

# **UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA**

## **ESCUELA DE POSGRADO**



**UNIDAD DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS  
POLÍTICAS**

**PROGRAMA DE MAESTRÍA EN CIENCIAS**

**MENCIÓN: DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA**

**TESIS:**

**CRITERIOS DOGMÁTICOS, NORMATIVOS Y JURISPRUDENCIALES QUE  
DETERMINAN LA OBJETIVIDAD DE LA ACTIVIDAD VALORATIVA  
JUDICIAL EN LA UTILIZACIÓN DE LA PRUEBA INDICIARIA COMO  
ÚNICO FUNDAMENTO PARA ALCANZAR UNA SENTENCIA  
CONDENATORIA**

Para optar el Grado Académico de

**MAESTRO EN CIENCIAS**

Presentada por:

**Bachiller: JHONATAN EDUARDO CONTRERAS SÁNCHEZ**

Asesor:

**Mg. DOMINGO ALVARADO LUIS**

**Cajamarca – Perú**

**2019**

COPYRIGHT © 2019 by  
**JHONATAN EDUARDO CONTRERAS SÁNCHEZ**  
Todos los derechos reservados

# **UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA**

## **ESCUELA DE POSGRADO**



**UNIDAD DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS  
POLÍTICAS**

**PROGRAMA DE MAESTRÍA EN CIENCIAS**

**MENCIÓN: DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA**

**TESIS APROBADA:**

**CRITERIOS DOGMÁTICOS, NORMATIVOS Y JURISPRUDENCIALES QUE  
DETERMINAN LA OBJETIVIDAD DE LA ACTIVIDAD VALORATIVA  
JUDICIAL EN LA UTILIZACIÓN DE LA PRUEBA INDICIARIA COMO  
ÚNICO FUNDAMENTO PARA ALCANZAR UNA SENTENCIA  
CONDENATORIA**

Para optar el Grado Académico de  
**MAESTRO EN CIENCIAS**

Presentada por:

**Bachiller: JHONATAN EDUARDO CONTRERAS SÁNCHEZ**

**JURADO EVALUADOR**

Mg. Domingo Celestino Alvarado Luis  
Asesor

Dra. Marina Violeta Estrada Pérez  
Jurado Evaluador

Dr. Omar Nathanael Álvarez Villanueva  
Jurado Evaluador

Dr. José Pedro Cerdán Urbina  
Jurado Evaluador

Cajamarca – Perú

2019



**Universidad Nacional de Cajamarca**  
LICENCIADA CON RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 080-2018-SUNEDU/CD  
**Escuela de Posgrado**  
CAJAMARCA - PERU



**PROGRAMA DE MAESTRÍA EN CIENCIAS**

**ACTA DE SUSTENTACIÓN DE TESIS**

Siendo las 18:30 horas, del día 20 de diciembre de dos mil diecinueve, reunidos en el Auditorio de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca, el Jurado Evaluador presidido por la **Dra. MARINA VIOLETA ESTRADA PÉREZ**, **Dr. OMAR NATHANAEL ÁLVAREZ VILLANUEVA** **Dr. JOSÉ PEDRO CERDÁN URBINA**, y en calidad de Asesor el **Mg. DOMINGO CELESTINO ALVARADO LUIS** Actuando de conformidad con el Reglamento Interno y el Reglamento de Tesis de Maestría de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca, se dio inicio a la Sustentación de la Tesis titulada **CRITERIOS DOGMÁTICOS, NORMATIVOS Y JURISPRUDENCIALES QUE DETERMINAN LA OBJETIVIDAD DE LA ACTIVIDAD VALORATIVA JUDICIAL EN LA UTILIZACIÓN DE LA PRUEBA INDICIARIA COMO ÚNICO FUNDAMENTO PARA ALCANZAR UNA SENTENCIA CONDENATORIA**, presentada por el **Bach. en Derecho JHONATAN EDUARDO CONTRERAS SÁNCHEZ**

Realizada la exposición de la Tesis y absueltas las preguntas formuladas por el Jurado Evaluador, y luego de la deliberación, se acordó... Al ROSAR... con la calificación de 16 (BUENO)... la mencionada Tesis; en tal virtud, el **Bach. en Derecho JHONATAN EDUARDO CONTRERAS SÁNCHEZ**, está apto para recibir en ceremonia especial el Diploma que lo acredita como **MAESTRO EN CIENCIAS**, de la Unidad de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, con Mención en **DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA**

Siendo las 19:30 horas del mismo día, se dio por concluido el acto.

  
.....  
**Mg. Domingo Celestino Alvarado Luis**  
Asesor

  
.....  
**Dra. Marina Violeta Estrada Pérez**  
Jurado Evaluador

  
.....  
**Dr. Omar Nathanael Álvarez Villanueva**  
Jurado Evaluador

  
.....  
**Dr. José Pedro Cerdán Urbina**  
Jurado Evaluador

A: Mi hija Kattia Jhohany Contreras Ruiz,  
quien es el tesoro más grande que la vida  
me dio, hacerla feliz será mi mayor reto y  
para ello tengo que esforzarme cada día,  
te amo hija y te dedico el presente trabajo  
de investigación.

En atención a la relación entre motivación fáctica y presunción de inocencia, es de acotar que el examen de esta última garantía importa un triple control: juicio sobre la prueba, juicio sobre la suficiencia y juicio sobre la motivación y su razonabilidad. La corrección de la prueba indiciaria se encuentra en el juicio sobre la suficiencia probatoria, mientras que la corrección de la motivación se encuentra en el juicio de razonabilidad.

*Casación 628-2015, Lima.*

## TABLA DE CONTENIDO

<b>TABLA DE CONTENIDO</b> .....	vii
<b>RESUMEN</b> .....	x
<b>ABSTRACT</b> .....	xi
<b>CAPÍTULO I: ASPECTOS METODOLÓGICOS</b> .....	1
1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA .....	1
1.1.1. Contextualización o problemática .....	1
1.1.2. Descripción del Problema .....	12
1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.....	13
1.3. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN.....	13
1.4. OBJETIVOS .....	15
1.4.1. General.....	15
1.4.2. Específicos .....	15
1.5. DELIMITACIÓN .....	16
1.5.1. Espacial.....	16
1.5.2. Temporal .....	16
1.6. TIPO Y NIVEL DE TESIS .....	16
1.6.1. De acuerdo al fin que persigue .....	16
1.6.2. De acuerdo al diseño de la investigación.....	16
1.6.3. De acuerdo a los métodos y procedimientos que se utilizan .....	17
1.7. ELABORACIÓN DE LA HIPÓTESIS.....	18
1.8. MÉTODOS .....	18
1.8.1. Generales.....	18
1.8.2. Específicos .....	20
1.9. TÉCNICAS .....	22
1.9.1. Análisis Documental .....	22

1.10. INSTRUMENTO .....	23
1.10.1. Ficha de análisis documental.....	23
1.11. UNIDAD DE ANÁLISIS .....	23
1.12. UNIVERSO Y MUESTRA .....	23
1.13. ESTADO DE LA CUESTIÓN .....	23
<b>CAPÍTULO II .....</b>	<b>25</b>
<b>MARCO TEÓRICO .....</b>	<b>25</b>
2.1. Marco iusfilosófico .....	25
2.1.1. Postura iusnaturalista .....	25
2.1.2. Mirada desde el positivismo.....	27
2.1.3. Las innovaciones del pospositivismo .....	30
2.2. Fundamentos teóricos generales.....	32
2.2.1. Teoría de la Prueba .....	32
2.2.2. La prueba judicial.....	35
2.2.3. Medio de prueba.....	37
2.2.4. Fuente de prueba .....	38
2.2.5. Finalidad de la prueba .....	40
2.2.6. Verdad material y verdad formal .....	41
2.2.7. Objeto de la prueba .....	43
2.2.8. Carga de la prueba .....	44
2.2.9. Principios de la prueba .....	45
2.2.10. Sistemas de valoración.....	47
2.2.11. Prueba indiciaria .....	50
2.3. Marco Normativo .....	57
2.3.1. Derecho internacional.....	57
2.3.2. Derecho constitucional .....	59
2.3.3. Código Penal.....	60

2.3.4. Derecho comparado .....	64
2.4. Marco Jurisprudencial.....	66
2.3.5. Corte Suprema Penal .....	66
2.3.6. Tribunal Constitucional .....	69
2.3.7. casos complejos de aplicación de la prueba indiciaria .....	74
<b>CAPÍTULO III .....</b>	<b>81</b>
<b>RESULTADOS Y CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS .....</b>	<b>81</b>
3.1. DISCUSIÓN DE RESULTADOS.....	81
3.1.1. Elementos, principios y dogmas del derecho penal que se relacionan con la aplicación de la prueba indiciaria en la normatividad peruana .....	81
3.1.2. Criterios conformados por el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema en relación a los elementos, principios y dogmas del derecho penal relativos a la prueba indiciaria .....	90
3.1.3. Criterios que sobrepasan la interpretación dogmática en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la Corte Suprema para la aplicación de la prueba indiciaria en los casos complejos.....	102
3.2. CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS .....	104
<b>CONCLUSIONES .....</b>	<b>109</b>
<b>RECOMENDACIONES.....</b>	<b>111</b>
<b>PROPUESTA NORMATIVA .....</b>	<b>112</b>
Proyecto de ley que modifica el artículo 158, incisos 1 y 3, del Código Procesal Penal .....	112
<b>LISTA DE REFERENCIAS .....</b>	<b>119</b>

