

LA PRUEBA EN EL NUEVO PROCESO PENAL

* CÉSAR E. SAN MARTIN CASTRO
Profesor Principal de Derecho Procesal
PUCP – Juez Supremo

I

El conocido Juez Superior, Presidente de la Sala Penal Nacional, uno de los órganos judiciales más prestigiados del país, sobre cuyos hombros recae el procesamiento y enjuiciamiento de los delitos de mayor significación nacional, ligados fundamentalmente a la delincuencia organizada, Dr. PABLO TALAVERA ELGUERA, con el apoyo de la Academia de la Magistratura y el auspicio de la GTZ –cooperación técnica alemana-, ha publicado un libro realmente útil y necesario para la magistratura nacional y el Derecho procesal patrio. Se trata de “**LA PRUEBA EN EL NUEVO PROCESO PENAL**”.

La utilidad de esta excepcional monografía radica en que aborda una institución del Derecho procesal penal de singular trascendencia. La reconstrucción de los hechos a través de la actividad probatoria es, sin duda, el aspecto más relevante de la función judicial; y, en ella se concentran los problemas vitales del procesalismo penal contemporáneo. ¿Qué probar? ¿Cómo probar? ¿Qué límites tiene la actividad probatoria? ¿Cuál es su punto de partida? ¿A través de qué instrumentos, aceptados en un Estado Constitucional, es posible llegar a la meta del esclarecimiento, propia del proceso penal? ¿Cuál es el papel de las partes? ¿Qué rol juega el órgano jurisdiccional en la actividad probatoria? En fin, son numerosas las preguntas, y las respuestas aún no están acabadamente cumplidas; existe un espacio brumoso y conflictivo por donde inevitablemente discurre la actividad judicial, muchas veces más avanzada que la labor de los juristas, y que en buena cuenta consolida aquella expresión germana de que el Derecho Procesal Penal es Derecho Constitucional aplicado.

Tenemos frente a nosotros un serio intento de sistematización y de carácter analítico de las instituciones vinculadas a la prueba penal, a partir del NCPP, que por lo demás es la tarea propia de la dogmática jurídica. Esta es la necesidad del libro objeto de comentario. Un nuevo Código Procesal no sólo constituye **(i)** un programa de acción para los órganos públicos concernidos –que ya es bastante y, a menudo, frustrante por las extremas debilidades en la formulación y gestión de políticas públicas-; **(ii)** plantea una interpelación a la abogacía –en su trabajo cotidiano, en sus rutinas profesionales, en sus criterios profesionales de afirmación y determinación de los hechos relevantes para justificar técnicamente su pretensión o su resistencia-; y **(iii)** establece un reto para la enseñanza legal, que ahora requiere de un acercamiento distinto al Derecho, una nueva aptitud frente a los modelos de enseñanza, que deben incidir o seguir creativamente las nuevas dinámicas procesales que ponen su acento en la oralidad y en el contradictorio efectivo como principios rectores del juicio jurisdiccional. **(iv)** También exige una nueva mirada del quehacer judicial, un acomodo o cambio de perspectiva cultural. Si la prueba es una institución de configuración legal: prueba es lo que la ley dice que es prueba –sin duda alguna asentada en un piso constitucional sólido, cuya base es la garantía genérica de la presunción de inocencia, y sin desconocer que existen límites o prohibiciones de prueba que, como apunta GÖSSEL, tienen la misión de tutelar los intereses del individuo frente a la persecución penal del Estado-, es inevitable entonces

hurgar, analizar, sistematizar, llenar de contenido constitucionalmente lícito a cada institución del derecho probatorio penal.

II

El NCPP, como se sabe, es particularmente cuidadoso en regular la prueba penal. Tiene asignada una Sección íntegra a ella: la Sección II del Libro Segundo “La Actividad Procesal”, que la aborda en cerca de 100 artículos, del 155° al 252°, dividida en cinco títulos: preceptos generales, medios de prueba, búsqueda de pruebas y restricción de derechos, prueba anticipada y medidas de protección. Asimismo, regula la actuación probatoria y el papel del juez sentenciador en la Sección III Juzgamiento del Libro III “Proceso Común”, en aproximadamente 50 artículos: 356°/403°, la misma que establece la oportunidad de la actuación probatoria, estipula la dinámica de la ejecución de la prueba, y concreta las reglas de la valoración y el marco de la declaración de hechos probados, en su inevitable relación con los principios acusatorio y de contradicción.

