN MARTÍN CASTRO en Lecciones de derecho procesal penal, Lima, INPECCP, 2015, pág. 581

¹⁴³ Al respecto CAS N° 935-2005-ICA del 24/abr/2007 y la Ejecutoria Suprema de fecha 01/02/2005 emitido en el Exp. 2554-2004-Arequipa citados por MORÓN URBINA, Juan Carlos. “Los /informes de control y calidad de prueba preconstituida: posición de la Corte Suprema”. Gestión Pública y Desarrollo, /Setiembre 2011. En:

http://www.gestionpublica.org.pe/plantilla/rxv5t4/1029474941/enl4ce/2011/seti/revges_1337.pdf;
consultado el 25.05.2015

b. Regulación de la prueba preconstituida en el CPP2004

En la regulación del CPP2004, el legislador no ha establecido las características que debe tener la prueba preconstituida, quedando solamente en una sola mención de ella en el art. 425.2. El texto del articulado dice:

“Artículo 425 Sentencia de Segunda Instancia.-

[...]

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

Esta es la única referencia de la prueba preconstituida en el CPP2004, que trata de la valoración probatoria en segunda instancia. El texto al señalar que la Sala Penal Superior sólo valorará independientemente la prueba actuada en la audiencia de apelación, la prueba pericial, documental, preconstituida y anticipada, revela que, en ellos se puede apreciar, por sí solo, toda la información necesaria para su valoración con miras a la aceptación de los hechos. De forma contraria, cuando se señala que la Sala Penal Superior no puede otorgar diferente valor probatorio a la (medio de) prueba personal que fue objeto de inmediación por el juez de primera instancia, se requerirá la inmediación en esa instancia. Es por ello que la salvedad que se hace en ese caso es que, una vez cuestionado el valor probatorio, este tenga que ser actuada en segunda instancia, para que la Sala Superior tenga inmediación.

Por tanto, no es que la prueba preconstituida cuente con un valor probatorio tasado, que permita *ipso facto* aceptar como probado un hecho. Lo que sí muestra es que, se trata de un medio de prueba especial diferenciado de la documental, la pericial y la prueba anticipada, y cuenta con cierta fiabilidad que permite su valoración con miras a la aceptación de los hechos como probados. Por tanto, su naturaleza jurídica debe buscarse en otro ámbito distinto a las referidas figuras procesales. Entonces la pregunta que surte al respecto es,

¿de qué forma se puede obtener un medio de prueba fiable sobre el cual el juez no ha tenido intermediación, tal como mandan las reglas del juicio oral? Esta pregunta la responderemos en el capítulo III del presente trabajo.

c. Posición de la doctrina nacional sobre la prueba preconstituida

En la doctrina nacional es unánime en señalar que la prueba preconstituida se trata de un supuesto excepcional de la práctica probatoria en el juicio, por cuestiones de urgencia e irrepitibilidad. Sin embargo, mantienen ámbitos en los que no se encuentran del todo definidos, que dificulta identificarla claramente:

1.- Para SAN MARTÍN “la prueba preconstituida es una prueba documental que puede practicar el JIP [Juez de Investigación Preparatoria] y, a prevención, el fiscal y la Policía sobre hechos irrepitibles o indisponibles, y como tal tiene un carácter aseguratorio de los indicios y fuentes de prueba”¹⁴⁴. Además señala, que tiene el carácter excepcional y que no es posible el contradictorio¹⁴⁵, y que puede deducirse del art. 383 del CPP2004, apartado 1), literal d) y e), con lo que quedaría comprendida dentro de esta categoría las denominadas declaraciones escritas recabadas por exhorto - que es un medio de prueba personal-, pudiendo incorporarse en este incluso a la “prueba trasladada”. Por otro lado, enumera - el referido autor – también “diligencias objetivas e irreproducibles” las actas de detención, reconocimiento, registro inspección, revisión, pesaje, hallazgo, incautación y allanamiento, entre otros¹⁴⁶; con ello queda confundida en la prueba preconstituida tanto los actos como las actas que los documentan. Agrega que, se incluye el reconocimiento realizado con presencia de la defensa¹⁴⁷, con lo que se confunde con la prueba anticipada, ya que pone como único elemento diferenciador entre ambas categorías procesales la intervención del juez, resumiéndose con ello la identificación de la prueba preconstituida con aquellos casos que no alcanza a los presupuestos de la prueba anticipada. Esa posición no la compartimos porque consideramos que es argumento facilista y no responde a la sistemática de nuestro código. Recordemos que, la voluntad del legislador ha sido regular dentro de la prueba

¹⁴⁴ SAN MARTÍN CASTRO en Lecciones de derecho procesal penal, Lima, INPECCP, 2015, pág. 338.

¹⁴⁵ SAN MARTÍN CASTRO, César. Estudios de Derecho Procesal Penal. Lima, Grijley, 2012, pág. 311.

¹⁴⁶ SAN MARTÍN CASTRO, César. Estudios de Derecho Procesal Penal. Lima, Grijley, 2012, págs. 311-312.

¹⁴⁷ SAN MARTÍN CASTRO en Lecciones de derecho procesal penal, Lima, INPECCP, 2015, pág. 338-339.

anticipada el aseguramiento de información que normalmente se hubiera podido recabar mediante declaración oral del órgano de prueba.

Específica SAN MARTÍN, que la fiabilidad de ellos está en el cumplimiento exacto del procedimiento legalmente establecido¹⁴⁸, lo cual a nuestro criterio no resulta convincente porque si no se encuentra definido la prueba preconstituida, cómo es que podremos hacer cumplir esos requisitos para mostrar la fiabilidad. Además, la fiabilidad “se limita a ser un juicio sobre la posibilidad de usar un concreto medio de prueba como instrumento para acreditar un hecho determinado”¹⁴⁹, sin embargo, ello no se puede obtenerse solamente del cumplimiento legal del procedimiento, porque aún con ella, materialmente podría no resultar fiable; por ejemplo, un testigo puede cumplir con los requisitos formales para que declare, pero ello no garantiza que en el interrogatorio se descarte su fiabilidad o incluso la verosimilitud de su versión. Aun cuando se cumpla con el procedimiento legal. Tal como lo advierte IGARTUA SALAVERRÍA, no puede confiarse en la independencia, neutralidad e imparcialidad del fiscal o del Policía¹⁵⁰. El juez debe de cerciorarse de la fiabilidad a través de otros medios, porque con la sola lectura del documento no puede tenerse suficientes elementos para ello. En el caso de las declaraciones orales en juicio, puede valorarse su fiabilidad luego de su actuación, porque se tiene presente al órgano de prueba disponible para proporcionar la información y aclarar los cuestionamientos que se pueda realizar sobre su versión, por tanto ya muestra una cierta garantía de control, por ende, se muestra fiable; pero en el caso de las actas de las diligencias urgentes o irrepetibles, sino está disponible el órgano de prueba, lo que en ella queda consignado no hay forma de verificarse fiabilidad por sí sola. Y el acta por sí solo, como documento escrito, es difícil poder ser cuestionado en cuanto a la apreciación realizada por su autor, si es que antes no es interrogado su autor.

Por otro lado, agrega SAN MARTÍN, que pueden ser objeto de valoración por el Tribunal, en tanto se someta a lectura y debate, conforme lo disponen los

¹⁴⁸ SAN MARTÍN CASTRO en Lecciones de derecho procesal penal, Lima, INPECCP, 2015, pág. 580

¹⁴⁹ TALAVERA ELGUERA, Pablo. La prueba en el nuevo proceso penal. Manual de Derecho Probatorio y de la valoración de las pruebas en el proceso penal común. Lima, GTZ, 2009, pág. 116

¹⁵⁰ IGARTUA SALAVERRÍA, Juan. El razonamiento en las resoluciones judiciales. Lima, Palestra, 2009, pág. 70.

arts. 383° y 384.4 del CPP2004¹⁵¹. Sin embargo, en su última obra, SAN MARTÍN precisa que los actos practicados en la investigación preparatoria podrán adquirir valor probatorio con la ratificación, mientras que los Informes Policiales que contiene *elementos de prueba preconstituida*, se introducirán como documentos¹⁵². En lo primero, se olvida que el art. 383.2 del CPP2004 señala que está prohibido la actuación probatoria de los documentos o actas que están referidas a (medios de) pruebas actuadas en las audiencias; de tal forma, si se presenta el órgano de prueba, como debe ser, la actuación se realizaría de la declaración de él y no del acta o los informes, aunque sí serán valoradas en forma conjunta; y en último caso, del conjunto de ellos. En todo caso, las actas al igual que las declaraciones previas, podrían servir para hacer recordar o resaltar las contradicciones. Y con respecto a los informes policiales, con la sola lectura no será suficiente para dar algún valor probatorios, si es que no se encuentra debidamente sustentado con los medios o instrumentos que contengan el referido informe policial.

2.- En el caso de TALAVERA, él nos explica que la preconstitución es un fenómeno complejo que no puede ser subsumido en una única categoría. Explica que la prueba preconstituida es *“aquella practicada antes del inicio formal del proceso o en la propia fase de investigación, observando las garantías y las prescripciones legales, con la finalidad de asegurar o mantener la disponibilidad de las fuentes de prueba [...] Lo que se preconstituye son las fuentes de prueba. La práctica de un medio de prueba solo es posible, y solo tiene sentido, dentro del juicio oral, de manera que no se puede preconstituir el medio de prueba desde el momento en que su existencia no tiene sentido fuera de dicha fase procesal”*¹⁵³. Asimismo indica que se diferencia de la prueba anticipada en la imprevisibilidad de la indisponibilidad de la fuente¹⁵⁴.

Darí la impresión que la prueba preconstituida se trataría de una cajón de sastre, donde caben todos aquellos actos de investigación que no son prueba

¹⁵¹ SAN MARTÍN CASTRO, César. Estudios de Derecho Procesal Penal. Lima, Grijley, 2012, pág. 310.

¹⁵² SAN MARTÍN CASTRO en Lecciones de derecho procesal penal, Lima, INPECCP, 2015, pág. 580

¹⁵³ TALAVERA ELGUERA, Pablo. La prueba en el nuevo proceso penal. Manual el de Derecho Probatorio y de la valoración de las pruebas en el proceso penal común. Lima, GTZ, 2009, pág. 72.

¹⁵⁴ TALAVERA ELGUERA, Pablo. La prueba en el nuevo proceso penal. Manual de Derecho Probatorio y de la valoración de las pruebas en el proceso penal común. Lima, GTZ, 2009, pág.73.

anticipada. Para TALAVERA¹⁵⁵ fuente de prueba son los elementos de prueba, es decir la información obtenida. Por tanto, el asegurar o mantener disponibilidad las fuentes de prueba no es otra cosa más que garantizar que la información obtenida en la investigación también lo conozca el juez, por cualquier medio de registro. Conforme a este planteamiento, se da espaldas a una realidad concreta, que el producto de los actos de investigación son actas que registran información, y que de alguna medida van a ser utilizadas de forma similar a la prueba documental. Lo que evidencia es la existencia de un medio de prueba, cuya actuación se realizará frente al juez sentenciador.