## RESUMEN

La finalidad de la presente investigación fue la identificación de los criterios dogmáticos, normativos y jurisprudenciales que determinan la objetividad de la actividad valorativa judicial en la utilización de la prueba indiciaria como único fundamento para alcanzar una sentencia condenatoria; habida cuenta que, la destrucción del principio de presunción de inocencia debe responder a la objetividad en el razonamiento del juez, misma que va acompañada de una valoración probatoria adecuada, producto de la utilización de procedimientos certeros de interpretación y de argumentación; motivo por el cual, se han estudiado todas estas categorías en virtud de una revisión sistemática de fuentes iusfilosóficas, teóricas y dogmáticas, en el contexto de una investigación básica, con alcance explicativo, que ha utilizado técnicas cualitativas como la observación documental y la argumentación; así como métodos también cualitativos como el análisis, la síntesis y la dogmática. Ante lo cual, se ha obtenido como resultado la formulación de una que modifica la fórmula difusa y general que tiene en la actualidad el artículo 158, inciso 1 y 3, del Código Procesal Penal, por una que registra expresamente los criterios que han de tener en cuenta los jueces cada vez que se vean obligados a condenar con el solo uso de prueba indiciaria.

**Palabras clave:** criterios normativos, objetividad, actividad valorativa judicial, prueba indiciaria, único fundamento, sentencia condenatoria.

## ABSTRACT

*The purpose of the present investigation was the identification of the dogmatic normative and jurisprudential criteria that determine the objectivity of the judicial valuation activity in the use of the evidence as the sole basis for reaching a conviction; given that, the destruction of the principle of presumption of innocence must respond to the objectivity in the reasoning of the judge, which is accompanied by an adequate probative assessment, as a result of the use of accurate procedures for interpretation and argumentation; which is why all these categories have been studied by virtue of a systematic review of iusphilosophical, theoretical and dogmatic sources, in the context of a basic investigation, with explanatory scope, which has used qualitative techniques such as documentary observation and argumentation; as well as qualitative methods such as analysis, synthesis and dogmatics. Therefore, it has been obtained as a result of the formulation of one that modifies the diffuse and general formula that currently has article 158, paragraph 1 and 3, of the Criminal Procedure Code, by one that expressly records the criteria to be taken into account Judges every time they are forced to condemn with the sole use of evidence.*

**Keywords:** *normative criteria, objectivity, judicial assessment activity, evidence, sole basis, conviction.*

## **CAPÍTULO I: ASPECTOS METODOLÓGICOS**

### **1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA**

#### **1.1.1. Contextualización o problemática**

El Derecho, como constructo, guarda un contenido multidimensional, vale decir, no debe ser entendido únicamente como un conjunto de norma imperativas que busca regular las conductas de los seres humanos, que lo es, sino, además, como un conjunto de valores que son el producto de discusiones filosóficas, teóricas y dogmáticas, así como, un conjunto de hechos con relevancia jurídica que se registran en la vida diaria de la sociedad.

Así, su construcción no se restringe a la actividad legislativa, sino que, de manera dinámica, se construye derecho a partir del registro de los hechos con relevancia jurídica, así como de las discusiones dogmática, filosóficas y teóricas que se han mencionado anteriormente; así, toda construcción jurídica, debe tener en cuenta la teoría del Estado y sus elementos, para desarrollar su contenido, puesto que lo óptimo es que el desarrollo jurídico se encuentre perfectamente sistematizado con los contenidos políticos que dan origen a la constitución.

En esa misma lógica, en el extremo del derecho procesal penal, debe tenerse en cuenta también la teoría del proceso y la teoría de

la prueba; la primera, debido a que su principal elemento, la jurisdicción, es también parte de uno de los elementos del Estado, el ejercicio del poder soberano por parte de los órganos del constituido (White Ward, 2008, p. 22), poder que al ser delegado, debe ser llevado con responsabilidad y en concordancia con el bien común; la segunda, como un extremo de la materialización de uno de los principios del Estado de corte liberal, la protección de los derechos o libertades fundamentales como limitación en el uso del poder, pues “sin ella los derechos subjetivos de una persona serían, frente a las demás personas y el Estado y entidades públicas emanadas de éste, simples apariencias” (Devis Echandía, 1981, p. 12).

Estas construcciones teóricas, entonces, se encuentran íntimamente interconectadas y tienen como su basamento a los derechos fundamentales del ser humano y le son aplicables a todos los tipos de proceso, también al proceso penal que se desenvuelve en torno a la vulneración consentida del derecho fundamental a la libertad personal.

Bajo esta óptica, los derechos fundamentales pueden ser limitados legítimamente por el Estado cuando la actuación de un individuo se enfrenta a la seguridad pública (García Ramírez, 2002, p. 87), pero dicha limitación no es irrestricta, sino que responde a la necesidades de la seguridad pública, pero también al equilibrio de poder sustentado desde la época ilustrada.

Es decir que, el órgano jurisdiccional, si bien se encuentra facultado para restringir o limitar la libertad personal, éste debe hacerlo en base a las prescripciones legales establecidas y, en este contexto, en base a la actuación y valoración probatoria; binomio que dota de objetividad su actuación y que tutela las garantías del procesado; pero que es insuficiente para tutelar los derechos fundamentales y las garantías de las personas, puesto que, las disposiciones normativas y los hechos son solo dos de los aspectos del derecho y, en cuanto a la actuación judicial, existe otro aspecto que es sumamente relevante también y que se ubica a nivel valorativo, es decir, la necesidad de una argumentación jurídica adecuada de sus decisiones, que pasa, en este caso, por ejercer con adecuación su potestad de interpretación.

El principio de legalidad, la tutela jurisdiccional efectiva y el debido proceso, la presunción de inocencia, entre otros, constituyen las garantías fundamentales que delimitan la facultad que tiene el juez de restringir el derecho a la libertad personal, lo que se establece como uno de los extremos de la legitimidad requerida para tal actuación; todos estos principios deben ser entendidos, no solamente en su dimensión de disposiciones normativas, sino también con su cualidad de razones subyacentes de nuestro ordenamiento jurídico con base constitucional que guardan íntima relación, es más, encuentran su fundamento en las discusiones teóricas mencionadas anteriormente.

Así, desde los orígenes de la teoría de la prueba, esta es considerada como el medio por el que se dota de objetividad a las decisiones judiciales, desde el más amplio sentido, como “un hecho supuestamente verdadero que se presume debe servir de motivo de credibilidad sobre la existencia o inexistencia de otro hecho” (Bentham, 1959, p. 21).

Así, la prueba cobra relevancia para el cumplimiento del debido proceso, de la debida actuación judicial, como límite a la arbitrariedad, pero debe ser interpretada también teniendo en cuenta las prescripciones procesales y sustantivas de los códigos penales, así como la propia jurisprudencia vinculante establecida en un sistema jurídico, pues, “el juez tiene que servirse de otros objetos que le permitan conocer el hecho ausente” (Carneluti, 1959), pero no solamente le basta con los hechos acreditados, sino que, estos deben ser entendidos en concordancia con otras fuentes, si se quiere dotar de objetividad a su decisión.

Es ahí en donde cobra relevancia el principio de presunción de inocencia reconocido internacional y nacionalmente, íntimamente ligado al concepto de prueba, tal es así que, la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece que “Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su

defensa” (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1948, art. 11, num. 1).

La inocencia se presume mientras no se pruebe la culpabilidad de las personas, vale decir, la actividad probatoria es uno de los medios por el cual se puede destruir la presunción de inocencia; decimos que se trata de uno de los medios, porque, la verificación de la prueba no puede verse desligada de las prescripciones normativas, tal y como lo reconoce la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cuyo artículo 8, numeral 2, establece que “Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad” (Estados Americanos signatarios, 1969), con la atingencia de que, la entonces consignada legalidad, ahora se extiende a toda la normatividad, debido a que, además de la ley, también la Constitución y otras normas del sistema jurídico son rectoras en asuntos relativos a la presunción de inocencia y, en el caso específico de la prueba.

En igual sentido, nuestra Constitución Política de 1993, ha reconocido el principio de presunción de inocencia en el artículo 2, numeral 24, literal e, que establece “toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad”; fórmula que es más adecuada y exacta, puesto que se encuentra conforme con la actual comprensión de la presunción de inocencia y de la actuación jurisdiccional que se

requiere para desvirtuarla; vale decir, la declaración judicial de responsabilidad no depende únicamente de las prescripciones legales o de la prueba misma, sino de la existencia de imputación necesaria, la concurrencia de imputación objetiva, entre otros elementos que hace de esta decisión una decisión motivada.