Tan impresionante tejido normativo, aunque por su complejidad y extensión, siempre insuficientes –vistos los amplios y constantemente novedosos problemas que suscita en la vida diaria-, en primer lugar, necesita de una ordenación y sistematización, de un análisis específico y, también, global o integrado de todo el Código en función a cada institución probatoria abordada; y, en segundo lugar, requiere de la configuración o, mejor dicho, identificación de una red de principios que en vía de integración jurídica y de apoyo a la correcta interpretación de las disposiciones del NCPP –que, enseña ARMENTA DEU- ese es el papel de los principios jurídico procesales, que se deducen del ordenamiento jurídico concreto-.

En esta perspectiva, que me parece la más interesante y enriquecedora, es que debe ponderarse y elogiarse un trabajo tan riguroso y meticuloso como el que nos ofrece PABLO TALAVERA, que opta , en palabras de URBANO CASTRILLO, por una teoría de la prueba, racional y sensata, fundada en una valoración alejada de cualquier asomo de arbitrariedad. La amplitud o extensión del libro se expresa en los ocho capítulos que comprende: **(1)** bases constitucionales –en donde mereció abordarse los principios probatorios esenciales: el procesal de contradicción, y los procedimentales de inmediación y publicidad, atento a su poder de definición y concreción lícita del acto de prueba-; **(2)** hechos en el proceso penal; **(3)** aportación y admisión de prueba –residenciado en el tema de las solicitudes probatorias, cuyo eje vital se encuentra en la admisión y práctica de sólo aquellas pruebas con capacidad de influir en el fallo, que es lo que se denomina prueba relevante y significativa, y que asume los conceptos procesales de pertinencia lícitud y necesidad-; **(4)** aseguramiento de la producción o conservación de la prueba –aquí es donde trata el tema, quizás, más complejo del proceso penal: la prueba sumarial anticipada –puntualmente legislada- y, con mayor énfasis para nosotros, sobre la base de su escaso rigor legislativo: la prueba preconstituida; así como un tema novedoso de autenticación de la evidencia real: la cadena de custodia, muy trabajada por la jurisprudencia de los Estados Unidos y consolidada con la Sentencia Howard-Arias de 1982-; **(5)** actuación de medios de prueba; **(6)** valoración de la prueba –juicio valorativo anclado en lo que ahora se denomina “certeza razonable”-; **(7)** reglas o pautas específicas de valoración; y **(8)** prueba ilícita.

Falta, sin embargo, un análisis, harto necesario, de los conceptos de fuente y medio de prueba, en los que son centrales los aportes de CARNELUTTI y SENTIS MELENDO. Un manejo adecuado de la fuente de prueba permite diferenciarla acabadamente del instrumento procesal que sirve para incorporarla al proceso –medio de prueba- y entender que no es exactamente la naturaleza material o personal de la fuente lo que determina el medio a utilizar, sino la forma en que la fuente se manifiesta y quién la produjo. En consecuencia, como aclara ASENCIO, no cualquier manifestación personal ha de ser incorporada a través de la prueba testifical, no puede confundirse las declaraciones con la representación de los hechos que consta en soportes o que niega virtualidad a la existencia de percepciones u opiniones formadas al margen del proceso y por sujetos independientes del mismo.

III

Una presentación del trabajo de PABLO TALAVERA, pionero y que abarca los problemas más sentidos de la prueba penal, desde luego, no puede ser pormenorizada, menos cuando el NCPP tiene una andadura muy escasa y la jurisprudencia casatoria aún está en sus primeros pasos [la jurisprudencia casatoria sólo ha tratado el papel y los alcances de la valoración de la prueba en sede de apelación y casación; y, la jurisprudencia del recurso de nulidad, sin duda aplicable también al nuevo proceso, acometió la problemática de las excepciones a la inutilización de la prueba derivada en los supuestos de prueba prohibida]. Sin embargo, a propósito de tan importante monografía, cabe eso sí formular algunos comentarios al pie de página con la exclusiva finalidad de marcar las grandes directivas del nuevo proceso penal nacional y afianzarlas debidamente, sin desnaturalizarlas ni enfocarlas desde otros modelos legislativos, sin duda no afiliados a la tradición eurocontinental que nuestro Código preserva y desarrolla: basta comparar, de un lado, nuestra ley procesal con la Chile y Colombia para advertir sus diferencias; y, de otro lado, con la inicial reforma italiana y el modelo alemán reformado para revelar sus coincidencias.

