

# **ESTUDIO INTRODUCTORIO SOBRE LA PRUEBA EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL**

Angel Fernando Ugaz Zegarra<sup>1</sup>

## **I. INTRODUCCIÓN**

El trato que se le daba a la prueba, y lo relativo a ella, en el anterior proceso penal, era inorgánico, asistemático, y hasta deficiente en muchos casos. Luego de los frustrados intentos de reforma con el Código de 1991 y los proyectos de 1995 y 1997, ya urgía la entrada en vigencia de un cuerpo normativo que regulara la prueba, como institución en el proceso penal, con su parte general y especial. Sentimos que este objetivo es alcanzado con el Código procesal penal del 2004.

Sin embargo, el viraje que la reforma ha realizado, exige, para el logro de sus fines, un estudio de la comunidad académica sobre este tema, estimulando y apoyando el cambio esperado después de muchas décadas.

No pretendemos que el presente trabajo se constituya en un meticuloso estudio sobre la prueba, sino en una didáctica exposición de los aspectos novedosos que el Código procesal penal incorpora en nuestro sistema sobre ellas.

En ese sentido, observamos una fuerte influencia de legislaciones extranjeras, principalmente de las italiana y alemana. Pudiéndonos percatar que el legislador nacional no ha tenido una labor creadora en la elaboración del Código –cosa, por lo demás, no censurable *per se*–, sino de adecuación.

Si bien en el Perú tenemos una experiencia negativa, cuando de importar instituciones o normas legales se trata; esta vez notamos que hay mucho material interesante, recogido de varias fuentes; será la práctica judicial y el ejercicio forense los que determinarán sus bondades.

Lo cierto es que siempre habrán puntos en los que otras legislaciones traten mejor ciertos asuntos, *verbi gratia*, el Código chileno prevé un descanso al imputado cuando su declaración se prolongue demasiado. No obstante, nuestro nuevo Código muestra sus ventajas particulares; así, el Código de procedimiento penal colombiano permite excluir la prueba ilícita ya actuada, mientras que el Código procesal peruano la excluye desde su obtención misma, no permitiendo su actuación (además, los colombianos no hacen mención alguna sobre el contenido esencial de los derechos fundamentales, institución de suma importancia constitucional).

Para alcanzar los fines de este trabajo, estudiaremos las instituciones procesales penales siguiendo el orden en el que aparecen en el nuevo Código. De esta forma, el trabajo se divide en cinco temas, que abarcan las siguientes

---

<sup>1</sup> Abogado de la UNMSM. Socio del Estudio Larrieu & Larrieu Abogados Asociados. Miembro del INCIPP. Profesor de la Academia de la Magistratura.

materias: preceptos generales de la prueba, los medios de prueba, la búsqueda de prueba y restricción de derechos, la prueba anticipada y las medidas de protección (a los órganos de prueba).

Se desarrollará un contenido conceptual por cada institución, se comparará la forma cómo son tratadas en la legislación extranjera (Derecho comparado). Cuando sea preciso, se efectuarán las observaciones pertinentes, y la crítica de rigor.

Se espera que, concluidas las siguientes líneas, el lector esté enterado del reformulado trato de la prueba en el proceso penal. También, que pueda manejar fácilmente las nuevas categorías jurídicas creadas por el nuevo Código procesal penal. Y, finalmente, afianzar los conocimientos ya adquiridos con la casuística propuesta.

## **II. PRECEPTOS GENERALES DE LA PRUEBA**

### **1. Estudio preliminar**

La estructura general de la sección relativa a la prueba sigue la metodología del Código de procedimientos penales italiano (C. de PP. it.); como éste, dividimos la sección en títulos –Preceptos generales, Medios de prueba, búsqueda de prueba. Aunque el nuevo Código procesal penal amplía los títulos; así, hay uno sobre prueba anticipada (ésta es tratada como un título en el libro sobre indagaciones preliminares y audiencia preliminar) y otro sobre medidas de protección de los órganos de prueba–.

Con respecto a su contenido, este título también está fuertemente influenciado por la legislación italiana. Ello se nota muy claramente, por ejemplo, cuando se trata la admisibilidad de la prueba (155°. 2 NCPP y 190° C. de PP. it.), el objeto de prueba (156°. 1 NCPP y 187°.1 C. de PP. it.), la exclusión de métodos o técnicas que afecten la libertad de autodeterminación del interrogado (157°. 3 NCPP y 64°. 2 y 188° C. de PP. it.) y el testimonio de referencia o indirecto.

Sin embargo, también observamos algunas influencias de la legislación chilena y alemana en la nuestra. Tenemos, por ejemplo, las convenciones probatorias (156°. 3 NCPP y 275° CPP. chi.), la valoración de la prueba (158 NCPP y 297° CPP chi.) y la excusión de la prueba obtenida con violación al contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona (institución de tanto desarrollo en el Derecho germánico).

Los modernos Códigos que siguen la tendencia acusatoria, reparan mucho en la licitud de la obtención de la prueba.

El Nuevo Código colombiano (CPP. col.), en este sentido, excluye la prueba directa o indirectamente obtenida con violación de las garantías procesales (23°); pero, mantiene la posibilidad de una ulterior exclusión de pruebas ilícitas ya actuadas (360°). Además, no menciona nada sobre el contenido esencial de los derechos fundamentales. Visto ello, en este punto

nuestro Código procesal penal es mejor que el colombiano, porque excluye la prueba ilícita desde un principio, no permitiendo utilizar (“valorar”) esas pruebas.

## **2. Presunción de inocencia e *in dubio pro reo***

La garantía constitucional de la presunción de inocencia, reconocida en el ordinal “e” del inciso 24) del art. 2º de la Constitución, debe ser respetada durante todo el proceso. Por ello, el trato de inocencia es un punto trascendente de la reforma, aun cuando la persona sufra detención, su condena se encuentre en apelación, incluso si se advierte que la condena confirmada está indebidamente motivada. El mandato del art. II. 2 del Título Preliminar del nuevo Código procesal penal, es bastante categórico: “Hasta antes de la sentencia firme, ningún funcionario o autoridad pública puede presentar a una persona como culpable o brindar información en tal sentido”. Inclusión normativa necesaria en estados como el nuestro donde se trata muchas veces a ciudadanos como criminales incluso antes de haberse denunciado el supuesto delito a las autoridades.

La presunción de inocencia se mantendrá mientras no se demuestre lo contrario; debido a ello, si existe duda en el órgano jurisdiccional deberá absolverse. Al decir de Carnelutti, se “impone al juez que resuelva la duda acerca de un hecho determinado, en sentido desfavorable a la parte que tiene interés en afirmarlo”<sup>2</sup>. La regla del *in dubio pro reo* exige que el magistrado resuelva en contra del Ministerio Público.<sup>3</sup>

## **3. El deber de objetividad fiscal y la carga de la prueba**

El Titular de la acción penal es el Ministerio Público (inc. 4 del art. 159º de la Constitución y art. IV. 1 del T.P.<sup>4</sup>), sin embargo este encargo debe ser llevado de manera objetiva, indagando los hechos constitutivos de delito y los que determinen y acrediten la responsabilidad o inocencia del imputado (art. IV.2 del T.P.), sólo así será un verdadero defensor de la legalidad y de la sociedad.

En el Perú no ha existido mayor debate con respecto al principio de imparcialidad en el Ministerio Público, y desde siempre la tarea del Ministerio Público en materia penal fue la del persecutor implacable, incluso con material probatorio que no tiene calidad indiciaria, por ello el profesor y Fiscal Supremo *Pablo Sánchez Velarde*, aseveró que el respeto a los principios de legalidad, *imparcialidad*, y proporcionalidad serían un factor importante de la reforma del proceso penal<sup>5</sup> y en especial del Ministerio Público.

---

<sup>2</sup> **Carnelutti, Franceso**, “*Estudios de derecho procesal*”, vol. II, Buenos Aires, Ed. EJE, 1959, p. 108.

<sup>3</sup> **Cafferata Nores, José**, “*Temas de Derecho procesal penal*”, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1988, p. 9.

<sup>4</sup> En adelante, los artículos que se mencionen serán entendidos pertenecientes al Nuevo Código Procesal Penal, salvo expresión distinta.

<sup>5</sup> **Sánchez Velarde, Pablo**, “*Comentarios al Código Procesal Penal*”, Importaciones y Distribuidora Editorial Moreno S.A. IDEMSA, Lima, 1994, p. 70 .

El deber de la carga probatoria fiscal, ya no debe ser nunca más selectiva, su papel de defensor de la sociedad, implica una tarea de inclusión en su trabajo de recabar las pruebas de la inocencia del imputado.

Por otro lado, de existir una carga probatoria insuficiente de responsabilidad, debe acarrear consecuencias desfavorables para el Ministerio Público<sup>6</sup> pues debe perder el proceso<sup>7</sup> a favor de la absolución del imputado<sup>8</sup>.

La doctrina jurisprudencial ha expresado que la absolución es categórica si se advierte insuficiencia probatoria de cargo, inexistente<sup>9</sup>, incapaz e inocua<sup>10</sup> para destruir la presunción de inocencia o *indubio pro reo*<sup>11</sup> (duda razonable, insuficiente para desvirtuar la presunción de inocencia<sup>12</sup>).

#### 4. Ineficacia de la prueba obtenida con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona

---

<sup>6</sup> **Devis Echandía**, “*Compendio de pruebas judiciales*”, t. I, Santa Fe, Rubinzal – Culzoni Editores, 1984, p. 225. La carga, según **Couture**, es el “imperativo del propio interés de aquél que se halla gravado con la misma”. **Couture**, “*Fundamentos del derecho procesal civil*”, 3ª ed. póstuma, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1988, p. 242. Expresa **Michelli** que “la carga agota su función en la determinación psicológica al obrar”; en: **Michelli**, “*Curso de Derecho procesal civil*”, vol. I, Buenos Aires, Ed. EJEA, 1970, págs. 270 y 271.

<sup>7</sup> **Rosemberg, Leo**, “*La carga de la prueba*”, Buenos Aires, ed. EJEA, 1956, p. 15.

<sup>8</sup> Ya lo dijo el comité de Derechos Humanos, en su Comentario General 13 sobre el art. 14º del Pacto Internacional, al sostener que “en virtud de la presunción de inocencia, la carga de la prueba recae sobre la acusación, y el acusado tiene el beneficio de la duda. No puede suponerse a nadie culpable a menos que se haya demostrado la acusación fuera de toda duda razonable, ver en Comentario General 13, párr. 7; en **Daniel O’Donnell**, “*Protección Internacional de los Derechos Humanos*”, auspiciado por la Fundación Friedrich Naumann, IIDH, Comisión Andina de Juristas, 2ª ed., 1989, p. 170.

<sup>9</sup> Sentencia de la Sala Penal de Lima, de fecha 10/07/1998. (Expediente N° 8519 – 97 Lima) en *Diálogo con la Jurisprudencia*, año 8, número 50, noviembre 2000, pp. 243-244. Sin embargo, es criticable esta jurisprudencia porque identifica inexistencia de prueba de cargo con *in dubio pro reo*, lo que es errado ya que todo *in dubio* se sustenta en la falta de suficiencia probatoria, pero no toda insuficiencia genera duda, como en el presente caso que no existe prueba de cargo, el mismo que no puede generar duda al juzgador. Sentencia de la Sala Penal de Lima, de fecha 29/03/2000. (R.N. N° 5165–99 Lambayeque en **Frisancho Aparicio, Manuel**, “*Jurisprudencia Penal*”, *Ejecutorias Supremas y Superiores 1998-2001*, Ed. Jurista, Lima, 2002, pp. 428 y ss., Sentencia de la Sala Penal de La Libertad, de fecha 16/04/1999, (Exp. N° 417-98 Trujillo) “*Jurisprudencia Penal*”, t. I, Ed. Normas Legales, 2003, Trujillo, pp. 466.

<sup>10</sup> Sentencia de la Sala Penal de Lima, de fecha 30/09/1999 (R.N. N° 2506-99 Lima), en “*Diálogo con la Jurisprudencia*”, año 9, número 60, septiembre 2003, pp. 301 y 302.

<sup>11</sup> Sentencia de la Sala Penal de Lima, de fecha 17/06/1999 (R.N. N° 959-99 Arequipa), en “*Revista peruana de Doctrina y Jurisprudencia penal 3*”, Ed. Grijley, 2002, Lima, pp.547 y ss. Sentencia de la Sala Penal de Lima, de fecha 05/07/1999 (Exp. R.N. N° 1415–99 Callao), en “*Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales 2*”, Ed. Grijley, Lima, 2001, pp. 701-703. Sentencia de la Sala Penal de Lima, de fecha 15/11/1999 (R.N. N° 3443-99 Lima) *Jurisprudencia penal: Ejecutorias Penales de la Corte Suprema de Justicia 1997-2001*, Jurista Editores, Lima, 2002, pp. 345. Sentencia de la Sala Penal de Lima, de fecha 07/10/1999 (Exp. 2547-99) en “*Diálogo con la Jurisprudencia*”, año 9, número 57, julio 2003, pp. 276 y 277.

<sup>12</sup> Sentencia de la Sala Penal de Lima, de fecha 08/06/1999 (Exp. R.N. N° 1398–99 Lima), en: “*Jurisprudencia Penal: Ejecutorias Penales de la Corte Suprema de Justicia 1997–2001*”, Jurista Editores, Lima, 2002, pp. 353 y 355, Sentencia de la Sala Penal de Lima, de fecha 11/03/1998 (Exp. R.N. N° 6182–97 Huánuco); en: **Rojas Vargas, Fidel**, *Jurisprudencia Procesal Penal*, Ed. Gaceta Jurídica, Lima, 1999. Sentencia de la Sala Penal de Lima de fecha 16/01/1998 (Expediente N° 035–97), pp. 367 y 368; en **Rojas Vargas**, op. cit. Sentencia de la Sala Penal de Lima, de fecha 22/12/1997 (Exp. R.N. N° 18–97 Lima), pp. 371-372; en: **Rojas Vargas**, op. cit., pp. 373 y 375.

Tanto en el art. VIII del T.P. del nuevo Código, como en el art. 159° del mismo, se aborda el tema de la prueba ilícita. De obtenerse o incorporarse pruebas sin respeto a un debido proceso, éstas no deberán ser utilizadas ni valoradas por el juzgador. En el mismo sentido carecen de efecto legal las que hayan sido obtenidas directa o indirectamente con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona. Estas pruebas no pueden ser utilizadas por el Juez ni directa ni indirectamente.

Respecto a la primera, la Corte Constitucional colombiana ha desarrollado cuatro consideraciones para determinar cuándo existe violación al debido proceso<sup>13</sup>:

1) Que la irregularidad sea suficiente para comprometer el debido proceso. La regla general de exclusión cumple diversas funciones, además de desalentar a los investigadores de vulnerar el debido proceso, “como garantizar la integridad de la administración de justicia, la realización de la justicia en el caso concreto, el ejercicio del derecho de defensa, el respeto al Estado de Derecho y el goce efectivo de los derechos constitucionales fundamentales. Por lo tanto, las irregularidades menores o los errores inofensivos que no tienen el potencial de sacrificar estos principios y derechos constitucionales no han de provocar la exclusión de las pruebas”.

2) Tener bien en claro cuál es el alcance del debido proceso, establecido por la Constitución (art. 139°. 3 de la Const. peruana). En nuestro sistema, las normas al respecto se entienden ampliamente, alcanzando, incluso, la sede administrativa<sup>14</sup>.

3) Deben considerarse los fines del Derecho penal. No solamente existen las garantías a los procesados, sino también está “el goce efectivo de otros derechos constitucionales tales como la vida, la integridad y la libertad, protegidos por el legislador mediante la sanción de quienes violen el Código Penal”.

4) No se considera sobreentendida la exclusión del material probatorio por la simple redacción legal o constitucional, es imprescindible que la autoridad judicial lo declare así. Por eso, se le exige a ella la declaración en este sentido.

El contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona, es un concepto nuevo en nuestra legislación procesal penal, pero, de primera importancia para una lectura constitucional del mismo. El contenido esencial es el núcleo duro de los derechos fundamentales, que restringe su disponibilidad frente a otros derechos fundamentales, dependiendo del caso concreto, teniendo como referencia a los principios de proporcionalidad y razonabilidad.

Abad Yupanqui nos dice que: “El contenido esencial de un derecho fundamental es un ‘concepto jurídico indeterminado’, cuyo alcance y significado

---

<sup>13</sup> Sentencia SU-159 del 2002.

<sup>14</sup> Ver el caso CHIRINOS (EXP. N.º 2730-2006-PA/TC), donde el Tribunal Constitucional declaró haber nulidad en una sentencia del JNE, principalmente, y entre otras cosas, por violación del derecho al debido proceso del ciudadano, aun en sede administrativa.

no puede fijarse de manera general, sino que ha de ser precisado en relación a cada derecho fundamental”<sup>15</sup>. Para permitir el adecuado funcionamiento de la sociedad, las limitaciones del contenido esencial, expresa Pietro Sanchiz, no solamente se las deben hacer determinar de los derechos fundamentales, sino también de otros bienes amparados por la Constitución<sup>16</sup>; por lo tanto, para la delimitación del contenido esencial, se debe valorar sistemáticamente la Constitución.

Existen varias teorías sobre el concepto del contenido esencial, la teoría absoluta, relativa y la institucional: a) La teoría absoluta predica la existencia de un núcleo resistente que debe ser preservado en todo caso. El contenido esencial sería así una parte del contenido del derecho al margen de cualquier negociado o debate. La teoría pone un límite respecto al derecho fundamental analizado en el caso concreto, y es que no se puede exceder de la disposición mínima que sería el núcleo duro. Esta posición es adoptada por Prieto Sanchiz, quien afirma que “solo la teoría absoluta ofrece las bases para una interpretación satisfactoria de los contenidos esenciales como garantía autónoma del derecho (...), aun cuando una disposición limitadora cuenta a su favor con buenas razones, resultará ilegítima si llega a dañar el contenido mínimo esencial de un derecho”<sup>17</sup>. b) La teoría relativa concibe que el contenido esencial es aquella parte de un derecho que todavía queda en pie, una vez operada una limitación justificada o legítima. Se podría conducir a un sacrificio completo del derecho si la protección de un bien constitucional así lo recomendará, por ello, es indispensable entender la operatividad del principio de proporcionalidad. Por último, c) La teoría institucional entiende que ante una pugna de derechos fundamentales, el que, en el caso concreto, nos decidamos por uno de ellos no significa una pérdida de otro de los mismos, ya que, conforme afirma Peter Häberle,: “el contenido y los límites de los derechos fundamentales deben determinarse partiendo de la totalidad del sistema constitucional de los valores al que hace en su esencia, referencia todo derecho fundamental”<sup>18</sup>.

En el límite de los derechos fundamentales, también la ley puede determinar el contenido esencial. Landa Arroyo, presidente del Tribunal Constitucional, enseña que la ley se presenta como la función legislativa de promoción y la realización de la dignidad instituida; esto permite asumir un concepto de ley que también pueda conformar y determinar el contenido esencial de la dignidad, cuando la Constitución no lo haya previsto jurídicamente, pero respetando del contenido institucional de la dignidad<sup>19</sup>. Esto se aprecia cuando el artículo 2º, numeral 24, literal f, de la Constitución dispone

---

<sup>15</sup> **Abad Yupanqui, Samuel B.**, “*Límites respecto al contenido esencial de los derechos fundamentales: estudio preliminar*”, Themis, 21, segunda época, T. II, Lima, 1992, pág. 10.

<sup>16</sup> **Prieto Sanchiz, Luís**: “*La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades*”. En *Pensamiento constitucional*, PUCP, Fondo Editorial, 2002, año VIII, N° 8, pág. 86.

<sup>17</sup> **Prieto Sanchiz, Luís**, op. cit., p. 71.

<sup>18</sup> **Häberle, Peter**, “*La libertad fundamental en el estado constitucional*”, ed. PUCP, Lima, 1997, pág. 109.

<sup>19</sup> **Landa Arroyo, César**, “*Constitución y fuentes del derecho*”, ed. Palestra, Lima, 2006, págs. 33 y 34. También **Abad Yupanqui**, op. cit., pág. 11.

que no está permitida forma alguna de restricción a libertad personal, salvo los casos previstos por ella misma<sup>20</sup>.

De tal manera que, cuando en la obtención de fuentes y medios de prueba se ha violado –directa o indirectamente– el contenido esencial, la prueba es ineficaz, y no podrá ser utilizado por el Juez, ni directa ni indirectamente (art. 159°).

Bastarán algunos ejemplos para comprender mejor la clasificación de la prueba ilícita en directa o indirecta. Se habla de prueba ilícita directa cuando en una confesión ésta se ha obtenido bajo tortura o coacción y se llama indirecta o *fruto del árbol envenenado* (doctrina desarrollada desde la primera mitad del s. XX por la jurisprudencia constitucional estadounidense), en los casos en que la droga es localizada en la maleta de una persona durante el registro de aduana, empero el conocimiento de que en dicha maleta se llevaba droga se ha obtenido como consecuencia de una interceptación telefónica practicada sin autorización judicial.

La etapa de investigación, encargada al Ministerio Público, ha sido diseñada para la búsqueda de la verdad material, de entrada se debe comprender que ésta ya no se entiende como fin absoluto, sino, antes bien, es un ideal genérico de alcanzar, como valor positivo de la sentencia final, que se relaciona y coexiste con otras funciones del procedimiento –en especial: La protección de la dignidad individual y los valores reconocidos a la persona–, y que, retrocede frente a valores que, para su orden jurídico, resultan superiores en rango<sup>21</sup>. Por ello Claus Roxin, manifiesta que no es un principio de la ordenanza procesal penal que la verdad deba ser averiguada a cualquier precio<sup>22</sup>.

Sin embargo, no hay que perder de vista que tal como está normado en el artículo VIII. 2 del Título Preliminar, cualquier violación al derecho fundamental de la persona no hace que la prueba sea ilícita, esta afectación debe ser a su contenido esencial, de lo contrario la prueba tendrá utilidad y

---

<sup>20</sup> De la misma manera, el art. 2°, num. 24, lit. g, tratándose del derecho a no ser incomunicado, precisa que sólo puede privarse a una persona de este derecho en caso de ser indispensable para el esclarecimiento de un delito, en la forma y tiempo previsto por la ley.

<sup>21</sup> **Maier, Julio B. J.**, *"Derecho Procesal Penal"*, t. I (Fundamentos), 2ª ed. Editores Del Puerto S.R.L. 1996, Buenos Aires, p. 869 y ss. **Fabricio Guariglia**, por su parte, expresa que, desde hace ya tiempo, la reconstrucción de la verdad histórica o, simplemente, la búsqueda de la verdad, no es concebida como un valor absoluto dentro del procedimiento penal, sino que por el contrario, se erigen frente a ella determinadas barreras que el Estado no puede franquear. De este modo, existen ciertos hechos que sustraen a la investigación de los órganos del Estado, y que escapan a la valoración de los tribunales: ellos constituyen las llamadas prohibiciones probatorias. (*"Las Prohibiciones Probatorias"*, en: "El nuevo Código procesal penal de la Nación (Análisis Crítico)", Pról. de **Julio B. J. Maier**, Editores Del Puerto S.R.L. Buenos Aires, 1993. pp.15 y ss.). **César San Martín Castro**, al hablarnos de la prueba ilegalmente obtenida, nos hace referencia a dos puntos importantes: La prohibición de practicar la prueba (por ejemplo: prohibición de temas probatorios como el secreto oficial; la prohibición de medios de prueba como el testimonio secreto o, como los facultativos; la prohibición de métodos probatorios como la coerción y la prohibición condicional de la prueba como el allanamiento domiciliario) y, la prohibición de utilizar la prueba (por ejemplo: cuando el acto de prueba es desfavorable para el titular de la garantía, la autoridad judicial debe declarar su ineficacia procesal, más aun, cuando esta viole derechos fundamentales).

<sup>22</sup> **Maier**, *ibidem*.

eficacia legal, siempre y cuando, claro, ésta se haya obtenido e incorporado respetando el debido proceso, porque de ello depende su validez.

En la doctrina jurisprudencial se han resaltado un buen número de teorías que se muestran como excepciones a la regla de exclusión de la prueba ilícita, tales como la teoría del descubrimiento inevitable, fuente independiente, buena fe, ámbito jurídico, charola de plata, tinte indeleble (o del vínculo atenuado), supresión del nexo causal, entre otros. Todos con el fin de evitar que las pruebas ilícitas que demuestren la responsabilidad del imputado sean excluidas del proceso.