Asumir como prueba preconstituida, aquella práctica de asegurar o mantener la disponibilidad de las fuentes de prueba, y tener como elemento diferenciador a la prueba anticipada, a la imprevisibilidad de la indisponibilidad de la fuente, no resulta consistente, porque tendría que comprenderse en ella a las declaraciones escritas de testigos o peritos, regulados en el art. 383.1. c) y d) del CPP2004, los cuales están más cercanos a la prueba anticipada que con las actas de las diligencias urgentes e irrepetibles, o incluso se podría incluirse en ese mismo grupo a las entrevistas en cámara gessel, que de acuerdo a la modificatoria del art. 242 del CPP2004 promovida por la tercera disposición complementaria final de la Ley N° 30364, forma parte de los supuestos para la actuación de la prueba anticipada.

Aunque el planteamiento de TALAVERA tiene respaldo en la doctrina, no tiene sustento en nuestra legislación. Para el legislador nacional, tal como se mencionó anteriormente, existen dos tipos de fuentes, la fuente persona, que es el órgano de prueba, y la fuente real, que es la denominada prueba material¹⁵⁶, las cuales no está referidas directamente a la información misma sino al que lo provee.

En consecuencia, la posición de TALAVERA es que la prueba preconstituida es la fuente, entendida este como los elementos, datos o información, es decir, se trata del contenido del acta que lo documento, contrario

¹⁵⁵ TALAVERA ELGUERA, Pablo. La prueba en el nuevo proceso penal. Manual de Derecho Probatorio y de la valoración de las pruebas en el proceso penal común. Lima, GTZ, 2009, pág.71.

¹⁵⁶ Ver fundamento jurídico 8) del Acuerdo Plenario N° 6-2012/CJ-116 (asunto: Cadena de Custodia), del 07 de marzo de 2013.

a la posición de SAN MARTÍN que en forma expresa, finalmente, ha señalado que se trata de prueba documental.

3.- Por su parte, NEYRA FLORES expresa que:

“[s]i bien el nuevo código procesal no menciona expresamente a la prueba preconstituida, podemos deducirla, tomando en cuenta que es aquella prueba realizada antes de iniciarse el proceso y donde no interviene para nada la figura de un juez y que por su naturaleza y características deben ser consideradas actos definitivos e irreproducible, que se llevan a cabo durante la investigación preliminar o la investigación preparatoria y no es posible postergar su realización hasta la realización del juicio” y que “vista desde la perspectiva de excepción al principio de inmediación con relación a la prueba, debe ser valorada cuando se cumple los requisitos legalmente establecidos para su actuación y deben interpretarse siempre de manera restringida”¹⁵⁷. [El subrayado es nuestro]

Al parecer, NEYRA no toma en cuenta que, cuando explica la “prueba”, la define como *“aquello que confirma o desvirtúa una hipótesis o afirmación precedente en el proceso”*¹⁵⁸. Ello nos lleva a pensar que el sentido de prueba que describe con ello es de prueba como resultado de la valoración, por ende, hablar de un concepto de prueba preconstituida implicaría pues una valor probatorio previo al análisis probatorio y que resultaría incongruente dentro del sistema de libre valoración probatoria asumido por nuestro legislador. Además, habla del cumplimiento de los requisitos legales, lo cual no puede saberse si es que no conocemos la naturaleza de la cual podamos deducir las reglas de aplicación.

4.- Por otro lado, ARANA ANGULO, en su libro *La Investigación del delito en el Nuevo Código Procesal Penal*, se muestra cuidadoso al advertir el vacío legislativo por el escueto tratamiento en el CPP2004, porque que entiende que, pareciera que el legislador ha dejado para que jurisprudencia la desarrolle, es

¹⁵⁷ NEYRA FLORES, José Antonio. Manual del Nuevo Proceso Penal & de Litigación Oral. Lima, IDEMSA, 2010, pág. 617; EL MISMO. Tratado de Derecho Procesal Penal. Tomo II, Lima, IDEMSA, 2015, pág. 355-356.

¹⁵⁸ NEYRA FLORES, José Antonio. Tratado de Derecho Procesal Penal. Tomo II, Lima, IDEMSA, 2015, pág. 220.

por ello que él considera que *“existen dudas sobre sus alcances”*¹⁵⁹. En una publicación posterior, ratifica su posición, pero es más explícito en señalar que, en razón de dicho vacío dejado, existe poca seguridad respecto a los límites, fundamento, regularidad y funcionamiento¹⁶⁰. De acuerdo a ello, entendemos que eso fue el motivo para que autor restringiera su configuración, *“sobre todo, en las instancias policiales, particularmente en los casos de flagrancia y también a nivel de las diligencias iniciales de investigación y otros operativos, cuando todavía los fiscales carecen de la noticia criminis”*¹⁶¹ y se efectúan actuaciones que no volverá a existir oportunidad de que se repitan¹⁶². Por lo tanto, para el autor *“[l]a prueba preconstituida identifica tanto al recojo de elementos materiales relacionados con la comisión de un ilícito como a las diligencias actuadas por la autoridad encargada de investigar tales hechos con anterioridad al inicio del proceso del proceso penal formal, las cuales ser requiere que adquieran calidad de prueba en razón de su virtud para dar a conocer la realidad de los hechos acontecidos”*¹⁶³. De acuerdo a ese planteamiento, la prueba preconstituida sería producto de las diligencias preprocesales elaboradas en diligencias urgentes e irrepetibles, por personal policial.

Además, señala que tendría la presunción de autenticidad¹⁶⁴ por haber sido elaborada por funcionario público. TARUFFO explica que la presunción de autenticidad que se mantiene en los documentos públicos es un rezago del sistema de las reglas de prueba legal¹⁶⁵. Sin embargo, en un sistema de libre valoración probatoria, ningún medio de prueba o elemento probatorio tiene un atributo relevante y superlativo frente a los otros. Entendemos, esa presunción

¹⁵⁹ ANGULO ARANA, Pedro. La Investigación del delito en el Nuevo Código Procesal Penal. Lima, Grijley, 2006, pág. 177.

¹⁶⁰ ANGULO ARANA, Pedro. “La prueba preconstituida”. En: Alexander Claros Granados y Gonzalo Castañeda Quiroz (Coordinadores). Nuevo Código Procesal Penal Comentado. Volumen 2, Lima, Legales, 2014, pág. 1528.

¹⁶¹ En el autor, está en cursiva.

¹⁶² ANGULO ARANA, Pedro. “La prueba preconstituida”. En: Alexander Claros Granados y Gonzalo Castañeda Quiroz (Coordinadores). Nuevo Código Procesal Penal Comentado. Volumen 2, Lima, Legales, 2014, pág. 1528.

¹⁶³ ANGULO ARANA, Pedro. “La prueba preconstituida”. En: Alexander Claros Granados y Gonzalo Castañeda Quiroz (Coordinadores). Nuevo Código Procesal Penal Comentado. Volumen 2, Lima, Legales, 2014, pág. 1528.

¹⁶⁴ ANGULO ARANA, Pedro. “La prueba preconstituida”. En: Alexander Claros Granados y Gonzalo Castañeda Quiroz (Coordinadores). Nuevo Código Procesal Penal Comentado. Volumen 2, Lima, Legales, 2014, pág. 1534.

¹⁶⁵ TARUFFO, Michele. Simplemente la verdad. Madrid, Marcial Pons, 2010, pág. 186.

de autenticidad solamente alcanza a la autoría del documento, pero no de la veracidad o credibilidad del contenido, lo cual resulta mucho más esencial para efectos probatorios que la sola identificación del autor del documento.

5.- En el caso de UGAZ ZEGARRA, él, más o menos sigue la misma línea de ANGULO ARANA. UGAZ ZEGARRA señalando que *“la prueba preconstituida es aquella practicada antes del inicio formal del procesal –en la denominada fase preprocesal- realizada siempre con las garantías constitucionales y legales pertinentes, y en la medida que sea imposible o muy difícil reproducción. Esta irreproducibilidad es originaria, por lo que, con la preconstitución de prueba se busca asegurar los indicios y fuentes de prueba”*¹⁶⁷. Por otro lado, un aspecto importante que señala UGAZ ZEGARRA es que la preconstitución solamente se realiza en los denominados “actos de constancia”, incluyéndose en ellos a la inspección, revisión, incautación, hallazgo, pesaje, allanamiento, entre otros¹⁶⁸; y siguiente a GIMENO SENDRA, precisa que *la prueba preconstituida se trataría de prueba documental, como documentos públicos oficiales suficientes para fundamentar una sentencia condenatoria*¹⁶⁹. Además señala que, para la valoración de la actuación de las actas, es fundamental la comparecencia del testigo o efectivo policial que redactó el acta¹⁷⁰.

Al respecto, no marca la diferencia entre la actuación que es la actividad humana, del documento que es el medio mediante el cual se pretende perennizar la actuación. Por otro lado, trata al acto de aseguramiento de fuentes de prueba,

¹⁶⁷UGAZ ZEGARRA, Ángel Fernando. La prueba anticipada y prueba preconstituida. En: Alexander Claros Granados y Gonzalo Castañeda Quiroz, Nuevo Código Procesal Penal Comentado. Volumen 1. Lima, Legales, pág. 848.

¹⁶⁸UGAZ ZEGARRA, Ángel Fernando. Búsqueda de pruebas y restricción de derechos. En: Alexander Claros Granados y Gonzalo Castañeda Quiroz, Nuevo Código Procesal Penal Comentado. Volumen 1. Lima, Legales, págs. 852. SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. El Nuevo Proceso Penal. Lima, IDEMSA, 2009, pág. 104-105, identifica en forma autónoma los actos de constatación, con otros el acto de incautación, hallazgo, registro domiciliario.

¹⁶⁹UGAZ ZEGARRA, Ángel Fernando. Búsqueda de pruebas y restricción de derechos. En: Alexander Claros Granados y Gonzalo Castañeda Quiroz, Nuevo Código Procesal Penal Comentado. Volumen 1. Lima, Legales, págs. 852-853.