Es por ello, por ejemplo, que la recabación de las pruebas debe cumplir con todas las prescripciones procedimentales y sustantivas, de no ser así, éstas podrían entenderse como ilegales o irregulares; asimismo, la actuación probatoria, debe cumplir con requisitos formales, lo mismo que su actuación y valoración.

En cuanto a esto último, la valoración probatoria, no ha sido recogida como tal en el texto constitucional, pero sí a nivel legal que, por tratarse nuestro ordenamiento jurídico de un sistema normativo, debe estar y está de acuerdo con los principios constitucionalmente establecidos.

Así, en artículo 158 del Código Procesal Penal, establece los criterios que debe tener el juez al momento de valorar la prueba, señalando, de manera general, que “deberá observar las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia”; el inconveniente con esta fórmula general es que, no se tiene certeza de cuáles son las reglas de la lógica que deben ser utilizadas, todavía a nivel de argumentación jurídica existe una discusión

acerca de la utilización o no de silogismos (Pacheco Mandujano & Almanza Altamirano, 2018); la misma dificultad se presenta respecto de la referencia que hace el legislador a la ciencia, no es posible saber si se refiere a los exámenes periciales que van a ilustrar al juzgador o si este debe utilizar el método científico en su razonamiento, entre muchas otras posibilidades; todas menos perjudiciales que apelar a las máximas de la experiencia, expresión demasiado difusa que puede presentar un sinfín de configuraciones y, en ocasiones, de distinta interpretación por cada magistrado.

Vale decir que, existe la posibilidad de que la valoración judicial de la prueba indiciaria termine por afectar el debido proceso o la certeza misma dentro del proceso, puesto que, la regulación de la prueba indiciaria resulta difusa e imprecisa; tal es así que, se han presentado casos dentro de la actividad jurisdiccional peruana en los que, la mala utilización de esta regulación han terminado por restringir irrazonablemente libertades.

Un caso emblemático en cuanto a la indebida utilización de la prueba indiciaria, se presentó en el proceso signado con el Expediente Penal N.º 3651-2006 de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el que se llevó a cabo el juzgamiento de la señorita Giuliana Flor de María Llamoya Hilares por el delito de parricidio en contra de su madre, la señora María del Carmen Hilares Martínez; proceso en el que fue condenada mediante sentencia del 26 de julio de 2006,

contra la que se presentó el correspondiente recurso de nulidad que pretendía, entre otros, la nulidad de la condena impuesta, presentado como principales fundamentos que el análisis de los magistrados toma en cuenta subjetividades tales como la presunción de palmaria violencia, la supuesta ira contenida de la acusada, la intención de atacar y causar daño, el dolor de la víctima, uso de consideraciones y pasajes bíblicos, entre otros, dejando de lado hechos objetivos, las prescripciones en materia médico legal, la morfología de la herida, el uso de la ley, la existencia de una riña previa, entre otros similares.

En ese sentido, el recurso de nulidad planteado ante la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Lima, R.N. N.º 3651-2006, tuvo como discusión de fondo el uso de los indicios por parte de los magistrados para emitir una sentencia condenatoria, utilización que debe llevarse a cabo con estricto respeto del principio de motivación de las resoluciones judiciales, prescrito en el artículo 139, inciso 5 de la Constitución y que, además, requiere de una labor judicial responsable al momento de subsumir los hechos en la norma, labor que se encuentra íntimamente relacionada con la objetividad en la interpretación y la correcta argumentación jurídica.

Dicha sentencia de primera instancia, fue objeto de confirmatoria mediante ejecutoria suprema de fecha 22 de enero de 2007, que mantiene los mismos fundamentos de la sentencia de primera

instancia, motivo por el cual, el proceso fue materia de habeas corpus contra resolución judicial, en el que, la condenada señala que la sentencia condenatoria y su ejecutoria suprema, basan su resolución en “a) criterios abiertamente desproporcionados, irracionales e ilógicos (razonamientos absurdos), ilegales, sostenidos en falacias, hechos falsos, falsa motivación (sesgada, subjetiva, falaz, etc.); que asimismo presentan b) manipulación de pruebas y alteración del orden de los hechos en su perjuicio” (Exp. N.º 00728-2008-PHC/TC, fund. 2).

Ante ello, el Tribunal Constitucional, haciendo un desarrollo dogmático de la prueba indiciaria y, trazando algunos presupuestos para una motivación adecuada cuando esta es utilizada, tales como

*el hecho base o hecho indiciario, que debe estar pleamente probado (indicio), el hecho consecuencia o hecho indiciado, lo que se trata de probar (delito) y entre ellos, el enlace o razonamiento deductivo (...) que (...) debe ser directo y preciso, pero además, debe sujetarse plenamente a las reglas de la lógica, a las máximas de la experiencia o a los conocimientos científicos. (Exp. N.º 00728-2008-PHC/TC, fund. 26)*

El suprem intérpretem tras corroborar si las sentencias impugnadas han cumplido o no con los presupuestos normativamente establecidos para la aplicación de la prueba indiciaria, constataron la vulneración del derecho a la debida motivación de las sentencias, en este caso condenatoria, y declararon fundado el habeas corpus, nula la ejecutoria suprema y ordenó que se emita nueva resolución.

Otro caso emblemático relacionado a la subsunción en caso de prueba indiciaria, así como al procedimiento de interpretación de la norma para aplicar al caso concreto en relación a la prueba indiciaria, es el consignado en el Recurso de Nulidad N.º 5267-2008, conocido como el caso Caudina Herrera, cuyos hechos se encuentran referidos al presunto homicidio de una mujer, Claudina Herrera Cárdenas, de 18 años, que fue encontrada muerta, en posición encorbada, dentro de una caja de cartón, a la altura del kilómetro 10 de la carretera Panamericana Sur.

El hallazgo, mostraba, además, un corte que había sufrido la víctima en el vientre, aparentemente por haberse encontrado en estado de gestación y con la intención de sustraerle el bebé desde las entrañas; de manera paralela a ello, se tiene que, la señora Isabel Janeth Palacios Gálvez, acudió a la sala de emergencia del hospital de la solidaridad de Surquillo, con sangrado en la zona cervical y señalando que había dado a luz y que su hija tenía un paro respiratorio, ante lo cual atendieron a la recién nacida y examinaron a la supuesta madre, determinándose que esta última había fingido un parto con inducción de fármacos y que no era la madre de la menor a quien le salvaron la vida.

Estos dos casos, aparentemente independientes, se entrelazaron al determinarse que la recién nacida era en realidad hija de la joven madre que fue hallada muerta en la carretera Panamericana Sur;

motivo por el cual, se inició un proceso penal en contra de la mencionada Isabel Janeth Palacios Gálvez, pero además, con el personal que, presuntamente, habría intervenido en el secuestro y posterior cesarea mal practicada a Claudina y en la sustracción de la recién nacida, estos son: la obstetrix Diana Rivas y Miguel Montoya Montes, quien habría funjido de taxista.

Originalmente en el proceso indicado se condenó a los mencionados a 35 años de pena privativa de la libertad, por la por la Segunda Sala Penal con Reos en Cárcel de la Corte de Lima; no obstante, dicha condena fue anulada por la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema que condenó a 30 años de pena privativa de la libertad a Isabel Jeannette Palacios Gálvez como responsable del delito de homicidio calificado en agravio de Claudina Lorena Herrera Cárdenas , el 19 de octubre de 2005, entre otros delitos como alteración de filiación de menor, en agravio de Fabia Antonella Castillo Herrera; como por el delito de fingimiento de embarazo y parto, en agravio del Estado y Fabia Antonella Castillo Herrera.

No obstante, respecto de Diana Rivas Llanos y Miguel Montoya Montes, se declaró la nulidad de la condena, por considerar que existió una indebida valoración de los indicios anotados por la Sala Superior, pues la presencia física, ubicación, conducta posterior y mala justificación que se desarrollan en el fundamento octavo de la Ejecutoria Suprema N.º 5267-2008 (LIMA), no resultan suficientes para acreditar responsabilidad.

Nuevamente, en tela de juicio la utilización de los indicios en un caso concreto que reviste tanta gravedad como el narrado, en el que, se encuentra de por medio la tutela del Derecho a la Vida, pero también existe la posibilidad de actuaciones criminales organizadas; no obstante, para llevar a cabo una debida motivación con indicios, hace falta seguir un procedimiento objetivo que destruya cualquier duda respecto de la corrección de la misma.

### **1.1.2. Descripción del Problema**

Con lo dicho, a pesar de que se cuenta con las teorías suficientes para dotar de fundamentos a la actuación probatoria, ocurre que la regulación para la interpretación de la prueba indiciaria es sumamente general y, genera posibilidad de una pluralidad de interpretaciones que disminuyen la certeza respecto de la aplicación de este tipo de prueba, generándose el peligro de que, al contar la judicatura únicamente con parámetros generales como las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia, para valorar la prueba indiciaria; se termine por justificar las subjetividades al momento de resolver cuando, en realidad, la determinación de una condena, dada la lesión legítima del derecho a la libertad personal que importa, debe responder a un procedimiento idóneo, objetivo en tutela del derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales y, por tanto, la tutela judicial efectiva. Motivo por el cual, es interés de la presente investigación, la construcción de los criterios normativos que determinan la objetividad de la actividad valorativa judicial en la utilización de la prueba indiciaria.