Desarrollando brevemente las principales teorías:

a) Teoría de la fuente independiente. Se puede llegar a la fuente de prueba por medios probatorios legales presentes. Aun suprimiendo hipotéticamente el acto viciado (digamos, la confesión bajo tormentos del lugar donde se encuentra el arma homicida), se puede igualmente llegar a sus consecuencias (en el ejemplo, obtención del arma) por vías legales (testigo que declare haber visto el lugar de ocultación)<sup>23</sup>.

b) Teoría del descubrimiento inevitable. Es derivada de la fuente independiente. Se aplica cuando las consecuencias del acto irregular se hubieran obtenido por otros caminos que indefectiblemente se hubiesen presentado<sup>24</sup>. En la jurisprudencia de los Estados Unidos de América, tenemos el caso NIX vs. WILLIAMS<sup>25</sup>, en el que se admitió la evidencia, el cuerpo de la víctima, obtenida mediante una confesión ilícita (no obstante haberse excluido la confesión misma), ya que se estaba haciendo una exhaustiva búsqueda, la que hubiera hallado el cadáver con toda seguridad.

c) Teoría del vínculo atenuado o de la tinta indeleble. Las posteriores actuaciones, derivadas de las ilícitas, van perdiendo relación con aquélla, la propagación del vicio se atenúa o diluye por completo. Nuevamente revisando la jurisprudencia estadounidense, encontramos los casos WONG vs. U.S.<sup>26</sup> y U.S. vs. CECCOLINI<sup>27</sup>. En el primero vemos cómo una persona arrestada ilegalmente es puesta en libertad, luego de lo cual se presenta voluntariamente a confesar los hechos. En el otro caso (U.S. vs. CECCOLINI), es tomada la declaración de un testigo, pese a que la información que lo relaciona con los hechos investigados había sido obtenida mediante un allanamiento ilegal, porque es brindada libre y espontáneamente por él.

El artículo VIII. 3 del Título Preliminar, ha incorporado una excepción a la regla de exclusión, esto es de existir inobservancia a una garantía constitucional en la búsqueda de pruebas por un particular, si ésta es a su favor, la garantía no puede aplicarse en su perjuicio, por cuanto la garantía se

---

<sup>23</sup> **Hairabedián, Maximiliano**, “Eficacia de la prueba ilícita y sus derivados en el proceso penal”, Had-hoc Editor, Buenos Aires, 2002, p. 67.

<sup>24</sup> **Hairebedián**, op. cit., p. 73.

<sup>25</sup> 467 U.S. 431 (1984).

<sup>26</sup> 371 U.S. 471 (1983).

<sup>27</sup> 435 U. S. 268 (1978).

ha creado a su favor no en su contra, más aun cuando no existe nulidad por la nulidad misma.

De entrada en nuestra legislación se ha delimitado cuáles son los casos donde no se permiten excepciones a esta exclusión, esto es, cuando la prueba se haya obtenido con violación al contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona.

### **5. La actividad probatoria y sus diferencias con los actos de investigación**

El art. 155° desarrolla la actividad probatoria, la misma que se rige por la Constitución, los Tratados aprobados y ratificados por el Perú y por el mismo Código.

La actividad probatoria es el conjunto de manifestaciones de voluntad, de conocimiento o de razonamiento que proceden de los sujetos procesales, normadas por la ley, y que tienden a producir un estado de certeza o de admisión de una objetiva probabilidad del hecho que constituye su objeto, así como de sus consecuencias. Es la concatenación dinámica, compleja, coherente, de actos procesales (tanto prejurisdiccionales como jurisdiccionales) de acopio de medios probatorios y de libre valoración de los mismos.

Vicente Gimeno Sendra plantea que los actos de prueba deben referirse a la actividad de los sujetos procesales, dirigida a obtener la convicción del Juez o Tribunal sobre la preexistencia de los hechos afirmados por las partes, intervenida por el órgano jurisdiccional bajo la vigencia del principio de contradicción y de las garantías constitucionales tendentes a asegurar su espontaneidad, e introducida en el juicio oral a través de medios lícitos de prueba<sup>28</sup>.

En nuestra normativa es muy clara la distinción entre actos de prueba y los de investigación (ver el art. IV. 3 del T.P.), ya que este último no tiene carácter jurisdiccional.

El profesor Ortells Ramos nos detalla y esquematiza las diferencias entre actos de investigación y actos de prueba<sup>29</sup>:

- a) El acto de investigación forma parte de la investigación judicial y sirve a sus funciones, mientras el acto de prueba se integra en el juicio oral y sirve al fin de éste.
- b) La eficacia de los actos de investigación permiten proveer el fundamento necesario para dictar resoluciones sobre medidas cautelares, peticiones, incidentes, archivo o apertura del juicio oral. La eficacia de los actos de prueba es la de servir de fundamento a la sentencia.

---

<sup>28</sup> **Gimeno Sendra, Vicente, y otros**, "*Derecho Procesal*", t. II, El Proceso Penal, 3ª ed., Editorial Trant lo Blanch, Valencia, 1990, p. 443.

<sup>29</sup> **Ortells Ramos, Manuel, con Montero Aroca**, "*Derecho Jurisdiccional*", t. III, Bosch, 1994, cit. p. 151.

- c) Otra diferencia se centra en la calidad de las resoluciones judiciales que se fundan en los actos de investigación y en los actos de prueba. Las proferidas respecto a las medidas cautelares o la de apertura del juicio oral (auto de enjuiciamiento) no precisan que la autoridad judicial penal tenga convicción de la responsabilidad del procesado, sino es suficiente un juicio de mera probabilidad al respecto. Los actos de prueba determinan la sentencia; y sólo la plena convicción sobre la responsabilidad penal permite una resolución condenatoria, mientras que un juicio de mera probabilidad debe conducir a una absolución.
- d) En los actos de prueba deben respetarse escrupulosamente los principios de inmediación y contradicción, los cuales adquieren mayor intensidad. En los actos de investigación, la existencia de estos principios disminuye.

Los actos de investigación no pueden, por regla general, tener la eficacia jurídica de actos de prueba salvo que aquellas no puedan ser reproducidas en el juicio oral.

El principio de aportación de parte permite una mejor separación de funciones de la tarea fiscal, la defensora y la jurisdiccional (art. 155º. 2). Sólo por excepción legalmente establecida se admitirán pruebas de oficio.

## **6. El objeto de la prueba y las convenciones probatorias**

El objeto de prueba es aquello susceptible de ser probado, y sobre lo que debe o puede recaer la prueba. Es el tema o la materialidad en que recae la actividad probatoria. Para Florencio Mixán Mass, es todo aquello sobre lo cual es necesario y admisible que incida la actividad probatoria. Es aquello que requiere ser averiguado y demostrado.

Según Eugenio Florián, objeto de prueba, es lo que hay que determinar en el proceso, es el tema a probar. *thema probandum*, y consiste en la cosa, circunstancia o acontecimiento cuyo conocimiento es necesario y debe obtenerse en el proceso. Este autor señala que se puede considerar como objeto de prueba, ya sea, la posibilidad abstracta de investigación, es decir, lo que se puede probar en términos generales (objeto de prueba en abstracto); o ya sea, la posibilidad concreta de investigación, es decir aquello que se prueba o se debe o puede probar en relación con un determinado proceso (objeto de prueba en concreto)<sup>30</sup>.

---

<sup>30</sup> **Florián, Eugenio**, "Elementos de Derecho procesal Penal", Barcelona, Editorial Bosh, 1931 págs. 308 y 309. El tema admite ser considerado en abstracto o en concreto. Desde el primer punto de vista se examinará qué es lo que puede ser probado en cualquier proceso penal; desde la segunda óptica se considerará qué es lo que se debe probar en un proceso determinado. a) *Consideración en abstracto*. La prueba puede recaer sobre hechos naturales (v.gr., caída de un rayo) o humanos, físicos (v.gr., una lesión) o psíquicos (v.gr., la intención homicida). También sobre la existencia y cualidades de personas (v.gr., nacimiento, edad, etc.), cosas y lugares. Se podrá intentar probar también las normas de la experiencia (v.gr., usos y costumbres comerciales y financieros) y el derecho no vigente (v.gr., normas jurídicas extranjeras que fundamentan un pedido de extradición). En cambio, no serán objeto de prueba los hechos notorios (v.gr., quién es el actual Presidente de la Nación), ni los evidentes (v.gr., que una persona que camina y habla está viva), salvo que sean controvertidos razonablemente; tampoco la existencia del

Hay discusión sobre lo que puede ser considerado objeto de prueba; de ahí que se afirme que el objeto de prueba no se debe limitar o coincidir con el aspecto fáctico del objeto procesal, sino integrarse con una serie de datos que rodean al hecho básico que se pretende jurídicamente relevante, datos que conducen a confirmar o a descalificar la alegación de las partes. Genéricamente esos datos se exhiben como acontecimientos del mundo exterior, personas en sus manifestaciones físicas o psíquicas, cosas, lugares, resultados de la experiencia, juicios inherentes a las cosas, derecho no vigente, etc. y todo lo que en general constituye objeto de prueba.

Por ello el artículo 156º. 1, entiende que son objeto de prueba los hechos que se refieran a la imputación, la punibilidad y la determinación de la pena o medida de seguridad, así como los referidos a la responsabilidad civil derivada del delito.

En cambio, el artículo 156º. 2 establece que no son objeto de prueba las máximas de la experiencia, las leyes naturales, las normas jurídicas internas vigentes, aquello que es objeto de cosa juzgada, lo imposible y lo notorio.

### **6.1. Las máximas de la experiencia**

Son datos de hecho desde el punto de vista probatorio, por cuanto existen en el resultado obtenido como consecuencia del común modo de ser y obrar de las personas o cosas. Se trata de verdaderas máximas o normas de conducta que el grupo va aceptando en base a la convivencia práctica y las costumbres. Stein, citado por Eugenio Florián<sup>31</sup>, señala que son definiciones o sentencias hipotéticas de contenido general, independientes del caso concreto que se ha de juzgar en el proceso y de sus elementos particulares, que son producto de la experiencia, y poseen en principio una validez general, por lo cual son independientes de los casos particulares.

El problema que se plantea es el del conocimiento y aceptación general del principio o máxima de la experiencia, y si en ciertos casos podría ser necesario probar tal principio o máxima. La doctrina argentina admite que una máxima de la experiencia puede ser objetos de prueba cuando es compleja o controvertida. Por su parte, la doctrina alemana considera que el Juez, por ignorar el principio de la experiencia, puede recurrir a un perito. De esta forma,

---

derecho positivo vigente, ni aquellos temas sobre los cuales las leyes prohíben hacer prueba (v.gr., la verdad de la injuria). *b) Consideración en concreto.* En un proceso penal determinado, la prueba deberá versar sobre la existencia del “hecho delictuoso” y las circunstancias que lo califiquen, agraven, atenúen o justifiquen, o influyan en la punibilidad y la extensión del daño causado. Deberá dirigirse también a “Individualizar a sus autores, cómplices o instigadores”, verificando su “edad, educación, costumbres, condición de vida, medios de subsistencia y antecedentes; el estado y desarrollo de sus facultades mentales, las condiciones en que actuó, los motivos que lo hubieran llevado a delinquir y las demás circunstancias que revelen su mayor o menor peligrosidad”. Estos aspectos necesariamente deberá ser objeto de prueba, aun cuando no haya controversia sobre ellos, salvo casos excepcionales se hubiese entablado la acción resarcitoria, la prueba recaerá no sólo sobre la existencia y extensión del daño, sino, además, sobre la concurrencia de las situaciones que generen la responsabilidad civil del imputado o del tercero civilmente demandado, o restrinjan sus alcances.

<sup>31</sup> **Eugenio Florián**, "*De las pruebas penales*", t. I, 2ª ed., Editorial Temis, Bogotá, 1976, pp. 113 y 114.

la prueba no se dirigirá al principio de la experiencia sino a la cosa que debe apreciarse con arreglo al mismo.

Por ello de manera amplia e inacabable deberá estar atento el magistrado a las reglas de la experiencia. Para demostrar lo complejo del trabajo valorativo a partir de las reglas de la experiencia ofrecemos un par de ejemplos, en un caso concreto de desventaja probatoria sobre violación de la libertad laboral, se exigirá apreciar la regla de experiencia sobre los problemas de probanza del trabajador relacionados a los términos de la relación laboral, considerando que se encuentra en desventaja respecto del empleador, ya que éste maneja información a la que el trabajador no tiene acceso<sup>32</sup>.

En el mismo caso, para apreciar el monto del perjuicio en el caso de una reparación civil, producto de aquella dificultad probatoria, se podrá apelar a otra regla de la experiencia<sup>33</sup> de carácter laboral, que se refiere a la relación proporcional existente entre la categoría ostentada y la remuneración que percibía; de ser mayor la categoría debe ser también mayor la remuneración percibida y viceversa.<sup>34</sup>

## 6.2. Las leyes naturales

Son reglas de conducta basadas en la naturaleza misma del hombre y la sociedad, por lo que no necesitan probarse.

Según la doctrina, el derecho natural tiene fuerza obligatoria, por cuanto, en primer lugar, se dirige al legislador, a quien le sirve de inspiración para las normas que ha de dictar; y, en segundo lugar, porque constituye un orden

---

<sup>32</sup> **Paredes Palacios, Paúl**, “*Prueba y presunciones en el Proceso Laboral*”, ARA Editores, 1ª ed., 1997, p. 194. Los efectos de esta regla de la experiencia han sido legislados en el Derecho procesal laboral: ver art. 40º de la Ley 26636 de fecha 14/06/96, Ley Procesal de Trabajo. **Carnelutti**, “*La Prueba civil*”, 2ª ed., Buenos Aires, Ed. Depalma, 1982, pp. 64 y 65. **Stein, Friedrich**; “*El conocimiento privado del Juez*”, tr. de Andrés de la Oliva Santos, Edit. Temis, Bogotá, 1988, p. 57. **Carnelutti**, “*La prueba civil*”, op. cit., pp. 63 y 64. En materia procesal penal el profesor **Claus Roxin**, ha expresado que el juez **no puede basar su convicción de condena “(...) en reglas de la experiencia que no sean fundables objetivamente** (BGH JR 83, 83; NStZ 88, 236). Así, p. ej., las relaciones personales del acusado con un testigo no son suficientes para desde un principio, negarle todo valor probatorio a esa declaración (BGH StrV 94, 173, con otras informaciones). **Tampoco las mentiras del acusado prueban, sin más razón, su culpabilidad, ya que no es extraño que un inocente tenga la expectativa de poder mejorar su situación a través de mentiras** (BGH StrV 85, 356). De la comprobación de haber participado en un hecho no se puede inferir, sin más, la participación en otro (Zweibrucken StrV 85, 358). La nueva jurisprudencia del BGH acentúa en medida creciente, con razón, este componente objetivo de la formación de la convicción, a cuya función de control –comparada con la convicción subjetiva de la época anterior– no se puede renunciar ...”. “*Derecho procesal penal*”, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 104.

<sup>33</sup> El juez necesita las máximas de la experiencia y, por consiguiente, el dictamen de un perito, en tres ocasiones: en la valoración de los medios de prueba, en la valoración de los indicios y en la subsunción de los hechos en el precepto jurídico; ver **Friedrich Stein**, op. cit., pp. 76 y 77.

<sup>34</sup> De donde el cambio de denominación en el cargo (en el caso de mi defendida por ejemplo: de asistente de Gerente General a Gerente General Adjunta), manteniendo las mismas labores, no debería significar una rebaja en la categoría y en la remuneración. Ver Cas. N° 441 – 2002 Lima, de fecha 12/12/02, publicado en *El Peruano* de fecha 30/05/03 y en *Diálogo con la Jurisprudencia* N° 58, julio del 2003, pp. 197 a 200.

jurídico verdaderamente distinto, que predomina sobre el derecho positivo, deslegitimándolo cuando es contrario a él<sup>35</sup>.

### **6.3. La norma jurídica interna vigente**

Es el derecho positivo, el derecho vigente en una colectividad determinada, y, por tanto, el conjunto de reglas impuestas a los miembros de dicha comunidad, cuya obligatoriedad se ve apoyada por el *ius coertio* que le es inherente.

Como norma que regula la conducta social no puede ser objeto de prueba, por cuanto su efecto y fuerza obligatoria es actual. Es más, dicha conducta social es delineada y modelada por el derecho vigente.

En cambio, cuando se presentan problemas de vigencia temporal de leyes, de aplicación territorial, casos de sucesión o cuando se discute alguna cuestión de derecho penal internacional, la norma jurídica se constituye en objeto de prueba. Asimismo, puede ser objeto de prueba la norma jurídica interna no vigente.

### **6.4. La cosa juzgada**

Según Vincenzo Manzini, la cosa juzgada penal, en el caso concreto, es una autoridad absoluta, equivalente a la de la ley misma. Por eso se suele decir que el fallo penal *faciat ius erga omnes* (hace derecho frente a todos)<sup>36</sup>.

Uno de los efectos inherentes a la fuerza preclusiva de la autoridad de cosa juzgada, es lo que se conoce como *ne bis in idem* (no dos veces sobre lo mismo). La aplicación de esta regla requiere de tres supuestos: que se trate de la misma pretensión punitiva (*cadem causa petendi*, la misma causa a pedir); que haya identidad del hecho sobre el que decide la sentencia (la misma cosa); y que haya identidad de persona (la misma persona).

### **6.5. Lo imposible**

Es lo que materialmente no puede suceder o no puede hacerse. Desde el punto de vista jurídico, lo imposible comprende tanto lo no realizable materialmente, como lo no realizable por prohibición expresa de la ley debido a razones de orden público o de buenas costumbres. Existe pues, una imposibilidad de hecho o natural, y una imposibilidad de derecho o legal<sup>37</sup>.

### **6.6. Lo notorio**

Como muy bien señala Vincenzo Manzini, es lógico que sólo constituyan objeto de prueba los hechos que puedan dar lugar a duda, o sea que exijan una comprobación.

---

<sup>35</sup> Du Pasquier, Claude, "Introducción al Derecho", 3ª ed., Editora Humboldt S.A, Lima, 1983, p. 170.

<sup>36</sup> Manzini, Vincenzo, "Tratado de Derecho procesal penal", t. IV, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1953, p. 521.

<sup>37</sup> Cabanelas, Guillermo, "Diccionario de Derecho usual", t. II., Bibliografía Omeba, Argentina, 1968.

Se entiende por hecho notorio aquél que es de conocimiento de todos cuantos viven en determinado grupo social, en un lugar y tiempo determinados, pues forma parte de la cultura y la convivencia de dicho medio social. Lo notorio es aquella cualidad del hecho que lo hace ser conocido por el tipo medio de hombre perteneciente a cierto ámbito social, y por eso dotado de cierta cultura, la que hay que suponer también en el juzgado. Forma parte del bagaje de patrones y valores, social y culturalmente transmitidos, del juzgador, y debe ser considerado de modo semejante, en cuanto sea posible, que las normas jurídicas.

Sin embargo, la notoriedad es un conjunto relativo, pues no cabe estimarla como equivalente a generalidad, ya que un hecho puede ser notorio sin ser conocido o aceptado por todos los hombres. De ahí que en la actualidad se tome con reserva el carácter absoluto del adagio *notoria non egent probatione*. En tal sentido Eugenio Florián, afirma que la notoriedad no exonera por sí misma de probar los hechos a los que se vincula; pero sí podrá eximir de prueba cuando una vez planteada como objeto de controversia en el proceso la cuestión de su existencia, no surjan discusiones al respecto. Este autor considera que hecho notorio es un acontecimiento cuyo conocimiento es generalizado o está en el recuerdo o tradición de amplios sectores sociales. Por ejemplo un terremoto, un alud, un siniestro, o una huelga, un duelo judicial, etc.

La norma expresa correctamente que dichos hechos serán valorados como hechos notorios (art. 156°. 3), aun cuando no sean desde una perspectiva técnica verdaderos hechos notorios.

El art. 156°. 3 señala que las partes podrán acordar que determinada circunstancia no necesita ser probada, en cuyo caso se valorará como un hecho notorio, de lo que se dejará acta. A este acuerdo se le denomina convención probatoria, la misma que hará: i) que la actuación probatoria se derive en hechos indiscutibles por las partes, ii) evitar, por ende, pérdida de tiempo y desgaste en el trabajo de juzgamiento, iii) de entrada, limitar que el hecho discutido se pueda variar.

Los hechos notorios producto de convención probatoria deben ser hechos de alguna manera relevantes y útiles en la estrategia del litigio para ambas partes, de interés común.

Este tipo de convención probatoria, es necesario reconocerlo, no podrá llevarse a cabo, si las partes no descubren sus hechos<sup>38</sup> y los medios de prueba que se necesitara para acreditarlos (ver art. 350°. 2 y 352°. 6). La intensidad de la participación de las partes y su profesionalismo en este tipo de acuerdo será de suma importancia para el desenlace del juicio, ya que de probarse ocultamiento en los mismos, el Juez podrá incluso resolver su inutilidad en el juicio oral. El debido proceso debe ser garantizado en las convenciones probatorias.

---

<sup>38</sup> El descubrimiento de prueba es toda una institución muy estudiada en el sistema norteamericano. Ver, **Ernesto L. Chiesa Aponte**, Derecho procesal penal de Puerto Rico y Estados Unidos, Vol. III, Editorial Forum, 1995, pp. 227 a 250.

## 7. El principio de libertad probatoria e inutilidad de métodos o técnicas para influir en la libertad de la persona

Los medios de prueba son establecidos por ley para el ingreso del elemento de prueba en el proceso. Constituyen un nexo de unión entre el objeto a probarse y el conocimiento que el juzgador adquirirá sobre ese objeto. Su regulación legal tiende a posibilitar que el dato probatorio existente fuera del proceso penetre en él para ser conocido por el tribunal y las partes, con respeto del derecho de defensa de éstas.

Mucho mérito en la concepción de la regulación de la prueba en el nuevo Código tuvo el maestro Florencio Mixán Mass, quien, con su experiencia y capacidad, introdujo el articulado referente a la prueba en el Proyecto Alternativo de octubre de 1990, elaborado por el Comité Consultivo<sup>39</sup>, documento que sirvió de base para los trabajos de la Comisión Revisora, la misma que terminó por adoptar el trabajo de la primera.

El artículo 157° describe el principio de la libertad y legalidad de los medios de prueba. Punto resaltante de esta norma es la que se dedica a los métodos prohibidos de obtención de la declaración de la persona, bajo sanción de inutilidad. Su incorporación en los preceptos generales de la prueba significa su utilización para cualquier tipo de prueba oral, sea declaración del imputado o de testigo.

Aunque existen muchos métodos y técnicas para influir en la declaración de la persona, existen casos especiales en los que tal influencia abarca su autodeterminación, incluso la alteración de su capacidad de recordar o valorar hechos.

Por ejemplo, existen métodos y técnicas psicológicas que pueden agruparse en tres categorías, según que consistan en provocar en el sujeto que se ha de examinar una considerable *disminución del control consciente de sí mismo*, de suerte que se le disminuyan las facultades de autodefensa (p.e.: el narcoanálisis); *o que tiendan a controlar pura y simplemente la verdad de las declaraciones del sujeto*, aprovechándose de sus reacciones psicológicas ante estímulos psíquicos (p.e.: el polígrafo); *o que se valgan de fenómenos asociativos*, expresamente provocados con palabras estímulo, a fin de deducir conclusiones que sirvan de indicios (p.e.: diagnosis judicial con el método de la asociación). Éstos son, en síntesis, los métodos más importantes de psicodiagnóstico que tienen interés en el campo de las investigaciones judiciales.

En doctrina es muy agitada la discusión con respecto a la utilización del polígrafo, ya que se entiende que su ejecución puede realizarse con aceptación libre del analizado; sin embargo, nuestra actual legislación prohíbe la utilización de este método, incluso habiendo existido tal consentimiento.

---

<sup>39</sup> El Comité Consultivo fue nombrado por Resolución Ministerial N° 994-90-JUS, y estuvo integrado por los Dres. **Florencio Mixán Mass** (quien lo presidió), **César San Martín Castro**, **Germán Small Arana** y **Alberto Armas Bengleri**.

## 8. La valoración de la prueba

Superada la idea de valoración con criterio de conciencia, se entiende hoy que el Juez debe ser respetuoso del sistema que contiene las reglas de la sana crítica, de la valoración razonada de la prueba y la libre valoración de la prueba, lo que significa un avance en nuestra forma de valorar prueba. Debe notarse que el cambio es de lo más trascendente, aunque no haya descrito el legislador de manera expresa el sistema actual adoptado<sup>40</sup>.