¹⁷⁰UGAZ ZEGARRA, Ángel Fernando. Búsqueda de pruebas y restricción de derechos. En: Alexander Claros Granados y Gonzalo Castañeda Quiroz, Nuevo Código Procesal Penal Comentado. Volumen 1. Lima, Legales, págs. 853; de la misma posición lo sigue SEGURA ALANIA, Joel. La valoración de la prueba. Estado de la cuestión y de las bases para dicha actividad en el Derecho Procesal Penal peruano, en: PRIORI POSADA, Giovanni (Coordinador). Las Garantías del Justo Proceso. Ponencias del Tercer Seminario Internacional Proceso y Constitución. Lima, Palestra, 2013, pág. 423 y ANGULO ARANA, Pedro. “La prueba preconstituida”. En: Alexander Claros Granados y Gonzalo Castañeda Quiroz (Coordinadores). Nuevo Código Procesal Penal Comentado. Volumen 2. Lima, Legales, 2014, pág. 1531

en forma distinta a los actos de búsqueda de verdad como si no tuvieran nada que ver entre ellos¹⁷¹, cuando en realidad ambos se tratan de actos procesales que cumplen funciones similares de asegurar de fuentes, y no necesariamente son realizados en la fase pre procesal. Finalmente, el pretender que el testigo o el efectivo policial comparezcan al juicio, nos parece que es una alternativa más que razonable, dentro de la imposibilidad que se tiene para someter a estos actos a la inmediación judicial, pero de ser así, cómo quedaría lo que art. 383.2 del CPP2004, que dice que no se podrá dar lectura a los documentos o actas que se refieran a la prueba actuada en la audiencia. La lectura que se da si el policía que elaboró el acta no concurre a la audiencia del juicio, si lo hace, ya no tendría sentido la actuación del acta mediante la lectura porque su incorporación se produciría a través del órgano de prueba.

6.- Por su parte, SEGURA ALANIA, identifica a la prueba preconstituida con la información anotada en las actas respecto a las diligencias preliminares urgentes e irrepitibles y que *“normalmente está orientada a perennizar el objeto, instrumento o cualquier otro dato encontrado en la escena del lugar donde ocurrió el hecho delictivo”*¹⁷² y asimismo señala que *“el medio de prueba por el que introduce al proceso una prueba preconstituida es a través del actas y en tanto justifique por su carácter de urgente e irrepitibilidad, debemos exceptuar su actuación y optar por su sola lectura”*¹⁷³ pero además se requerirá la concurrencia de quién elaboró el acta para someterlo al examen¹⁷⁴. Finalmente identifica como medios que contienen prueba preconstituida a los supuestos de

¹⁷¹ UGAZ ZEGARRA, Ángel Fernando. Búsqueda de pruebas y restricción de derechos. En: Alexander Claros Granados y Gonzalo Castañeda Quiroz, Nuevo Código Procesal Penal Comentado. Volumen 1, Lima, Legales, págs. 696-719.

¹⁷² SEGURA ALANIA, Joel. La valoración de la prueba. Estado de la cuestión y las bases para dicha actividad en el Derecho Procesal Penal peruano; en PRIORI POSADA, Giovanni, Proceso y Constitución: Las garantías del justo proceso. Ponencias del Tercer Seminario Internacional Proceso y Constitución. Lima, Palestra, 2013, pág. 423.

¹⁷³ SEGURA ALANIA, Joel. La valoración de la prueba. Estado de la cuestión y las bases para dicha actividad en el Derecho Procesal Penal peruano; en PRIORI POSADA, Giovanni, Proceso y Constitución: Las garantías del justo proceso. Ponencias del Tercer Seminario Internacional Proceso y Constitución. Lima, Palestra, 2013, pág. 423.

¹⁷⁴ SEGURA ALANIA, Joel. La valoración de la prueba. Estado de la cuestión y las bases para dicha actividad en el Derecho Procesal Penal peruano; en PRIORI POSADA, Giovanni, Proceso y Constitución: Las garantías del justo proceso. Ponencias del Tercer Seminario Internacional Proceso y Constitución. Lima, Palestra, 2013, pág. 423.

art. 383.1.b del CPP2004¹⁷⁵, es decir, la denuncia, la prueba documental o de informes, y las certificaciones y constataciones.

El planteamiento de SEGURA ALANIA sobre la concurrencia de quien elaboró el acta, no es admisible porque si concurre el órgano de prueba a declarar en el juicio, la declaración oral es el medio probatorio que se actuará ya que la propia ley procesal prohíbe la actuación del acta cuando ya se actuó otro medio de prueba que se refieran a lo mismo. Cuando concurre el órgano de prueba al juicio las actas de las diligencias tienen otra función en la actuación probatoria, y no es propiamente comunicar los hechos al juez o colegiado de la causa, sino para hacer recordar al órgano de prueba algún aspecto de su declaración o hacer notar sus contradicciones. Entonces ¿qué sentido tendría la preconstitución?

La posición del autor indicado coincide con la de SAN MARTÍN y UGAZ ZEGARRA, que advierten la necesidad de la comparecencia del órgano de prueba al juicio. Ello, además de las observaciones antes indicada, convierte a la prueba preconstituida en un medio de prueba incompleto, o de escaso contenido y credibilidad, a tal punto que hace necesario otros elementos probatorios para poder tener eficacia probatoria. Sin embargo, ello no es propio de este medio de prueba, sino que en términos generales, en todos los medios probatorios. La eficacia probatoria de cualquier medio de prueba depende de la calidad de información y el grado de corroboración con otros medios, de tal suerte que, resulta difícil que a través de un solo razonamiento se alcance a la definición de un hecho.

7.- Contrariamente a todos los autores antes indicados, CHOCANO NÚÑEZ rechaza la utilización del término *prueba preconstituida*. Explica que: la *“locución Prueba “Preconstituida” es polisémica puesto que es muy usada en el Derecho Procesal pero con distintos significados, algunos de los cuales coinciden con el de Prueba “anticipada”*¹⁷⁶. Asimismo, dice que en *“la investigación criminal la fuente de prueba es el hecho punible, no obstante lo*

¹⁷⁵ SEGURA ALANIA, Joel. La valoración de la prueba. Estado de la cuestión y las bases para dicha actividad en el Derecho Procesal Penal peruano; en PRIORI POSADA, Giovanni, Proceso y Constitución: Las garantías del justo proceso. Ponencias del Tercer Seminario Internacional Proceso y Constitución. Lima, Palestra, 2013, pág. 423.

¹⁷⁶ CHOCANO NÚÑEZ, Percy. Derecho Probatorio y Derechos Humanos. 2da. Edición, Lima, Idemsa, 2008, pág. 147.

*cual el hecho no produce la prueba en forma directa e inmediata, pues esto haría al juez un testigo, sino que la genere a través de medios de prueba. En otros términos, el hecho punible genera medios que contiene prueba que se deben revelar ante el juzgador. La posibilidad de que se preconstituya una prueba del hecho punibles prácticamente imposible*¹⁷⁷. Lo relevante en este autor es que baraja la posibilidad de inutilizar el concepto de prueba preconstituida.

8.- La conclusión a la que podemos arribar hasta el momento es que, ha resultado sumamente difícil para la doctrina nacional abordar este tema, y cuando lo ha hecho, las posiciones no han sido unánimes ni claras.

No obstante, es importante resaltar que, al parecer lo que la doctrina, como la jurisprudencia, han pretendido fundamentar con la denominación prueba preconstituida no es más que, el resultado de los actos de investigación, denominándole acto de investigación que se convierte en acto de prueba, aunque en realidad no se produzca esa metamorfosis, sino es una forma de diferenciar los actos que proporcionan información en la investigación y en el juicio. El cuestionamiento siempre se ha presentado sobre el cumplimiento de los principios que rigen el juicio oral: inmediación, contradicción y oralidad. Sin embargo, consideramos que ese problema se mantendrá en tanto y en cuanto se siga considerando que la prueba en estricto existe antes de la afirmación de los hechos. Si es que ubicamos a la prueba en un momento antes de la afirmación de los hechos probados, precisamente en la valoración positiva de los elementos de convicción, la información proporcionada antes de esa etapa no tendrá la calidad de prueba.

Ahora, en cuanto a la regulación en el CPP2004, para dar una explicación sistemática, debemos descartar los criterios de la jurisprudencia y doctrina española¹⁷⁸, y asumir, en primer lugar que, los actos de investigación pueden tener proveer de información plausibles de valoración para el juicio, pero que previamente debe cumplirse con ciertas garantías que permiten utilizarse sobre ellas. Por otro lado, el término de prueba preconstituida debe ser utilizado

¹⁷⁷ CHOCANO NÚÑEZ, Percy. Derecho Probatorio y Derechos Humanos. 2da. Edición, Lima, Idemsa, 2008, pág. 152.

¹⁷⁸ Vid. GUZMÁN FLUJA, Vicente C. Anticipación y preconstitución de la prueba en el proceso penal. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2006; ASECIO MELLADO, José María. La prueba prohibida y la prueba preconstituida en el Proceso Penal. Lima, INPECCP, 2008; GIMENO SENDRA, Gimeno. La prueba preconstituida de la policía judicial. En: Revista Catalana de Seguretat Pública, mayo, 2010.

cuidadosamente, siempre teniendo en claro que, el término solo responde a un significado dado en el contexto procesal o legislativo, pero en ningún caso se responde a su etimología y a un resultado de verdad.



CAPITULO III

Sub. Capítulo 1

LA NATURALEZA DE LA PRUEBA PRECONSTITUIDA EN EL CPP2004

SUMARIO: 1. Sentido de la prueba preconstituida. 2.- La prueba preconstituida como resultado de las actuaciones objetivas. 3.- Naturaleza de la prueba preconstituida en el CPP2004: Medio escrito que documenta las diligencias de aseguramiento de fuente material.

1.- Sentido de la prueba preconstituida

De acuerdo a lo analizado hasta el momento, podemos decir que, la definición de la prueba preconstituida depende del contexto en el que se encuentra regulada por el legislador. En esa línea de argumentación, el art. 425.2 del CPP2004 establece que la Sala Penal solamente puede valorar independientemente la prueba documental, la pericial, la preconstituida y la anticipada; y que en el caso de la prueba personal que fue objeto de intermediación por el juez de primera instancia, no puede darle un valor distinto, salvo que su valor probatorio sea cuestionado por una prueba actuada en segunda instancia; en tal sentido, lo que encontramos es que la prueba preconstituida se refiere a los medios de prueba que por su naturaleza no están sujetas a inmediatez personal del juez sino que su valoración solo puede estar sujeta a una inmediatez estructural racional, propia de la información que surge de los documentos recabados en la investigación¹⁷⁹.

2.- La prueba preconstituida como resultado de las actuaciones objetivas

Cuando se analizó las diferentes posiciones de la doctrina nacional, se pudo apreciar que el legislador regula la posibilidad de que, la información, obtenida en la investigación, que quedó plasmada en determinada acta, pueda ser introducida al juicio oral sin la necesidad de que el órgano de prueba concurra al juicio.

Esta posibilidad no implica afectación a ninguno de los principios del juicio oral, ni mucho menos defensa y presunción de inocencia, porque lo que esa acta

¹⁷⁹ Considerado décimo segundo de la Casación N° 168-2014-San Martín.

proporciona al juicio son datos objetivos, que en su momento el juez podría aceptar como un hecho probado o simplemente no aceptarla.