## **1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA**

¿Cuáles son los criterios dogmáticos, normativos y jurisprudenciales que determinan la objetividad de la actividad valorativa judicial en la utilización de la prueba indiciaria como único fundamento para alcanzar una sentencia condenatoria?

## **1.3. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN**

La pena, como una de las consecuencias del proceso penal, es una de las excepciones que en la intangibilidad de los derechos humanos, concretamente del derecho a la libertad personal, justificada únicamente por la obligación de intervención que tiene el Estado ante la comisión de un delito; no obstante, esta intervención es de última ratio y requiere de un alto grado de objetividad, mismo que es otorgado por la actuación y la valoración probatoria en el proceso penal.

Bajo esta óptica, la importancia del presente trabajo salta a la vista, puesto que la afectación legítima con la que cuenta el Estado sobre el derecho a la libertad personal, requiere de una conducta responsable de parte del magistrado o magistrados que intervienen en el proceso penal, responsabilidad que se consigue con el cuidado y la garantía en la obtención de la prueba, en su ofrecimiento, su actuación y su valoración.

Esta labor sumamente relevante, cobra mayor importancia y requiere mayor cuidado en su actuación cuando se trata de la obtención, ofrecimiento, actuación y valoración de la prueba indiciaria, puesto que ésta por sí misma no proporciona de la objetividad suficiente para limitar la

libertad personal a través de la aplicación de una pena, sino que requiere del cumplimiento de parámetros específicos que la ley actual no prevé.

En ese sentido, la presente tesis provee un importante aporte a nivel dogmático, puesto que se vale del desarrollo iusfilosófico acerca de la finalidad del proceso penal y los mecanismos para llevar a cabo la interpretación jurídica, para construir procedimientos y lineamientos en la actuación de los magistrados al momento de valorar una prueba indiciaria, complementado así la normatividad actual.

Este aporte teórico, se ha constituido en razón subyacente para proponer la modificación normativa a fin de obtener presupuestos menos generales que aseguren el proceder objetivo del magistrado que interpreta la prueba indiciaria en un caso concreto, de esta manera, la norma procesal penal se ve complementada en ese extremo.

Dicha regulación dotada de objetividad, tiene la posibilidad de lograr una mejor actuación del magistrado y, consecuentemente, la materialización de la garantía de la proscripción de la arbitrariedad en la fundamentación de las sentencias condenatorias con uso de prueba indiciaria, lo que beneficia a la administración de justicia y, con ello, a la sociedad misma.

En cuanto al tesista, el logro de este aporte, significa un hito importante como profesional y académico del Derecho Penal, lo que permite sentar las bases para un mayor desarrollo en el ejercicio dentro de esta rama del Derecho y, a su vez, en cuanto a las pretensiones de establecerse como un estudioso del mismo.

## **1.4. OBJETIVOS**

### **1.4.1. General**

Delimitar los criterios dogmáticos, normativos y jurisprudenciales que determinan la objetividad de la actividad valorativa judicial en la utilización de la prueba indiciaria como único fundamento para alcanzar una sentencia condenatoria.

### **1.4.2. Específicos**

- A. Analizar los elementos, principios y dogmas del derecho penal que se relacionan con la aplicación de la prueba indiciaria en la normatividad peruana.
- B. Delimitar los criterios conformados por el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema en relación a los elementos, principios y dogmas del derecho penal relativos a la prueba indiciaria.
- C. Establecer los criterios que sobrepasan la interpretación dogmática en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la Corte Suprema para la aplicación de la prueba indiciaria en los casos complejos.
- D. Elaborar un proyecto de ley con los criterios que debe considerar el juzgador para la valoración de indicios.

## **1.5. DELIMITACIÓN**

### **1.5.1. Espacial**

Debido a que se trata de una investigación dogmática, el ámbito espacial está circunscrito al territorio peruano.

### **1.5.2. Temporal**

Este tipo de investigación, básica – dogmática, no admite delimitación temporal, más que la delimitada por la vigencia de las normas relativas al problema de investigación.

## **1.6. TIPO Y NIVEL DE TESIS**

### **1.6.1. De acuerdo al fin que persigue**

De acuerdo al fin que se persigue, la presente investigación fue de carácter básica debido a que el desarrollo de los mecanismos normativos que permiten regular la posibilidad de aplicar la prueba indiciaria, ha demandado un estudio a nivel doctrinario, dogmático y casuístico que redundará en una propuesta normativa que no se vale de manipulación de variables ni modificación de la realidad.

### **1.6.2. De acuerdo al diseño de la investigación**

El nivel o alcance que tuvo la investigación proyectada fue exploratorio – descriptivo, explicativo y propositivo porque se ha llevado a cabo un análisis de los dispositivos normativos,

jurisprudenciales y la doctrina para determinar el contenido, naturaleza, alcances y finalidades de la prueba indiciaria, a partir del cual se ha establecido la causa dogmática que justifica su ampliación para atender los problemas suscitados en la institución probatoria desde una perspectiva material, en relación a los casos complejos; con dicha fundamentación, se ha realizado la elaboración de una propuesta normativa que propugna la seguridad jurídica dentro de la actuación jurisdiccional que utiliza la prueba indiciaria para condenar.

En ese sentido, la tesis es también propositiva puesto que se ha construido un proyecto de ley en el que se han establecido los parámetros que deben tener en cuenta los jueces al momento de realizar una interpretación relativa a los indicios, así como para la valoración de los mismos.

### **1.6.3. De acuerdo a los métodos y procedimientos que se utilizan**

El enfoque de la investigación fue el cualitativo puesto que el análisis a realizar en el presente caso se ha centrado en la descripción de las características de la prueba indiciaria y los criterios desarrollados para su aplicación, en una revisión sistemática de fuentes primarias; para ello se analiza diferentes documentos que contienen la doctrina, jurisprudencia, normatividad y casuística que sirve de referencia a la investigación para obtener una posición clara y definida al respecto.

## **1.7. ELABORACIÓN DE LA HIPÓTESIS**

Los criterios dogmáticos, normativos y jurisprudenciales que determinan la objetividad de la actividad valorativa judicial en la utilización de la prueba indiciaria como único fundamento para alcanzar una sentencia condenatoria, son:

- a) La necesidad de optimización del derecho a la presunción de inocencia que requiere de la concurrencia del debido proceso respecto de la obtención, admisión y actuación de la prueba indiciaria; así como de la debida motivación fundada en derecho.
- b) La objetividad en la interpretación jurisdiccional que se traduce en la correcta aplicación de la subsunción como principio fundante de la imputación objetiva y condicionante primigenio de la fundamentación judicial.

## **1.8. MÉTODOS**

### **1.8.1. Generales**

#### **A. Método deductivo**

Dada la naturaleza dogmática de la investigación, uno de los métodos generales por antonomasia que han sido utilizados es el método deductivo, el mismo que importa un “razonamiento complejo en el cual se pasa de una proposición a otra no en forma inmediata, sino mediata, a través de un proceso discursivo” (Rosa Pérez, 1999, p. 61) que ha sido utilizado para

extraer los criterios a tener en cuenta por parte de los jueces al momento de interpretar la prueba indiciaria, a partir de formulaciones jurídicas pre existentes pero aceptadas académicamente.

## **B. Método de análisis – síntesis**

Este es el principal método que ha sido utilizado en la investigación debido a que:

Se refiere a dos procesos intelectuales inversos que operan en unidad: el análisis y la síntesis. El análisis es un procedimiento lógico que posibilita descomponer mentalmente un todo en sus partes y cualidades, en sus múltiples relaciones, propiedades y componentes. Permite estudiar el comportamiento de cada parte. La síntesis es la operación inversa, que establece mentalmente la unión o combinación de las partes previamente analizadas y posibilita descubrir relaciones y características generales entre los elementos de la realidad. Funciona sobre la base de la generalización de algunas características definidas a partir del análisis. Debe contener solo aquello estrictamente necesario para comprender lo que se sintetiza. (Rodríguez Jiménez y Pérez Jacinto, 2017, pp. 8-9)

Bajo este entendido, el método ha servido para el estudio específico de la prueba indicial, así como para la facultad interpretativa del juez, en cada uno de los casos existe un especial interés por los elementos componentes, los mismos que serán entendidos de manera autónoma y permitirán construir nuevos elementos que coadyuven a la objetividad en la utilización de la prueba indiciaria, lo que constituye una síntesis.

## **1.8.2. Específicos**

### **A. Argumentativo**

Que tiene como contenido la necesidad de “avaluar una conclusión con una serie de razones y de pruebas de apoyo” (Lasa-Aristu y Amor, 2016, p. 74); ha resultado indispensable en investigación jurídica, puesto que el Derecho requiere de fundamentos subyacentes para la construcción de sus figuras e instituciones jurídicas, fundamentos que se conforman haciendo uso de la técnica argumentativa, en este caso, dado que la investigación buscó comprender los criterios desarrollados por el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema respecto de la debida aplicación de la prueba indiciaria en los procesos penales declarados casos complejos en relación a los principios de presunción de inocencia, debido proceso y obligatoria motivación; para ello se ha utilizado a la argumentación como arma para definir tales criterios y justificar la propuesta normativa que se ha obtenido de los resultados y discusión.