El sistema de la libre convicción o sana crítica racional, al igual que el de íntima convicción (criterio de conciencia), establece la más plena libertad de convencimiento de los jueces, pero exige, a diferencia de lo que ocurre en aquél, que las conclusiones a que se lleguen sean el fruto racional de las pruebas en las que se las apoye, que se fundamenten los fallos. Claro que si bien el Juez, en este sistema, no tiene reglas que limiten sus posibilidades de convencerse y gozan de las más amplias facultades al respecto, su libertad tiene un límite infranqueable: el respeto de las normas que gobiernan la corrección del pensamiento humano. La libre convicción se caracteriza, entonces, por la posibilidad de que el Magistrado logre sus conclusiones sobre los hechos de la causa valorando la prueba con total libertad, pero respetando, al hacerlo, los principios de la recta razón, es decir, las normas de la lógica, de la psicología y de la experiencia común<sup>41</sup>. La otra característica de este sistema es la necesidad de motivar las resoluciones, o sea, la obligación impuesta a los jueces de proporcionar las razones de su convencimiento demostrando el nexo racional entre las afirmaciones o negaciones a que llegó y los elementos de prueba utilizados para alcanzarlas. Esto requiere la concurrencia de dos operaciones intelectuales: La descripción del elemento probatorio (v.gr., el testigo dijo tal o cual cosa) y su valoración crítica, tendiente a evidenciar su idoneidad para fundar la conclusión que en él se apoya. Se combinan, así, las exigencias políticas y jurídicas, relativas a la motivación de las resoluciones jurídicas, con las mejores posibilidades de descubrir la verdad sin cortapisas legales, mediante el caudal probatorio recogido en el proceso.

Han sido el francés Gorphe<sup>42</sup> y el uruguayo Couture<sup>43</sup>, quienes se han preocupado de ponderar la importancia y la originalidad del sistema probatorio de la libre convicción o de la sana crítica, cuyas excelencias, expresan, son indiscutibles.

---

<sup>40</sup> Con buen criterio el legislador en el art. 158º ha decidido suprimir el criterio de conciencia para valorar las pruebas en un juicio penal, el mismo que se mantenía siguiendo una tradición legislativa en el Perú – dado que desde el Código de Enjuiciamiento en Materia Criminal de 1920 (art. 268º), como el Código de Procedimientos Penales de 1940 (art. 283º) y el CPP'91 (art. 193º), acogían este criterio–, manteniendo el imperativo judicial de observar las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia al momento de la valoración de la prueba y los hechos.

<sup>41</sup> Es interesante, respecto de la libre convicción, la obra de: **Gerhard Walter**. *"Libre Apreciación de la Prueba"* (Investigación acerca del significado, las condiciones y límites del libre convencimiento judicial). Edit. Temis, Bogotá, 1985.

<sup>42</sup> **Gorphe Francois**, *"La Crítica del Testimonio"*, traducción de Ruiz Funes, Madrid, 1934, p. 34.

<sup>43</sup> **Couture, Eduardo J.**, *"Las reglas de la sana crítica en la apreciación de las prueba testimonial"*, Montevideo, 1941, p. 19 y 21.

¿Qué debemos entender por “reglas de la sana crítica? Couture, tras afirmar que son a la vez expresión de ciencia y de experiencia, las define como “reglas del correcto entendimiento humano; contingentes y variables con relación a la experiencia del tiempo y del lugar; pero estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos en que debe apoyarse la sentencia”<sup>44</sup>.

Por ello consideramos que estas reglas nos sirven de manera positiva para generar convicción y negativa para eliminar cualquier elemento no deseado de la prueba.

Respaldamos por completo lo afirmado por Niceto Alcalá, quien expresa que el mayor mal que atenta contra un sistema es su propia perfección ya que sólo se puede entregar en manos de gente experta<sup>45</sup>, y es que, en efecto, es necesario entender y aprender siempre, constantemente, evolucionar e incluir en nuestro razonamiento las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia. Es justo para valorar la prueba que se necesitan de las ciencias auxiliares del conocimiento jurídico, que son prácticamente el conocimiento humano. Ingente trabajo encargado al juzgador, conocer lo humano.

El Juez deberá valorar las pruebas aplicando los principios lógicos de la sana crítica<sup>46</sup>, como por ejemplo el “principio de contradicción”<sup>47</sup> y el “principio de la razón suficiente”<sup>48</sup>.

Teniendo sabido que las reglas de la lógica, de la ciencia y de la experiencia dependerán de la materia que se aborde y por ello su exclusiva utilización judicial, consideramos discutible que se incorporen legislativamente

---

<sup>44</sup> *Ibidem*. También revisar Alcalá - Zamora y Castillo Niceto y Levene Ricardo (hijo); “*Derecho Procesal Penal*”, t. III; Editorial Guillermo Kraft Ltda., Buenos Aires, s/f., p. 51 y 52. Nota.- El 1º es Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Valencia, Profesor de Derecho Procesal Penal del Instituto de Criminología de la Plata; El 2º es Secretario de la Justicia del Crimen de la Capital, Miembro Titular de la Sociedad Argentina de Criminología.

<sup>45</sup> Alcalá - Zamora y Castillo Niceto y Levene Ricardo (hijo), *op. cit.*, p. 52.

<sup>46</sup> Eduardo Couture afirmará que “reglas de la sana crítica son reglas del correcto entendimiento humano; contingentes y variables con relación a la experiencia del tiempo y del lugar; pero estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos en que debe apoyarse la sentencia”. En “*Las reglas de la sana crítica en la apreciación de la prueba testimonial*”, texto citado por Jorge Peyrano, “*El proceso civil: Principios y fundamentos*”, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1978, p. 113.

<sup>47</sup> Este principio puede formularse de la siguiente manera: dos enunciados o juicios que se oponen contradictoriamente no pueden ser ambos verdaderos, ver en José Ferrater Mora, “*Diccionario de Filosofía Abreviado*”, 15ª ed., Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1984, p. 86. También en Mans Puig Arnau, Jaime, “*Lógica para juristas*”, Barcelona, Bosch, 1978, p. 59.

<sup>48</sup> Este principio enuncia que ningún hecho puede ser verdadero o existente (y ninguna enunciación, verdadera) sin que haya una razón suficiente para que sea así y no de otra manera, ver en Ferrater Mora, *op. cit.*, p. 355. También Jaime Mans Puig Arnau, *op. cit.*, p. 29. Éste es el principio de soldadura entre las reglas de la lógica y las reglas de la experiencia, pues de él depende en mucho que se considere si la emisión del juicio de valor sobre los medios probatorios está o no lo suficientemente motivado como para fundar el cuadro fáctico del conflicto de intereses. Este principio constituye la puerta al control de la apreciación libre de la prueba fundado en la exigencia de la correcta y adecuada motivación del juicio de valor que justifique por qué se pronuncia en tal sentido y no en otro. Como bien advierte Ghirardi en el orden jurídico este principio, aún tiene franjas grises de muy difícil acceso. Si el principio de contradicción se muestra con patente rigor, el principio de razón suficiente abarca un territorio tan amplio y extenso que sólo permite moverse con cierta soltura al hombre verdaderamente prudente, ya que las zonas opinables dejan espacio a los criterios encontrados”, ver en Olsen Ghirardi, “*Lógica del proceso judicial*”, Córdoba, Marcos Lerner, editora, 1987, p. 121.

algunos criterios valorativos de las pruebas, por cuanto ingresamos al sistema tasado de valoración.

Sin embargo existen casos especiales donde su legislación es "necesaria", ya que la historia judicial ha demostrado su utilidad.

Así, la necesidad de corroboración de las llamadas declaraciones referenciales e interesadas (arrepentidos o colaboradores) es atendida por el art. 158º. 2 . La necesidad de corroboración es esencial tanto en pruebas oral directas como indirectas, pero lo son más cuando éstas vienen de referencia o son interesadas. El testimonio de referencia se necesita corroborar con su fuente; las declaraciones de los colaboradores y arrepentidos, vía la corroboración, demostrando que no las mueven fines de autoexculpación o espurios.

### 9. La prueba por indicios

La incorporación de la prueba indicaría en el art. 158º. 3 demuestra su aplicación como precepto general de la prueba. En realidad se trata del método indiciario, que es el método indirecto para la probanza en general.

Para que exista una prueba indiciaria deben existir indicio e inferencia. Para José María Asencio Mellado, "indicio es aquel dato real, cierto, concreto, indubitadamente probado, inequívoco e indivisible y con aptitud significativa para conducir hacia otro dato aún por descubrir y vinculado con el *thema probandum*"<sup>49</sup>. El indicio supone un elemento fáctico, al decir de Andrés Martínez Arrieta<sup>50</sup>, que autoriza una deducción, como consecuencia de él, y permite afirmar un hecho oculto. El indicio, por lo tanto, aparece desprovisto de todo elemento racional, es un dato objetivo que permite, por su posterior conexión a una regla de experiencia, de la ciencia o, incluso, de sentido común, la inferencia, a través de la lógica, de un hecho consecuencia o hecho oculto, al que se refiere la actividad probatoria.

La inferencia es el razonamiento efectuado observando las reglas lógicas pertinentes. En la terminología especializada al proceso de inferencia se le conoce también como argumento. La Inferencia, dice Andrés Martínez Arrieta, es aquella obtenida del indicio que permite acreditar otro hecho distinto; es la conclusión del silogismo construido sobre una premisa mayor: la ley basada en la experiencia, en la ciencia o en el sentido común que apoyada en el indicio, premisa menor, permite la conclusión sobre el hecho reconstruido<sup>51</sup>.

---

<sup>49</sup> **José María Asencio Mellado**, "Presunción de inocencia y prueba indiciaria", en *Los principios del proceso penal y la presunción constitucional de inocencia*, en *Cuadernos de Derecho judicial*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992, pp. 169 y ss.

<sup>50</sup> **Martínez Arrieta, Andrés**, "La Prueba Indiciaria", en *La prueba en el proceso penal*, Centro de Estudios Judiciales, Colección, Cursos, vol. 12, Ministerios de Justicia, Centro de Publicaciones, Madrid, 1993, p. 55. Ver también en el mismo sentido a **Germán Pabón Gómez**, "La Lógica del indicio en materia criminal", 2ª ed., Edit. Temis, Bogotá, 1995, p. 305. Es menester señalar que muchas veces se confunde al indicio con la prueba indiciaria, queremos decir, se confunde a la parte con el todo.

<sup>51</sup> **Andrés Martínez Arrieta**, op. cit., p. 59. Para **José María Asencio Mellado**, inferencia, "es aquella actividad intelectual del juzgador realizada en la fase de fijación, por la cual se afirma un hecho distinto del afirmado por las partes instrumentales, a causa del nexo causal o lógico existente entre ambas

Existen casos que demuestran cuan peligroso es tener confianza ciega en un indicio mal interpretado y la necesidad de no omitir ningún esfuerzo para investigar los indicios que favorezcan al sospechoso. Ya el art. 158º. 3. c, expresa que cuando se trate de hechos indicadores contingentes (cuando requiera una explicación compatible con otros hechos indicados<sup>52</sup>), éstos deben ser plurales, concordantes y convergentes, así como que no se presenten contraindicios consistentes.

Lo anterior se expresa pues con la inferencia se deberá también analizar mediante ella no sólo los indicios, sino los *contraindicios*. El contraindicio es un dato cierto, pero la inferencia que se realiza con su significado conduce a una conclusión antagónica, con respecto al significado inferido del indicio, por lo tanto, siendo así, éste debe ser consistente para desvirtuar a los indicios contingentes. Por ello, todos los indicios en favor del sospechoso (contraindicios) también deberán ser evaluados, deben ser objeto de la más prolija investigación y dará motivo para buscar otras pistas o variar el curso de la investigación. Como es una prueba basada sólo en el razonamiento lógico, es muy peligroso, porque por razones de odio, venganza, antipatía, cuestiones políticas, etc., el Juez o el Fiscal pueden actuar parcializados. Por esta razón se recomienda que deben buscarse varios indicios y todos ellos deben tener relación con el delito que se le imputa. Esta inferencia, en el momento de la valoración del indicio, y para no dejar en la indefensión a los ciudadanos, deberá ser expresada de manera minuciosa en la motivación de la resolución.

Las más escandalosas sentencias condenatorias se han dado a partir de haber malentendido la prueba indiciaria. Como se ha observado, el indicio es parte de la prueba indiciaria, sin indicio la prueba no existiría, de la misma manera la inferencia no puede ser separada del indicio, su aislamiento es fatal. Así como la presunción y la conjetura son fases del conocimiento menores que la verificación y contrastación, son menores aun que la inferencia.

No se puede inferir sin indicio, ya que sería ficción, la misma que se funda en un hecho conscientemente inexistente<sup>53</sup>, que es contrario a la verdad real, que es imaginario<sup>54</sup>, que por sí sola nada resuelve<sup>55</sup>.

---

afirmaciones de manera que resulta que la prueba indiciaria no es otra cosa que una prueba de presunciones". (*Presunción de Inocencia y Prueba Indiciaria*", op. cit., p. 171).

<sup>52</sup> La "contingencia indiciaria", por sí es inacabada, y como incompleta, jamás produce ni certeza ni mucho menos plena prueba. El indicio contingente único es un indicio insuficiente (**Germán Pabón Gómez**, op. cit. p.305). Algunos autores concluyen sobre el indicio contingente que, en la práctica, su manejo deja mucho que desear, y lamentablemente se ha tornado en la prueba que con más irresponsabilidad se maneja, hasta el punto de convertirla en la mayor fuente de errores judiciales, deja margen de duda, es limitada e incierta; es por ello que el nuevo Código procesal penal exige que en caso de indicios contingentes éstos sean plurales, concordantes y convergentes, así como que no se presenten contra indicios consistentes. Art. 271º. 4 del CPP'95. Se plantea normalmente la contingencia del indicio en oposición al indicio necesario. Será necesario el indicio, sostiene Jorge Arena Salazar, si la inferencia indiciaria tiene como fuente inmediata una premisa de mayor certidumbre, la premisa de menor o hecho indicante está plenamente probado y el razonamiento es ajustado rigurosamente a las leyes de la lógica, siendo así, esa valoración tendría la precisión y exactitud de cualquier ponderación de las llamadas ciencias exactas (op. cit. p. 165 y ss.).

<sup>53</sup> **Alsina, Hugo**, "*Tratado teórico práctico de Derecho procesal civil y comercial*", 2ª ed., t. III: Juicio Ordinario, Ediar S. A. Editores, Buenos Aires, 1961, p. 685. **Stammler R.**, "*Tratado de filosofía del*

No se puede inferir si el indicio está oculto o no está probado, ya que sería una adivinanza, esto es, descubrir por conjeturas algo oculto o ignorado, dejar en juego libre y sin control a la imaginación, a la fantasía<sup>56</sup>, donde el pensamiento divaga, con elementos de juicio puramente imaginativos, al estilo de concluir por azar (casualidad, caso fortuito), que cumplen un poco la función de “caza de brujas”<sup>57</sup>.

### III. LOS MEDIOS DE PRUEBA

#### 1. La confesión

Revisando la legislación extranjera, notamos que la mayoría de los Códigos no desarrolla esta institución como medio de prueba, ni siquiera el C. de PP. it., del que tanto hemos importado.

La confesión es el reconocimiento formulado libre y voluntariamente ante la autoridad judicial –o Fiscal– por el imputado, acerca de su participación en el hecho en que se funda la pretensión represiva deducida en su contra<sup>58</sup>. Además de la libertad al confesar, se exige un estado normal de las facultades psíquicas (art. 160º. b).

Claus Roxin, citado por José María Asencio Mellado, plantea que la confesión no es un medio técnico de prueba en puridad, pues tiene derechos constitucionales como los relativos al silencio, a la libre declaración y a la no autoincriminación (garantías subjetivas)<sup>59</sup>.

---

*Derecho*”, trad. de W. Roces de la 2ª ed. alemana, Madrid, 1930, 1º edc., párr. 125. Éste es el caso de las presunciones iuris et de iure, expresa **Climent Durán, Carlos**, “*La Prueba Penal*”, Tirant lo blanch, Valencia, 1999, p. 592. **Rosemberg**: op. cit., núm. 15, págs. 191 y ss.

<sup>54</sup> **Renard G.**, “*Introducción filosófica al estudio del Derecho*”, t. I, Desclée, Bs. As., 1947, pág. 106, nota 7, y en su t. 2, cap. 7.

<sup>55</sup> **Michaud**, citado por **Gardella Juan, Carlos**, “*Ficción Jurídica*”, en *Enciclopedia jurídica Omeba*, t. XII, (Fami–Gara), Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1967, p. 191.

<sup>56</sup> **Pabón Gómez, Germán**, op. cit., p. 38.

<sup>57</sup> **Pabón Gómez, Germán**, op. cit., p. 39. Ver también a **Kopnin P. V.**, “*Lógica dialéctica*”, México, Grijalbo, 1976, p. 456.

<sup>58</sup> **Cafferata Nores**, “*La prueba en el proceso penal*”, 2ª ed., Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1994, p. 51. Ver también en el mismo sentido a **Gilberto Martínez Rave**. “*Procedimiento Penal Colombiano*”, 1ª ed, Edit. Temis, Colombia. 1996, p.419 y ss; **Dellepiane Antonio**, “*Nueva teoría de la prueba*”, 8ª ed. Ed. Temis, Colombia, 1981, p. 118. **Jesús Ignacio García Valencia**, “*Las pruebas en el proceso penal colombiano*” (Parte General), Edic. Jurídicas Gustavo Ibáñez Ltda. 1ª ed. Colombia. 1993. p.146. En un sentido más amplio, nos manifiesta **Hernando Devis Echandía**, que: “La confesión es un medio de prueba judicial, que consiste en una declaración de ciencia o conocimiento, expresa, terminante y seria, hecha conscientemente, sin coacciones que destruyan la voluntariedad del actor, por quien es parte en el proceso en que ocurre o es aducida, sobre hechos personales o sobre el reconocimiento de otros hechos, perjudiciales a quien la hace o a su representado, según el caso, o simplemente favorable a su contraparte en ese proceso”. (“*Compendio de pruebas judiciales*”, t. I, p. 318.).

<sup>59</sup> Sólo le será asignado al inculpado la categoría de medio de prueba, técnicamente hablando, cuando éste sea investigado en su persona sobre su situación psíquica o corporal (fotografía, huellas, etc.), en cuyo caso los datos que se extraen no implican una actitud del mismo inculpado, siendo, por su propia naturaleza, estas informaciones, estrictamente objetivas. (**José María Asencio Mellado**, “*La prueba prohibida y prueba preconstituida*”, 1ª ed., Edit. Trivium. S.A. Madrid, 1989, pp.133 y ss.).

Sin embargo, es menester señalar, que la mayoría de codificaciones por criterios de especialidad, la mantienen como un medio de prueba en particular. El CPP de 1991 incorporó la institución de la confesión dentro del Capítulo IV, reservado a la declaración del imputado (arts. 127° - 129°); pero con acierto el legislador nacional en el Proyecto del CPP de 1996 lo incluyó dentro del Título V reservado a la Prueba (arts. 216° - 219°); esto con el fin de darle mayores límites y garantías normativas a su utilización. En el nuevo Código del 2004 lo encontramos en su título II, de los medios de prueba.

El valor probatorio de la confesión. Como bien manifiesta Luigi Ferrajoli, "la confesión, que en el sistema inquisitivo es arrancada por cualquier medio pero vinculada legalmente al juicio, en el sistema acusatorio y garantista está sujeta a una larga serie de reglas de formación, como la espontaneidad, la no incidentalidad, la univocidad, etc., y, sin embargo, carece de todo valor decisorio, más exactamente, no puede tener ningún valor probatorio si no va acompañada de otro elemento de juicio"<sup>60</sup>. Es por ello que el valor probatorio de la confesión ha sido regulada en el art. 160°. 2, el cual manifiesta que sólo tendrá valor probatorio cuando:

### **1.1. Esté debidamente corroborada por otro u otros elementos de convicción**

Situándonos en el terreno de la lógica, debemos admitir que pocas pruebas tienen tanta fuerza de convicción como la confesión del imputado o acusado. Al mismo tiempo, el sistema procesal mira con cierta desconfianza la confesión espontánea que no sea contrastada en la realidad con una serie de pruebas o datos objetivos<sup>61</sup>. Es por ello, manifiesta José Asencio Mellado, que se impone para la apreciación de la confesión su confirmación por otros extremos, este precepto tiene una doble pretensión: por un lado, impedir que el Juez centre toda su actividad en la obtención de la confesión obviando la búsqueda de otros medios de prueba; por otro lado, obligar a que se practique, tras la confesión, el resto de pruebas allegadas<sup>62</sup>.

### **1.2. Sea prestada libremente y en estado normal de las facultades psíquicas**

No es posible obligar al imputado a brindar información sobre lo que conoce; dependemos de su voluntad, expresada libremente y sin coacción de

---

<sup>60</sup> Ferrajoli, Luigi, "Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal", 1ª ed., Edit. Trotta, Madrid, 1995, pp. 609, 610 y 612. Ver también Vicente Gimeno Sendra y otros. op. cit., p. 449. Tímoti W. Cornish, hablándonos de la confesión en el proceso penal en los EE.UU., expresa que debe ser una aceptación jurídicamente convalidada con la responsabilidad del inculpado ("guilty plea"), o sea que debe estar seguida de una serie de garantías y exigencias, de lo contrario será excluida del proceso ("*La necesidad del pragmatismo en la reforma procesal*", ponencia en Lima -10 de julio de 1992- en mimeo, p.6.

<sup>61</sup> Martín Pallin, José Antonio, "El interrogatorio de imputados y testigos", en *La prueba en el proceso penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992, pp.333 y ss.

<sup>62</sup> Asencio Mellado, José, op. cit. pp. 133 y ss. En el mismo sentido se manifiesta Juan Luis Gómez Colomer al expresar que la confesión del acusado no tiene relevancia por sí sola en el proceso penal, es decir, no significa automáticamente la condena, sino que, aun habiendo admitido los hechos el acusado, el tribunal debe practicar todas las demás pruebas admitidas, o incluso introducir pruebas de oficio, para esclarecer por otros medios la verdad; "*El proceso penal español (Para no juristas)*", Editorial Tirant lo blanch., Valencia, 1993, p. 259.

ninguna naturaleza. Ello es lo que expresa, muy claramente, la garantía que reza: "Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo" (*nemo tenetur se ipsum accusare*)<sup>63</sup>. De estas afirmaciones no se debe deducir que el imputado no tiene facultad de confesar. Sí la tiene, pero esta facultad de confesar es personalísima, se funda exclusivamente en la voluntad del imputado y no puede ser inducida por el Estado en ningún modo.

### **1.3. Sea prestada ante el Juez o el Fiscal en presencia de su abogado [el del imputado]**

La confesión se produce durante la investigación, ante el Fiscal competente, sin embargo, se puede producir en la etapa de juzgamiento<sup>64</sup>.

Esta se debe desenvolver dentro de las formalidades legales pertinentes y se deberán limitar cuando resulten manifiestamente excesivos.

Según César San Martín Castro, dentro del sistema acusatorio garantista, "cuando se haya declarado a nivel policial, tiene que ratificarse judicialmente para que tenga validez probatoria"<sup>65</sup>.

## **2. La confesión sincera**

Si la confesión, adicionalmente, es sincera y espontánea, el Juez puede disminuir la pena hasta un tercio por debajo del mínimo legal. Se exceptúan los supuestos de flagrancia y de irrelevancia de la admisión de los cargos en atención a los elementos probatorios incorporados en el proceso (art. 161°).

Para que exista confesión sincera se deben dar los requisitos de validez de la confesión. Todo lo expresado con respecto a la confesión en los apartados anteriores, demuestra que la confesión para que sea sincera no debe ser falseable, en ese sentido se entiende la sinceridad de la confesión como sinónimo de *verificabilidad*, lo que no es lo mismo que la confesión sea verdadera<sup>66</sup>, sino que tal sinceridad pueda ser corroborada mediante el cumplimiento de los requisitos ya de existencia o de validez de la confesión y de otros requisitos particulares. Así la Corte Suprema, en reiterados pronunciamientos, ha fijado un concepto de la sinceridad de la confesión. Ahora bien, en la exigencia de espontaneidad, que solicita el nuevo Código,

---

<sup>63</sup> **Julio B. J. Maier**, "*Derecho procesal penal argentino*", 1ª ed., Edit. Hammurabi, t. I, vol. b, Buenos Aires, 1989, p. 434. Ver también a **Alejandro Carrio**, "*Garantías constitucionales*", 1994, p. 273 y ss., y **Edmundo S. Hendler**, "*Derecho penal y procesal penal de los Estados Unidos*", 1ª ed., Edit. Ad Hoc. S.R.L., Buenos Aires, 1996, pp. 175 y ss.

<sup>64</sup> La confesión se clasifica en Judicial, que es la que se hace ante el funcionario judicial competente y con las formalidades del caso, y Extrajudicial, que es que la resulta de manifestaciones de responsabilidad que el procesado hace ante particulares. (**Gilberto Martínez Rave**, op. cit. p. 420 y ss; ver también, en el mismo sentido a **Pedro Osmán Maldonado**, op. cit., p. 124; y **Tambini del Valle**, "*La prueba en el Derecho procesal penal*" (De acuerdo con el nuevo Código procesal penal), 1ª ed., Lima, 1993, p. 215. Para una clasificación más detallada sobre la confesión: **Hernando Devis Echandía**, op. cit. t. I, p. 319.