En el CPP2004 se privilegia la concurrencia física del órgano de prueba y la disponibilidad de la denominada prueba material; de ahí que en el juicio se exige que la actuación de los primeros sea oral, y que la prueba material sea exhibida. Sumado a ello, tenemos como mecanismo para adquirir conocimientos para el juicio, la lectura de los documentos, entendidos estos como los medios de registro que preexisten al proceso y que son incorporados al mismo, y que su fiabilidad esté garantizada.

Ahora, de acuerdo al art. 325.2 del CPP2004 se indica que las actuaciones de la investigación sólo sirven para emitir las resoluciones propias de la investigación y de la etapa intermedia, pero para los efectos de la sentencia tienen carácter de acto de prueba las pruebas anticipadas recibidas de conformidad con los artículos 242 y siguientes, y las actuaciones objetivas e irreproducibles cuya lectura en el juicio oral autoriza el Código; con lo que establece el legislador que, solamente los medios de prueba que documentan esas actuaciones objetivas e irrepetibles podrán ser introducidas al juicio para su lectura. No obstante, el art. 383 del CPP2004 señala qué es lo que está sujeto de lectura en el juicio. Este último articulado no tiene una redacción clara, ya que regula supuestos generales como informes, certificaciones y constataciones, en el inciso “b”, para luego referirse en el inciso “c” a los “informes o dictámenes periciales”, y en el inciso “e” “las actas levantadas por la Policía, la Fiscalía o el Juez” que bien puede ser comprendidas todos ellos en el inciso “b”. Por su parte, la denuncia podría ser comprendida en la “prueba documental”. Superado ello, hay que tener mucho cuidado en pensar que, por el hecho de que se encuentre autorizada la lectura de esas diligencias documentadas, pudiera deducirse que la lectura de actas fuera la forma ordinaria de incorporar la información proveniente de los actos de investigación, puesto que, como se puede ver del mismo articulado, en cada uno de ellos, hay un condicionamiento a ciertos requisitos especiales, lo cual les da una naturaleza excepcional. En el caso de **las actas conteniendo la prueba anticipada**, sus presupuestos están regulados en el art. 242 y siguientes; en lo referente a **los informes o dictámenes periciales**, así como **las actas de examen y debate pericial** actuadas con la concurrencia o el debido emplazamiento de las partes, puedan

ser leídas, *siempre que el perito no hubiese podido concurrir al juicio por fallecimiento, enfermedad, ausencia del lugar de su residencia, desconocimiento de su paradero o por causas independientes de la voluntad de las partes.* También se darán lectura a los **dictámenes producidos por comisión, exhorto o informe**; asimismo las **actas conteniendo la declaración de testigos actuadas** mediante exhorto, pudiendo también ser leídas las declaraciones prestadas ante el Fiscal con la concurrencia o el debido emplazamiento de las partes, *siempre que se den las condiciones previstas en el literal anterior*; y, las **actas levantadas por la Policía, el Fiscal o el Juez de la Investigación Preparatoria que contienen diligencias objetivas e irreproducibles** actuadas conforme a lo previsto en este Código o la Ley, *tales como las actas de detención, registro, inspección, revisión, pesaje, hallazgo, incautación y allanamiento*, entre otras.

De todos ellos, solamente los últimos, referidos a las diligencias objetivas e irreproducible, no están referidos a actuaciones cuya normal actuación tiene que realizarse en el juicio oral, sino que se tratan de actuaciones que sólo pueden desarrollarse en la investigación, cuya información queda perennizada para su utilización a futuro, por lo cual, resulta válido identificar a este grupo de actas propios del aseguramiento y recojo de la denominada prueba material, además de diferenciarse de los literales precedentes del art. 383.1 del CPP2004 referido a supuestos cuya fuente de conocimiento es personal. Claro está que ello ni le da la calidad de acto de prueba, ni mucho menos que la forma de proporcionar la información asegurada sea a través de este documento. Para ello, como ya lo hemos establecido anteriormente, esas diligencias deben acreditarse a través de la actuación de la declaración del órgano de prueba que participó en ellas. Si no se puede lograr ello, recién podrá autorizarse su lectura en juicio. Solo este mecanismo otorga racionalidad a la incorporación de las actas de detención, registro, inspección, revisión, pesaje, hallazgo, incautación y allanamiento, entre otras: si el órgano de prueba concurre a declarar, estas actas constituyen solamente medios de corroboración de lo que se declara.

Otro aspecto de esas actas es que normalmente se levantan cuando se produce aseguramiento de fuente material, es decir, la denominada prueba material, sea ésta en un delito flagrante como en el ámbito de diligencias de investigación preparatoria. En este contexto, los documentos que se levante

también sirven como medios de corroboración, si es que la prueba material es exhibida en el juicio. Solo en el caso de que la denominada prueba material no se encuentre disponible, las actas pueden servir para acreditar esos hechos.

Pero hay algo fundamental en todo ello: para pretender probar la diligencia del aseguramiento de fuente material, tiene que haberse cautelado la cadena de custodia y haberse sometido a confirmación judicial.

Retomando el análisis del art. 325.2 del CPP2004, la primera nota que podemos extraer de este articulado es que el legislador utiliza indistintamente el término “actuación”, tanto para referirse a los medios como a la información que la contiene, como también al acto procesal en la que se produce el medio. En este artículo, por un lado, cuando se dice que **“las actuaciones de la investigación sólo sirven para emitir las resoluciones propias de la investigación y de la etapa intermedia”** se puede entender que se está refiriendo a la información introducida en la investigación a través de los documentos que registran las diligencias, de tal forma que, para lo que se va a resolver, solamente correspondería la lectura del referido documento, como mecanismo de comunicación de esa información al juzgador.

En cambio, cuando se habla que **“para los efectos de la sentencia tienen carácter de acto de prueba las pruebas anticipadas recibidas de conformidad con los artículos 242 y siguientes, y las actuaciones objetivas e irreproducibles cuya lectura en el juicio oral autoriza este Código”** se hace referencia a la información producto de un acto de investigación, que permite que ella pueda ser utilizada en un juicio oral, sin participación de la fuente de dicho conocimiento, sea prueba anticipada o actuaciones “objetivas e irreproducibles”. A este nivel, la norma procesal permite entender que se trata del medio de registro, puesto que es sobre lo único que cabe “la lectura”. Por tanto, la única opción que se tiene para identificar un acto de investigación que obtiene información y produce los medios de su registro con la prueba preconstituida es en las *actuaciones objetivas e irreproducibles*. Es decir, inicialmente, la prueba preconstituida son los medios escritos (documentos) que registran actuaciones objetivas e irreproducibles.

Esta conclusión es contraria a la opinión dominante en la doctrina nacional que siempre ha mantenido la urgencia e irrepetibilidad como un factor común

entre la prueba anticipada y la prueba preconstituida, sin embargo, del tenor del art. 325.2 CPP2004, se aprecia claramente que esa diferencia ha sido dejada de lado por el legislador. No obstante, quedan aún ciertas dudas ante el planteamiento aquí defendido, dentro de ellas, la respuesta a la interrogantes ¿los términos “objetivos e irreproducibles” son equivalentes a “urgentes e inaplazables”?

La respuesta es que no. La irreproducibilidad expresa una imposibilidad de que en el futuro la fuente de conocimiento pueda proveer de la información, por lo que, en este caso, se busca que la información no se pierda, lo cual solamente se presenta cuando el órgano de prueba no puede concurrir al juicio. En cambio, la inaplazabilidad se refiere a la necesidad de ejecutar el acto de investigación en un lapso específico para dilucidar inmediatamente porque de lo contrario no se podrá reproducir por el órgano de prueba o podrá disponer de la prueba material. Por su parte, en lo que respecta a la urgencia, el legislador se ha puesto en el supuesto de una imposibilidad para recurrir a una autoridad judicial para solicitar la autorización¹⁸⁰, pudiendo esto también ser generarse por irreproducibilidad o indisponibilidad. En el caso de la objetividad¹⁸¹, ella hace referencia a que el acto de investigación se realizó con contradicción ya sea cuando somete a confirmatoria judicial de la incautación del objeto material del delito o porque la defensa participó o tuvo la posibilidad de hacerlo. Por tanto, la “urgencia o inaplazabilidad” expresan un estado que no puede ser postergado. En cambio, la “objetividad e irreproducibilidad” expresa el cumplimiento del control sobre el acto procesal que se encuentra documentado, aun cuando este no puede ser reproducido por su autor en el juicio.

¹⁸⁰ Art. 203

“(…)

3. Cuando la Policía o el Ministerio Público, siempre que no se requiera previamente resolución judicial, ante supuestos de urgencia o peligro por la demora y con estrictos fines de averiguación, restrinja derechos fundamentales de las personas, corresponde al Fiscal solicitar inmediatamente la confirmación judicial. El Juez de la Investigación Preparatoria, sin trámite alguno, decidirá en el mismo día o a más tardar al día siguiente confirmando o desaprobando la medida ejecutada por la Policía o la Fiscalía, salvo que considere indispensable el previo traslado a los sujetos procesales o, en su caso, la realización de una audiencia con intervención del Fiscal y del afectado. La resolución que ordena el previo traslado o la audiencia no es impugnabile.”

¹⁸¹ ROSAS YATACO, Jorge. Tratado de Derecho Procesal Penal. Vol. II. Lima, Pacifico Editores.2013, pág. 893 y ss. De la misma forma lo describe CORDÓN MORENO, Faustino. Las garantías constitucionales del proceso penal. Segunda edición, Navarra, Aranzadi S.A., 2002, pág. 154.

Ahora, cuando el art. 330.2 del CPP2004 señala que el escenario para realizar esos actos urgentes o inaplazables, que también podría entenderse como irrepetibles, son las diligencias preliminares, esto tiene dos objetivos: i) determinar si han tenido lugar los hechos objeto de conocimiento y su delictuosidad; lo que implica un amplio espectro, desde la citación a los denunciados o posibles implicados o intervenidos, hasta solicitar información a las autoridades, realizar exámenes periciales, etc; y, ii) asegurar los elementos materiales de su comisión, individualizar a las personas involucradas en su comisión, incluyendo a los agraviados, y, dentro de los límites de la Ley, asegurarlas debidamente. Como es evidente, estos aspectos están referidos a la prueba material, cuya actuación, como es obvio, no sería oral, sino mediante la exhibición, conforme lo señala el art. 382.1 del CPP2004. No obstante ello, dichas actuaciones por sí solas no resultan ser objetivas para garantizar que la información que ellas contienen proviene de determinada fuente, o que los elementos materiales (prueba material) mantienen su autenticidad.