Creo que son objeto de debate inmediato, sobre el que el autor propone sus puntos de vista de procesalista agudo y bien informado, (i) la prueba de oficio –que algunos desubicados persisten en negar, reduciendo irrazonablemente la función del juez penal a ser un mero árbitro, configurando en la práctica un juez penal con menos poderes que el juez civil, pese a los intereses públicos prevalentes, del Derecho penal, que entraña el proceso penal, ¡una locura!-; (ii) la preconstitución probatoria, que no ha sido tratada con la debida diligencia en el NCPP y que, por tanto, su concreción demandará un mayor esfuerzo dogmático y jurisprudencial ; y, (iii) la prueba prohibida, especialmente en las reglas de excepción, y su imbricación con la más reciente jurisprudencia estadounidense, faro y brújula en estos temas, reconocido por tirios y troyanos.

Sobre la prueba de oficio poco, pero suficiente, ha de decirse, en principio porque el propio NCPP la acepta sin ambages. Tal vez ha sido PICO Y JUNOY quien ha sintetizado con mayor acierto la legitimidad y límites internos de esa prueba. Así, puede decirse lo siguiente: **1.** La prueba de oficio tiene su fundamento en el valor justicia –que exige que se determine con exactitud los hechos objeto del proceso-, en el carácter democrático y social del Estado de Derecho y en el derecho a la tutela jurisdiccional. El ejercicio de esta potestad no vulnera el principio acusatorio ni los derechos al juez imparcial y a la defensa de las partes. Su negativa, en todo caso, haría menos eficaz el proceso penal. **2.** La iniciativa del Juez, para evitar colisionar con ese principio y derechos, requiere que

se ciña a que la prueba actuada se ciña a los hechos alegatos y discutidos por las partes – con lo que protege el acusatorio-; que las fuentes de prueba consten en la causa –con lo que se protege la imparcialidad judicial, evita la actividad inquisitiva encubierta-; que se permite a las partes intervenir en su práctica y que puedan contradecirla.

La denominada prueba preconstituida es, sin duda, el aspecto, hoy en día, de más alto nivel polémico. El NCPP tiene señalado en su artículo 325° el carácter de prueba de las “*actuaciones objetivas e irreproducibles*” –que el artículo 425°.2 denomina “*prueba preconstituida*”- siempre que se lean –forma de reproducción o ratificación- en la estación oportuna del juicio oral. Una propuesta explicativa y sistemática en orden a esa prueba, que puede ayudarnos a identificarla, calibrarla y valorarla, es la de ASENSIO MELLADO. Resalto, ahora, tres ideas centrales:

1. La prueba anticipada y la preconstituida se practican con anterioridad al juicio, sede natural de la prueba plenaria, cuyo valor probatorio se centra en su carácter irreplicable y, luego, como criterio adicional, en la noción de urgencia.

2. La prueba preconstituida –acto de investigación de carácter material, no personal, y ordinariamente objetivo, técnico y difícilmente reproducible mediante una testifical-, en cuanto al requisito de irreplicabilidad, éste debe ser valorado caso por caso en atención a las características del acto, al sujeto que lo ha practicado y su posibilidad de reproducción posterior. Esta irreplicabilidad puede responder a diversas situaciones, que demandará diversos criterios de apreciación, en función a su previsibilidad o imprevisibilidad. La primera, previsible, cuando existe la certeza al momento de realizar el acto de su irreplicabilidad; y, las causas pueden ser seis, como mínimo: **1. Material**, vinculada a la naturaleza del acto (IO inmediata o intervención telefónica). **2. Fiabilidad**, referidos al paso del tiempo (reconocimiento). **3. Función procesal**, necesario para determinar antes del juicio oral el delito y al imputado (registros domiciliarios, reconocimiento). **4. Concentración del juicio**, para evitar suspensiones (pericias complejas). **5. Inmediatez y los medios personales, así como por disposición de la ley** (la ley encomienda a la policía realizar específicos actos de investigación, como el cacheo, el espirado alcoholométrico y el dosaje etílico). **6. Razones de orden público** (levantamiento de cadáver). La segunda, no previsible, que se centran en pruebas personales, interrogatorios, cuya ausencia no puede preverse (desaparición, muerte, enfermedad, viaje de quien declaró en sede sumarial).