<sup>65</sup> **San Martín Castro, César**, "*Estudio crítico del nuevo Código procesal penal*", en: *Estudios de Derecho Procesal Penal*, Comp. Arsenio Oré Guardia, 1ª ed., Edits. Alternativas S.R.L., Lima, 1993, p. 269 y ss.

<sup>66</sup> Por los mismos motivos que el deber de seriedad de la confesión, tampoco impide que la confesión sea falsa, simulada o insincera.

afirma que sólo resulta admisible una disminución de la pena cuando se trata de una confesión prestada fuera de los supuestos de delito flagrante o cuando no exista abundante prueba de cargo contra el imputado.

La judicatura en varias oportunidades expresó que si carece de espontaneidad, el beneficio de atenuación de la pena no se aplicará –“si el procesado recién confiesa su autoría en el acto oral, y a insistencia del Colegiado”<sup>67</sup>–. Sin embargo, la jurisprudencia no es pacífica al respecto. Así, se expresa que, “cuando los autores se declaren confesos en el juicio oral y existan pruebas que lo corroboren, deben aplicarse una pena por debajo del mínimo legal”<sup>68</sup>. Consideramos esta segunda postura la más correcta, y mesurada puesto que, de acuerdo a la naturaleza jurídica procesal de la confesión, ésta puede ser divisible y compleja, y permitiéndose al declarante de la confesión poder otorgar nuevos datos a la misma (p. ej., el de otorgar datos nuevos sobre agentes del delito), o poder surgir en esta etapa la confesión del verdadero responsable del hecho, muy bien debe admitirse el beneficio, siempre y cuando se cumplan con los requisitos de validez antes señalados y ésta sea valorada con el criterio de conciencia.

No queremos pasar el tema de la confesión sin tocar, muy brevemente, algunos asuntos referidos a la declaración del imputado. Podemos comentar en este momento un detalle rescatable de la ley chilena (art. 197°), está referido a la prolongación de esta declaración; ellos prevén un descanso para el declarante. Esto refuerza el respeto por los derechos del procesado.

Los italianos ordenan el deber de informar al imputado la libertad que tiene de no declarar, aún en sede policial.

### 3. El testimonio

El testimonio es la declaración de una persona natural de sus percepciones sensitivas sobre los hechos investigados. En una acepción rigurosamente jurídico-procesal, es el acto procesal por el que se realiza tal declaración, ante el Juez o en diligencias previas al juicio oral (recibida en este caso como prueba anticipada)<sup>69</sup>.

Testigo, propiamente definido, es quien tuvo conocimiento directo del hecho, por lo que aparece como primera fuente de información en la investigación. Es el llamado testigo presencial. Por el contrario, el llamado testigo de referencia sabe de los hechos de modo indirecto o mediato. Este testigo debe indicar todo lo relacionado a la obtención de la información, principalmente la identidad de su informante, si no otorga esto último, su testimonio no podrá ser utilizado (art. 166°. 2). No obstante, el Código no excluye siempre las declaraciones del testigo de referencia cuando no se consiguió la identidad de su fuente. El numeral 2 del art. 158° las admite

---

<sup>67</sup> Ejec. Sup. Exp. 1847 – 96, Huancayo, del 04 de junio de 1996, en: **Carmen Rojas Pella**, *Ejecutorias Supremas Penales, 1993 – 1996*, Legrima Editorial, 1997, p. 347.

<sup>68</sup> Ver Sentencia de la Quinta Sala Penal de Lima de fecha 16 de Mayo de 1997, expediente N° 1053 – 94; y Sentencia de la Segunda Sala Penal de Lima de fecha 9 de diciembre de 1993.

<sup>69</sup> **Devis Echandía, Hernando**, “*Compendio de pruebas judiciales*”, t. II, pág. 21.

siempre que se encuentren otras pruebas que corroboren su testimonio. Cree Miranda Estrampes que esta última norma se debió condicionarla sólo a los casos en los que es imposible obtener la declaración del testigo principal<sup>70</sup>. Por nuestra parte, estimamos que ambos artículos no provocan una antinomia y que su redacción no perjudica el desarrollo del proceso.

Sobre su capacidad, el art. 162° establece que, en principio, toda persona es hábil para prestar testimonio. Sin embargo, hay ocasiones en las que no puede prestarlo, ya sea por razones naturales (incapacidad física o psíquica que se lo impida) o porque se lo prohíba la ley, como es el caso de quienes deban guardar secreto profesional, de culto religioso o de Estado (art. 165°. 2).

Según el CPP chileno. “no existirán testigos inhábiles” en el procedimiento penal (309°). No se puede tachar, según ellos, a un testigo por incapaz; a lo sumo se le puede desacreditar mediante preguntas a él dirigidas (309°).

La redacción chilena parece ser más tajante que la expresión italiana “toda persona tiene capacidad para rendir testimonio” (196°. 1), aunque la proposición sea la misma.

Si bien el NCPP sigue la forma de redacción italiana, expresa claramente las obvias excepciones a la regla general sobre la capacidad de los testigos. Éstas se presentan en dos casos, el inhábil por razones naturales y el impedido por la ley (162°. 1).

Asimilando la técnica italiana, el NCPP prevé la realización de indagaciones para verificar la idoneidad física o psíquica del testigo. Sin embargo, la diferencia está en que los italianos hacen ello para “valorar las declaraciones del testigo” (196°. 2), teniendo en cuenta que a nadie excluyen su capacidad para ser testigo, por ello bien expresa el 196°. 3 de su Código que “el resultado de [estas] indagaciones (...) no impide la recepción del testimonio”<sup>71</sup>.

En cambio, con el NCPP estas pruebas a los testigos pueden servir para determinar su inhabilitación, pudiendo no recibirse su testimonio. No dice “declaraciones”, sino “el testimonio” mismo (162°. 2).

Los vinculados por el secreto profesional no podrán negar su testimonio cuando sean liberados por el interesado del deber de guardar secreto (art.165°. 2. a), lógicamente. No se incluyen entre ellos a los ministros de cultos religiosos, entendiéndose que aún contando con la venia del interesado, deberán abstenerse de declarar.

---

<sup>70</sup> **Miranda Estrampes, Manuel**, “La valoración de la prueba a la luz del nuevo Código procesal penal peruano de 2004”, En *El Derecho procesal contemporáneo*, Libro homenaje a Raúl Peña Cabrera, t. II. Jurista Editores, 2006, pág. 543.

<sup>71</sup> Con esto no estamos obviando que el Código italiano excluye a ciertas personas de intervenir como testigos (120°): los menores de 14 años, los ebrios, quienes estén bajo los efectos de estupefacientes o sustancias psicotrópicas y los presos.

Este Código también prohíbe declarar al funcionario público y al ex funcionario (si bien no menciona expresamente a estos últimos, también se les debe considerar, como bien anota Sánchez Velarde<sup>72</sup>), sobre información clasificada como secreto de Estado o reservada. Tal condición de la información quedará sujeta a verificación; en caso se advierta que no es secreto, el testigo continuará con su declaración (art. 165°. 2. b).

El testigo está obligado a concurrir (163°. 1); de no hacerlo a la primera citación, se le hará comparecer compulsivamente por la fuerza pública (164°. 3). No obstante, pueden rehusar a prestar testimonio el cónyuge o conviviente del imputado (aún cuando el vínculo haya cesado), los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad y los parientes por adopción; para lo cual deben ser advertidos de este derecho (art. 165°. 1).

La obligación que tiene el testigo de comparecer y declarar con la verdad es un máxima de uso generalizado en los distintos Códigos procesales del mundo. Lo encontramos, por ejemplo, en el 169° del Código procesal penal modelo para Iberoamérica (CPPMI), que es recogido en el 298° del Código chileno. Nosotros lo tenemos en el 163°. 1 influenciados por el trato de 198° del C. de PP. it.

Sin embargo, el testigo tiene la facultad de negarse a declarar cuando pudiera surgir su propia responsabilidad penal o la de sus parientes cercanos o estén guardando secreto profesional o de Estado. Así es tratado en las distintas regulaciones, cada una con sus matices especiales, pero orientadas por la misma idea.

De todas ellas, la que ejerció más influencia en la elaboración del NCPP fue la italiana. A continuación una pequeña comparación al respecto.

<b>Tema</b>	<b>Fuente</b>	<b>Influenciado</b>
No obligación de declarar sobre hecho de los que podría surgir su propia responsabilidad penal	Art. 198°.2 C. de PP. it.	Art. 163°. 2 NCPP.
Secreto profesional	Art. 200°. 1 C. de PP. it.	Art. 165°. 2. a. NCPP <sup>73</sup> .
Secreto de Estado	Art. 202° C. de PP. it.	Art. 165°. 2. b y 3. NCPP.
No obligación al agente de revelar su informante, pero inutilidad de la información si no lo dice.	Art. 203° C. de PP. it.	Art. 163°. 3 NCPP.

<sup>72</sup> Sánchez Velarde, Pablo, “Introducción al nuevo Código procesal penal”, IDEMSA, Lima. 2005, pág. 75.

<sup>73</sup> Puede que debido a ello la redacción del artículo patrio no haya sido perfecta. Ver el art. 165°: “Deberán abstenerse de declarar (...) quienes deban guardar secreto profesional o de Estado: a) los vinculados al secreto (...) profesional no podrán ser obligados a declarar sobre lo conocido por razón del ejercicio de su profesión (...). b) Los funcionarios y servidores públicos (...) tienen la obligación de comunicárselo a la autoridad que los cite...”. Esos dos puntos sugieren una enumeración de quiénes “deberán abstenerse a declarar”.

Tratando la facultad del testigo de no rendir testimonio cuando sea pariente del imputado, nuestro Código es más riguroso al italiano, ya que éste no determina en grado de parentesco que deba existir. El NCPP se alimenta del artículo 171° del CPPMI y de la ley chilena, que en su artículo 302° enmarca los supuestos para la actuación de esta facultad.

Si el interesado en que se guarde el secreto otorga su consentimiento para que declare el testigo, éste debe hacerlo. Esta es una nota común en los Códigos. No obstante, no todos tienen la excepción de mantener el secreto aun con el asentimiento del interesado cuando el objeto de prueba fuera un seguidor de un culto religioso y por razón de ello tenga conocimiento sobre la información. Esto sí lo encontramos en la Ley procesal penal alemana (LPPA), en su § 53, de donde la tomamos en nuestro NCPP.

Más o menos hemos seguido el artículo 256°. 3 del C. de PP. it. en el modo de comprobar la calidad de secreta de la información por declarar, principalmente de Estado.

Los altos funcionarios públicos y autoridades religiosas enumerados en el art. 167° tienen la prerrogativa de elegir si declararán en su domicilio o en su despacho; salvo que, tratándose de sujeto distinto al Presidente de la República, Presidente del Congreso o Presidente del Consejo de Ministros, el Juez considere indispensable su comparecencia (art. 167°. 2). También es diferenciado el trato con los miembros de cuerpo diplomático o consular acreditados en el Perú (aunque hayan culminado sus funciones y se encuentren en el extranjero). En este caso se les enviará el pliego interrogatorio por conducto del Ministerio de Relaciones Exteriores, al que deberán absolver, bajo promesa o juramento de decir la verdad, mediante informe escrito (art. 168°).

Es notorio que, en el testimonio de altos dignatarios, el 205° del C. de PP. it. ha inspirado el 167° del NCPP, y puede que haya hecho lo mismo con el 300° del CPP chi.

El § 54. 3 alemán faculta al presidente a negar el testimonio cuando la deposición afectara al bien público.

Si el testigo se encuentra en otro lugar del país, se dispondrá su declaración mediante exhortos. En cambio, si está en el extranjero, se aplicarán las normas sobre cooperación internacional, contemplando la posibilidad de utilizar medios tecnológicos modernos, con la intervención del cónsul, si corresponde, o del funcionario habilitado (169°. 2).

El testigo está obligado a responder con la verdad a las preguntas planteadas (163°. 1). De no hacerlo caería en perjurio, delito tipificado en el artículo 409° del CP. De ello debe ser advertido antes de comenzar su declaración (170°. 1). Pero no puede ser obligado a declarar sobre hechos que puedan acarrear su propia responsabilidad penal o la de sus familiares o parientes mencionados en el num. 1 del art. 165°. Se le debe advertir sobre

este derecho antes de comenzar su declaración (163°. 2). Esta regla se deriva del derecho a guardar silencio o de no auto incriminación.

El testigo policía, militar o miembro de los Servicios de Inteligencia del Estado, no pueden ser obligados a revelar los nombres de sus informantes, pero si éstos no son interrogados, no se pueden actuar las informaciones atribuidas a ellos (163°. 3) –con la excepción ya expuesta respecto a la suficiencia de otras pruebas que la corroboren (158°. 3)–.

Las declaraciones del testigo serán claras y objetivas, para ello se le plantearán preguntas oportunas y observaciones precisas (170°. 5), no admitiéndose las preguntas sugestivas o impertinentes. No se le permitirá expresar conceptos u opiniones personales que tenga sobre hechos o responsabilidades, a menos que sea un testigo técnico (166°. 3). Este testigo técnico mencionado por el Código también es conocido como testigo-perito<sup>74</sup> o como testigo competente<sup>75</sup>, y es quien obtuvo conocimiento del hecho por razón de su oficio sin que requiera mandato; verbigracia, el médico que declara: “El Sr. X tuvo conocimiento de que el Sr. Y era maniaco depresivo, por cuanto estuvo presente cuando hice el diagnóstico. Es más, le advertí personalmente sobre los peligros de su estado...”, ése es un testigo-perito.

Un grupo de personas tiene un trato especial al rendir su testimonio (171°): Si el testigo está enfermo, declarará donde se encuentre; si hay peligro de muerte, y no es posible aplicar las reglas de prueba anticipada, se tomará declaración de inmediato –lo mismo para el caso de viaje inminente–. El testimonio de menores y de quienes hayan podido sufrir psicológicamente por los hechos (incluso el agraviado), podrá recibirse en privado, con intervención psicológica y hasta con asistencia familiar.

Se supera bastante el art. 144° del Código de procedimientos penales de 1940 que no regulaba la declaración de los sordos o de los mudos, sino solamente del sordomudo, a quien le dificultaban las cosas al exigirle respuestas por escrito, si sabía escribir, y si no lo sabía, se exigía que declare por signos que pueda entender el Juez. El nuevo Código dispone que aunque el testigo sea sólo mudo o sólo sordo, y aun sabiendo escribir, declare por medio de intérprete (171°. 1).

Respecto a lo último, el artículo 119° del C. de PP. it. sólo prevé la colaboración de un intérprete en la declaración de un sordo o mudo o sordomudo cuando no supiere leer o escribir, caso contrario la brindará por escrito. Esto no es apropiado, por ello el legislador peruano prefirió utilizar un intérprete en todo caso para estos testigos (171°. 1 NCPP).

#### **4. La pericia**

La pericia es el medio probatorio utilizado en el proceso cuando se requieren conocimientos especializados técnicos, científicos, artísticos o de experiencia calificada, para determinar las causas y efectos de un hecho, así

<sup>74</sup> **Roxin, Claus**, “*Derecho procesal penal*”, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, pág. 220.

<sup>75</sup> **Schlüchter, Ellen**, “*Derecho procesal penal*”. 2ª ed., Valencia – Thüningersheim. 1999. pág. 121.

como para verificar si el hecho ocurrió o no. La pericia sirve de auxilio al Juez<sup>76</sup> y es un medio de prueba histórico.

Los hechos que requieran de una explicación para comprenderlos mejor pueden ser sometidos a un examen pericial. El perito no es testigo de los hechos a probar (no puede serlo), sino que con su conocimiento especializado brinda su opinión sobre aquéllos. También puede acudir a él cuando se necesite establecer la autenticidad de algún documento (186°).

El perito es nombrado por el Juez competente, el Juez de investigación o el Fiscal, según si aún continúa o no en la investigación preparatoria. La designación del perito se hará escogiendo, de preferencia, entre los que sirven al Estado, en su defecto, se elegirá según las normas de la LOPJ (173°. 1).

En cuanto a la procedencia de la pericia, nuestro Código tiene unas delimitaciones más elaboradas que otros como el chileno (art. 314°, segundo párrafo).

El artículo 173° limita el número de testigo a uno; pero prevé la posibilidad de nombrar dos o más cuando resulten imprescindibles por la complejidad del caso o cuando se requieran conocimientos especializados en diferentes disciplinas (num. 1).

No puede ser nombrado perito quien se encuentre con alguna de las causales por las que el testigo podría o debería abstenerse de declarar, el testigo del hecho, quien haya intervenido en el mismo proceso u otro conexo, ni quien esté inhabilitado en el ejercicio de su profesión (175°. 1). En los casos anteriores, el perito debe excusarse, de no hacerlo puede ser tachado por las partes y subrogado ulteriormente, pero ello no le impide presentar su informe pericial (175°. num. 2).

Se le debe facilitar al perito el acceso al expediente y demás evidencias que estén a disposición del Juez que le permitan cumplir con su investigación (176°. 1). Entre las obligaciones del perito tenemos: a) Deber de excusarse cuando la ley le prohíba actuar como tal (175. 2). b) Proceder con diligencia (174°. 1), de no hacerlo será subrogado (175°. 3). c) Desempeñar el cargo con vedad, bajo responsabilidad penal (174. 1) .d) Guardar reserva de cuanto conozca con motivo de su actuación, también bajo su responsabilidad (176°. 2) –las sanciones penales a infracciones de estos deberes están en los arts. 165° y 409° del CP–.

El artículo 222° del C. de PP. it. contiene la promesa que debe declarar el perito al conferirle el encargo. Nuestro Código no expone una fórmula predeterminada, pero sí ordena rendir promesa de honor de llevar con lealtad el cargo, aparte de advertirle la responsabilidad penal en la que incurriría si falta a la verdad o si no guarda la debida reserva.

---

<sup>76</sup> En este sentido: **Devis Echandía**, op. cit, t. II, pág. 123; **Roxin**, op. cit., pág 238, y la doctrina mayoritaria. En contra: **José Cafferata Nores**, “*La prueba en el proceso penal*”, op. cit., 1994, pág. 45; para quien no es auxilio al juez puesto que aun teniendo éste conocimientos suficientes, se debe llevar a cabo la pericia.

Con la designación del perito se precisará el punto o problema sobre el que incidirá la pericia, y se fijará el plazo para la entrega del informe pericial, escuchando al perito y a las partes (174°. 1).

El informe pericial contendrá (178°): a) los datos del perito. b) Descripción de la persona o cosa sobre la que se hizo el peritaje. c) Lo comprobado respecto al encargo. d) Fundamentación del examen. e) Indicación de los criterios científicos o técnicos que le sirvieron para hacer tal examen. f) Conclusiones, en las que no se opinará sobre la responsabilidad penal del imputado. g) Fecha, sello y firma (art. 178°).

Cuando sean varios los peritos y haya discrepancia entre ellos, cada uno presentará su propio informe (180°. 1), procurando un debate pericial en el curso del acto oral (180°. 2). Si el informe pericial resulta insuficiente, se puede ordenar su ampliación por el mismo perito o nombrar otro perito para que emita uno nuevo (180°. 3).

El § 83. 1 de la Ley alemana prevé la insuficiencia en el dictamen del perito, en cuyo caso el juez ordenará un nuevo dictamen por los mismos u otros peritos (se entiende que oficiales). Como se nota, es fuente del 180°. 3 del NCPP.

Las partes pueden designar los peritos que consideren necesarios (177°), que les asesorarán cuando lo estimen conveniente. El perito de parte puede presenciar la actividad del perito oficial, hacer las observaciones y dejar las constancias que su técnica le aconseje. Si sus conclusiones discrepan con las del perito oficial, presentará su propio informe (179°). De esto se dará cuenta al perito oficial y, obligatoriamente, se abrirá debate entre ambos peritos (181°. 3).

Es de notar que en la legislación chilena no hay distinguos entre perito oficial y de parte. Ministerio público o imputado o cualquier otro sujeto procesal pueden presentar su perito y solicitar que actúe en el juicio oral (314°). En cambio, los italianos sí aceptan la intervención de un perito de parte, al cual llaman “consultor técnico” (art. 222°. 1. e).

El examen pericial (art. 181°) se realiza para que el perito explique los procedimientos y resultados de su investigación, además de aclarar algunos asuntos que, por razón de técnica de oficio, escapan al conocimiento promedio (por ejemplo, términos técnicos). Esta explicación pericial no libera de la elaboración y entrega del informe pericial.

## **5. La confrontación o el careo**

El careo consiste en colocar “cara a cara” a dos o más personas que han prestado declaraciones significativamente contradictorias sobre hechos relevantes, para que debatan y encontrar así una mayor aproximación a la verdad.

El NCPP tiene cierta influencia del 211º y del 212º del C. de PP. it., pero no se copia en lo sustancial, sino más en la forma de redacción. Por su parte, la Ley alemana (§58. 2) lo regula en forma breve, pero suficiente para sus fines.

Se realiza cuando haya significativa contradicción entre lo declarado por el imputado y por otro imputado, testigo o agraviado, y entre agraviados o testigos (182º. 1 y .2). Las preguntas que se realice siempre versarán exclusivamente sobre los puntos contradictorios, que determinaron la procedencia de esta diligencia (183º. 2).

Sólo si el representante o la defensa de la víctima menor de catorce años lo solicita, procederá el careo entre ésta y el imputado (182º. 3).

Es de resaltar que con la legislación anterior se proscribía la confrontación entre testigos (art.155º del Código de procedimientos penales). El Código del 2004, en cambio, sí lo permite. Esta variación es importante, ya que en la práctica nunca se encontró una razón suficiente para tal prohibición, y se convertía en limitación al principio de libertad probatoria.

Otro cambio con la nueva legislación es que su práctica sólo se realizará en el juicio oral. Al respecto opina Sánchez Velarde: “Al parecer ello permitiría evitar la duplicidad de la diligencia, en la fase investigatoria como en la fase oral, dejándose sólo para la última de las indicadas”<sup>77</sup>.

## 6. La prueba documental

A diferencia del testimonio, la confesión o la pericia, que son pruebas personales, el la documental es una prueba material de contenido ideológico. Es documento cualquier cosa que sirva de prueba histórica indirecta y representativa de un hecho<sup>78</sup>. Puede contener una declaración o ser simplemente representativo (v.gr., una fotografía). Siempre es representativo, esto lo diferencia de las cosas que sin ser documentos, pueden servir de prueba indiciaria<sup>79</sup>.

En este tema el nuevo Código supera largamente al Código de 1940, que no sólo no contiene un capítulo de prueba documental, sino que las normas al respecto están dispersas (en los arts. 184º, 185º, 187º y 194º) y presentan nomenclaturas inadecuadas (se habla, por ejemplo, de legajos o escritos, papeles, correspondencia).

No obstante, seguimos bajo la influencia italiana, no reprochable *per se*. Al tratar sobre los documentos anónimos, hemos casi calcado el artículo 240º del C. de PP. it. en el 184º. 3 de nuestro Código.

---

<sup>77</sup> Op. cit. pág. 84.

<sup>78</sup> En la doctrina alemana, debido a límites de redacción de la ley, se considera documento sólo al material escrito, en cualquier soporte. Así: **Roxin**, op. cit. pág. 246; **Schlüchter**, op. cit., págs. 138 y 139; **Ernest Beling**, “*Derecho proceso penal*”, Editorial Labor, 1943, § 63.

<sup>79</sup> **Devis Echandi**, op. cit., t. II, pág. 197.

El Código establece que quien tenga en su poder un documento está obligado a presentarlo o permitir su conocimiento, salvo dispensa, prohibición legal o necesidad de previa orden judicial (184°.1). Si se le niega al Fiscal la presentación del documento, el Juez ordenará su incautación (184°.2).

Para verificar la autenticidad del documento o de su contenido, se ordenará, cuando sea necesario, su reconocimiento por quien sea su autor, quien resulte identificado con este medio de prueba, por algún testigo que pueda reconocerla o por quien efectuó el registro (186°. 1).

Carece de valor el documento con declaraciones anónimas, salvo que constituya el cuerpo del delito o provenga del imputado (184°.3).

El documento en lengua distinta al castellano debe ser traducido por un traductor oficial (187°.1). Las transcripciones de audios y vídeos se realizarán en un acta. Tratándose de vídeos, además, el Juez o el Fiscal de la investigación preparatoria ordenará su visualización. La transcripción y visualización se efectuarán con intervención de las partes (187°. 2 y 3).

Durante la investigación preparatoria, el Juez o el Fiscal puede requerir informes sobre datos que consten en registros oficiales o privados, llevados conforme a ley. El incumplimiento de ese requerimiento (negativa, retardo, ocultamiento o falsedad) es sancionado (188°).