Situación semejante se tiene en los actos de investigación de “búsqueda de pruebas y restricción de derechos” regulado en el título III, de la Sección II (La Prueba), del Libro Segundo (La actividad procesal), que requiere una cierta restricción de derechos fundamentales y, normalmente, su ejecución también se lleva a cabo sin conocimiento del imputado; recuérdese que son actuaciones en las que se recaba información vital para el proceso. Lo fundamental en estos actos es que se establece un mecanismo de control judicial, ex ante (autorización previa) o ex post (confirmación judicial). Al respecto, ARANA MORALES¹⁸² clasifica los actos de investigación en el CP2004, de acuerdo a la intensidad en la limitación de los derechos:

- Los que tienen fines de averiguación y requieran autorización previa del juez para la restricción de derecho.
- Los que no requieren necesariamente de una resolución judicial; al cual requerirán una confirmatoria judicial para adopción de la medida; sino de una confirmatoria judicial. De acuerdo a ARANA MORALES “la confirmatoria tiende a asegurar las fuentes de prueba obtenidas mediante medidas que restringen derechos

¹⁸² ARANA MORALES, William. Manual de Derecho Procesal Penal. Lima, Gaceta Jurídica, 2014, pág. 134.

fundamentales y que, por razón de urgencia o peligro por la demora, no permitieron solicitar previamente la realización autoritativa previa”¹⁸³.

- Las que se practican en circunstancias de urgencia o peligro en la demora.

Con respecto a las primeras actuaciones, se tratan de actos de investigación en los que se recaba cierta información útil para resolver la controversia del proceso, no obstante, la intervención judicial previa que exigen no asegura la objetividad que se requiere para habilitar lectura de las actas en juicio, debido a que la autorización judicial previa a su ejecución solamente autoriza la ejecución con la restricción de derechos fundamentales, más no así determinar un pronunciamiento sobre la calidad del medio de registro y la información; tampoco asegura que la ejecución esté exenta de transgresión a derechos, ni garantiza la autenticidad de la fuente. Así por ejemplo, las actas de transcripción de la información recabada por las interceptaciones de comunicaciones o los informes de los seguimientos y vigilancia, no pueden constituir el prueba preconstituida, puesto que la sola lectura de dichos documentos no es posible, ni resultará suficiente para generar convicción en el juzgamiento, porque la fuente del conocimiento, o sea, los efectivos policiales (órganos de prueba), no estarían siendo examinados. Asimismo, las grabaciones de voz tampoco constituyen en objeto material del delito porque esta no ha sido hecha en forma inconsciente de su materialidad sino que se ha formado es profesamente para registrar información¹⁸⁴. Es por ello que, en ese caso, la información de los referidos actos, su gestión resulta compleja¹⁸⁵, que sobre pasa el ámbito de la prueba preconstituida solo enmarcada al registro de las circunscritas de obtención del objeto material.

¹⁸³ ARANA MORALES, William. Manual de Derecho Procesal Penal. Lima, Gaceta Jurídica, 2014, pág. 137

¹⁸⁴ FRAMARINO DEI MALATESTA, Nicola. Lógica de las pruebas en materia criminal. Vol. II, Bogotá, Temis, 1964, pág. 377 y ss.

¹⁸⁵ MONTERO AROCA, Juan. La intervención de las comunicaciones telefónicas en el proceso penal: Un estudio jurisprudencia. Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, pág. 91 y ss: ver requisitos constitucionales y de legalidad ordinaria. De la misma forma nuestro legislador, en la regulación del art. 202, 203, 230 y 231 del CPP2004. También CLIMENT DURÁN, Carlos. La prueba penal. Tomo II, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, pág. 1097 y ss., 1565 y ss.: hace mención de la complejidad y la distinción de los actos sumariales de los actos de intervención de comunicación.

En este mismo grupo de actos, también se puede identificar actos en los que sí se podrían formar prueba preconstituida, como son la interceptación e incautación postal (art. 226 CPP2004 y ss.), el aseguramiento e incautación de documentos privados (art. 232 CPP2004 y ss.), entre otros.

Contrariamente, en el segundo y tercer grupo de actuaciones, cuyo control es posterior a su ejecución, la confirmatoria judicial es lo único que permite cuestionar la integridad de la actuación, es decir, los motivos que propiciaron, y si la ejecución de la misma se hizo conforme a ley. Principalmente están referidas al aseguramiento de fuente material. Es por ello que, si bien en estos actos de investigación se llevan a cabo registrando todo lo acontecido y asegurando la información en un soporte material, alcanzan la objetividad mediante confirmatoria judicial, que es el mecanismo por el cual se materializa la contradicción. En el caso que dicha validación no se logre, el Fiscal tiene libre otros mecanismos para comunicar al juez de esa información mediante otro medio de prueba permitido por ley¹⁸⁶ quedando descartada su consideración como prueba preconstituida.

De acuerdo con el art. 382.2 de CPP2004, la actuación regular de la prueba material, una vez confirmada, es la presentación para su reconocimiento al acusado, los testigos y peritos durante sus respectivas declaraciones, a fin de que la reconozcan o informen sobre ella; es decir, se requiere la presencia física de la fuente personal y material. Ante la ausencia de uno u otro, podrá ser suplida con los medios de prueba documentado, siempre que sea posible. En el caso de la prueba material, en situaciones normales de concurrencia del órgano de prueba a juicio, los medios de registro servirán para verificar su autenticidad ante el juzgador, resultando ser el medio para que el juez obtenga información sobre la prueba material misma. Solo ante su ausencia, la prueba preconstituida adquiere autonomía y es utilizada para sustentar la existencia de la prueba material. Por tanto, los documentos que registran las diligencias de obtención de prueba material, resultan ser prueba preconstituida.

¹⁸⁶ Cabe hacer notar que, el art. 231.2 del CPP2004, explica que, en la ejecución de la interceptación de las comunicaciones, no solamente se levanta las actas de transcripción de las comunicaciones sino también se levanta actas en el momento de la recolección y control, sin considerar además el lacrado de las grabaciones entre otras cosas más que forman parte del procedimiento. De ahí que la sola lectura de esas actas resultaría insuficiente.

Por otro lado, el art. 71.1 del CPP2004 señala que el imputado puede hacer valer los derechos que la Constitución y las leyes le conceden, desde el inicio de las primeras diligencias preliminares hasta la culminación del proceso, es decir, en resguardo de sus derechos, el imputado tiene la posibilidad de participar activamente, pudiendo dejar constancia de las circunstancias irregulares o imprecisas que podrían distorsionar la verdad de lo acontecido en las diligencias. Incluso, en caso de flagrancia delictiva, también puede realizarse ello, puesto que, de verificarse la flagrancia inmediatamente se procede a la detención del imputado y se le comunica su derecho de contar con un abogado de su libre elección. Es precisamente esa posibilidad amplia de intervención de la defensa es la que le da pie a que, finalmente ya no se requiera la fuente de conocimiento en el juicio oral, es decir la denominada prueba material o la presencia del órgano de prueba, porque al momento de la elaboración, en el acta se deja constancia de la fuente, de tal forma, que el juez confía en que las partes intervinientes ejercieron el control debido de dicha consignación. Ello no significa que el juez acepte sin más la veracidad de la información que surge del acta, sino que el juez necesita verificar la fuente de origen, sino que su examen se circunscribe a valorar la información que fluye del documento a través de la lectura, tal como sucede con el acta de prueba anticipada. Por tanto, la objetividad se aprecia también en las actuaciones en las que la defensa participa para ejercer el contradictorio o tiene la posibilidad de hacerlo y no lo hacen, lo que lo habilitaría a que los medios de prueba sean utilizados y valorados en el juicio oral¹⁸⁷.

Ello se confirma con la lectura del art. 383 del CPP2004 que establece un catálogo de documentos que pueden ser incorporados para su lectura. Pero, el hecho de que el referido articulado señale que *“sólo podrán ser incorporados al juicio para su lectura”*, no autoriza que de todos ellos sea el medio normal para proveer al juzgador del conocimiento de los hechos, conforme lo señala el art.

¹⁸⁷ VILLAVICENCIO RÍOS, Frazia y Víctor Raúl REYES ALVARADO. El nuevo código procesal penal en su jurisprudencia. Lima, Gaceta Jurídica, 2008, pág. 80; los autores, comentando la resolución 02, de fecha 05 de setiembre de 2007, emitido en el expediente 655-2007, aunque sin concretar una correcta sistematización y análisis, refieren algo importante: la objetividad en las diligencias se puede apreciar si es que el abogado del imputado participa de ella. Claro que el ejemplo se refiere al reconocimiento personal sin la participación del juez de la investigación. Esta misma con participación del juez, según los autores, configuraría en prueba anticipada.

383.2 del CPP2004. La interpretación del referido articulado solamente puede entenderse, en un supuesto subsidiario, cuando no se logra la concurrencia del órgano de prueba al juicio o la exhibición de la fuente material.

Es decir, si la Fiscalía, luego de haber agotado todos los mecanismos posibles por ley para garantizar la presencia del órgano de prueba en el juicio oral para su examen sobre la actuación del aseguramiento de la prueba material, o cuando no resulta necesario la presencia del órgano de prueba porque no se ha controvertido algún aspecto de la prueba material, basta la lectura de los documentos de incautación, allanamiento, pesaje, formatos de la cadena de custodia, etc. En situaciones normales de concurrencia del órgano de prueba y la prueba material, los medios de registro sirven para verificar la autenticidad del medio ante el juzgador, siendo la prueba material el medio de comunicación cuyo destinatario es el juez. Solo ante la ausencia del órgano de prueba, la prueba preconstituida adquiere autonomía y es utilizada para sustentar la existencia de la prueba material. Por tanto, los documentos que registran las diligencias de obtención de prueba material, son prueba preconstituida.

3.- Naturaleza de la prueba preconstituida en el CPP2004: Medio escrito que documentan las diligencias de aseguramiento de fuente material.

De lo esbozado hasta esta parte, se identifica, de forma específica, que el supuesto en el que está permitido ingresar información objetiva al juicio oral se produce cuando el órgano de prueba no puede estar presente o la fuente material no está disponible, siempre que en las diligencias de investigación se permita que la defensa del imputado participe o al menos tenga la oportunidad de ejercer el contradictorio. De esa forma se permite el ingreso de información al juicio, verificando que mínimamente la defensa haya tenido intermediación sobre el medio. De esa forma, el documento que se elabora da cuenta de la existencia de la relación fuente-medio-información. Una interpretación distinta extendería los supuestos de lectura de actas de diligencias a casos en los que no resultaría necesario verificar la fuente inicial de la información.