### **B. Dogmático**

Permite la determinación del dogma jurídico inmerso en la institución jurídica de la prueba, así como en el caso mismo de la valoración de la prueba indiciaria; puesto que, dicho dogma se establece a través de un conjunto de observaciones (estudio de los textos normativos, teóricos, doctrinarios), su interpretación (que según esta primera metáfora sería una actividad cognitiva)

y su posterior sistematización (Núñez Vaquero, 2014); así, debido a que busca atenerse en los principios doctrinales como medio principal para interpretar el contenido que le otorga ley a la prueba indiciaria, así como para determinar los presupuestos para su aplicación e interpretación en cada caso concreto. Se ha elegido el método dogmático por ser un método de interpretación jurídica que no se limita al estudio de los significados de los términos, sino que además se ubica en la concepción interpretativa intelectualista racionalista lógica de la figura, con lo cual se ha desentrañado la *ratio legis* de la figura en estudio, su carácter público.

### **C. Hermenéutico**

Desde la perspectiva sistémica, cabe señalar que se ha utilizado el método hermenéutico para comprender la perspectiva del legislador al momento de dictar las normas relativas a la casación, lo que se llevará a cabo mediante el estudio e interpretación de la exposición de motivos que dio lugar a su regulación; sin embargo, este es sólo el primer paso de la investigación, puesto que sirve de pilar para el resto de estudios que tienen como principal protagonista al método dogmático.

## **1.9. TÉCNICAS**

### **1.9.1. Análisis Documental**

Debido a que el estudio es cualitativo, no empírico y no experimental, la única técnica de recolección de datos que se ha utilizado es el “análisis documental que es una forma de investigación técnica, un conjunto de operaciones intelectuales, que buscan describir y representar los documentos de forma unificada sistemática para facilitar su recuperación”; vale decir, el propósito de la investigación no solamente es recopilar la información ni observarla, sino que, se ha conseguido sistematizarla de manera tal que se facilita su comprensión, pero además, su análisis y síntesis, el pensamiento deductivo y la construcción dogmática; ello se ha presentado al ubicar información no solamente de la prueba indiciaria, sino al sistematizar la información desde la teoría del estado, la influencia de ésta en la función jurisdiccional, la importancia de esta función en el respeto de derechos tales como la debida motivación y, la necesidad de que se lleve a cabo una debida interpretación y subsunción para favorecer a la tutela efectiva. Toda esta sistematización aporta positivamente al planteamiento de los criterios a ser tomados en cuenta por los jueces para dotar de objetividad a la valoración de la prueba indiciaria.

## **1.10. INSTRUMENTO**

### **1.10.1. Ficha de análisis documental**

La ficha de análisis documental se ha utilizado de manera virtual, es decir, en soporte electrónico, para la aplicación de la técnica de análisis documental.

## **1.11. UNIDAD DE ANÁLISIS**

La unidad de análisis en la investigación son las resoluciones de la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional en lo que respecta a la prueba indiciaria, así como la norma que la regula y las teorías que le sirven de fundamento.

## **1.12. UNIVERSO Y MUESTRA**

La presente investigación fue de tipo básica, con datos teóricos, y no cuenta con variables; tampoco con universo y muestra, puesto que estos contenidos son de carácter empírico, los mismos que no calzan en la revisión sistemática realizada.

## **1.13. ESTADO DE LA CUESTIÓN**

Esta investigación no encontró investigaciones que le sirvan de antecedente directo al problema desarrollado, afirmamos esto después de haber revisado los trabajos de investigación publicados en el Registro Nacional de Trabajos de Investigación – RENATI, de la Superintendencia Nacional de Educación Universitaria – SUNEDU; en el que se congregan

todos los trabajos de investigación de todos los repositorios de la universidades peruanas. Asimismo, se han revisado los repositorios de universidades internacionales, tales como Carlos III de Madrid, Universidad Nacional de Colombia, Universidad Javeriana de Colombia, Universidad de Buenos Aires, Universidad Nacional de Colombia, Universidad Nacional Autónoma de México, entre otras de la región y Europa, sin que se haya encontrado un antecedente directo de la investigación.

## **CAPÍTULO II**

### **MARCO TEÓRICO**

#### **2.1. Marco iusfilosófico**

##### **2.1.1. Postura iusnaturalista**

Es bien conocido por todos, que las raíces de las distintas doctrinas del derecho natural encuentran sus albores en Grecia y Roma, que concebían un derecho anterior y superior al establecido por los hombres. La idea de que existe un orden natural que se antepone a las leyes humanas y que puede ser descubierto por la observación racional de la vida social. Los filósofos de ese entonces tales como: Aristóteles, Ulpiano, Cicerón; concebían como guía de todo el derecho a la justicia, pues se consideraba como derechos a toda norma que armonice con el ideal de justicia (Guthrie, 1981).

De esta forma la primera idea de derecho natural es la de “normas adecuadas a la naturaleza de las cosas, rectamente interpretada por la razón humana” (Erazo, 2011, p. 2), es decir, el derecho natural es innato al ser humano por su condición de tal. Así, y según esta postura, el principio que guía el mundo y gobierna el universo es la razón, por lo cual la convivencia del ser humano con otros seres es de acuerdo a los postulados de la razón en compatibilidad con la justicia (Guthrie, 1981).

Por todo ello, el iusnaturalismo fue planteado como una conexión necesaria entre el derecho y la moral, según lo cual el primero se encontraba en subordinación respecto del segundo; debido a que las leyes humanas deben estar acorde con la moral, sin la cual, el derecho natural perdería su naturaleza de ser.

Entendiendo así el iusnaturalismo se puede distinguir tres formas: el primero, como el conjunto de primeros principios éticos generales, de los cuales el legislador está obligado a tener en cuenta para la formulación del derecho positivo que va a regir la vida de las personas; el segundo, como el conjunto de presupuestos o parte perceptiva, que determinan la reglamentación del derecho positivo, es decir, este último implica la parte punitiva debido a su poder coactivo y el tercero, como base o sostén de todo el ordenamiento jurídico positivo que le da legitimidad al poder del legislador humano (Piovini, 1962).

No obstante, lo antes dicho, el iusnaturalismo fija su mirada en la búsqueda de criterios o estándares objetivos que son aptos para conseguir una evaluación de la corrección de las actuaciones humanas o las instituciones que estos construyen. De esto último, es fácil llegar al entendimiento de que, si bien el iusnaturalismo sobrepone al derecho natural y subyace al derecho positivo, ello no indica que niegue su existencia por completo.

Por lo antes dicho, el iusnaturalismo en la tendencia actual indaga sobre el contenido de la justicia material, pero con contenidos concretos y objetivos a lo cual suma el conjunto de principios generales y flexibles dotado de un contenido válido y eficaz – aplicado a un caso concreto -; que se adaptan a los nuevos cambios que se viene viviendo, es decir, un iusnaturalismo visto no solo como convención social sino como “instituto definido por los seres humanos que son condicionantes no solo de la formulación legislativa sino también de la aplicación jurisdiccional”.

### **2.1.2. Mirada desde el positivismo**

Esta postura tan trascendente durante el siglo XIX, tiene como su máximo e ineludible representante al escritor Hans Kelsen de origen austriaco, el cual, gracias a su Teoría Pura del Derecho hizo llegar los alcances del positivismo jurídico.

Para este autor, “el análisis del derecho debe hacerse con independencia de todo juicio de valor ético y de toda referencia a la realidad social en que actúa” (Welzel, 1974, p. 119) de esta manera concibe al derecho como autónomo e independiente que si bien se relaciona con otras ideologías no requiere de ellas para su existencia, pues son ajenas a él.

Todo derecho es para Kelsen un sistema de normas, es decir, de enunciado de forma muy variada en los que se manifiesta ese derecho a través de las leyes, las sentencias de los tribunales, los actos de los particulares o de otras maneras que varían según los distintos sistemas. (Welzel, 1974, p. 120)

Bajo este entendido, para Kelsen el Derecho es norma “norma encuentra su fundamento en otra norma jurídica de rango superior, y así hasta llegar a la norma de origen de la que reciben su valor todas las demás (Guthrie, 1981).

Ahora bien, bajo el entendimiento del derecho como fenómeno autónomo que no depende de cuestiones morales, éticas ni políticas, conviene precisar que para esta teoría la emanación de las normas jurídicas proviene únicamente del Estado, porque no está vinculado a ninguna norma superior o anterior a él, fuera de ello existirán convicciones religiosas, morales, etc., pero nunca derecho (Pons, 2010). No obstante, ello, Kelsen admite la creación de normas creadas por particulares, por ejemplo: contratos y testamentos.