## 7. El reconocimiento

Eugenio Florián conceptúa el reconocimiento, en general, como el acto por el cual se comprueba en el proceso la identidad de una persona o cosa, con lo que se adquiere un conocimiento sobre ellas<sup>80</sup>. Además, creemos, el reconocimiento permite certificar la veracidad en la declaración de quien dice haber visto a la persona o cosa.

En esta parte también seguimos a los italianos. Prueba de esto es la clasificación de los reconocimientos en: reconocimiento de personas, cosas y otros.

Son susceptibles de ser reconocidos: a) personas –el imputado o personas distintas a él (189°. 1 y 3)–. b) Voces, sonidos y cuanto pueda ser percibido por los sentidos (190°.1). c) Cosas, las que serán exhibidas del mismo modo que los documentos (191°. 1).

Para acercarse de un modo más seguro a la verdad, el reconocimiento se realiza siguiendo unas formalidades. En este acto deberán estar presentes el Fiscal y el abogado defensor del imputado (salvo lo dispuesto en el num. 2 del art. 189°). Es un acto presencial, por eso es inadmisibles que se haga privadamente, de lo cual se dé luego cuenta a la autoridad<sup>81</sup>. El nuevo Código establece el modo de practicar esta diligencia en los artículos 189° y ss.

---

<sup>80</sup> Florián, Eugenio, “De las pruebas penales”, t. II, 3ª, TEMIS, Bogotá, 1990, p. 486.

<sup>81</sup> Florián, ibídem.

Quien deba reconocer, previamente describirá a la persona aludida. Luego se colocará a ésta junto con otras de aspecto exterior semejante. Se dirá si se encuentra o no entre ellas el sujeto a reconocer, de ser positiva su respuesta, se indicará cuál de ellos es (189º. 2).

Al reconocimiento importa que quien va a reconocer no sepa quién es la otra, caso contrario no se debe practicar esta diligencia de reconocimiento, sino una identificación.

Durante la investigación preparatoria deberá estar presente, en este acto, el abogado defensor del imputado. De no estarlo, el Juez de la investigación preparatoria podrá presenciarla; en este caso se la considerará un acto de prueba anticipada (189º. 3).

Cuando varias personas deban reconocer a una sola (no necesariamente al imputado), cada reconocimiento se practicará por separado, sin que se comuniquen entre sí. Cuando sea una persona la que deba reconocer a varias, se efectuará en un solo acto, de ser posible (189º. 4).

Si lo que se reconoce no son personas, sino voces, sonidos o cuanto pueda ser percibido por los sentidos y cosas, se procederá, en lo aplicable, análogamente al reconocimiento de personas. Antes de proceder al reconocimiento, se invitará a la persona que deba reconocerlo a que lo describa (190º. 1 y 191º. 2).

## **8. La inspección judicial y la reconstrucción**

La inspección judicial busca comprobar las huellas y otros efectos materiales que el delito haya dejado en los lugares y cosas o en las personas (192º. 2). Con esta inspección se entra en contacto con la escena del crimen.

Se realiza de manera minuciosa. Su desarrollo se adecuará a la naturaleza del hecho investigado y a las circunstancias en las que ocurrió (193º. 1 y 2)<sup>82</sup>.

Este Código no prevé que el Juez pueda comisionar la realización del acto, por lo que se entiende, debe estar presente (principio de inmediación) –en España sí se permite hacerlo (según el art. 727º de su Ley de Enjuiciamientos Criminales)– .

La reconstrucción es una diligencia dinámica, busca recrear la escena y acontecimientos que rodearon la acción. Según el Código, la reconstrucción busca verificar la posibilidad del delito de acuerdo a las demás pruebas

---

<sup>82</sup> En la legislación comparada es casi unánime considerar la inspección judicial como medio de prueba. Sin embargo, el Senado chileno consideró que la “inspección personal”, como la llamaban, no debía ser un medio de prueba, pues no es labor del juez reunir pruebas ni producirlas, por lo que la retiraron de su Ordenamiento. Luego de algunas polémicas sobre la utilidad de la inspección, se elaboró una norma afín, en la que se permitiera al tribunal constituirse en lugar distinto a la sala de audiencias, para formar su convicción –no siendo, formalmente, un medio de prueba–. Ver: **María Inés Horvitz Lennon y Julián López Masle**, “*Derecho procesal penal chileno*”, t. II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002, págs 311 y 312.

actuadas (192°. 3). Si se obtuviesen resultados positivos, se considerará el hecho como probable, en cambio, resultados negativos serían decisivos, determinando la imposibilidad de tal hecho. El acto se debe practicar con la mayor reserva posible. Se dispone que –vigilando la dignidad de la persona, bajo los principios de presunción de inocencia y de no autoincriminación– el imputado no está obligado a intervenir en este acto (192°. 3).

El C. de PP. it. Es el único Código que lo regula expresamente como medio de prueba. Está en los artículos 218° y ss. Ellos lo llaman experimentos judiciales.

En ambas diligencias, de preferencia, deben participar los testigos y peritos, pero no se exige la concurrencia de menores de edad o de víctimas que se puedan afectar psicológicamente con su participación. También se dispondrá que se levanten planos o croquis del lugar y se tomen fotografía, grabaciones o películas de las personas o cosas que interesen a la causa (194°).

## **9. Pruebas especiales**

### **9.1. Levantamiento del cadáver**

Este levantamiento comprende el minucioso y documentado estudio del cadáver en el lugar donde acaeció la muerte. Se realiza cuando se sospeche que una muerte fue causada por hecho punible (art. 195°). Entonces el Fiscal procederá al levantamiento del cadáver, en lo posible, con intervención de peritos (médico legista y personal policial de criminalística). No obstante, el Fiscal puede delegar la realización de la diligencia en su adjunto, en la Policía o en el Juez de Paz. Por razones de índole geográfica podrá prescindirse de la participación de personal policial especializado (195°.2).

La identificación del cadáver tendrá lugar mediante la descripción externa, la documentación que se le encontrare, las huellas recabadas o por cualquier otro medio, antes de la inhumación o luego de la exhumación (195°. 3).

El acta de levantamiento del cadáver debe ser elaborada cuidadosamente, esto ayudará en gran medida la labor del médico que practique la necropsia correspondiente.

### **9.2. Necropsia, examen de vísceras y materias sospechosas, y embalsamamiento del cadáver.**

Luego de realizado el levantamiento del cadáver, los peritos practicarán la necropsia, también llamada *pericia anatómica*, para establecer la causa de la muerte, examen al que no se pueden oponer los familiares. Sin embargo, no será exigible la necropsia cuando la muerte sea producto de desastre natural o de accidente en medio de transporte, salvo el cadáver de quien conducía el medio de transporte, en este caso es obligatorio (196°. 2).

Se debe concluir si la muerte fue natural, criminal, accidental o si se trató de un suicidio<sup>83</sup>. La necropsia determinará, además, y en todo caso, las causas de la muerte.

El Fiscal decidirá si él o su adjunto deban presenciar la necropsia, a la que pueden asistir los abogados de los demás sujetos procesales, incluso acreditar peritos de parte (196°. 3).

El artículo 196° del NCPP se deja orientar por las disposiciones del C. de PP. it. al respecto (arts. 87° y ss.); sin embargo, no lo sigue fielmente, tenemos una versión asaz distinta de esta prueba.

Cuando la sospecha sea de envenenamiento, el perito examinará las vísceras y las materias sospechosas que se encuentren en el cadáver o en otra parte y remitirá, cuidadosamente, al laboratorio especializado correspondiente (198°. 1). El fin de estos exámenes es descubrir si realmente la causa de la muerte fue envenenamiento, de ser el caso, qué sustancia se utilizó para tal efecto y si se trató de un acto suicida, accidental o criminal.

El Fiscal puede disponer el embalsamamiento del cadáver a fin de mantenerlo bien conservado y así poder realizarle eventuales nuevas pericias (197°).

Otra novedad de este Código es que la autorización para la incineración del cadáver sólo la dará el Juez después de expedida sentencia firme (197°).

El dictamen pericial del médico legista sobre el cadáver es conocido como protocolo de necropsia. Este protocolo contiene los datos del cadáver, todos los exámenes practicados sobre él (descripción externa y examen interno), las conclusiones generales a las que se llega y la causa de la muerte.

### **9. 3. Examen de lesiones y agresiones sexuales**

Las lesiones corporales también las deberá analizar el perito, quien determinará cómo se las provocaron, el arma o instrumento que las haya ocasionado, si dejaron o no deformaciones y señales permanentes en el rostro y, en general, toda información que se requiera para adecuarlo al tipo penal (en la gravedad de la lesión).

En el examen médico en caso de agresión sexual, sólo se permite la presencia del médico encargado de realizarlo y, eventualmente, de un profesional auxiliar, salvo que la víctima consienta la presencia de otras personas (art. 199°).

---

<sup>83</sup> Existen otras formas de muerte, como la heroica, en la que alguien sacrifica su vida por altos ideales (aunque estrictamente sí configure una acción de quitarse la vida voluntariamente), y la muerte por sanción (no pena) judicial. De este último tipo no interesa mucho a fines de investigación pericial, máxime si en el Perú ya no se aplican esas medidas –hacemos fuerzas por que nunca más se vuelvan a aplicar–.

Para determinar lesiones de estos tipos se recurre a la búsqueda en la víctima de restos de piel entre sus uñas, huellas de sangrado, cardenales en las piernas, etc. También se practica la pericia biológica, análisis de fluidos y secreciones del cuerpo como sangre, orina, semen, moco, entre otros.

Hay una exploración física en la víctima y un examen especializado en el laboratorio. En la víctima deben realizarse todas las observaciones posibles, que no sólo involucran los genitales, sino todo el cuerpo. Se busca con ello encontrar signos que confirmen el delito sexual y muestras de objetos (semen, vello púbico, restos de piel, etc.) que sirvan de pista para identificar al agresor.

Las muestras obtenidas se remiten al laboratorio para su análisis. Éstas pueden consistir en saliva, semen, cabellos, entre otros. Es frecuente encontrar en el vello de la propia víctima restos de semen del agresor, así como en su ropa y demás objetos de la escena del delito.

#### **9. 4. Examen en caso de aborto**

La finalidad de este examen es comprobar la preexistencia del embarazo, los signos que demuestren la realización de un aborto, las causas que lo provocaron, los probables autores y las circunstancias que sirvan para la determinación del carácter y gravedad del hecho (art. 200°).

En lo posible, se buscará dejar en claro el tiempo de embarazo al momento del aborto y el método utilizado (legrado uterino, método de Carman, inyecciones de hipertónicas de salina o glucosa, entre otros). También se examinará el estado psíquico de la mujer para establecer si su actuar fue doloso calificado o atenuado (por aborto sentimental o por aborto eugenésico).

También permite diferenciar casos de abortos de infanticidios. Los exámenes en la víctima se dirigen a constatar si llegó a nacer con vida o no.

#### **9. 5. Preexistencia y valorización del bien**

Los delitos patrimoniales están condicionados a la preexistencia del bien objeto del delito (hurto, robo, etc.); sin ella, el delito es imposible, ya que el tipo exige mínimamente tener posesión de un bien (individualizado). Además, algunos tipos exigen cuantía para distinguirlos de otros, como es el caso del hurto simple, para diferenciarlo de una falta, por lo que se recurre a la pericia de valorización. En todo caso la afectación en el patrimonio de la víctima es estimada judicialmente mediante el examen de valorización del bien.

La sola imputación del agraviado es insuficiente para derivar válidamente una responsabilidad penal en un individuo si es que no se prueba fehacientemente la preexistencia del bien sustraído.

La preexistencia del bien en los delitos contra el patrimonio se prueba con cualquier medio idóneo para ello, que puede ir desde una fotografía (donde se muestre a la víctima vistiendo la alhaja sustraída) hasta la factura misma o comprobante de la compra de la cosa (201° 1). La valorización está a cargo de

peritos, a menos que, por las circunstancias del caso, la intervención de éstos sea innecesaria (201°. 2).

## **IV. BÚSQUEDA DE PRUEBAS Y RESTRICCIÓN DE DERECHOS**

### **1. Preceptos generales en la búsqueda de pruebas y restricción de derechos fundamentales**

#### **1.1. El principio de legalidad**

El principio de legalidad, como límite a la restricción de derechos, está establecido en el art. 202°. Es la delimitación de las atribuciones de cada uno de las instituciones u organismos públicos; por lo tanto, en el derecho procesal penal, es la garantía en la incorporación de pruebas que permite la vigencia del estado de derecho, limitando el control punitivo del Estado. La aplicación de la legalidad es absolutamente predicable en el proceso penal, sin ella dentro del proceso se produciría una serie de arbitrariedades. Miranda Estrampes, frente a aquellas posiciones doctrinarias y jurisprudenciales que limitan la inadmisibilidad o exclusión de la prueba ilícita a la obtención por autoridades o funcionarios públicos, pero no cuando se trata de particulares, opina que “su tratamiento debe ser el mismo con independencia de quién o quiénes llevan a cabo esta labor de búsqueda y obtención de fuentes de prueba (...) así lo reconoce expresamente la (...) jurisprudencia S.T.C. español 114/ 1984, de 29 de noviembre, al proclamar la [nulidad radical de todo acto público o, en su caso, privado violatorio de las situaciones jurídicas reconocidas en la sección primera del capítulo segundo del título I de la Constitución]”<sup>84</sup>. Por lo tanto, también se debe regular la incorporación de fuentes, que se incorporen en la investigación preparatoria, con excepción de lo establecido en el art. VIII.3 del T.P.

#### **1.2. El principio de proporcionalidad**

Este principio está regulado en el art. 203°.1. Su eficacia se evidencia cuando en la aplicación e intensidad de las medidas que restrinjan derechos fundamentales, estos guardan relación con la gravedad del delito investigado, ya que toda medida de excepción debe ser proporcional a la situación que se quiere afrontar. En lo que respecta a la gravedad del ámbito de aplicación, debe responder a la magnitud y características del fenómeno al que se quiere hacer frente, para limitar el peligro que se presenta para la sociedad y el Estado<sup>85</sup>. El Tribunal Constitucional establece el valor de los límites razonabilidad y proporcionalidad, de la siguiente manera: “los principios de razonabilidad, y proporcionalidad, previstos en el último párrafo del artículo 200° de la Constitución son pues el parámetro de determinación de validez de

---

<sup>84</sup> **Miranda Estrampes, Manuel**, “*El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*”, Edit. Bosch, Barcelona, 1999, págs. 27 y 28.

<sup>85</sup> Gaceta Jurídica. *La Constitución en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: “Sentencia vinculadas con artículos de la Constitución”*, Director Manuel Muro Rojo, Edit. Gaceta Jurídica, Lima, 2006, pág. 29: los límites a los derechos pueden ser impuestos por la misma norma que reconoce el derecho, por el ejercicio de uno o más derechos constitucionales, o por el ejercicio de varios bienes jurídicos constitucionales (Exp. N° 2496-2005-HC, 17/05/05, S1, PV, Fj.5).

los actos (normativos y no normativos) que establezcan límites a los derechos fundamentales (Exp. N° 4677-2004-AA, 7/12/05, S1, fj. 26)<sup>86</sup>.

### **1.3. Principio de motivación**

Este principio está reconocido en la Constitución en el artículo 139° inciso 5, para evitar la arbitrariedad en la emisión de resoluciones. Se refiere a la motivación necesaria del Ministerio Público y del Juez de la investigación preliminar (art. 203°. 2). En la motivación lo determinante debe ser la demostración del vínculo existente entre el hecho y el derecho vulnerado.

### **1.4. Impugnación**

Son impugnables los autos que dispongan estas medidas en el término de tres días desde la ejecución de la medida. La Sala Penal Superior absuelve el grado previa audiencia. (art. 204°. 1).

La resolución de la audiencia es inimpugnable. En la audiencia debe participar el Fiscal y el afectado.

Se realiza el reexamen, cuando el imputado lo solicita al Juez, en vista de nuevas circunstancias que fundamenten un cambio, este pedido se resuelve mediante una audiencia según lo disponga el Juez. Procede apelación contra el auto que resuelve la solicitud de reexamen (204°. 2). Contra los autos expedidos por la Sala Penal Superior dictadas en primera instancia sólo procede el recurso de reposición (204°. 3).

## **2. El control de identidad policial**

La Policía puede pedir, dentro del marco de sus funciones<sup>87</sup>, la identificación de cualquier persona<sup>88</sup>. La cual sólo procederá cuando resulte necesario para prevenir un delito, obtener información útil en caso de grave alarma social y en el ámbito de una operación policial, estas operaciones deben llevarse a cabo bajo los criterios de razonabilidad y proporcionalidad. Si el sujeto no tuviera sus documentos se le debe permitir hacer una llamada a su sus familiares o trasladar al lugar donde se encuentra el documento de identificación de ser posible<sup>89</sup>; si fuera conducido a la dependencia policial, también se le debe permitir realizar la llamadas telefónicas u otros medios de comunicación; la detención no debe exceder de cuatro horas, luego se le debe

---

<sup>86</sup> *Ibidem*.

<sup>87</sup> Artículo 7° del Reglamento de la Policía Nacional del Perú (aprobado por Decreto Supremo 008-2000-IN), en el que por cierto ya se establecía como atribución de la Policía el requerir documento de identidad personal cuando el caso lo amerite. La Resolución de la Fiscalía N° 029-2005-MPFN delimita la función de la Policía: “que sólo procederá [el control de identidad y el registro de personas] cuando resulte necesario para prevenir un delito, obtener información útil en el caso de grave alarma social y en el ámbito de una operación policial”.

<sup>88</sup> Resolución de Fiscalía N° 029-2005-MPFN: “El documento de identidad presentado por la persona intervenida, el cual puede ser: Documento Nacional de Identidad (DNI), o Carné de Extranjería o Pasaporte, si se tratara de extranjeros, Licencia de Conducir, Libreta Militar, Partida de Nacimiento o cualquier otro documento público que permita su identificación en el momento” (sic).

<sup>89</sup> *Ibidem*: “El Fiscal verificará (...) las facilidades que la autoridad policial brindó para la ubicación y exhibición de identificación de la persona intervenida como llamadas telefónicas, utilización de medios electrónicos, conducción al lugar donde estaban sus documentos, de haber sido posible”.

permitir retirarse del lugar. Esto no está bajo la protección del art. 2º num. 24 lit. f de la Constitución, ya que es una breve medida coercitiva que concretamente afecta la libertad ambulatoria y con una perspectiva temporal limitada no necesita de flagrancia para que la Policía por sí o por orden fiscal la lleve a cabo previo mandato escrito y motivado del Juez; por lo tanto, existe una situación intermedia, en la que existe una restricción a la libertad distinta a la detención en sentido estricto<sup>90</sup>. El art. 205º inc. 4. no es inconstitucional porque está amparada en el art. 2º num. 24 lit. b de la Constitución: “No se permite forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo en los casos previstos por ley...”.

Para la finalidad del servicio de identificación, proceso mediante el cual se asimila un aspecto, propiedad o atributo del individuo que se transforma en un modelo, para diferenciar de otros individuos, se le pueden tomar fotografías al imputado, con asentimiento de su voluntad, de lo contrario se le debe pedir expresa orden del Ministerio Público. Al efectuar esta medida se debe levantar un acta.

En delitos graves que causen alarma social la Policía puede identificar a las personas que se encuentren cerca del lugar de los hechos, también puede registrar los vehículos y realizar un registro superficial de las personas para comprobar si se encuentran instrumentos prohibidos o peligrosos (206º. 1). De lo actuado, la Policía da cuenta al Ministerio Público y deja constancia en el correspondiente libro de registro (art. 206º. 2).

### **3. Videovigilancia**

El nuevo Código procesal penal no dice cómo debe ser el pedido de la Policía sobre videovigilancia, ni si ésta debe ser verbal o escrita. Tratando de subsanar dicho defecto, el reglamento de aplicación<sup>91</sup> nos dice que debe ser debidamente motivado.

Cuando se trate de delitos violentos o graves, en los que la pena privativa libertad sea no menor de cuatro años, o relacionados a organizaciones delictivas, el Fiscal puede, a iniciativa propia o a pedido de la Policía y sin conocimiento del afectado, disponer la realización de actos de videovigilancia (207º), delimitando claramente el lugar, tiempo, espacio y modo en el que se realizará, así como sobre qué sujeto recaerá la medida y a cargo de quién estará<sup>92</sup>. El Fiscal requerirá la autorización judicial cuando la videovigilancia se realice en el interior de inmuebles o lugares cerrados, debido a que la situación amerita mayor protección de los derechos fundamentales en conflicto. La transcripción será ordenada por el Fiscal, ésta deberá estar numerada en forma independiente, indicando la duración de la grabación y

---

<sup>90</sup> **San Martín Castro, Cesar**, “*Búsqueda de pruebas y restricción de derechos*”, en Revista Gaceta Jurídica pp. 249-259.

<sup>91</sup> En la Resolución de Fiscalía citada se expresa: “a solicitud motivada de la Policía nacional”.

<sup>92</sup> Id. apartado 2.2. La autoridad competente deberá observar como mínimo, y entre otros, “los límites en la utilización de medios técnicos de video-vigilancia, tales como el espacio físico, y las personas susceptibles de tomas fotográficas o registro de imágenes, el tiempo del procedimiento de video-vigilancia de conformidad con lo establecido del artículo 230º numeral 6 del CPP y la necesidad o no de grabar sonidos, entre otros”.

demás datos que resulten necesarios para la plena identificación en el soporte original. Culminadas las investigaciones, inmediatamente se pondrá en conocimiento del vigilado lo actuado, siempre que el objeto de la investigación lo permita, asegurando la tutela jurisdiccional efectiva, y que no se ponga en peligro la vida o la integridad física de terceros; teniendo siempre presente que el Estado, a través de sus instituciones, debe velar por la protección de la sociedad, por lo tanto de cada individuo que la conforma. Senés Montilla señala, según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español: “tanto la prevención de la investigación delictiva, como la protección de la más genérica seguridad ciudadana deben cohonestarse con la salvaguarda de los derechos fundamentales de la persona. Y es que, a la vista de la doctrina constitucional –sentencia del TC 114/ 1984, de 29 de noviembre, que sirvió de base a la previsión del artículo.11.1 de la LOPJ–, se puede afirmar sin reserva que en el proceso penal la verdad real no se puede conseguir a cualquier precio”<sup>93</sup>.

#### 4. Las pesquisas

Las pesquisas son búsquedas o indagaciones que realiza la Policía cuando existan motivos razonables para creer que con tal actuar se encontrarán rastros del delito o a personas prófugas, incluyendo al imputado (art. 208°. 1). Tienen por objeto comprobar el estado de las personas, lugares, cosas, los rastros y otros efectos materiales que hubiere de utilidad para la investigación (208°.2)<sup>94</sup>.

Estas pesquisas sólo las realiza la Policía, a propia iniciativa o a solicitud del Fiscal. En todo caso debe dar cuenta a éste. Levantará un acta en la que se informe lo acontecido, si se encontraron o no los objetos o sujetos buscados (208°. 2). Si los rastros, o efectos materiales, o las personas buscadas no estuviesen en el lugar, se describirá su estado actual y se procurará consignar su estado anterior, el modo, tiempo y causa de tal desaparición o ausencia, y los medios de convicción de los que se obtuvo este conocimiento (208°. 3).

Cuando fuere posible, se recogerán elementos útiles (208°. 2), se levantarán planos y utilizará todo procedimiento adecuado a los efectos de la investigación (208°. 4).

Las pesquisas que el Código procesal regula, bajo tal rötulo, son: las Retenciones y el Registro de personas. Todo lo dicho en este punto es aplicable a ambas instituciones.

##### 4.1. Retenciones

Hoy en día ya hay un casi unánime consenso en que no existen derechos absolutos. En este sentido, la libertad puede ser restringida, y no

---

<sup>93</sup> Senés Montilla, Carmen. “Cámara de control y filmaciones de la vía pública, redadas y controles policiales”, en *Medidas y restricciones de derechos fundamentales*, Director Velasco Nuñez, Edit. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, pág. 274.

<sup>94</sup> Las pesquisas se efectúan “luego de” realizado el delito. Es una de las diferencias con la flagrancia. Otra es que en la flagrancia el espacio de tiempo con el hecho delictivo debe ser breve, mientras que en aquéllas no necesariamente.

sólo cuando se encuentre un individuo en flagrancia o bajo condena judicial, sino también cuando resulte indispensable para el esclarecimiento de un delito (aun no siendo el imputado del hecho).

Es así que el Código le otorga facultades a la Policía, cuando necesite practicar una pesquisa, para retener a las personas halladas en el lugar o que comparezca cualquier otra (209°. 1). Pero, también el legislador ha colocado un límite a tal facultad, ya que tampoco el derecho de la sociedad frente a lo que representa el delito es absoluto. El agente siempre debe tener presente los criterios de razonabilidad y proporcionalidad en la medida. El límite temporal que tiene la Policía para realizar su pesquisa con la persona retenida es de cuatro horas, luego de las cuales debe solicitar orden judicial para su ampliación (209°. 1). El Juez estimará si esta prórroga es absolutamente necesaria y, de ser el caso, cuál es el tiempo prudencial otorgable a la Policía, valorando siempre los fines de la investigación frente al menoscabo sufrido por las personas mientras dure la pesquisa.