Es importante para este trabajo establecer la diferencia entre la prueba anticipada y la prueba preconstituida para poder identificar su autonomía; pero, al mismo tiempo, es imperativo identificar ciertos rasgos de la prueba anticipada,

que permiten legitimar la prueba preconstituida. En primer orden, en el art. 242 del CPP2004 se regula los supuestos de prueba anticipada, apreciándose como elemento importante y diferenciador de otras categorías procesales, que se trata de la actuación previa al juicio, de un medio de prueba cuya actuación debería llevarse a cabo en la etapa de juzgamiento. Otro elemento diferenciador es que se trata de un medio de prueba cuya fuente de conocimiento es personal, es decir, se trata de la denominada prueba personal anticipada.

Los motivos por los que no puede concurrir la fuente personal al juicio son dos (02):

a) Urgencia:

i) Por enfermedad u otro grave impedimento,

ii) Cuando el órgano de prueba es expuesto a violencia, amenaza, oferta o promesa de dinero u otra, para que no declare o lo haga falsamente.

b) Los que por su naturaleza y características deben ser considerados actos definitivos e irreproducibles, y no sea posible postergar su realización hasta el juicio.

Es preciso hacer notar que, cuando el texto de la norma señala que “las pruebas se practican con las formalidades establecidas para el juicio oral” (art. 245.3 de CPP2004), **refiere que, la información se introduce en la forma como se realiza en el juicio**, para lo cual se levanta el acta respectiva.

Ya en el juicio oral, de acuerdo con el art. 383.1.a) del CPP2004, se introduce la información que inicialmente quedó registrada en la audiencia de prueba anticipada. Aquí, como se puede notar, el juzgador no tiene inmediatez sobre la fuente personal, sino que se actúa un medio de prueba, la documental. Pero, lo importante en la prueba anticipada es que la información proporcionada por el órgano de prueba es fiable, en cuanto a lo que es examinado. De tal forma que el juzgador, en este caso, recibe la información, escucha el significado probatorio propuesto por las partes, y luego procede a valorarlo. En las actuaciones de investigación objetivas sucede algo similar, pues se produce un control sobre la fuente y la información de manera previa a su actuación; pero a diferencian de lo que ocurre con la prueba anticipada, en la prueba preconstituida, la fuente de conocimiento es material.

Sub Capítulo 2:

CONDICIONES DE LA PRUEBA PRECONSTITUIDA EN EL CPP2004

SUMARIO: I.- La prueba preconstituida en la investigación. a. Contexto de la formación de la prueba preconstituida. b. Incorporación al proceso. c. Utilización para sustentar los requerimientos en la investigación. II.- Etapa intermedia. a. Ofrecimiento de la prueba preconstituida. b. Admisión de la prueba preconstituida. III.- Actuación y valoración de la prueba preconstituida. a. Actuación de los medios de prueba. b. Condiciones para la valoración de la “prueba preconstituida”. VI.- La prueba preconstituida en segunda instancia

I.- La prueba preconstituida en la investigación

La investigación en el proceso penal, siguiendo los parámetros de rigurosidad de la investigación de la ciencia en general, parte del planteamiento de un problema y cuenta con una metodología para darle respuesta. El problema se traduce en determinar los contornos del hecho delictivo que se pretende dilucidar. La investigación depende de la actitud creativa¹⁸⁸ del fiscal para recabar información necesaria para formular su acusación y fundar suficientemente su pretensión de cara al juicio oral, por tanto, el objetivo final de la investigación penal también es alcanzar la verdad. Es por ello que la información que ingresa a la investigación debe ser realmente confiable, es decir, debe ser identificable la relación entre fuente de la que proviene, con el medio a través del cual se introduce la información dando cumplimiento a las garantías del procesado. Ello se debe a dos razones fundamentales:

- Que la defensa pueda preparar su estrategia.
- Que la tesis fiscal pueda alcanzar credibilidad.

Como se ha señalado anteriormente, la forma de incorporar información a la investigación es distinta a la que se utiliza para ingresar información al juicio; es por ello que las actas, documentos, y objetos (prueba material) no pueden ingresar directamente al juicio oral porque tienen un mecanismo particular de actuación. En el caso de la prueba preconstituida, que se presenta como un supuesto subsidiario a la actuación probatoria en el juicio oral es, a través de la lectura de las actas que registran las diligencias en las que se obtiene fuentes

¹⁸⁸ BINDER, Alberto. Introducción al Derecho Procesal Penal. 2da. edición actualizada y ampliada, 5ta. reimpresión, Buenos Aires, AD-HOC, 2009, pág. 236.

materiales, porque al amparo del art. 157 del CPP2004, se deduce que las reglas aplicables son las mismas que corresponde a la prueba documental, pero con algunas particularidades que la naturaleza de la prueba preconstituida exige:

a. Contexto de la formación de la prueba preconstituida

Como ya se ha indicado, la prueba preconstituida se forma en la etapa de investigación, sea esta en la sub fase de diligencias preliminares o en la Investigación Preparatoria. El contexto de realización es un acto de investigación que tiene que ver con el aseguramiento de fuente material, como son pesquisas, intervenciones corporales, allanamiento o incautaciones.

Se requiere, además, que se cite a la defensa para llevar a cabo esas diligencias, siendo este el elemento fundamental para dar objetividad a dicho acto de investigación.

Inicialmente estas diligencias se realizan como actos normales de cualquier investigación, pero la necesidad de acreditar el aseguramiento de la prueba material mediante prueba preconstituida surge, ante la posibilidad de la inconcurrencia al juicio del órgano de prueba, o ante la concurrencia de éste, pero sin que se requiera la exhibición de la misma, de tal suerte que se forma preventivamente, ante la eventualidad de acreditar la existencia de la prueba material. Pero también esa prueba preconstituida servirá para la acreditación de la autenticidad de la prueba material en una situación ordinaria del juicio oral, en la que se efectúa la exhibición de la denominada prueba material. En este supuesto, la prueba material es el medio de comunicación de la información, mientras que la prueba preconstituida solamente respalda su aseguramiento y garantiza la autenticidad.

También se puede formar prueba preconstituida en aquellos actos urgentes e irrepetibles, cuya actuación luego es sometida a la confirmación judicial. Los efectos son los mismos a los que ocurren cuando esos actos son realizados con la presencia de la defensa del imputado.

b. Incorporación al proceso

La incorporación al proceso se produce a través de los informes policiales que proporciona la PNP a la fiscalía, al concluir ciertas diligencias que le son

encargadas¹⁸⁹. También pueden ser incorporadas al proceso, en forma directa a través del fiscal, agregándolos a la carpeta fiscal, cuando éste lleva la diligencia.

c. Utilización para sustentar los requerimientos en la investigación

Una vez incorporada al proceso, al igual que las demás actas de los demás actos de investigación, sirve para sustentar cualquier pretensión preliminar, tal como lo señala el art. 325 del CPP2004.

Esto no afecta en absoluto el principio de presunción de inocencia, porque cada una de las pretensiones solicitadas preliminarmente tienen como presupuesto, los hechos, a un nivel indiciario o probabilístico, pues en cada pretensión en particular, el sustento principal no son los hechos materia del proceso, sino, otros requisitos más específicos. Por ejemplo, en la prisión preventiva, además de los hechos a nivel indiciario, lo trascendente es el peligro procesal¹⁹⁰; de la misma forma, en el embargo, lo principal es el riesgo fundado de insolvencia del imputado u ocultamiento o desaparición del bien¹⁹¹.

Sin embargo, la prueba preconstituida no puede ser utilizada directamente para el juicio oral, precisamente porque no se trata de un medio de prueba esté habilitado siempre. Para su actuación en el juicio oral debe ser investida de otras formalidades.

II.- Etapa intermedia

Una vez concluida la Investigación Preparatoria, cuando el fiscal presenta su requerimiento acusatorio, el art. 349 del CPP2004 le exige la exposición de los elementos de convicción, lo que se traduce en la información que se tiene sobre los hechos y, por otro lado, tiene que realizar el ofrecimiento de los medios probatorios que se actuarán oralmente en el juicio. Sin embargo, por tratarse de

¹⁸⁹ Vid. art. 332.1 del CPP2004.

¹⁹⁰ Art. 268 del CPP2004.

1. El Juez, a solicitud del Ministerio Público, podrá dictar mandato de prisión preventiva, si atendiendo a los primeros recaudos sea posible determinar la concurrencia de los siguientes presupuestos:

a) Que existen fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo.

b) Que la sanción a imponerse sea superior a cuatro años de pena privativa de libertad; y

c) Que el imputado, en razón a sus antecedentes y otras circunstancias del caso particular, permita colegir razonablemente que tratará de eludir la acción de la justicia (peligro de fuga) u obstaculizar la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización).

¹⁹¹ Art. 303.3 del CPP2004.

prueba preconstituida la forma de ofrecimiento y actuación tiene cierta particularidad, conforme se pasa a detallar.

a. Ofrecimiento de la prueba preconstituida

El literal h) del numeral 1) del referido art. 349 del CPP2004 especifica que se debe presentar la lista de testigos y peritos, así como una reseña de los demás medios de prueba que se ofrece. Sobre esto último, se debe tener en cuenta que se trata de los medios de prueba escritos, cuya lectura se encuentre autorizada para su lectura. Sin embargo, del mismo articulado se aprecia que se da más preferencia a la denominada prueba personal que se actúa en el juicio oral, y en un segundo orden, solamente cuando se agota el ofrecimiento de la prueba personal, se hace referencia a los medios de prueba que se actúa en forma distinta a la oral.

No obstante, solamente puede ser autorizada su lectura si, al momento del ofrecimiento probatorio, el fiscal los ofrece para su lectura en caso de que el órgano de prueba no concurriera al juicio oral, por fallecimiento, enfermedad, ausencia en el lugar que reside, desconocimiento de su paradero, por causas independientes a la voluntad del fiscal, o por la falta de disponibilidad de la denominada prueba material. Este razonamiento se refuerza con lo señalado en el art. 383 del CPP2004, que indica que no se oralizan los documentos o actas que se refieran a la prueba actuada en el juicio. Con lo que resulta evidente que no puede actuarse documentos y actas referidos a una misma información proporcionada por los medios de prueba ya actuados en el juicio. Y como se trata de un juicio oral, en lo posible, debe llevarse con el órgano de prueba examinado oralmente.

A la vez, si el fiscal no postula la posibilidad de que los documentos sean leídos como actuación alternativa, no puede suplir esa deficiencia posteriormente en el decurso del juzgamiento, salvo que la causal de impedimento sea sobreviniente a la audiencia del juicio. Lo mismo se producirá respecto a la prueba material, es decir, si no ofrece el acta por la eventualidad de la indisponibilidad de la prueba material, que impide su exhibición, no se puede dar lectura del acta en vez de la exhibición; salvo que el propio juzgador actúe prueba de oficio.

b. Admisión de la prueba preconstituida

Para la admisión se debe verificar como cualquier otro medio de prueba la pertinencia, conducencia y utilidad. En ese caso, su admisión es estrictamente como documento. En el caso de la prueba preconstituida, la pertinencia es doble: permite suplir a la prueba personal que debe concurrir al juicio para declarar sobre el aseguramiento de la prueba material, o por indisponible de la prueba material para trasladarla a la sala de audiencias para su exhibición.