Parece ser, que la postura asumida por Kelsen se reduce al positivismo excluyente, que niega rotundamente la posibilidad de que el derecho dependa de cuestiones morales, sociológicas, políticas, religiosas, etc., y es por ello mismo, que trató de purificar al derecho por considerarlo autónomo.

Sin embargo, después de recibir duras críticas a esta teoría se consideró al positivismo incluyente, propugnado por Hart, el cual inserta la idea de que el derecho sustentado en criterios que no necesariamente dependan de la moral, lo cual lleva a la inferencia de asumir que se deja abierta la posibilidad para interpretar de que eventualmente si lo haga (1958).

De esta última sub clasificación, se puede llegar a inferir que no es cierto que exista total discrepancia entre la postura del derecho natural y la del derecho positivo (incluyente), pues ambas encuentran su razón de ser en el nacimiento del conjunto de acciones sociales tendientes a aceptar las reglas constitutivas que, como producto de las actuaciones de los miembros de una sociedad dan origen a las relaciones jurídicas positivas (Hart, 1958).

Ahora bien, la misma Constitución Política del Perú en su artículo tercero, hace referencia al reconocimiento de una Constitución material respecto de los derechos fundamentales, es decir, reconoce la existencia de otros derechos que no necesariamente se encuentren plasmados en la constitución, pero que si se funden en la dignidad del hombre tal y como lo propugna también el artículo 1 del mismo cuerpo político (Congreso Constituyente Democrático, 1993).

Desde este punto de vista se reconoce tanto al iusnaturalismo como al iuspositivismo – incluyente - como elementos componentes bajo los cuales se consigna la conformación de todo el ordenamiento jurídico del que se es parte, pues no es posible consignar un idealismo puro que no se sustenta en criterios objetivos y concretos; y por otro lado tampoco es factible considerar un positivismo netamente puro, en donde tenga que primar las leyes humanas independientemente de si sean justas o injustas, olvidando las

consecuencias prácticas y postulados que dan origen a los derechos.

### **2.1.3. Las innovaciones del pospositivismo**

Este último paradigma ha ido adquiriendo aceptación en los últimos años, como premisa fundamental de un Estado Constitucional de Derecho en donde prima la interpretación de los principios fundantes de todo el ordenamiento jurídico respecto a un caso concreto, la ponderación cuando se presenta dos derechos del mismo nivel jerárquico (Atienza, 2014) y la aceptación de la creación de norma jurídica al caso concreto realizado por el juez (Guastini, 2018).

Es menester señalar, que esta postura encuentra sus orígenes en el iusnaturalismo, por lo que no es muy apropiado mencionar que esta sea independiente y mucho menos novísima.

Ricardo Guastini (2006) citado en Aguiló (2007) ha mencionado diversos factores con respecto a la constitucionalización del orden jurídico, que son mencionados a continuación:

- a) Constitución rígida como componente de un orden jurídico que incorpora una relación de derecho fundamentales:** vista como una condición necesaria, en tanto que, mientras mayor sea la rigidez, mayor será la tendencia a la constitucionalización de ese orden jurídico.

- b) Esta prevista la garantía jurisdiccional de la Constitución:** vista también como una condición necesaria que implica que la rigidez desemboca en una genuina jerarquía normativa y en una efectiva imposición de la Constitución sobre la ley.
- c) Reconocimiento de fuerza normativa vinculante a la constitución:** lo que significa que los postulados de la constitución se interpretan como normas jurídicas aplicables que obligan a sus destinatarios.
- d) Sobre interpretación de la constitución:** se subyace a la interpretación literal para dar pase a la interpretación extensiva, contenedora de normas y principios implícitos.
- e) Normas constitucionales aplicables directamente:** por lo cual los jueces en todo tipo de casos pueden aplicar las normas constitucionales.
- f) Interpretación de las leyes conforme a la Constitución:** por lo que el juez debe descartar todas aquellas que vulneren lo dispuesto por la Constitución.
- g) Fuerte influencia de la Constitución en el debate y el proceso político:** las normas constitucionales se encuentran presente en la vida política del país: pues son utilizadas como argumentos en campañas, etc.

La postura postpositivista postula, la idea que existen reglas pero que además están los principios jurídicos, los cuales dotan de sentido a las reglas; asimismo, aquí es importante la idea de coherencia valorativa que se presentan como una unidad de propósitos prácticos y como una cuestión de grado, frente a lo cual se resuelve con el ejercicio de la ponderación. Esta ponderación implica el resultado de los principios relevantes llevados a cabo por el órgano jurisdiccional (Aguiló Regla, 2007).

Así pues, de acuerdo a ello, como lo menciona Tarello para el caso de los derechos fundamentales debe hacerse de una interpretación constitucional pero no como un postulado teórico, sino una que esta debe ser especializada y argumentada que defina de manera muy factible su contenido (1974), a fin de proporcionar seguridad jurídica.

## **2.2. Fundamentos teóricos generales**

### **2.2.1. Teoría de la Prueba**

El proceso es concebido como el conjunto de procedimientos que se realizan para lograr su efecto ultimo referido a la emisión de la sentencia que resuelva el conflicto de intereses, aunque en ciertos casos no se llegue hasta tal objetivo. A su vez, el procedimiento es el conjunto de pasos que se deben seguir para que el proceso resuelva el conflicto de intereses o incertidumbre jurídica que se materializa a través de la sentencia. A su vez, el procedimiento se

encuentra enriquecido de diversos actos procesales que dan contenido a toda la actividad procesal dentro de un proceso. Estos actos procesales pueden tomar nombres distintos, así, por ejemplo, se tiene la presentación de la demanda, la contestación de esta, las excepciones, la presentación de medios probatorios, etc.

Anteriormente gracias al sistema Non Liqueat propugnado en los albores del derecho Romano se permitía impartir justicia aun si en el caso concreto no existía material probatorio que sustente tal decisión. Es decir, este sistema aun cuando no sabía si el imputado era culpable o inocente desplegaba en sus sentencias una condena, situación que definitivamente quebrantaba derechos y garantías fundamentales de la persona.

Después de ello, el estado de necesidad justificante aparece como una contraposición al sistema non liqueat, pues a diferencia de esta última se combina un sistema garantista y eficientista en que el imputado si bien es cierto puede resultar culpable, esto no es del todo absoluto, sino que pueden intervenir causas de justificación que atenúen o eximan la responsabilidad del imputado.

Por ello, un acto procesal que destaca en gran medida dentro del proceso, es el referido a la actividad probatoria que tiene correlato en la teoría general de la prueba, ello debido a que el derecho se encuentra integrado de amplia literatura jurídica que recogen las

diversas teorías que le dan sustento a las instituciones del derecho en general.

Por ello, la prueba se constituye como un elemento de imperiosa necesidad sin el cual difícilmente se podrá establecer una verdad precisa de los hechos o de la teoría del caso que manejan cada una de las partes. Por lo tanto, en términos genéricos la prueba constituye la comprobación de las afirmaciones que se están diciendo sobre un hecho en particular “cuando queremos demostrar la veracidad de una afirmación o convencer a otro respecto de un hecho ocurrido, recurrimos al vocablo prueba, para demostrar lo que sostenemos, con ella pretendemos probar lo afirmado respecto de un hecho” (Hurtado Reyes, 2009, p. 524)

Así es bueno y a la vez preciso, mencionar que la prueba es un término amplio que abarca a todos los sectores de la ciencia jurídica pero que también trasciende este campo y pasa a desenvolverse en espacios que abarca todas las ciencias del conocimiento humano incluso se extiende hasta los escenarios cotidianos donde las personas despliegan sus actos más comunes. Es por ello, que se afirma como origen de la prueba la cotidianidad de actos realizados por las personas y no aquella que es introducida al proceso para demostrar la veracidad de los hechos como algunas ocasiones suele decirse, esta solo tiene lugar cuando en el ámbito extrajurídico ha fracasado la solución a un conflicto de intereses y necesita ser resuelto por el órgano jurisdiccional.

Bajo este entendido la prueba es necesaria y se encuentra siempre presente en las relaciones de todos los miembros de la sociedad, pues ayuda a la convivencia pacífica en todo el territorio, sin embargo, en este supuesto la prueba no tiene trascendencia jurídica propiamente.

Ahora bien, frente a la existencia de un conflicto de intereses que no es resuelto por otras vías judiciales es cuando el poder judicial hace manifiesta su presencia para dar una solución, pero ello no queda del todo ahí, sino que la decisión que se desprenda del juez se nutre del material probatorio aportado por las partes al proceso. Es ahí cuando se puede advertir la presencia de la prueba judicial como instrumento del que se vale el juez para condenar o absolver a una persona.

### **2.2.2. La prueba judicial**

El derecho a la prueba es concebido como un derecho subjetivo que le asiste a todo sujeto de derecho, está íntimamente relacionado con el proceso y tiene el mismo nivel jerárquico que el derecho de acción, el derecho a la contradicción, el derecho a un debido proceso, el derecho a la impugnación, etc., por lo tanto, el derecho a la prueba tiene rango constitucional, es decir, se constituye como un derecho fundamental y humano que le asiste a los sujetos en un proceso judicial. Por ello, Couture menciona que “la ley que haga imposible

la prueba es tan inconstitucional como la ley que haga imposible la defensa” (Couture, 1979, p. 66). Lo dice Nakasaqui “la prueba judicial, para su admisión, a diferencia de otro tipo de prueba científica, además de filtro epistemológico (principio de relevancia o pertinencia), aplicable a toda prueba; exige filtros de control de legalidad; reglas jurídicas de exclusión”. (Nakazaki Servigón, 2016, p. 41).