#### **4.2. Registro de personas**

El registro de personas es un tipo de pesquisa que se practica sobre el individuo y los objetos que éste porta<sup>95</sup>, cuando existan fundadas razones para considerar que en él o en su ámbito personal oculta bienes relacionados con el delito (210°. 1).

Nuestra normativa respecto de este tema, encuentra su fuente en la legislación italiana. Así, la última parte del art. 210°.1 del NCPP lo encontramos en el art. 248°. 1 del C. de PP. it.; también, hemos distribuido el art. 249° italiano en los arts. 210°. 4 (derecho de hacerse asistir por persona de su confianza, durante la pesquisa) y 210°. 2 (respetar el pudor de las persona). Pero nosotros añadimos que lo practique alguien del mismo sexo del intervenido –tal vez influenciados por el § 81d de la Ley alemana, aunque ahí se refieran sólo a las situaciones en las que se pudiera ofender el pudor de la mujer, en tal caso, serán intervenidas por otra mujer–.

Antes de introducirse en la intimidad y el pudor ajeno, el agente policial debe invitar a la persona a que exhiba y entregue los objetos requeridos. Si éstos son entregados, no se procederá al registro personal, salvo que se considere útil efectuarlo a fin de completar la investigación; en caso contrario la Policía está facultada para hacerlo (210°. 1). Este registro incluye vestimenta, equipaje, vehículo utilizado o bultos que portare el intervenido (210°. 3).

El registro se realizará respetando la dignidad y, dentro de los límites posibles, el pudor de la persona. Corresponderá ser intervenido por un agente

---

<sup>95</sup> Al respecto, hay quienes opinan que registro de personas únicamente debe realizarse sobre el individuo y no sobre sus pertenencias, mientras que otros, y de esta parte el legislador peruano, entienden que no hay inconveniente en interpretar extensivamente la institución, alcanzando a la búsqueda sobre los bienes que tiene el sujeto en su “ámbito personal”, siempre que estén relacionados con el delito. A la primera corriente se adscriben las legislaciones de Francia y del Reino Unido. En éstas el cacheo no requiere mandato judicial, mientras que el registro personal tiene una garantía extra, es controlado judicialmente. A la corriente contraria, “**ROXIN**”, op. cit., pág. 319.

del mismo sexo, excepto cuando la demora perjudique la investigación (210°. 2). Previa ejecución del registro se le comunicará a éste las razones de su intervención y que tiene derecho a hacerse asistir por una persona de confianza, siempre que se le pueda ubicar rápidamente y sea mayor de edad (210°. 3). La Policía debe actuar en última instancia, porque de por medio se encuentra la vulneración al derecho fundamental de la intimidad. Se nota el nuevo rumbo más garantista que se trata de dar a nuestro proceso penal. En lo posible se busca respetar los derechos de las personas y, cuando resulte indispensable introducirse en ellos, hay una auto limitación, que trata de que el menoscabo en los derechos fundamentales sea el menor posible.

En la legislación colombiana los jueces deben vigilar estas actuaciones del Fiscal y la Policía; en este sentido opina Arias Duque: “en tutela del derecho a la intimidad, el Juez de control de garantías deberá analizar si los motivos razonablemente fundados argüidos por el Fiscal, tienen la fortaleza lógica y probatoria necesaria para sustentar tanto la ‘inferencia’ del Fiscal como la ‘relación con la investigación’. Con bases a este análisis se determina la razonabilidad y la necesidad del registro ordenado por el Fiscal para proceder la autorización o negarla”<sup>96</sup>.

## 5. Intervención corporal

Sobre el examen corporal del imputado, Huertas Martín opina que, si bien se utiliza al ser humano como sujeto pasivo del proceso en orden a la investigación y comprobación de los delitos, el “principio general [de consideración del imputado como sujeto del proceso y no como un objeto del mismo] encuentra, si no determinadas quiebras, sí una serie de matices cuando nos encontramos en sede de investigación (...) [el imputado], sujeto y acreedor de una serie de derechos y facultades que legítimamente le corresponden ve matizada o mejor, complementada –podría decirse que negativamente– dicha posición, cuando se pretende que su propia realidad física, su misma entidad corporal, puede ser fuente de datos que faciliten la investigación penal e incluso pueden ser tenidos en cuenta a efectos probatorios. Es entonces cuando el imputado sin perder la cualidad de sujeto del proceso, adquiere al propio tiempo, la cualidad de instrumento probatorio, en tanto que de su propia corporeidad pretende extraerse elementos a los efectos de la actividad investigadora y de comprobación de los delitos”<sup>97</sup>.

A diferencia del registro de personas, pesquisa en el cuerpo de la persona mediante la palpación de su cuerpo o la revisión en sus objetos de su ámbito personal; la intervención corporal es mucho más profunda, se practica en el mismo cuerpo de la persona del imputado.

Estudiando ambas medidas, Roxin nos dice que es de circunscribir la intervención corporal como acto concreto –para diferenciarlo del registro corporal– a aquellos actos que implican, no una búsqueda de objetos en la superficie corporal o en las cavidades u orificios corporales naturales (registros

---

<sup>96</sup> **Duque, Juan Arias, y José Albarracín Durán:** “*El proceso penal acusatorio colombiano*”, t. II. Ediciones jurídicas Andrés Morales, Bogotá, 2005, pág. 98.

<sup>97</sup> **Huertas Martín, Isabel,** “*El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*”, Edit. Bosch, Barcelona, 1999, págs. 370 y 371.

anales o vaginales), sino extracciones de fluidos del cuerpo humano, tales como análisis de sangre o de orina, o ecográficos, o cualquier otro tipo de actuación sanitaria, examinando el cuerpo mismo del imputado<sup>98</sup>.

Si bien la legislación de tendencia acusatoria chilena regula esta institución, nuestra fuente más importante es el § 81a y § 81c (con sus seis numerales) de la Ley alemana.

Es de verificar que ni la ley procesal alemana (§ 81a) ni el NCPP (art. 211°.1) exigen consentimiento del inculpado. Otro punto en donde se nota la influencia alemana a la intervención corporal es en cuanto a la facultad atribuida al Fiscal para realizar extracciones de sangre cuando exista peligro por la demora que pudiese perjudicar el éxito de las investigaciones –esto en el § 81a de la Ley procesal alemana y en el artículo 211°. 3 del NCPP (aquí se aclara que se debe instar confirmación judicial)–.

A solicitud del Ministerio Público, el Juez puede ordenar el examen del imputado siempre que el delito esté sancionado con pena privativa de libertad mayor de cuatro años. Las pruebas a realizarse pueden ser las siguientes: análisis sanguíneos, pruebas genético-moleculares u otras intervenciones, las que deben ser efectuados por un médico u otro profesional especializado. Para determinar si el examen puede conllevar un daño grave a la salud del imputado, es necesario contar con un dictamen pericial; de existir este peligro, no se efectuará el examen (211°. 1).

Saltan a la vista nuevas diferencias, no sólo con el registro personal, sino con todas las pesquisas, y es que ellas son realizadas por la Policía, con supervisión del Fiscal, mientras que en éstas es el mismo Fiscal el que la solicita ante el Juez de la Investigación preparatoria (verdaderamente imparcial, en el sistema acusatorio) –exceptuando el caso del num. 5 del art. 211°, que prevé intervenciones mínimas del Ministerio Público o de la Policía, con conocimiento del Fiscal, como extracciones de sangre, piel o cabello siempre que no comprometan la salud del intervenido–. Además, para practicar una pesquisa no hay una exigencia en cuanto a un mínimo de pena por el delito investigado, en cambio, para intervenir el cuerpo de alguien, en el marco de la investigación, se requiere que el delito investigado al imputado, no sea menor a los cuatro años.

Si el examen corporal de una mujer puede ofender el pudor, sin perjuicio que el examen lo realice un médico u otro profesional especializado, a petición de ella debe ser admitido otra mujer o un familiar (211°.2).

Si el examen debe realizarse con urgencia o hay peligro por la demora, no es necesario esperar la orden judicial, pero debe instar inmediatamente la confirmación judicial (211°. 3). Sobre este punto, advierte Fany Quispe Farfán que se debe tener mucha cautela con las posibles desviaciones sobre cuándo entender la urgencia en la actuación de la intervención. Podría suceder que la excepción se transforme en la regla y que la “judicialidad de se vuelva un formalismo”. Nos recuerda que el nuevo Sistema procesal penal es más ágil

---

<sup>98</sup> Roxin, Claus, op. cit., pág. 290.

que su vetusto predecesor, por lo que no se debe pasar por alto muy a la ligera el control judicial de las actuaciones en la investigación, so pretexto de la “urgencia”<sup>99</sup>.

En esta diligencia estará presente el abogado del imputado, salvo que no concurra, pese a la citación correspondiente, o que exista fundado peligro de que la prueba se perjudique si no se realiza inmediatamente, en cuyo caso podrá estar presente una persona de la confianza del intervenido, siempre que pueda ser ubicada en ese acto. En el acta se dejará constancia de la causal invocada para prescindir del abogado defensor y de la intervención de la apersona de confianza del intervenido (211°. 4).

El Ministerio Público, o la Policía Nacional, con conocimiento del Fiscal, podrán disponer mínimas intervenciones para observación, como extracciones de sangre, piel o cabello que no provoquen ningún perjuicio para la salud, siempre que el experto que lleve acabo la intervención no lo considere riesgoso, de lo contrario se pedirá la orden judicial (211°. 5).

La imposición coactiva sólo procede: a) si no existe ningún daño para la salud del inculcado, requisito obvio que se proyecta así mismo, por el imperativo del principio de proporcionalidad, y b) si resulta indispensable para la averiguación de la verdad, requisito derivado del sub-principio de necesidad, pero que en este caso existe un canon de valoración mucho mas estricto.

Respecto de la intervención corporal sobre otras personas, distintas del imputado; el legislador nacional ha adecuado los tres primeros numerales del § 81c alemán al artículo 212° de nuestro nuevo Código procesal penal.

Los testigos son examinados corporalmente, inclusive sin su consentimiento, cuando su cuerpo presente huellas o secuelas del delito (art. 212°). Los exámenes o extracciones de análisis sanguíneos pueden ser rehusados por los mismos motivos que el testimonio. Si se trata de menores de edad o incapaces, decide su representante legal, salvo que esté inhabilitado para hacerlo por ser imputado en el delito, en cuyo caso decide el Juez.<sup>100</sup> Aunque el Código no lo diga expresamente, como sí lo dice en el caso de los imputados, creemos que con mayor razón siendo un no imputado, la intervención contra la voluntad del intervenido debe estar sujeta a que el hecho investigado sea penado con no menos de cuatro años.

En todo caso, la intervención corporal debe realizarlo un profesional médico, debe realizarse en *ultima ratio* y respetando de la mayor manera los derechos del intervenido.

## 6. Prueba de alcoholemia

La prueba de alcoholemia está constituida por unos exámenes que se les realiza a los sujetos, en el marco de la prevención e investigación del delito,

---

<sup>99</sup> Quispe Farfán, Fany Soledad, “El registro personal y las intervenciones corporales”, en *El nuevo proceso penal: Estudios fundamentales*, Cubas Villanueva, Doig Díaz y Quispe Farfán, coordinadores, Palestra Editores, Lima, 2005, pág. 432.

<sup>100</sup> San Martín Castro, Cesar, op. cit., pág. 257.

para determinar la cantidad de alcohol presente en la sangre de los mismos (213°. 1).

Está principalmente pensado para el delito de conducción en estado de ebriedad, y su derivación preterintencional en las formas de lesiones y homicidio culposo<sup>101</sup>.

La prueba comienza con la comprobación de tasas de aire respirado, salvo que el estado de ebriedad sea evidente, realizada la Policía, en su misión de prevención del delito. Luego de lo cual elaborará un acta de las diligencias seguidas, abrirá un registro donde consten las comprobaciones de aire aspirado realizadas, dando cuenta de todo al Ministerio Público (213°. 3).

Cuando la comprobación de tasas de alcohol en aire respirado haya resultado positiva, o se presenten signos evidentes de estar bajo los efectos del alcohol, de drogas u otras sustancias prohibidas, el Código faculta a la Policía a retener al sujeto y conducirlo al centro de control sanitario, donde se le realizarán los exámenes de sangre u otros fluidos, según prescripción del facultativo (213°.).

Parecería arbitrario que no estando realizando la Policía un operativo de prevención, detenga a una persona determinada y le pretenda realizar las pruebas mencionadas, sólo a ella y a nadie más, debiendo estar ella obligada a soportarlas. Por eso, el Código le ha brindado unas garantías indispensables a la ciudadanía frente al poder policíaco. Si una persona es intervenida así es porque se sospecha la posible comisión de un delito. Pero, para hacerlo, se le debe expresar las razones de la intervención y su derecho a ser asistido por una persona de su confianza, siempre que se la pueda ubicar rápidamente y sea mayor de edad, como ocurre en el registro de personas (213°. 4).

El Código, no determina hasta qué punto y en qué supuestos resulta proporcional, desde una perspectiva constitucional, la imposición obligatoria de la realización del examen de alcoholemia; así como tampoco, desde una perspectiva más concreta, cuál ha de ser el modo constitucionalmente legítimo en el que han de desarrollarse. Para esto se analizará, caso por caso, qué derechos fundamentales resultan afectados, en qué medida lo son y cuál es el medio menos lesivo para practicarlo, además de los supuestos en que puede considerarse firmemente ajustada a la Constitución, en virtud del principio de proporcionalidad.

## **7. El allanamiento**

Cuando existan motivos fundados para considerar que en un domicilio, casa habitación, casa de negocio, en sus dependencias cerradas, o en recinto habitado temporalmente, y en cualquier otro lugar cerrado, se ocultan el imputado o un prófugo, o se hallan bienes delictivos o cosas relevantes para la investigación— fuera de los casos de flagrancia o inminente peligro de la comisión de un delito – ; el Fiscal debe solicitar ante el Juez su allanamiento

---

<sup>101</sup> Hacemos notar nuestra plena conciencia de que el Código Penal no lo trata así, manteniendo la institución de lo preterintencional, sino que la destroza por completo, utilizando una figura dolosa para agravar otra culposa. Cfr. arts. 111° y 124° del Código Penal.

(214°. 1), precisando la ubicación del lugar a registrarse, la finalidad de la diligencia y el tiempo de duración (214°.2). El auto judicial, además de lo precedente, indicará el nombre del Fiscal autorizado, las medidas de coerción correspondientes y el apercibimiento en caso de resistencia. La vigencia de la orden caduca a las dos semanas de emitida, salvo concesión por plazo determinado (215°). Se debe entregar la copia de autorización al imputado, y todo lo actuado debe constar en acta (216°. 1).

Del texto normativo se infiere que el Fiscal no requiere autorización judicial en los casos de flagrancia o peligro inminente para la realización de un delito (214°.1), pero siempre debe dar cuenta de su actuar en un acta. Sobre la flagrancia, Ruiz Enrique Vadillo, describiendo la legislación española, dice: “Si hay un mandamiento judicial y falta el secretario, se trata de un acto nulo y del que no es posible obtener ninguna consecuencia desfavorable para el reo”<sup>102</sup>; con lo que se nota la preocupación del legislador español por brindar suficientes garantías para ejecutar estas medidas. Cabe señalar, finalmente que el allanamiento se puede realizar sin mandato judicial cuando se trata de flagrante delito, debiendo igualmente dejar constancia de todo lo actuado en acta. Para considerar la flagrancia, se deben cumplir, según Paz Rubio, los siguientes requisitos: a) inmediatez temporal, es decir; que se este cometiendo un delito o que se haya cometido instantes antes. b) Inmediatez personal, consiste en que el delincuente se encuentre allí o en ese momento en situación tal con relación al objeto o a los instrumentos del delito que ello ofrezca una prueba una prueba de su participación en el hecho. c) Necesidad urgente de tal modo, que la Policía, por las circunstancias concurrentes en el hecho concreto, se vea impelida a intervenir inmediatamente con el doble fin de poner termino a la situación existente, impidiendo en todo lo posible la propagación del mal que la infracción penal acarrea, y de conseguir la detención.”<sup>103</sup>

En este tema el nuevo Código está influenciados por la legislación italiana, aunque ellos no lo llamen como nosotros, sino “pesquisas de sitio” (diferenciándolas de las pesquisas personales). Ello se aprecia cuando ambos exigen motivos razonables, o fundados, para sospechar que en el lugar se encuentra el imputado o un evadido (arts. 214°.1 del NCPP y 247°.1 del C. de PP. it.). También se nota la influencia en el modo de proceder: otorgamiento de copia al interesado (de no encontrarse él, a un vecino o al portero, entre otros) y el comunicado al mismo que tiene el derecho de hacerse representar o asistir por alguna persona de su confianza –arts. 216°. 1 y 2 del NCPP y 250. 1 y 2–.

No obstante, a diferencia de la legislación italiana, nosotros excluimos expresamente los casos de flagrancia para tal proceder.

En otras legislaciones, como la chilena (arts. 204° y 205° de su Código), se distinguen entre allanamientos en lugares abiertos y en lugares cerrados. Los chilenos regulan en este lado la flagrancia de modo restrictivo, admiten el

---

<sup>102</sup> **Ruiz Vadillo, Enrique**, “*La prueba en el proceso penal*”, en *La prueba en el proceso penal*, Edit. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992, pág. 74.

<sup>103</sup> **Paz Rubio, José María**, “*La prueba en el proceso penal*”, en *La prueba en el proceso penal*, Ed. Consejo General del Poder Judicial; Madrid, 1992, pág. 145. El autor llega a esta conclusión analizando la legislación española (artículos 18° num. 2 de su Constitución y 553° de la Ley de Enjuiciamientos Criminales).

allanamiento cuando se encuentren signos evidentes de que se está cometiendo el delito, pero, ¿qué ocurre si el delito acaba de cometerse y hay signos de ello?

Por otro lado, es mayoritaria la posición normativa internacional de fijar horarios para la realización del allanamiento. Tal es el caso de los Códigos chileno (207°), italiano (art. 251°), alemán (§ 104), colombiano (art. 225°. 1), el Código procesal penal modelo para Iberoamérica (art. 152°) entre otros. Nosotros no seguimos esta corriente, cosa que no nos parece mal, después de todo.

## **8. La exhibición forzosa y la incautación**

La ley establece que se requiera la autorización judicial, previa petición fundada, para que se obligue a una persona a exhibir o entregar bienes o cosas relacionadas con el delito (ya sea porque constituyen el cuerpo del delito o son necesarias para la investigación). La autorización judicial deberá tener todos los datos necesarios, así como el nombre del Fiscal autorizado, la designación del bien a exhibir o incautar con el apoyo policial, debiendo registrar con exactitud los bienes o cosas, pudiéndose lograr la autorización para tomar fotos o grabaciones, que contribuyan a los mismos fines del esclarecimiento del delito. En los casos de exhibición se cuidará de describir determinadamente el bien, objeto o documento. Corresponde al Ministerio Público la conservación de tales bienes u objetos (218°.1).

La Policía puede tomar estas medidas sin autorización ni orden judicial cuando se interviene un delito flagrante o está ante el peligro inminente de su perpetración. De ello dará cuenta, inmediatamente, al Fiscal, quien solicitará la confirmación del Juez de la investigación preparatoria (218°. 2).

## **9. Exhibición e incautación de actuaciones y de documentos no privados**

La norma procesal también se ocupa de la exhibición e incautación de las actuaciones y documentos que no tiene la calidad de privado, incluyendo aquéllos que se clasifiquen como secreto de Estado. En este último caso, se debe probar tal condición. El Juez, en coordinación con el Ejecutivo, solicitará la confirmación de la condición de los objetos como secretos de Estado. De serlo así, decidirá la clausura de la investigación por estas circunstancias (224°).

La fuente para el artículo 224° del NCPP es el 256° del C. de PP. it. El trato dado a la materia es similar en ambos, cada uno adecuado a sus instituciones, claro está.

## **10. El control de comunicaciones y documentos privados**

En esta parte estudiaremos los casos en los que la medida adoptada en la búsqueda de pruebas restrinja los derechos fundamentales a la inviolabilidad de las comunicaciones y de los documentos privados (Constitución, art. 2°. 10).

Su regulación está en el Código. Existe también una Ley especial que faculta al Fiscal para la intervención y control de comunicaciones y documentos privados en casos excepcionales, Ley N° 27697<sup>21</sup>. Con la entrada en vigencia del Código, ¿qué sucederá con ella?

Esa Ley busca regular coherentemente la facultad constitucional otorgada al Juez (por el segundo párrafo del num. 10 del art. 2° de la Constitución), pero, para una mejor sistemática, esta labor debía estar asignada al cuerpo normativo que regule todo el proceso penal. En vista de que el nuevo Código contiene disposiciones claras y adecuadas al nuevo modelo de administración de justicia, por él creado, sobre la función del Juez y del Fiscal respecto de las intervenciones de las comunicaciones de las personas, y de que el Código deroga “todas las leyes y disposiciones que se [le] opongan” (disposición derogatoria, última norma del Código); a su integral entrada en vigencia, serán las normas de éste, y no las de aquélla, las que regirán para el proceso penal.

Afectando estas medidas los derechos de las personas a la inviolabilidad de sus comunicaciones y de sus documentos privados, se debe ser cauteloso al llevarlos a cabo. El Ministerio Público no puede excederse de lo prescrito en el Código, si se obtienen fuentes de prueba inobservando las garantías que el Código establece en este punto, estaríamos frente a una prueba prohibida<sup>22</sup>.

### **10.1. Interceptación e incautación postal**

El nuevo Código procesal penal establece la posibilidad de que se pueda interceptar, incautar y abrir documentación que se dirija al imputado de manera directa o indirecta, siempre que sea indispensable para el debido esclarecimiento de los hechos que se investiguen (226°. 2). Pueden ser objeto de interceptación toda forma de comunicación contenida en soporte material, los pliegos, valores, telegramas u otros objetos de correspondencia, dirigidos al imputado o remitidos por él (226°. 1). También son susceptibles de ser intervenidos los correos electrónico (226°. 3)<sup>23</sup>.

Nuestra fuente en el Derecho comparado de la sección pertinente a la incautación de documentos privados, la encontramos en el Código italiano. Incluso copiamos en cierto modo la forma de redacción de aquél Código. Sin embargo, hemos hecho las modificaciones necesarias a nuestro sistema. Por

---

<sup>21</sup> Ley recientemente modificada por la Ley N° 28950 del 15 de enero del 2007. Esta modificación amplía el campo de aplicación del control judicial de las comunicaciones personales. Ahora se permite tal medida “sólo” en los siguientes delitos (art. 1° de la Ley 27697): secuestro agravado, trata de personas, pornografía infantil, robo agravado, extorsión agravada, tráfico de drogas, tráfico de migrantes, asociación para delinquir, delitos contra la humanidad, atentados contra la seguridad nacional, traición a la patria, peculado, corrupción de funcionarios, terrorismo, delitos aduaneros y delitos tributarios.

<sup>22</sup> Sobre la admisibilidad o no de las pruebas obtenidas con violación a los derechos fundamentales (pruebas ilícitas) ver el punto 3 del Tema 1 de este trabajo.

<sup>23</sup> De la mayor importancia que se mencione expresamente la posibilidad de intervenir correos electrónicos. La Ley 27697, de manera exageradamente amplia, entendía por comunicación a “cualquier forma de transmisión del contenido del pensamiento, o de una forma objetivada de éste, por cualquier medio”, quedando comprendida así la correspondencia electrónica.

ejemplo, acá las cartas las abre el Fiscal , no el Juez, como se hace allá. Además, complementamos mejor la institución; aparentemente aventajamos a ellos en eso.

No obstante, el legislador peruano también aprovechó los aportes de Códigos más modernos, como el chileno. De este modo tenemos la facultad de disponer copias de correspondencia electrónica, presentes en la última parte del primer párrafo del artículo 218° del CPP. Chi., y casi calcado de ahí en el artículo 226°. 3 del NCPP.

Contrario a lo que sucede con las intervenciones de comunicaciones y telecomunicaciones, en esta parte, el Código no establece un mínimo en la pena del delito investigado, sólo precisa que se instará cuando su obtención sea indispensable para el esclarecimiento de los hechos (226°. 2)<sup>24</sup>. Obviamente que se deben seguir respetando los principios de proporcionalidad y razonabilidad de la medida (203°. 1).