El juez no puede admitir por sí sola la prueba preconstituida alternativamente a la declaración del órgano de prueba que ejecutó el acto de aseguramiento de la fuente, o el remplazo de la prueba material por el acta de la diligencia de aseguramiento de la fuente, porque su actuación ordinaria en el juicio es oral, por tanto, la declaración del órgano de prueba es imprescindible. Solamente cuando no se puede llevar a cabo la actuación oral, por la inconcurrencia del órgano de prueba, o la indisponibilidad de la prueba material, es que se puede actuar la lectura del acta de las diligencias de aseguramiento siempre que se haya ofrecido su lectura como alternativa oportunamente. Esto es importante, porque en ese caso, se abre la posibilidad de otro tipo de control, en el que se verifica la confirmatoria o la notificación válida a los abogados de la defensa; además de verificar los supuestos de inconcurrencia del órgano de prueba o la indisponibilidad de la prueba material, esto asegura que realmente existe una circunstancia extrema que impide la presencia del órgano de prueba y no un ardid de las partes para evitar la confrontación.

III.- Juicio oral: actuación y valoración de la prueba preconstituida

a. Actuación de los medios de prueba

Como se ha señalado desde un inicio, por prescripción del art. 325.2 CPP2004, se realiza la lectura, y conforme al procedimiento regulado en el art. 384 CPP2004, ella tiene que ser subsidiaria a la concurrencia del órgano de prueba o la indisponibilidad de la prueba material.

b. Condiciones para la valoración de la “prueba preconstituida”

El problema que se presenta al momento de la valoración es que siguiendo las reglas de la sana crítica, la información que la prueba preconstituida proporciona debe ser corroborada y contrastada para poder aceptar su fuerza probatoria; antes de eso es pura información referida a la fuente material.

Por otro lado, también debe tenerse en cuenta que, por tratarse de documentos en los que se consigna información de determinadas diligencias, su descripción debe ser minuciosa, exenta de subjetividades que perjudiquen a la tesis inculpativa. Por ejemplo, no se puede probar en el acta de incautación la contundencia de un arma para romper el cráneo de la víctima. A veces es necesario que el juzgador vea el objeto directamente lo que le permitirá alcanzar el convencimiento sobre la contundencia.

IV.- La prueba preconstituida en segunda instancia

Concluimos donde se planteó el problema analizado en el presente trabajo: la valoración de la prueba preconstituida en el juicio de segunda instancia, que es la única referencia de ella, en el art. 425.2 del CPP2004. Por todo lo expuesto, se puede deducir que la prueba preconstituida está referida a aquellos actos de investigación relacionados al aseguramiento de fuente material, que han tenido la posibilidad de someterse a la confirmación judicial o que la defensa tuvo la posibilidad de contradictorio. Sistemáticamente, solo en esos supuestos que puede habilitar la lectura y se exonera de la exhibición de la prueba material o el examen del órgano de prueba.

Ese es un ámbito que no llega a abarcar la prueba pericial, la documental, la prueba anticipada o la prueba material. De tal suerte que, la valoración independiente de la Sala Penal Superior, que señala el art. 425.2 del CPP2004, que también lo debe realizar el juzgador de primera instancia, se refiere a la valoración individual del medio probatorio, que resulta ser la obtención de información para ser analizada y verificarse si se confirma algún hecho que forme parte de la imputación. No se afecta la inmediación porque ella está determinada

solamente sobre un aspecto, la estructura racional de la información, por lo que solamente sobre ello se valorará¹⁹². La solidez de la información corroborada permitirá en la valoración conjunta establecer la verdad de los hechos materia de la imputación del ilícito. Es claro que, si la información que ella contiene no resulta suficiente para acreditar los hechos, amparado en la presunción de inocencia y las reglas de la sana crítica, no podrá sustentarse una condena. Lo mismo se exige a cualquier medio de prueba actuado en el juicio, por tanto, la prueba preconstituida no tiene ningún privilegio frente a los demás medios de prueba y, de acuerdo a la sistemática y de su adecuada aplicación, resulta tolerable su coexistencia en el sistema de libre valoración probatoria asumida por el CPP2004.



¹⁹² GARCÍA AMADO, Juan Antonio. Razonamiento jurídico y argumentación: Nociones introductorias. Lima, Zela, 2017, pág. 65.

CONCLUSIONES

1.- La prueba preconstituida debe entenderse como aquel medio de registro, (acta) que documenta las actuaciones de investigación objetivas en las que se realiza el aseguramiento de fuente material (actas de registro, inspección, revisión, pesaje, hallazgo, incautación y allanamiento).

2.- La prueba preconstituida pretende acreditar el procedimiento en el que se recoge la prueba material y cuando la prueba material no se encuentra disponible para su exhibición en el juicio.

3.- La objetividad de las actuaciones se sustenta con la confirmación judicial o si la defensa participa en la diligencia para realizar un control o tiene la oportunidad del contradictorio. El resto de información que se pueda haber recabado en la investigación, solamente podría introducirse a través del órgano de prueba.

4.- Para el ofrecimiento como medio de prueba, el fiscal debe prever la posibilidad de inconcurrencia del órgano de prueba que llevó a cabo la diligencia de aseguramiento de la denominada prueba material y ofrecerlo para su lectura en dicha eventualidad. Esto no puede suplirse en pleno trámite del juicio.

5.- Su actuación estará supeditada a la ausencia del órgano de prueba. No puede actuarse en forma conjunta con el órgano de prueba porque el art. 383.2 del CPP2004 lo prohíbe.

6.- La lectura es el medio por el cual se realiza la actuación de la prueba preconstituida, siempre que haya sido ofrecida.

7.- El peso probatorio depende de la información sometida a la libre valoración, y no porque resulte ser un medio probatorio con un valor anticipado.

8.- No se trata de una figura procesal ilegítima. La locución “preconstituido” ha llevado a entenderlo de una forma distinta por los operadores del derecho, pero en el CPP2004, bajo una interpretación sistemática, resuelta ser el medio de registro de una actuación objetiva e irreproducible, que lo habilita a que su actuación en el juicio se realice en forma distinta a la actuación normal de los medios de prueba.

BIBLIOGRAFÍA

ANDERSON, Terence; SCHUM, David y William TWINING. Análisis de la Prueba. Barcelona, Marcial Pons, 2015.

ANDRÉS IBAÑEZ, Perfecto. Justicia penal, derechos y garantías. Lima, Palestra, 2007.

ANDRÉS IBAÑEZ, Perfecto. Prueba y convicción judicial en el proceso penal. Buenos Aires, Hammurabi, 2009.

ANGULO ARANA, Pedro. La Investigación del delito en el Nuevo Código Procesal Penal. Lima, Grijley, 2006.

ANGULO ARANA, Pedro. *“La prueba preconstituida”*. En: Alexánder Claros Granados y Gonzalo Castañeda Quiroz (Coordinadores). Nuevo Código Procesal Penal Comentado. Volumen 2. Lima, Legales, 2014.

ALVARADO VELLOSO, Adolfo. El proceso judicial. Lima, EGACAL, 2013.

ALVARADO VELLOSO, Adolfo. La prueba judicial. Lima, EGACAL, 2015.

ALZAMORA VALDEZ, Mario. Introducción a la Ciencia del Derecho. 10ma. ed., Lima, Eddili, 1987.

ARANA MORALES, William Enrique. Manual de Derecho Procesal Penal. Lima, Gaceta Jurídica, 2014.

ARMENTA DEU, Teresa. Principio acusatorio y derecho penal. Barcelona, Bosch, 1995.

ARMENTA DEU, Teresa. Lecciones de Derecho Procesal Penal. Madrid, Marcial Pons, 2003.

ARMENTA DEU, Teresa. La prueba ilícita (un estudio comparado). Madrid, Marcial Pons, 2011.

AROCENA, Gustavo Alberto; BALCARCE, Fabián Ignacio y José Daniel CESANO. Prueba en materia penal. Buenos Aires, Astrea, 2009.

ASENCIO MELLADO, José María. La prueba Prohibida y Prueba Preconstituida en el Proceso Penal. Lima, INPECCP, 2008.

ASENCIO MELLADO, José María. Derecho Procesal Penal. 6ta. edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.

ASENCIO MELLADO, José María (Director) y UGAZ SÁNCHEZ-MORENO, José Carlos. Prueba ilícita y lucha anticorrupción: El caso del allanamiento y secuestro de los “vladivideos”. Lima, Grijley, 2008.

BAYTELMAN A., Andrés y Mauricio DUCE. Litigación Penal, Juicio Oral y Prueba. Lima, Alternativas, 2005.

BERNAL PULIDO, Carlos. Estructura y límites de la ponderación. Doxa N° 26, 2003, pág. 225-238.

BENAMENTE CHORRES, Hersbert. *La prueba documentada en el nuevo sistema de justicia penal mexicano*. En: *Ius et Praxis*, Año 16, N° 1, 2010.

BENTHAM, Jeremías. Tratado de las Pruebas Judiciales. Tomo I y II. Buenos Aires, EJE, 1971.

BINDER, Alberto. Introducción al Derecho Procesal Penal. 2da. edición actualizada y ampliada, 5ta. reimpresión, Buenos Aires, AD-HOC, 2009.

BOVINO, Alberto. Principios políticos del procedimiento penal. Buenos Aires, Del Puerto, 2005.

BORTHWICK, Adolfo E. C. Nociones fundamentales del proceso. Corrientes, Mario A. Viera, 2001.

BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. El Derecho a Probar como elemento esencial de un Proceso Justo. Lima, Ara, 2001.

CAFERATA NORES, Juan I. Proceso penal y derechos humanos. 2da. Edición, Buenos Aires, Del Puerto, 2008.

CALDERÓN CEREZO, A. y J.A. CHOCLÁN MONTALVO. Derecho Procesal Penal. Madrid, Dykinson, 2002.

CASTILLO ALVA, José Luís. La motivación de la valoración de la prueba en materia penal. Lima, Grijley, 2013.

CELIS MENDOZA AYMA, Francisco. La necesidad de una imputación concreta en la construcción de un proceso penal cognitivo. Segunda Edición, Lima, IDEMSA, 2015.

CHOCANO NÚÑEZ, Percy. Derecho Probatorio y Derechos Humanos. 2da. Edición, Lima, Idemsa, 2008.

CLIMENT DURÁN, Carlos. La prueba penal. Tomo I y II, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005.

CORDÓN MORENO, Faustino. Las garantías constitucionales del proceso penal. Segunda edición, Navarra, Aranzadi S.A., 2002.

CUBAS VILLANUEVA, Víctor. El nuevo proceso penal peruano: teoría y práctica de su implementación. Lima, Palestra, 2009.