Carnelutti, sostenía que la relevancia de la prueba judicial se encuentra en dos momentos: el primero, antes del proceso, aquí la prueba vincula la aplicación y eficacia de las normas jurídicas que describen determinadas conductas que los sujetos deben asumir en una sociedad, normas que le reconocen determinada situación jurídica y por otro lado, los otros sujetos deben mostrarse con respecto frente a esa situación jurídica reconocida.

El segundo momento, está referido a la existencia de la prueba dentro del proceso, aquí se refiere al proceso como instrumento para la solución de conflictos, por ello no se puede concebir a él (proceso) sin la prueba. Se trata de esclarecer los hechos a través de las aportaciones de la prueba, garantizándose de esta manera que el juzgador contara con información de calidad para la emisión de sentencia, lo contrario supondría grave violación a los derechos fundamentales reconocidos a la persona en un proceso y que se encuentran regulados en Constitución, artículo 139.

Por ello se señala que la importancia de la prueba recae en cuanto

a:

Al convertirse en un medio de comprobación y demostración de los hechos imprime objetividad a la decisión judicial. De esta manera, en las resoluciones judiciales, sólo podrán admitirse como ocurridos los hechos que hayan sido acreditados plenamente mediante pruebas objetivas, lo que impide que aquellas sean fundadas en elementos puramente subjetivos. (Neyra Flores, 2010, p. 545)

Visto de esta manera, la prueba judicial representa la vinculación necesaria del juez, la defensa y el ministerio público; ello, por el conjunto de manifestaciones de voluntad que ostentan los intervinientes antes mencionados, buscando establecer la realidad material de la controversia y que por ser un acto jurídico procesal encuentran regulación expresa en el ordenamiento jurídico.

El Nuevo Código Procesal Penal, a partir de la sección II, artículo 155 al 252 se encarga de hacer referencia a la teoría de la prueba, donde se tratan aspectos como: finalidad, medio y fuente de prueba, objeto de la prueba, medios de prueba, prueba indiciaria, etc.

### **2.2.3. Medio de prueba**

El medio de prueba constituye el instrumento por el cual se hace ingresar al proceso diferentes medios de prueba que pueden ser: documentales, periciales, testimoniales, confrontación, inspección judicial y declaración de parte. En otras palabras, el medio de prueba

constituye el canal o el conducto de a través del cual se incorpora el elemento de prueba al proceso penal.

Son los "vehículos" de los que se sirven las partes para introducir en el proceso las fuentes de prueba. Los hechos objeto de prueba pueden ser acreditados por cualquier medio de prueba permitido por la ley, excepcionalmente, pueden utilizarse otros distintos, siempre que no vulneren los derechos y garantías de la persona, así como las facultades de los sujetos procesales reconocidas por la Ley. (Clariá Olmedo, 1966, p. 31)

El Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente N.º 01014 - 2007 – HC ha mencionado que los medios de prueba ingresados al proceso deben necesariamente pasar los filtros de pertinencia, conducencia, idoneidad, utilidad, licitud y preclusión; sin los cuales no podrán ser admitidos y subsecuentemente no podrán ser valorados, es decir, no influirán en la sentencia que emita el juez. Ello encuentra sustento en la protección de los derechos fundamentales de la persona que se sobreponen ante el derecho a probar cuando se trata de derechos personalísimos del sujeto, por ejemplo: el derecho a la intimidad.

#### **2.2.4. Fuente de prueba**

La fuente de prueba constituye el origen por el cual se obtiene los medios probatorios, ello existe con independencia del proceso, es decir, es extraprocesal y solo tiene relevancia jurídica cuando se ha iniciado un proceso. Al respecto la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema ha expresado, en la sentencia recaída en el

Altos y La Cantuta, que:

fuelle de prueba, hace referencia a todo elemento material o personal que tiene su origen fuera del proceso, siendo anterior a este e independiente de él, es todo hecho en el que consta una noticia relacionada con un evento delictivo, pero que existe fuera y al margen del proceso, además es una realidad que existe per se, que se confecciona para verificar un contrato, para manifestar una opinión para transmitir una información, etcétera, no teniendo una finalidad concreta e inmediata, pero sí puede servir en un proceso judicial que no existe, pero que puede abrirse en el futuro; así, fuente de prueba puede ser una fotografía, un libro –siempre que contenga información relevante para el caso investigado-, entre otros, no hay limitación alguna, pues todo acto material o personal en que conste una noticia referida a un hecho, tiene tal consideración y puede tener acceso al proceso, a través de un concreto medio (...) en tal sentido, (...) no se rige por la regla de la testimonial, ni se exige su producción en juicio oral, pues por ser independientes y anteriores al proceso, no pueden ser practicadas con sujeción a presupuestos que son típicos del proceso. (Neyra Flores, 2010, p. 551)

Es menester precisar que, en la fase de investigación preparatoria, se denomina fuente de convicción al “conocimiento específico que aporta el medio de convicción sobre el objeto de investigación, y el director de esta quien la busca, la obtiene e incorpora metódicamente, en el proceso” (Mixán Máss, 2005, citado en Villegas Salazar, 2017, p. 29).

### **2.2.5. Finalidad de la prueba**

La doctrina no es unánime al establecer la finalidad de esta institución. Autores como: Bentham, Bonnier, Ricci, Bricchetti manifiestan que su finalidad se orienta a la averiguación de un hecho, es decir, la prueba es vista como un instrumento para la averiguación de la verdad. Por otro lado, una segunda posición asumida por Carnelutti refiere que la fijación formal de los hechos, es su finalidad; en esta posición no importa demostrar la verdad de los hechos, sino fijar formalmente los hechos mismos, mediante procedimientos determinados por el proceso penal. Finalmente, la última posición tomada por autores como Taruffo, Echandía manifiestan que su finalidad está orientada a lograr la convicción del juez puesto que desde el punto de vista procesal la prueba aparece ligada a finalidad de obtener certeza en el juez (Neyra Flores, 2010).

Bajo esta última postura se ha dicho que la finalidad de la prueba se dirige a crear la convicción del juez respecto de los hechos producidos “la finalidad principal de la actividad probatoria es alcanzar el conocimiento de la verdad acerca de los hechos ocurridos y cuya descripción se convertirá en premisa del razonamiento decisorio” (Michele Taruffo (2007) citado en Hurtado Reyes, 2009, p. 541).

En igual sentido es la posición manifestada por Neyra Flores “la finalidad de la prueba radica en que permite formar la "convicción" del tribunal acerca de la existencia o no del hecho punible y de la participación de su autor” (2010, p. 546).

Visto de esa manera, se entiende que su finalidad es lograr convicción en el juez acerca de las afirmaciones que sobre los hechos maneja cada parte y que por lo tanto importa en cuanto el juez asuma como cierta la teoría del caso y finalmente dé la razón a una de las partes.

El Nuevo Código Procesal Penal ha sido pasivo con respecto a este punto, dejando su implementación a los doctrinarios y que sus criterios son tomados por los operadores del derecho en el proceso.

#### **2.2.6. Verdad material y verdad formal**

Otro de los temas polémicos en los que la doctrina no está de acuerdo es el referido a la verdad material y formal, pues se debe establecer a cuál de ellas se hace referencia cuando se está dentro de un proceso.

La verdad material es aquella que tiene origen extrajudicialmente, a la que se concibe como un ideal difícilmente de alcanzar plenamente, ello debido a que, en el proceso cada sujeto puede tener su propia verdad y tratara de imponerla frente a la otra parte. No obstante, se debe considerar que esta verdad establece la

coherencia interna de las proposiciones sobre los hechos por lo que, si bien no se la puede alcanzar plenamente, resulta indispensable en la valoración de los hechos, pues los argumentos de las partes deben guardar criterio de coherencia con las pruebas que ellos sustenten (Taruffo, Verdad, prueba y motivación en la decisión sobre los hechos, 2013).

Por su parte, la verdad formal es aquella que resulta como producto del proceso debido a la fijación formal que se hace de los hechos y a la valoración a través de los medios probatorios que se ofrecen para tal fin. La verdad que se averigua en el proceso sería sólo formal, a causa de los límites normativos, temporales y prácticos que la disciplina y el funcionamiento concreto del proceso imponen a la búsqueda de la verdad (Taruffo, Verdad, prueba y motivación en la decisión sobre los hechos, 2013).