Para realizar estos actos se requiere el pedido formal del Fiscal al Juez de la investigación preparatoria (226°. 1). Se trata de una diligencia estrictamente reservada, con fines propios de investigación, suficientemente motivada y por el tiempo necesario, que no podrá ser mayor al periodo de la investigación (226°)<sup>25</sup>. Se exige el examen del documento retenido sólo si estuviera relacionado con la investigación; será abierto sólo por el Fiscal, incautándose, de ser necesario. Caso contrario, los documentos serán devueltos al destinatario. De todo lo actuado se levantará un acta (227°).

El procedimiento es el siguiente: Cuando el Fiscal considere indispensable, para la investigación, la interceptación de comunicaciones de este tipo del imputado, solicitará al Juez de la Investigación Preparatoria la orden para hacerlo. De ser negativa la respuesta de éste, el Fiscal podrá apelar (226°. 4). Una vez recabada la autorización, realizará (por sí o encargando su ejecución a un funcionario de la Policía o de la Fiscalía) inmediatamente la diligencia de interceptación e incautación (227°. 1). La correspondencia así interceptada es trasladada al despacho del Fiscal, donde él mismo revisará el contenido del envío. Si llega a la convicción de que es material útil para la investigación, dispondrá su incautación, dando cuenta para esto al Juez de la Investigación Preparatoria. Si, por el contrario, no lo cree así, ordenará se la devuelva a circulación, enviándola a su destinatario respectivo, de las maneras que prevé el 227°. 2. Sea o no pertinente la información, y luego que disponga lo oportuno el Fiscal, se redactará el acta correspondiente (227°.2).

Una vez cumplida la diligencia y la investigación del caso, se la hará conocer al imputado, quien podrá solicitar a la autoridad judicial, dentro los tres días de notificado, el reexamen del caso. En ese supuesto se llevará a cabo la realización de una audiencia para efectuar el control judicial de la diligencia de interceptación e incautación de documentos (228°).

---

<sup>24</sup> La Ley anterior sí restringía su utilización a ciertos delito, en general de gravedad. Ver nota anterior.

<sup>25</sup> El límite temporal para la actuación fiscal de estas medidas en la Ley 27697 era de seis meses prorrogables. Eso en general, para toda forma de intervención en comunicaciones, incluso la intervención de comunicaciones y telecomunicaciones.

## 10.2. Intervención de las comunicaciones y telecomunicaciones

Este tema es tratado en nuestro Código siguiendo la ingente cantidad de escritos sobre las escuchas telefónicas, y el desarrollo normativo de otros cuerpos legislativos, como el CPP. chi. (arts. 22º, 223º, 224º y 225º) y el C. de PP. it. (desde el art. 266 hasta el 271º; que, como el nuestro, coloca como límites a su utilización una exigencia de mínimos de penas en los delitos investigados).

Una vez dictada la resolución, con todos sus requisitos, la exigencia constitucional ha quedado cumplida, las que quedan después son exigencias ordinarias<sup>26</sup>. Los requisitos de las medidas de intervención y grabación de comunicación telefónicas u otras análogas son: a) existencia de suficientes elementos de convicción de la comisión de un delito con pena superior a cuatro años de privación de libertad, b) absoluta necesidad para la pesquisa, c) solicitud Fiscal y d) orden judicial.

La orden judicial identifica al afectado, que puede ser el imputado o un tercero que reciba o tramite comunicaciones por cuenta del investigado, que pueden ser por medio telefónico u otra medida de comunicación objeto de la investigación (230º.2). La forma de esta investigación están determinadas por el Código, su alcance y duración no podrán exceder de treinta días, salvo prórroga o plazo sucesivo, previo requerimiento Fiscal y autorización Judicial (230º.6).

Las empresas telefónicas y de telecomunicaciones están obligadas a posibilitar la realización de estas diligencias ordenadas, bajo apercibimiento de ser denunciadas por desobediencias a la autoridad (230º.4). Los ejecutores u facilitadores de la medida deben guardar secreto acerca de las mismas, salvo cuando sean citadas como testigos en el procedimiento. Las medidas de interceptación cesan cuando los elementos de convicción que les dieron fundamento desaparecen o vence el plazo fijado. Las grabaciones son entregadas al Fiscal quien las conserva de modo seguro, cuidando que no sean conocidas por terceros; además, dispone su transcripción, levantándose el acta. Lo irrelevante en materia procesal se devuelve al imputado y se destruye la transcripción o las copias de ellos.

En la legislación argentina existe sanción penal cuando se omite borrar los soportes de grabación. Al respecto, dice Francisco Pascua: “la ley 25.520 ha receptado expresamente esta regla en su Art. 20º estableciendo que si no se inicia la causa, el Juez ordenara la destrucción o borrado de los soportes de las grabaciones, introduciendo un tipo penal nuevo el cual es precisamente el de ‘omisión de destrucción o borrado de los soportes de grabaciones, copia de intervenciones postales, cablegráficas o de facsímil o de cualquier otro elemento que permita acreditar el resultado de las interceptaciones, captaciones, o desviaciones’, frente a una orden judicial en tal sentido,

---

<sup>26</sup> **Montero Aroca, Juan**, “*La intervención de las comunicaciones telefónicas en el proceso penal*”, Ed. Tirnt lo blanch, Valencia, 1999, pág. 216.

determinando una pena de prisión de tres meses a un año y medio e inhabilitación especial por doble tiempo”<sup>27</sup>.

El nuevo Código procesal penal nacional permite preservarse grabaciones relevantes para procedimientos diferentes de aquél por el que se emitió la orden judicial de intervención, siempre y cuando contengan información sobre el hecho punible.

Debe cuidarse de no caer en la ilicitud. Una intervención telefónica implica un menoscabo en el derecho a la privacidad de las comunicaciones, si no se respetan las órdenes legales al realizarlo, puede que la prueba, así obtenida, devenga en ilícita, quedando excluida del proceso. Velasco Núñez Eloy: “un remedio judicial, una creación jurídica de los tribunales como una finalidad profiláctica, disuasoria de las artimañas policiales a la hora de obtener las fuentes de prueba de modo que se consigan siempre dentro de la legalidad, so pena de ser rechazada y tenida por inexistente porque el gobierno no se debe poner al nivel de los delincuentes ni que el delito sea el medio para obtener la prueba del delito inicialmente perseguido”<sup>28</sup>.

El reexamen judicial puede ser pedido por el afectado una vez informado de lo actuado, el propósito de esta audiencia está dirigido a verificar el resultado de las diligencias ejecutadas, velar por los derechos de los afectados y, en su caso, impugnar lo decidido. Es posible no notificar al afectado, si pusiera en peligro la vida o la salud de terceros. El secreto en este caso requiere resolución judicial y plazo determinado, vencido el cual procede la audiencia de reexamen. Cuando al realizar un registro personal, una inspección o allanamiento se encuentre en poder del intervenido o en el lugar allanado un documento privado, y no se ha recabado autorización judicial previa de incautación, el Fiscal lo asegurará (sin revisarlo) y pondrá de inmediato a disposición del Juez. Seguidamente, requerirá, antes de las 24 horas, la orden de incautación (232°).

Los documentos contables y administrativos de las personas naturales y jurídicas pueden ser asegurados e incautados, siempre respetando las formalidades del art. 234°.

## **11. El levantamiento del secreto bancario y de la reserva tributaria**

El levantamiento del secreto bancario se encuentra regulado por la Constitución (art. 2° inc. 5), la ley N° 267042, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros (art. 143°). El nuevo Código procesal penal autoriza la incorporación del documento, título valores, sumas depositadas y cualquier otro bien, o al bloqueo e inmovilización de las cuentas; y autoriza la pesquisa o registro de una entidad del sistema bancario o financiero. El Juez autoriza disponer el levantamiento de la reserva tributaria y

---

<sup>27</sup> **Francisco Javier Pascua**, “Escuchas telefónicas, grabaciones de audio subrepticias y Filmaciones”, Eds. Jurídicas Cuyo, pág. 111.

<sup>28</sup> **Velasco Núñez, Eloy**, “Prueba obtenida ilícitamente”, Ed. Consejo General del Poder Judicial; 1996, pág. 431.

requiere a la administración tributaria cuando resulte necesario y sea pertinente para el esclarecimiento del caso investigado (237°).

## **12. La clausura o vigilancia de locales e inmovilización.**

El Fiscal podrá ordenar la clausura o vigilancia de locales o la inmovilización de bienes muebles, cuando sea necesario para continuar con la investigación; después de realizada la diligencia, antes de las veinticuatro horas, el Fiscal debe solicitar al Juez la resolución confirmatoria y para tal efecto adjuntará copia del acta (241°).

Esta medida restrictiva de derechos también está presente en el artículo 213° del CPP. chi. Los motivos para ella en la legislación chilena son similares a los de nuestro NCPP.

## **13. Cuadro sinóptico sobre las medidas de restricción de derechos para la búsqueda de prueba**

Luego de haber abordado de manera introductoria las medidas restrictivas de derechos para la búsqueda de prueba, será de utilidad y apoyo el que se conozca de manera rápida los requisitos para su válida adopción y las eventuales consecuencias jurídicas, así como también verificar sus objetivos y los sujetos que participan en dichos procedimientos.

**CUADRO COMPARATIVO SOBRE LA BÚSQUEDA DE PRUEBAS Y LA RESTRICCIÓN DE DERECHOS**

<b>Medida restrictiva de derecho</b>	<b>En cuanto a quién y qué grado de sospecha</b>	<b>Para qué</b>	<b>Por orden de quién</b>	<b>Quién tiene la competencia para ejecutar</b>	<b>Qué, con qué medio</b>	<b>Derechos del sujeto a la medida</b>	<b>Excepciones</b>
<b>Control de identidad policial (art. 205)</b>	Al ciudadano, en caso que se considere que resulta necesario. En el lugar que se hubiera hecho el requerimiento.	Para prevenir un delito o para obtener información de un hecho punible.	Policía de oficio.	El policía.	Medios de identificación (DNI).	Exigir la identidad del policía y su dependencia.	Necesita orden del Ministerio Público cuando se opone a la tomada de fotografía.
<b>Videovigilancia (art. 207)</b>	Los investigados por delitos violentos y graves o contra organizaciones delictivas, en la residencia del investigado o de otras personas.	Cuando resulten indispensables para cumplir los fines de esclarecimiento o cuando la investigación resulte menos provechosa o se vería seriamente dificultado por otros medios.	Fiscal de oficio o a pedido de la policía.	Fiscal y policía.	Con medios técnicos de toma de imagen y registro de imágenes.		Se requiere autorización judicial cuando los medios técnicos de investigación se realizan en el interior del inmueble o de lugares cerrados.

<b>Pesquisas (208°)</b>	Estado de personas, caso y en lugares y en lugares abiertos.	Comprobar el estado de las personas, lugares cosas, los rastros y otros efectos materiales que hubiera, de utilidad para la investigación.	Fiscal.	Policía de oficio dando cuenta al fiscal o por orden de éste.	Medios no determinados.	Antes de proceder se invita a la persona a que exhiba el bien y se le dirá por qué se le interviene.	Se levantara un acta que describe lo acontecido con todo los medios técnicos adecuados y necesarios.
<b>Retenciones (209°)</b>	Ala persona que se realiza la pesquisa. Motivos plausibles para encontrar rastros del delito.	No se ausente del lugar no más de cuatro horas.	Fiscal.	Policía.	Conducción a la dependencia policial.	Solo dura cuatro horas.	Para extender la retención mas de cuatro horas se debe recabar la orden judicial.
<b>Registro de personas, es una pesquisa. (210°)</b>	El cuerpo de la persona, incluyendo sus cavidades corporales y objetos que porte.	Obtener objetos relacionados con el delito.	Fiscal.	Policía.	Los medios necesarios según corresponda al caso, también se puede realizar con una persona de confianza si se hallara rápidamente.	Antes de proceder, se invita a la persona a que exhiba el bien y se le dirá por qué se le interviene.	Si el sujeto exhibe el bien, ya no se procede.

<b>Intervención corporal (211°)</b>	El cuerpo de la persona.	Establecer hechos significativos de la investigación.	Juez.	Un medico o profesional especializado siempre.	Extracciones de sangre o fluidos, intervenciones genético-moleculares, así como exploraciones radiológicas.	Si se pudiera ofender el pudor de la mujer, se puede admitir otra mujer o un familiar. Las personas distintas del investigado, pueden rehusar la intervención por los mismos motivos que el testigo.	Cuando no se pudiera esperar la orden judicial, procede con orden del fiscal. El fiscal instará, en este caso, inmediatamente, confirmación judicial. El fiscal o la policía, con conocimiento del fiscal, procederá a mínimas intervenciones.
-------------------------------------	--------------------------	---	-------	--	---	--	--

<p><b>Examen corporal para prueba de alcoholemia. (213°). Es un tipo de intervención corporal.</b></p>	<p>La comprobación de tasas de aire respirado se efectúa en el lugar de la intervención, generalmente carreteras. La intervención corporal para prueba de alcoholemia, en el centro de control sanitario correspondiente.</p>	<p>Comprobar el estado del sujeto. Con ello se busca prevenir el delito o investigar el que ya se realizó.</p>	<p>No se requiere orden judicial ni fiscal</p>	<p>La policía con dando cuenta al Ministerio Público.</p>	<p>La comprobación de tasas de alcoholemia en aire respirado.</p>	<p>Es facultativo el examen de sangre u otros.</p>	<p>Primero se realiza la prueba de alcohol en aire respirado. Luego, de ser positiva o evidente el estado de ebriedad o intoxicación, se le realiza prueba de intoxicación en la sangre o en otros fluidos, según prescripción del facultativo.</p>
<p><b>Allanamiento (214°).</b></p>	<p>Una casa, habitación, casa de negocio, sus dependencias cerradas, recinto habitado.</p>	<p>Encontrar al imputado, a personas evadidas o cosas relevantes para la investigación.</p>	<p>Juez.</p>	<p>Fiscal, con apoyo de la policía.</p>		<p>Exigir copia de autorización. Hacerse asistir o representar por persona de su confianza.</p>	<p>Puede haber allanamiento sin orden judicial. Los motivos para lo cual constará detalladamente en acta.</p>

<b>Exhibición e incautación de bienes (218°)</b>	Quien tenga el objeto requerido.	Obtener el cuerpo del delito o de otras cosas relacionadas con él o necesarias para el esclarecimiento de los hechos.	Juez y Fiscal.	Fiscal y/o policía.		Procede cuando el requerido se niega a entregar o exhibir el bien, o cuando la Ley así lo prescribiera. Lo exhibido se describirá con detalle. Lo incautado se conservará y custodiará.	P no necesitará OJ cuando se trate de delito flagrante, de lo que dará cuenta al F. El F dispondrá la medida cuando existiera peligro por la demora. En ambos casos, el F solicitará confirmación judicial.
<b>La exhibición e incautación de documentos no privados (224° y ss.)</b>	Actuaciones y documentos que no tienen calidad de privados.	Cuando resulte necesario para la investigación.	Fiscal.		Ningún medio en especial.		Cuando se trata de secreto profesional y secreto de Estado, el Fiscal acudirá al juez de la investigación preparatoria.
<b>Interceptación e incautación postal (226° y ss.)</b>	Las cartas pliegos, valores, telegramas y otros objetos de correspondencia dirigidos al imputado o remitidos por él.	Cuando resulte necesario para la investigación.	Juez de la investigación preparatoria	Fiscal y Policía.	Los idóneos.		Si la persona persiste en su negativa alegando secreto de Estado o inmunidad diplomática, se procederá conforme el num. 3 del artículo 224°.

<p><b>La intervención de comunicaciones y telecomunicaciones (230°)</b></p>	<p>Investigado o contra personas que realizan actividades encomendadas por el procesado que tengan que ver con el delito investigado. Para delitos con pena privativa de libertad mayor de cuatro años, y la intervención sea absolutamente necesaria.</p>	<p>Como medio prueba necesario para la investigación.</p>	<p>Juez de la investigación preparatoria</p>	<p>El Fiscal.</p>	<p>Con los elementos técnicos de telecomunicación.</p>		<p>La intervención no puede exceder de 30 días, salvo motivación expresa del juez.</p>
<p><b>Levantamiento del secreto bancario y la reserva tributaria (235°)</b></p>	<p>Al incautación de documentos y títulos valores, sumas depositadas y cualquier otro bien, aunque no pertenezca al imputado.</p>	<p>Cundo sean necesarios y pertinentes para el esclarecimiento del caso investigado.</p>	<p>Juez de la investigación preparatoria</p>	<p>Fiscal Y Administración tributaria.</p>	<p>A través de las instituciones correspondientes</p>	<p>Secreto bancario y reserva tributaria.</p>	
<p><b>La clausura o vigilancia de locales e Inmovilización. (237°)</b></p>	<p>Locales o bienes muebles que por su Naturaleza no pueden ser trasladados.</p>	<p>Cuando fuere indispensable para la investigación de un delito, sancionado con pena privativa de libertad superior a los cuatro años</p>	<p>Juez.</p>	<p>Fiscal y la policía.</p>	<p>Se llevara a cabo mediante la redacción de acta que será suscrita en el mismo lugar.</p>		<p>La medida no puede de quince días.</p>



## V. LA PRUEBA ANTICIPADA

### 1. La prueba anticipada

La regla general respecto de la rendición o recepción de la prueba es que ésta debe practicarse en el juicio oral y ante el Juez penal correspondiente. Empero, peligrarán los fines del proceso cuando sea muy posible que la fuentes de prueba no puedan ser actuadas en el juicio oral. Ocurre, entonces, el llamado incidente probatorio. Para evitar el perjuicio de la prueba, se admite, como excepción a la regla general, que sea actuada antes del juicio y se constituya así en una “prueba anticipada” -término con el que es regulado en el título IV de la sección II del nuevo Código procesal penal<sup>104</sup> (el Código de procedimientos penales de 1940 no admite la figura)-.

Las solicitudes para la recepción anticipada de la prueba se dirigen ante el Juez de la investigación preliminar. Están legitimados para pedirla todos los sujetos procesales (el Código enfatiza la figura del Fiscal) (242°)<sup>105</sup>.

La actuación de una prueba anticipada se solicita durante la investigación preparatoria o en la etapa intermedia (242°. 2), antes de remitir la causa al juzgado penal siempre que exista tiempo suficiente para realizarla en debida forma (243°. 1), y en razón del peligro fundado de que esa fuente de prueba no pueda ser actuada en el juicio oral.

Puede haber prueba anticipada en los siguientes casos (242°. 1): a) testimonial, b) examen pericial, c) careo, d) reconocimientos, e) inspecciones y f) reconstrucciones<sup>106</sup>.

En el caso de la testimonial, el examen pericial y el careo, el motivo apremiante es por enfermedad u otro grave impedimento, o porque se está sobornando o amenazando al declarante (testigo o perito) para que no declare o lo haga falsamente. En cambio, los reconocimientos, las inspecciones y las reconstrucciones se anticipan cuando por su naturaleza y características deben ser considerados actos definitivos e irreproducibles y no sea posible su realización en el juicio.

Admitida la solicitud de actuación de una prueba anticipada, el Juez correrá traslado por dos días para que los demás sujetos procesales presenten sus consideraciones respectivas (244°. 1). En este lapso el Fiscal puede solicitar, motivadamente, el aplazamiento de la diligencia solicitada por otra de las partes cuando su realización pueda perjudicar los actos de investigación inmediatos (244°. 2). Luego el Juez tiene dos días para decidir si acoge o no la

---

<sup>104</sup> En otras legislaciones, como la italiana, se la regula bajo la expresión “incidentes probatorios”.

<sup>105</sup> En Italia los legitimados para solicitarla son el Ministerio Público, el agraviado, eventualmente, y el procesado; **Franco Cordero**, “*Procedimiento penal*”, t. II, Editorial TEMIS SA, Santa Fe de Bogotá, 2000, p.185. En Chile, en cambio, sólo lo puede hacer el fiscal, cuando el testigo, después de declarar ante él, manifestase la imposibilidad de concurrir a la audiencia de juicio oral (art. 191°, incs. 1 y 2 del CPP chileno); mientras que en la audiencia de preparación del juicio oral, puede solicitarlo cualquier interviniente en el proceso y no sólo respecto al testimonio, sino también a la pericia. Para la legislación chilena ver a **López Masle**, op. cit. pág. 143.

<sup>106</sup> Como se dijo, en el sistema chileno sólo se la admite en caso de testimonio y pericia.

solicitud y, en su caso, si aplaza la diligencia (indicando el plazo respectivo) (244°. 3).

El Juez puede abreviar los términos para asegurar la práctica de la prueba. Incluso puede, a pedido del Fiscal, disponer su actuación inmediata, sin traslado alguno, cuando existe peligro inminente de pérdida del material probatorio. En este caso se designará un abogado de oficio para que controle el acto, siempre que no se pueda comunicar su actuación a la defensa (244°. 4). La resolución que contenga la decisión del Juez al respecto (acogiendo o desestimando la solicitud, disponiendo el aplazamiento o realización inmediata de la actuación del medio probatorio) es apelable, con efecto devolutivo (246°).

La resolución que dispone la realización de la prueba anticipada especificará el objeto de la prueba, los interesados en su práctica y la fecha de audiencia (no menor al décimo día desde la citación), donde se citará a todos los sujetos procesales, sin excepción, realizada, preferentemente en una sola audiencia (244°. 5 y 6).

Se citará a la audiencia a todos los sujetos procesales, de los cuales sólo son indispensables el Fiscal y el abogado defensor (245°. 2). De no presentarse éste, se nombrará uno de oficio, a menos que, por la naturaleza de la prueba, pueda esperar su práctica (245°. 1). Estas disposiciones tienen su razón de ser; buscan evitar las tretas que intenten impedir la actuación de la prueba. Atendiendo las garantías del proceso, se pudo exigir también la presencia del imputado o acusado o investigado, pero no se podía condicionar la validez del acto siempre a la presencia de este sujeto procesal, él es irremplazable. En cambio, si el ardid del imputado perjudicado con la actuación probatoria es no enviar al abogado defensor, éste sí puede ser reemplazado por uno de oficio, manteniendo vigente así incólume su derecho a defensa. Aclaramos que principalmente la exigencia de un abogado defensor, aun de oficio, en las actuaciones de pruebas anticipadas no se instauró pensando en las formas maliciosas de defensa, sino en respetar efectivamente el derecho a la defensa ante la premura de actuar una prueba que muy probablemente será perdida por el transcurso del tiempo.

Las formalidades de la prueba anticipada serán las mismas que las establecidas para la prueba en el juicio oral (245°. 3). Los documentos agregados al cuaderno de prueba serán remitidos al Fiscal, pero los defensores tendrán derecho a conocerlos y a obtener una copia (245°. 5).

Una regla importante en un sistema acusatorio es la prohibición de introducir al juicio una prueba mediante su lectura –contrario a los sistemas inquisitivos–. La incorporación para la lectura en juicio de actas conteniendo la prueba anticipada es una excepción (383°. 1).

La sección que trata la prueba anticipada se la debemos en gran medida al Código italiano, que es fuente evidente de esta institución en nuestro Código.

Hemos tomado de ellos los requisitos de la solicitud de prueba anticipada (243°.1 y 2 del NCPP, y 393°. 1 del Código italiano), los casos de

procedencia (392° del Código italiano), el aplazamiento de la prueba anticipada –es de notar cómo en este último punto hemos sintetizado convenientemente los arts. 397°, 398° y 401°. 1 del C. de PP. it. en el 244°. 1 y 2 del NCPP–.

En Chile se permite solicitar la prueba testimonial (y la pericial) en la preparación del juicio oral (280° de su Código).

También el Código de procedimiento penal colombiano prevé la anticipación de la prueba (arts. 284° y 285°), aunque consideramos que su tratamiento no alcanza la sistemática e idoneidad del peruano.

## **2. La prueba anticipada y la prueba preconstituida**

No es nuestra intención, en esta parte, discurrir extensivamente sobre el tema de la prueba preconstituida, pero nos parece necesario resaltar algunas de las diferencias entre ésta y la prueba anticipada.

Si bien la prueba anticipada comparte ciertas características comunes con la prueba preconstituida –como la de ser medio de aseguramiento de la prueba ante su irrepitibilidad–, no son lo mismo. La prueba anticipada se practica durante la investigación preparatoria (o en la etapa intermedia); mientras que la prueba preconstituida, antes del inicio formal del proceso. Las primeras se adecuarán a los requisitos que tenga la prueba en el juicio oral, especialmente la inmediación ante el Juez. Mientras que las últimas no requieren ni presencia del Juez ni necesario emplazamiento a las partes, puesto que se tratan de diligencias como inspecciones oculares preliminares, levantamiento del cadáver, necropsia, pericia médico legal y otras similares<sup>107</sup>. Ambas ingresan al juicio a través de la lectura de documentos; “la finalidad de dicha lectura consiste, de un lado, en posibilitar la contradicción por las propias partes y, de otro, impedir que, a través del principio del examen de oficio de la prueba documentada, pueda introducirse, en calidad de prueba, todos los actos de investigación que naturalmente quedan plasmados en las oportunas actas”<sup>108</sup>.