DANCY, Jonatham. Introducción a la Epistemología contemporánea. Reimpresión de la segunda edición, Madrid, Tecnos, 2012.

DE SANTO, Víctor. La prueba judicial. Teoría y Práctica. Buenos Aires, Universidad, 1992.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría General de la Prueba Judicial. T: I y II, Buenos Aires, De Zavalía, 1981.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando, Teoría general del proceso: aplicable a toda clase de procesos. 2da. edición, Buenos Aires, Universidad, 1997.

DIAZ DE LEÓN, Marco Antonio. Tratado sobre las pruebas penales. México D.F., Porrúa, 2000.

DWORKIN, Ronald. Los derechos en serio. 5ta. reimpresión, Barcelona, Editorial Ariel, 3era. Edición, 2002.

EISNER, Isidoro. La intermediación en el proceso. Buenos Aires, Depalma, 1963.

ESPINOZA RAMOS, Benji. *La cadena de custodia y los efectos de su ruptura: comentario al Acuerdo Plenario N° 6-2012*. En: Gaceta Penal N° 56, Febrero 2015.

FAIRÉN GUILLÉN, Víctor. Doctrina General del Derecho Procesal. Barcelona, Bosch, 1990.

FERRER BELTRÁN, Jordi. Prueba y verdad en el Derecho. Madrid, Marcial Pons, 2005.

FERRER BELTRÁN, Jordi. *Los estándares de prueba en el proceso penal español*. En: Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho, N° 15-2007 (Ejemplar dedicado a: XXI Jornada de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, "Problemas actuales de la Filosofía del Derecho, Universidad de Alcalá, 28, 29 y 30 de marzo de 2007). En: <http://www.uv.es/CEFD/15/ferrer.pdf>. Consultado el 04.11.2015.

FERRER BELTRÁN, Jordi. *Motivación y racionalidad de la prueba*. Lima, Grijley, 2016.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Quinta Edición, Madrid, Trotta, 2001.

FRAMARINO DEI MALATESTA, Nicola. *Lógica de las pruebas en material criminal*. Bogotá, Temis, 1964.

FUENTES SORIANO, Olga. *La investigación por el fiscal en el proceso penal abreviado y en los juicios rápidos*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2005.

FRISCH, Wolfgang. *Libre valoración de la prueba y estándar probatorio: Fundamentos históricos y de teoría de conocimiento*. En: AMBOS/BÖHN/ZULUAGA. *Desarrollos actuales de las ciencias criminales en Alemania: Segunda y Tercera Escuela de Verano en Ciencias Criminales y Dogmática penal alemana*. Göttingen, Göttingen University Press, 2016.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio. *Razonamiento jurídico y argumentación: Nociones introductorias*. Lima, Zela, 2017.

GARCÍA CAVERO, Percy. *La prueba por indicios*. Lima, La Reforma, 2010.

GASCÓN ABELLÁN, Marina y Alfonso J. GARCÍA FIGUEROA. La argumentación en el Derecho. Algunas cuestiones fundamentales. Lima, Palestra, 2003.

GIMENO SENDRA, Gimeno. La prueba preconstituida de la policía judicial. En: Revista Catalana de Seguretat Pública, mayo, 2010.

GIMENO SENDRA, Vicente. La prueba prohibida. Conferencia Magistral realizada el 07 de abril de 2006, en el Auditorio "Ella Dumbar Temple" Rectorado de la Universidad Nacional Mayor de san Marcos, ciudad universitaria. En: www.youtube.com/watch?v=YE9jaak_8Y0 (primer video); www.youtube.com/watch?v=PnMhocvJLWE; (segundo video) www.youtube.com/watch?v=uqeR5-rhFc; (tercer video) www.youtube.com/watch?v=BntRbZwQbyA; (cuarto video); todos ellos consultados el 26.08.2017.

GONZÁLES LAGIER, Daniel. Quaestio Facti. Ensayo sobre prueba, causalidad y acción. Lima, Palestra, 2005.

GUARRIGLIA, Fabricio. Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal: Una propuesta de fundamentación. Buenos Aires, Del Puerto, 2005.

GUZMÁN FLUJA, Vicente C. Anticipación y preconstitución de la prueba en el proceso penal. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2006.

HESSEN, Johannes. Teoría del Conocimiento. pág. 14. En: <http://exordio.qfb.umich.mx/archivos%20pdf%20de%20trabajo%20umsh/tesis/JOHANNESHESSEN%5B1%5D.pdf>. Consultado el 26.03.2016.

HORVITZ LENNON, María Inés y Julián LÓPEZ MASLE. Derecho Procesal Penal Chileno. T II, Santiago, Jurídica de Chile, 2004.

IGARTUA SALAVERRÍA, Juan. El razonamiento en las resoluciones judiciales. Lima, Palestra, 2009.

IGARTUA SALAVERRÍA, Juan. Los indicios tomados en serio. En: ORTEGA GOMERO, Santiago, Interpretación y razonamiento jurídico, Lima, Ara, 2009.

JAUCHEN, Eduardo M. El juicio oral en el proceso penal. Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2008.

LOZANO-HIGUERO PINTO, Manuel. La lectura de los folios sumariales en el juicio oral (una aproximación al art. 730 LECrim en clave garantista), en: Libro Homenaje a Luis Rojo Ajuria: Escritos jurídico, Santander, Servicios de Publicaciones de la Universidad de Cantabria, 2002.

MAIER, Julio B.J. Derecho procesal penal argentino. Vol. I, Buenos Aires, Hammurabi, 1989.

MANUAL DE CRIMINALÍSTICA. Vol. I, Lima, Grijley, 2014.

MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. La mínima actividad probatoria en el proceso penal, Barcelona, J.M. Bosch. 1997.

MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. La prueba en el proceso penal acusatorio. Lima, Juristas, 2011.

MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *La valoración de la prueba a la luz del Nuevo Código Procesal Penal Peruano de 2004.* En: <http://www.incipp.org.pe/media/uploads/documentos/mirandaestampres.pdf>.

Consulta realizada el 24.03.2016.

MONROY PALACIOS, Juan. Admisibilidad, procedencia y fundabilidad en el ordenamiento procesal civil peruano. En:

<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/c77c658043eb7b61a649e74684c6236a/13.+Doctrina+Nacional+-+Juristas+-+Juan+Jos%C3%A9+Monroy+Palacios.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=c77c658043eb7b61a649e74684c6236a>. Consultado el 26.01.2015.

MONTERO AROCA, Juan. Principios del Proceso Penal: Una explicación basada en la razón. Valencia, Tirant lo Blanch, 1997.

MONTERO AROCA, Juan. La intervención de las comunicaciones telefónicas en el proceso penal: Un estudio jurisprudencia. Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.

MORÓN URBINA, Juan Carlos. “Los informes de control y calidad de prueba preconstituida: posición de la Corte Suprema”. Gestión Pública y Desarrollo, Setiembre 2011. En: http://www.gestionpublica.org.pe/plantilla/rxv5t4/1029474941/enl4ce/2011/seti/revges_1337.pdf; consultado el 25.05.2015.

NEYRA FLORES, José Antonio. Manual del Nuevo Proceso Penal & de Litigación Oral. Lima, IDEMSA, 2010

NEYRA FLORES, José Antonio. Tratado de Derecho Procesal Penal. Tomo II, Lima, IDEMSA, 2015.

NIEVA FENOLL, Jordi. La valoración de la prueba. Madrid, Marcial Pons, 2010.

NIEVA FENOLL, Jordi. La duda en el proceso penal. Madrid, Marcial Pons, 2013.

PABÓN GOMEZ, Germán. El problema de la verdad en el proceso penal. En: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2015/06/doctrina41357.pdf>, Consultado el 26.03.2016.

PARIONA PASTRANA, Josué. Doctrina jurisprudencial. Lima, Nonos & Thesis, 2017, pág.800.

RAMÍREZ GÓMEZ, José Fernando. La prueba documental. Octava Edición, Medellín, Señal Editora, 2008.

REAL ACADÉMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la Real Academia Española. Vigésimotercera edición, 2014.

ROSAS YATACO, Jorge. Tratado de Derecho Procesal Penal. Vol. II, Lima, Pacífico. 2013.

ROXIN, Claus. Derecho Procesal Penal. Buenos Aires, Del Puerto, 2000.

RIVERA MORALES, Rodrigo. Actividad probatoria y valoración racional de la prueba. Barquisimeto, Librería J. Rincón G., 2010.

SAN MARTÍN CASTRO, César. Estudios de Derecho Procesal Penal. Lima, Grijley, 2012.

SAN MARTÍN CASTRO, César. Lecciones de derecho procesal penal, Lima, INPECCP, 2015.

SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. El Nuevo Proceso Penal. Lima, IDEMSA, 2009.

SEGURA ALANIA, Joel. La valoración de la prueba. Estado de la cuestión y de las bases para dicha actividad en el Derecho Procesal Penal peruano, en: PRIORI POSADA, Giovanni (Coordinador). Las Garantías del Justo Proceso. Ponencias del Tercer Seminario Internacional Proceso y Constitución. Lima, Palestra, 2013.

SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel. Estudios de Derecho Probatorio. Lima, Communitas, 2009.

TALAVERA ELGUERA, Pablo. La prueba en el nuevo proceso penal. Manual de Derecho Probatorio y de la valoración de las pruebas en el proceso penal común. Lima, GTZ, 2009.

TARUFFO, Michele. La prueba de los hechos. Madrid, Trotta, 2002.

TARUFFO, Michele. Teoría de la prueba. Lima, Ara, 2010.

TARUFFO, Michele. Simplemente la verdad. Madrid, Marcial Pons, 2010.

UGAZ ZEGARRA, Ángel Fernando. La prueba anticipada y prueba preconstituida. En: Alexander Claros Granados y Gonzalo Castañeda Quiroz, Nuevo Código Procesal Penal Comentado. Volumen 1. Lima, Legales, 2014.

UGAZ ZEGARRA, Ángel Fernando. Búsqueda de pruebas y restricción de derechos. En: Alexander Claros Granados y Gonzalo Castañeda Quiroz, Nuevo Código Procesal Penal Comentado. Volumen 1. Lima, Legales, 2014.

UGAZ ZEGARRA, Ángel Fernando. Búsqueda de pruebas y restricción de derechos. En: Alexander Claros Granados y Gonzalo Castañeda Quiroz, Nuevo Código Procesal Penal Comentado. Volumen 1. Lima, Legales, 2014.

VÁZQUEZ ROSSI, Jorge E. Derecho Procesal Penal: T II. Buenos Aires, Rubinzal- Culzoni, 1997.

VILLAVICENCIO RÍOS, Frazia y Víctor Raúl REYES ALVARADO. El nuevo código procesal penal en su jurisprudencia. Lima, Gaceta Jurídica, 2008.