Por otro lado, el requisito de urgencia –que depende de la noción de irreplicabilidad- sólo hace referencia a la autoridad que debe practicar el acto, que legalmente se estima impostergable.

3. El carácter de prueba de este acto de investigación está condicionado al cumplimiento exacto del procedimiento legalmente establecido, y a su reproducción o ratificación en el juicio oral (ingresa a él mediante la prueba documental pública u oficial).

La prueba prohibida [creada por la jurisprudencia USA a partir del caso Weeks, 1914, y que desde su inicio fue considerada como un remedio judicial creado para disuadir de vulneraciones constitucionales, no un derecho constitucional personal, según precisara la Sentencia USA vs. Jones, en 1984], conforme enseña GIMENO SENDRA, debe diferenciarse de la prueba ilícita por su objeto y por sus efectos: la primera vulnera el contenido esencial de los derechos fundamentales y determina la inutilización de la prueba originaria obtenida, de imposible corrección –prohibición de valoración del resultado probatorio-; mientras la segunda vulnera normas de rango ordinario, que entraña la nulidad del medio de prueba respectivo, pero que puede subsanarse en determinados casos y, como diría MORENO CATENA, posibilita la subsanación del

defecto con otras diligencias en la instrucción o en el plenario. La prueba prohibida – diremos, “originaria”-, a su vez, puede importar la extensión de sus efectos inutilizadores a la llamada “prueba derivada”, en tanto en cuanto, diría VIVES ANTÓN, exista conexión de antijuricidad –al nexo causal debe agregarse, necesariamente, el nexo jurídico-. Dicho esto, la Ley procesal no contiene normas de desarrollo para definir y modular los alcances de tan importante institución, y la jurisprudencia extranjera ha oscilado en su apreciación, extensión y efectos de exclusión de la fuente de prueba.

Lo que resulta importante destacar en nuestro medio, en materia de límites de la regla de exclusión [seis límites muy claros existen en la jurisprudencia USA, 3 para cada línea: *prueba originaria*: buena fe, excepción de tacha y error inocuo; y *prueba derivada*: fuente independiente, conexión atenuada y descubrimiento inevitable], es la pionera ejecutoria suprema número 4826-2006/Lima –caso ‘El Polo’-, FJ 9º, del 19.7.2007, que aplicó, bajo la concepción mayor de la teoría de la ponderación de los intereses en conflicto, la concepción jurisprudencial del “caso probable”, inaugurado por la Suprema Corte USA en el Asunto Souza de 1984 –bajo la aceptación, desde el plano argumental, del principio de disuasión, que no de la integridad judicial-, y que contiene una regla de atenuación de la exclusión probatoria cuando una evidencia se obtenga sin orden judicial, siempre que se acredite que en el momento del registro ya existían indicios suficientes para que el Juez la hubiera emitido de haberla solicitado. También, por cierto, nuestra jurisprudencia suprema ya inició –desde el plano procesalista- la aceptación la teoría del “standing o legitimación procesal”; según el caso Jones (1960), luego desarrollado por los casos Rakas (1978), Salvucci (1980), Rawling (1980), Payner (1980) y Padilla (1993), en cuya virtud sólo quienes han sufrido de modo directo una afectación constitucional o tienen una expectativa real de afectación al mismo pueden alegar la regla de exclusión. Resta, por cierto, fijar una comprensión más concreta de la conexión atenuada, pues una relativización muy abierta ha iniciado la sentencia Hudson (2006) que no sólo ratifica tal excepción para las conexiones causales remotas, sino que también estima que la exclusión probatoria no podrá tener lugar cuando ésta no sirve a los intereses protegidos por la garantía vulnerada [es lo que se denomina “fin de protección de la norma”, en palabras de GÓMEZ-JARA DÍEZ].

IV

En fin, muchos más temas podrían comentarse. Pero debemos esperar y madurar nuestras ideas iniciales. En esta maduración, no quepa duda alguna, el libro de PABLO TALAVERA, nos acompañará permanentemente. No me queda sino reconocer la valía del libro, dar cuenta de la sólida formación del autor y esperar que los juristas y jueces lo lean. Estoy seguro que su atenta lectura contribuirá decididamente a mejorar la calidad de las sentencias y motivará nuevas reflexiones y alternativas jurisprudenciales más enjundiosas; marcará un antes y un después. Felicitaciones Pablo, gracias por tu vocación por el Derecho y por no ser celoso con tus conocimientos.