---

<sup>107</sup> San Martín Castro, César, y César Azabache Caracciolo, “Obtención y valoración de la prueba”, Curso a distancia para magistrados, Academia de la Magistratura, 2000, pp. 41 y 42.

<sup>108</sup> Gimeno Sendra, Vicente, “Derecho procesal penal”, 2ª ed., Editorial Colex, Madrid, 1997, p. 378.

A continuación un pequeño cuadro comparativo<sup>109</sup>:

	<b>Prueba preconstituida</b>	<b>Prueba anticipada</b>
Por su naturaleza	Es condición de la prueba preconstituida su irrepetibilidad.	En principio, la actuación de esta prueba está reservada al juicio oral. Las circunstancias del caso la convierten en irrepetibles.
Por las condiciones para su validez	Sólo se exige las garantías de actuación previstas en la Constitución y en la Ley, no requiere presencia del Juez ni emplazamiento a las partes.	Debe ser actuada con los requisitos que corresponderían a su práctica en el juicio oral. Requiere presencia de abogado defensor (aun de oficio) y del Fiscal, como mínimo, los demás sujetos procesales serán notificados, pero su presencia no es indispensable.
Según el momento en que aparecen	Generalmente se origina antes del inicio formal del proceso penal, cuando la Policía inicia su actividad para verificar la noticia del crimen.	Se produce dentro del proceso, en la investigación preparatoria. Sus actuaciones pueden realizarse durante la etapa intermedia.
Ejemplos	Levantamiento del cadáver, el allanamiento, inspecciones oculares preliminares.	El peligro de muerte del testigo antes de rendir su declaración en el juicio oral.

<sup>109</sup> Fuentes principales para este cuadro comparativo: **Pedro Angulo Arana**, “*La investigación del delito en el nuevo Código procesal penal*”, Ed. Gaceta Jurídica, Lima, 2006, pág. 179 y 180, y **César San Martín Castro** y **César Azabache Caracciolo**, op. cit., pp. 42 y 43.

## **VI. MEDIDAS DE PROTECCIÓN**

En muchas ocasiones, los testigos, peritos o cualesquiera colaboradores de la justicia, pueden mostrarse reticentes a declarar ante la autoridad. Esto puede deberse a muchas razones, pasando desde *“el temor de sufrir represalias por parte de los imputados o de personas u organizaciones afines a ellos”*<sup>110</sup>, hasta el soborno por parte de los mismos. En tales circunstancias la actividad probatoria peligra.

El Estado adopta medidas con las que se protege la eficacia de la prueba en situación de riesgo, tratando de realizar así el objeto del proceso penal, que es la búsqueda de la verdad.

Con estas medidas se busca poner a salvo a testigos, peritos, agraviados o colaboradores ante un peligro considerable. Este peligro grave recae sobre la persona, la libertad o bienes de quien se pretenda amparar en ellas, su cónyuge o su conviviente, o sus ascendientes, descendientes o hermanos (247°).

Existen dos clase de medidas de protección, las generales y las especiales, las que varían según la clase de testigo al cual se protege. El Juez o el Fiscal, según corresponda, adoptará, aun de oficio, de acuerdo al grado de peligro, cualquiera de las siguientes medidas de seguridad (248°):

a. Medidas generales de protección.- Se dan desde el inicio del proceso penal hasta la finalización del juicio. Podrán consistir en la sustitución de la identidad y en la provisión de los recursos económicos indispensables para el cambio de domicilio y de ocupación, entre otros.

b. Medidas especiales de protección.- El derecho cautelar especial se refiere a la situación del testigo dentro del proceso, es decir, durante la audiencia ante el tribunal donde cumple su función de órgano de prueba. Estas vendrían a ser medidas especiales de protección. Estas medidas no se aplican siempre en todos los países, porque, como dice Mario Rudi, están *“disconformes con esa opinión permisiva, y para despejar cuál es el rango de hermetismo legalmente permitido en el asunto, es prudente hacer un deslinde entre las circunscripciones del testimonio a puertas cerradas, del testimonio por video, del testimonio por oídas y del testimonio anónimo”*<sup>111</sup>. Tales medidas son la citadas por Rudi, a la que podemos agregar el testimonio por videoconferencia, que admite nuestro nuevo Código.

Este mismo Código prevé las siguientes medidas de protección:

1. Protección Policial: Se designa personal policial permanente en el domicilio del beneficiado y en sus desplazamientos cotidianos. También puede incluir el cambio de residencia a un lugar no conocido, el traslado del protegido a un local o vivienda especial y, de modo general, la

---

<sup>110</sup> Solé Riera, Jaime, *“La tutela de la víctima en el proceso penal”*, Barcelona, 1997, pág. 109.

<sup>111</sup> Rudi, Daniel Mario, *“Protección de testigos y proceso penal”*, pág. 116.

- ocultación de su paradero para todos los efectos (arts. 248°.a, del Código y 9°.a del Reglamento de Medidas de Protección de Colaboradores, Víctimas, Testigos y Peritos).
2. Cambio de residencia. Se otorga cuando le colaborador es amenazado en razón de su ubicabilidad domiciliaria (248°. b).
  3. Ocultación de paradero. Se dispone no revelar el paradero del beneficiado con esta medida. Por las mismas razones que la anterior (248°. c).
  4. Reserva de identidad y demás datos personales en las diligencias que se practiquen, y cualquier otro dato que pueda servir para su identificación, pudiéndose utilizar, a fin de individualizar al sujeto, un número o cualquier otra clave<sup>112</sup> (248.d; arts. 22°. 2 de la Ley 27378 y 9°. b de su Reglamento). Debido a que el simple testimonio no prueba nada si no está corroborado con otras pruebas, no peligró el principio de contradicción.
  5. Utilización de cualquier procedimiento que posibilite su identificación visual normal en las diligencias que se practiquen (248°. e; y arts. 22°. 3 de la Ley 27378 y 9°. c de su Reglamento). Siempre ante el peligro de ser reconocidas por el acusado o cualquier allegado suyo, y de sufrir una ulterior represalia, pero, además, se prevé el no reconocimiento por parte de los medios de prensa, con los mismos fines.
  6. Fijación como domicilio, a efectos de citaciones y notificaciones, la sede de la Fiscalía competente, a la cual se las hará llegar reservadamente a su destinatario (248°. f; y arts. 22°. 4 de la Ley 27387 y 9°. e de su Reglamento).
  7. Utilización de procedimientos tecnológicos, tales como videoconferencias u otros adecuados, cuando peligró el declarante y se requiera preservar el derecho de defensa de las partes (248°. g, y art. 9°.d del Reglamento de la Ley 27378). Estas medidas se adoptarán para evitar que se ponga en peligro la seguridad del protegido, una vez desvelada su identidad y siempre que lo requiera la preservación del derecho de defensa de las partes en el proceso penal.

Las medidas adicionales son: a) Se evitará que los protegidos sean fotografiados o que de cualquier otro modo se le tome su imagen, procediendo al decomiso de las imágenes captadas, b) se les facilitará traslados en vehículos para las diligencias y un ambiente reservado para su uso exclusivo en las dependencias judiciales para su declaración, c) si el Fiscal estima que se mantiene el peligro grave, una vez finalizado el proceso, dispondrá la

---

<sup>112</sup> El Código chileno también prevé la ocultación del domicilio del testigo, pero tratándose de su identidad sólo se restringirá su conocimiento público, mas no ante el procesado. Ver **Horvitz Lennon**, op. cit., pág. 282. En cambio, en Alemania, con la declaración de ocultación de la identidad, el testimonio sólo es incorporable al juicio oral mediante un testigo de referencia, ya no está disponible en el proceso; ver **Schlüchter**, op. cit., p. 125.

continuación de las medidas de protección, y d) excepcionalmente, el Juez, a pedido del Fiscal, podrá ordenar la emisión de documentos de nueva identificación y de medios económicos para cambiar su residencia o lugar de trabajo (249°).

Existen otras disposiciones adicionales para los mismos sujetos en los procesos por el delito trata de personas: “El Estado directamente, o en coordinación con otros Estados, organismos no gubernamentales y sociedad civil, proporcionan a las víctimas, colaboradores, testigos, peritos y sus familiares directos o dependientes como mínimo: la repatriación segura; alojamiento transitorio; asistencia médica, psicológica, social, legal, y mecanismos de inserción social”<sup>113</sup>.

El Juez competente para el juicio se pronunciará sobre la procedencia de mantener, modificar o suprimir todas o alguna de las medidas de protección adoptadas por el Fiscal o el Juez durante la investigación preparatoria o la etapa intermedia, así como si proceden o no otras nuevas (250°. 1).

Si alguna de las partes solicita motivadamente, antes del juicio oral o para actuar una prueba anticipada referida al protegido, el Juez evaluará la necesidad de otorgarlo. Ello no afecta garantías de protección (250°. 2).

Dentro del tercer día de la notificación de la identidad de los protegidos, las partes pueden proponer nuevas pruebas tendentes a acreditar alguna circunstancia que pueda incluir en el valor probatorio de su testimonio (250°. 3).

El afectado por una medida de protección dictada por el Fiscal, puede recurrir al Juez de la investigación preparatoria para que examine su procedencia (251°. 1). Suele suceder que el afectado por la medida de protección sea el acusado, puesto que se puede dificultar la tarea de su defensa; sin embargo, también puede ocurrir que lo sea el mismo sujeto sobre el que recae la medida, bien porque su alcance no le garantiza su protección o porque su aplicación es irrazonablemente excesiva, alterando innecesariamente su vida cotidiana.

Contra las resoluciones sobre medidas de protección procede la apelación, con efecto devolutivo (251°. 2).

Las medidas de protección a los órganos de prueba también están desarrolladas en la legislación chilena, en los arts. 78°. b, 308° y 322° de su Código. Ellos mencionan protección de testigos y de terceros involucrados, incluyendo, como nuestro Código, a peritos, colaboradores y agraviados.

El artículo 252° del NCPP está dirigido a los órganos estatales directamente, y en especial al Ejecutivo. Ordena reglamentar los alcances del título referido a las medidas de protección y definir el Programa de protección

---

<sup>113</sup> Art. 7° de la Ley N° 28950, Ley contra la trata de personas y el tráfico ilícito de inmigrantes, publicada el 16 de enero del 2006.

de agraviados, testigos, peritos y colaboradores de la justicia. Hay una norma reglamentaria, ya mencionada muchas veces, es la Ley N° 27378.

## **BIBLIOGRAFÍA GENERAL**

ABAD YUPANQUI, Samuel B. *Límites respecto al contenido esencial de los derechos fundamentales: Estudio preliminar*. Themis 21. Segunda época. T. II. Lima. 1992.

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto y Ricardo LEVENE (hijo). *Derecho Procesal Penal*. T. III. Editorial Guillermo Kraft Ltda. Buenos Aires. s/f.

ALSINA, Hugo. *Tratado teórico práctico de Derecho procesal civil y comercial*. 2ª ed. T. III: Juicio Ordinario. Ediar S. A., Editores. Buenos Aires. 1961.

ANGULO ARANA, Pedro. *La investigación del delito en el nuevo Código procesal penal*. Ed. Gaceta Jurídica. Lima. 2006.

ASENCIO MELLADO, José María. *La prueba prohibida y prueba preconstituida*. 1ª ed. Edit. Trivium. S.A. Madrid. 1989.

ASENCIO MELLADO, José María. *Presunción de inocencia y prueba indiciaria*. En: AA.VV. *Los principios del proceso penal y la presunción constitucional de inocencia*. En: *Cuadernos de Derecho Judicial*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 1992.

BELING, Ernest. *Derecho proceso penal*. Tr. De Miguel Fenech. Editorial Labor. Barcelona. 1943.

CABANILLAS, Guillermo. *Diccionario de Derecho Usual*. T. II. Bibliografía Omeba. Argentina. 1968.

CAFFERATA NORES. *La Prueba en el Proceso Penal*. 2ª ed. Ediciones Depalma. Buenos Aires. 1994.

CAFFERATA NORES, José. *Temas de Derecho procesal penal*. Ediciones Depalma. Buenos Aires. 1988.

CARNELLUTTI, Franceso. *Estudios de derecho procesal*. Vol. II. Buenos Aires. Ed. EJE. 1959.

CARNELLUTTI, Franceso. *La Prueba civil*. 2ª ed. Ed. Depalma. Buenos Aires. 1982.

CARRIO, Alejandro D. *Garantías constitucionales en el proceso penal*. Hammurabi. Buenos Aires. 2000.

CHIESA APONTE, Ernesto L. *Tratado de Derecho probatorio*. T. I. 1ª ed. Publicaciones JTS. 2005.

CHIESA APONTE, Ernesto L. *Derecho procesal penal de Puerto Rico y Estados Unidos*. Vol. III. Editorial Forum. 1995.

CLIMENT DURÁN, Carlos. *La Prueba Penal*. Tirant lo blanch. Valencia. 1999.

COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS. *Comentarios sobre la constitucionalidad del artículo 205º del nuevo Código procesal penal (Decreto Legislativo 957)*.

CORDERO, Franco. *Procedimiento penal*. T. II. Editorial TEMIS SA. Santa Fe de Bogotá. 2000.

CORNISH, Tímoti W. *La necesidad del pragmatismo en la reforma procesal*, ponencia en Lima -10 de julio de 1992- en mimeo.

COUTURE, EDUARDO J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3ª ed. Póstuma. Ed. Depalma. Buenos Aires. 1988.

COUTURE, Eduardo J. *Las reglas de la sana crítica en la apreciación de las prueba testimonial*. Montevideo. 1941.

DANNECKEN, Gerhard. *Los límites en la utilización de la prueba en el proceso penal alemán*. En: *La prueba en el nuevo proceso penal oral*. Rodrigo Coloma Correa, editor. Santiago. 2003.

DELLEPIANE, Antonio. *Nueva Teoría de la Prueba*. 8ª ed. Edit. Temis. Colombia. 1981.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Compendio de pruebas judiciales*. ts. I y II. Santa Fe. Rubinzal – Culzoni Editores. Santa Fe-Argentina. 1984.

DU PASQUIER, Claude. *Introducción al Derecho*. 3ª ed. Editora Humboldt S.A. Lima. 1983.

DUQUE, Juan Arias, y José ALBARRACÍN DURÁN. *Control de garantías en la Ley 906 de 2004*. En: (VV.AA.) *El proceso penal acusatorio colombiano*. T. II: Las audiencias en el juicio oral. Ediciones jurídicas Andrés Morales. Bogota. 2005.

FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. 1ª ed. Edit. Trotta. Madrid. 1995.

FERRATER MORA, José. *Diccionario de Filosofía Abreviado*. 15ª ed. Editorial Sudamericana. Buenos Aires. 1984.

FLORIÁN, Eugenio. *De las pruebas penales*. Ts. I y II. 3ª ed. TEMIS. Bogotá. 1990.

FLORIÁN, Eugenio. *Elementos de Derecho procesal Penal*. Editorial Bosh. Barcelona. 1931.

FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Jurisprudencia Penal, Ejecutorias Supremas y Superiores 1998-2001*. Jurista Editores. Lima. 2002.

GARCÍA VALENCIA, Jesús Ignacio. *Las pruebas en el proceso penal colombiano* (Parte General). 1ª ed. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez Ltda. Colombia. 1993.

GARDELLA Juan, Carlos. *Ficción Jurídica*. En *Enciclopedia jurídica Omeba*. Tomo XII (Fami-Gara). Editorial Bibliográfica Argentina. Buenos Aires. 1967.

GHIRARDI, Olsen. *Lógica del proceso judicial*. Marcos Lerner, editora. Córdoba. 1987.

GIMENO SENDRA, Vicente. *Derecho procesal penal*. 2ª ed. Editorial Colex. Madrid. 1997.

GIMENO SENDRA, Vicente y otros. *Derecho Procesal*. t. II: El Proceso Penal. 3ª ed. Editorial Tirant lo blanch. Valencia. 1990.

GÓMEZ COLOMER, Juan Luis. *El Proceso Penal Español (para no Juristas)*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. 1993.

GORPHE, Francois. *La Crítica del Testimonio*. Trad. de Ruiz Funes. Madrid. 1934.

GUARIGLIA, Fabricio. *Las prohibiciones probatorias*. En: *El nuevo Código procesal Penal de la Nación (Análisis Crítico)*. Pról. de Julio B. J. Maier. Editores Del Puerto S.R.L. Buenos Aires. 1993.

HÄBERLE, Peter. *La libertad fundamental en el estado constitucional*. Ed. PUCP. Lima. 1997.

HAIRABEDIÁN, Maximiliano. *Eficacia de la prueba ilícita y sus derivados en el proceso penal*. Had-hoc Editor. Buenos Aires. 2002.

HENDLER Edmundo S. *Derecho penal y procesal penal de los Estados Unidos*. 1ª ed. Editorial. Ad Hoc. S.R.L. Buenos Aires. 1996.

KOPNIN, P. V. *Lógica dialéctica*. Grijalbo. México. 1976.

HORVITZ LENNON, María Inés y Julián LÓPEZ MASLE. *Derecho procesal penal chileno*. T. II. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 2002.

HUERTAS MARTÍN, Isabel. *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*. Edit. Bosch. Barcelona. 1999.

*Jurisprudencia Penal*. T. I. Editora Normas Legales. Trujillo. 2003.

LANDA ARROYO, César. *Constitución y fuentes del derecho*. Ed. Palestra. Lima. 2006.

MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés. *La Prueba Indiciaria*. En: *La prueba en el proceso penal*. Centro de Estudios Judiciales. Colección, Cursos. Vol. 12. Ministerios de Justicia, Centro de Publicaciones. Madrid. 1993.

MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio-Luis. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Pról. Luis Sáenz Dávalos. Tabla XIII Editores. Trujillo. 2005.

MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal*. T. I (Fundamentos). 2ª ed. Editores Del Puerto S.R.L. Buenos Aires. 1996.

MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal argentino*. 1ª ed. Ed. Hammurabi. T. I, vol. b. Buenos Aires. 1989.

MANS PUIG ARNAU, Jaime. *Lógica para juristas*. Bosch. Barcelona. 1978.

MANZINI, Vicenzo, *Tratado de Derecho procesal penal*. T. IV. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires. 1953.

MARTÍN PALLIN, José Antonio. *El Interrogatorio de imputados y testigos*. En: AA.VV. *Los principios del proceso penal y la presunción constitucional de inocencia*. En: *Cuadernos de Derecho Judicial*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 1992.

MARTÍNEZ RAVE, Gilberto. *Procedimiento penal colombiano*. 1ª ed. Ed. Temis. Colombia. 1996.

MÉNDEZ LONGORIA, Miguel Ángel. *Prueba pericial en Estados Unidos de América*. En: *La prueba en el nuevo proceso penal oral*. Rodrigo Coloma Correa, editor. Santiago. 2003.

MICHELLI. *Curso de Derecho procesal civil*. Vol. I. Ed. EJEA. Buenos Aires. 1970.

MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*. Edit. Bosch. Barcelona. 1999.

MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*. Pról. Manuel Serra Domínguez. José María Bosch, Editor. Barcelona. 1997.

MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, "La valoración de la prueba a la luz del nuevo Código procesal penal peruano de 2004", En: *El Derecho procesal contemporáneo*, Libro homenaje a Raúl Peña Cabrera. t. II. Jurista Editores. 2006.

MONTERO AROCA, Juan. *La intervención de las comunicaciones telefónicas en el proceso penal (un estudio jurisprudencial)*. Tirant lo blanch. Valencia. 1999.

O'DONNELL, Daniel. *Protección Internacional de los Derechos Humanos*. 2ª ed. Auspiciado por la Fundación Friedrich Naumann. IIDH. Comisión Andina de Juristas. 1988.

ORTELLS RAMOS, Manuel, con MONTERO AROCA. *Derecho Jurisdiccional*. t. III. Bosch. 1994.

PABÓN GÓMEZ, Germán. *La Lógica del Indicio en Materia Criminal*. 2ª ed. Edit. Temis. Bogotá. 1995.

PAREDES PALACIOS, Paúl. *Prueba y presunciones en el proceso laboral*. 1ª ed. ARA Editores. 1997.

PASCUA, Francisco Javier. *Escuchas telefónicas, grabaciones de audio subrepticias y Filmaciones*. Ed. Jurídicas Cuyo.

PEYRANO, Jorge. *El proceso civil: Principios y fundamentos*. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1978.

PRIETO SANCHIZ, Luis: *La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades*. En: *Pensamiento constitucional*. PUCP. Fondo Editorial. 2002. año VIII, N° 8.

QUISPE FARFÁN, Fany Soledad. *El registro personal y las intervenciones corporales*. En *El nuevo proceso penal: Estudios fundamentales*. Cubas Villanueva, Doig Díaz y Quispe Farfán, coordinadores. Palestra Editores. Lima. 2005.

RENARD, G. *Introducción filosófica al estudio del Derecho*. T. I. Desclée. Buenos Aires. 1947.

ROJAS VARGAS, Fidel. *Jurisprudencia Procesal Penal*. Gaceta Jurídica. Lima. 1999.

ROJASI PELLA Carmen. *Ejecutorias Supremas Penales, 1993 – 1996*. Legrima Editorial, 1997.

ROSEMBERG, Leo. *La carga de la prueba*. Buenos Aires. Ed. EJE. 1956.

ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*. Trad. de la 25ª edición alemana de Gabriel E. Córdoba y Daniel R. Pastor. Editores del Puerto. Buenos Aires. 2000.

RUDI, Daniel Mario. *Protección de testigos y proceso penal*. Pról. de Jorge Reinaldo Vanossi. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Buenos Aires. 2002.

RUIZ VADILLO, Enrique. *La actividad probatoria en el proceso penal español y las consecuencias de violarse en ella algún principio constitucional de*

*producirse determinadas irregularidades procesales.* En AA.VV. *La prueba en el proceso penal.* En: *Cuadernos de Derecho judicial.* Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 1992.

SCHLÜCHTER, Ellen. *Derecho procesal penal.* 2ª Edición reelaborada. Tirant lo Blanch. Valencia. 1999.

SAN MARTÍN CASTRO, César. *Búsqueda de pruebas y restricción de derechos: Registros e intervenciones corporales.* En: *Actualidad Jurídica* N° 144. Lima.

SAN MARTÍN CASTRO, César. *Estudio crítico del nuevo código procesal penal.* En: *Estudios de Derecho Procesal Penal.* Comp. Arsenio Oré Guardia. 1ª ed. Edit. Alternativas S.R.L. Lima, 1993.

SAN MARTÍN CASTRO, César y César AZABACHE CARACCILO. *Obtención y valoración de la prueba.* Curso a distancia para magistrados. Academia de la Magistratura. Lima. 2000.

SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. *Comentarios al Código Procesal Penal.* IDEMSA. Lima. 1994.

SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. *Introducción al nuevo Código procesal penal.* IDEMSA. Lima. 2005.

SENÉS MOTILLA, Carmen. *Cámaras de control y filmación de las vías públicas, redadas y controles policiales.* En: *Medidas restrictivas de derechos fundamentales.* Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 1996.

SILVA CORREDOR Arévalo. *Las estipulaciones probatorias.* En: (VV. AA) *El proceso penal acusatorio colombiano.* T. I: Nuevo manejo de la prueba. 1ª ed. Ediciones Jurídicas Andrés Morales. Bogotá. 2005.

SOLÉ RIERA, Jaime. *La tutela de la víctima en el proceso penal.* Barcelona, 1997.

STAMMLER, R. *Tratado de filosofía del Derecho.* Trad. de W. Roces de la 2ª ed. alemana. 1ª ed. Madrid. 1930.

STEIN, Friedrich. *El conocimiento privado del juez.* Tr. de Andrés de la Oliva Santos. 2ª ed. Editorial TEMIS. Bogotá. 1988.

TAMBINI DEL VALLE. *La prueba en el Derecho procesal penal* (De acuerdo con el nuevo Código procesal penal). 1ª ed. Lima, 1993.

TARUFFO, Michele. *Consideraciones sobre prueba y verdad.* En: *La prueba en el nuevo proceso penal oral.* Rodrigo Coloma Correa, editor. Santiago. 2003.

TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos.* Ed. Trotta. Milano. 2002.

VELASCO NÚÑEZ, Eloy. *Prueba obtenida ilícitamente*. Ed. Consejo General del Poder Judicial. 1996.

WALTER, Gerhard. *Libre apreciación de la prueba: Investigación acerca del significado, las condiciones y límites del libre convencimiento judicial*. Ed. TEMIS. Bogotá. 1985.

ZAPATA GARCÍA, María Francisca. *La prueba ilícita*. Ed. Lexis Nexis. Santiago de Chile. 2004.

ZAVALA LOAYZA, Carlos. *El Proceso penal y sus problemas*. Lima. 1947.