Ahora bien, conviene precisar ambas verdades están relacionadas con la información en la que se fundan y con los métodos que se manejen para comprobarla, no importando si esta se constituye fuera del proceso o dentro de él. Con ello se da a entender que no existen dos verdades diferentes, sino que por el contrario en todos los casos estas se relacionan tratado de dar una mejor aproximación posible a la realidad histórica y empírica de los hechos que es necesario comprobar. Por ello, se ha dicho “ambas ayudan a las partes a probar sus afirmaciones y al juez a tomar en cuenta la información introducida al proceso, buscando la generación de convicción en el

juez, con el ánimo de que resuelva con absoluta certeza". (Hurtado Reyes, 2009, p. 550).

### **2.2.7. Objeto de la prueba**

Al respecto, Devis Echandía señala que por objeto de la prueba "debe entenderse lo que se puede probar en general; es una noción puramente objetiva y abstracta, no limitada a los problemas concretos de cada proceso, ni a los intereses o pretensiones de las diversas partes" (2012, p. 135).

De este tenor, se puede advertir que el objeto de la prueba se divide en dos. El primero de ellos, el objeto abstracto que constituye todo lo que necesita ser probado o es susceptible de ser probado. Así este aspecto es referido de manera muy genérica, pues según el concepto esbozado absolutamente todo constituirá material para ser probado.

El segundo de ellos, el objeto concreto, esta referido a los hechos, pero no cualquier hecho sino solo aquellos que son objeto de controversia, es decir, forman parte del objeto propiamente dicho, los hechos controvertidos que necesitan ser probados en el proceso para conocer su verdad formal (Liñan Arana, 2017).

Ello implica que, por ejemplo, los hechos notorios, evidentes, imposibles, presumidos por ley, de prueba nacional y costumbre no forman parte del objeto de prueba concreto, ya que estos o son asumidos por las partes o se presumen por ley, por lo que resultaría ocioso probar algo que ya se tiene como probado.

#### **2.2.8. Carga de la prueba**

A diferencia del proceso civil, en donde aparece como una potestad dada a las partes para corroborar lo que de sus afirmaciones han hecho, en el proceso penal la carga probatoria va dirigido al ministerio público que actúa como representante del sujeto pasivo de la acción. Es decir, el imputado, si lo desea puede permanecer en un estado de silencio absoluto y dejar que la fiscalía realice los actos propios a fin de encontrar la presunta responsabilidad del sujeto.

De acuerdo con el marco de un proceso penal acusatorio moderno, el imputado no tiene el deber ni la obligación de ofrecer prueba en su contra, puede incluso mentir o mantenerse en silencio pues a éste no le asiste el deber de veracidad y es sobre el fiscal que recae la carga de la prueba. (Neyra Flores, 2010, p. 193)

Queda claro entonces que la carga de la prueba en un proceso penal está dada al fiscal que tiene el deber de buscar la verdad sobre los hechos, sobre todo en un proceso penal donde se verán afectados

derechos fundamentales de la persona y donde además en este aspecto entra a tallar el principio de inocencia según el cual el imputado es visto inocente hasta que no se demuestre lo contrario. Si ello, no sucede así, es decir, si el fiscal no ha nutrido su acusación de suficiente material probatorio que logre la convicción del juez este debe optar por la absolución del sujeto ya que no se puede establecer la responsabilidad de la comisión del delito.

### **2.2.9. Principios de la prueba**

- a) **Preclusión**, este principio evita las dilaciones indebidas, es decir, las pruebas deben ser presentadas u ofrecidas en la etapa correspondiente.
  
- b) **Conducencia**, implica que la prueba cumpla con los filtros establecido por el ordenamiento jurídico a fin de poder ser admitidas.
  
- c) **Pertinencia**, implica que las pruebas aportadas se relaciones con los hechos materia de controversia.
  
- d) **Necesidad**, el juez emite una sentencia fundada en los medios probatorios, es decir, se constituyen en necesarios sin lo cual el juez no podrá emitir sentencia con arreglo a ley.

- e) **No resolver el proceso con conocimiento privado**, ello implica que la decisión del juez debe estar basado a los medios de prueba aportados más no de la subjetividad que él cree en el proceso.
- f) **Utilidad**, tiene que ver con un juicio de razonamiento a fin de establecer cuáles son las pruebas más útiles para el proceso.
- g) **Licitud**, que la prueba no sea contraria a todo el ordenamiento jurídico.
- h) **Inmediación**, el juez debe mantener contacto con las pruebas y además de la teoría que ellas tienen, es decir, como van a ser utilizadas en el proceso.
- i) **Contradicción**, la prueba puede ser objeto de contradicción por la otra parte, si así lo desea.
- j) **Comunidad probatoria**, las pruebas una vez admitidas son del proceso.
- k) **Unidad probatoria**, el juez al momento de valorar debe hacerlo de todos los medios probatorios que tiene.

## 2.2.10. Sistemas de valoración

### A) Tarifa legal

Con el Estado legal de derecho, el centro que daba legitimidad a la actuación del órgano jurisdiccional, era la ley, pero esta legitimidad era orientativa, puesto que, bajo este sistema el juez solo se dedicaba a la aplicación de la ley sobre la prueba, no realizando interpretación alguna por más que no estuviera de acuerdo, pues lo que él debía hacer ya estaba normado.

Así se entiende que todas las pruebas tienen un valor pre-adquirido determinado por la ley. Ferrajoli menciona “La prueba de un hecho deriva directamente de una norma jurídica y una vez constatada su concurrencia se pasa a deducir una conclusión o resultado probatorio” (Ferrajoli, 1995, p. 135).

Este sistema limita totalmente a la formación de la propia apreciación del juez sobre las pruebas ofrecidas, ni mucho menos requiere que el juez motive sus decisiones, puesto que el legislador es quien ha valorado y dado un peso a las pruebas de forma abstracta, por lo que el juez únicamente realizaría una verificación.

## **B) Libre valoración**

Esta postura encuentra sus orígenes en España donde se disponía que las personas designadas como testigos debían ser examinados y calificados por parte del Consejo Real conforme a las reglas de la sana crítica. Hoy en día el Nuevo Código Procesal Penal se rige por este sistema.

Pues bien, en la práctica el juez, de acuerdo a este sistema tiene toda la potestad para hacer uso de todos los medios probatorios dándole una interpretación en base a su propio parecer para emitir sentencia.

En la medida de lo posible la libertad de poder valorar las pruebas de acuerdo con su lógica y a las máximas de la experiencia, gracias a que el juzgador no está obligado a seguir, exclusivamente, reglas positivizadas que lo restringían más allá de lo convencional –como se daba en la prueba legal. (Alejos Toribio, 2016, parr. 28)

En este sistema, el valor probatorio de cada medio de prueba a través de una valoración libre, según el caso en concreto; pues, este sistema se dirige al juez para que éste descubra la verdad de los hechos derivados del proceso, si bien no se establece específicamente como el juez debe hacer esta valoración, este debe basarse en criterios de razonabilidad que orienten su percepción íntima al momento de la valoración (Alejos Toribio, 2016).

Lo antes dicho, no implica en modo alguno que el juez por la potestad conferida se convierta en un arbitrario de la administración de justicia, pues el juez debe guiar su decisión en sentencia debidamente motivada, indicando cuál fue el camino deductivo seguido para llegar a esa conclusión y no solo el resultado de la operación mental. Para esto, el juez se vale de las máximas de la experiencia, las reglas de la lógica y el conocimiento científico.

- a) **Máximas de la experiencia**, constituye el conjunto de conocimientos acumulados por el juez en el transcurso de su vida que son utilizados para apreciar la prueba.
  
- b) **Reglas de la lógica**, “la doctrina señala que el proceso de razonamiento judicial es una operación lógica y racional, vinculada a la utilización de un esquema o modelo de razonamiento” (Oyarzún Riquelme, 2016, p. 11).
  
- c) **Conocimiento científico**, “siempre los jueces han utilizado nociones científicas para establecer o interpretar circunstancias de hecho para las que parecían inadecuadas las nociones de la experiencia o el sentido común” (Taruffo, 2009, p. 89).

## 2.2.11. Prueba indiciaria

### A. Concepto

Es cotidiano escuchar en los medios de comunicación que no existe crimen perfecto, pues el infringir la norma jurídico penal constituye de por sí un hecho social que por estar ubicado en tiempo y espacio registra datos concretos, que en cierta medida pueden ser cognoscibles a simple vista, existiendo en la realidad independientemente de la verificación directa. Ahora bien, cuando no se puede llegar a la verificación directa es cuando se manifiesta la presencia del indicio o prueba indiciaria (Neyra Flores, 2010).

Por todo ello, cuando los medios de prueba directos resultan ser insuficientes para demostrar un hecho, es cuando se manifiesta la prueba indiciaria como sucedáneos de la prueba directa. Estos no son medios de prueba como ciertos autores - como Devis Echandía - suele llamarlo, sino que se constituyen en un tipo de prueba que la norma procesal recoge para poder llegar a la confirmación de los hechos.

Son diversos los autores que han tratado de dar el alcance de su contenido, algunos de ellos se mencionan a continuación:

la prueba de indicios está basada en todo hecho cierto y conocido que lleva, merced a un razonamiento inductivo, a la determinación de un hecho desconocido, dando por resultado un juicio sintético, esto es, agregando a un ente

algo nuevo que se descubre. (San Martín Castro, 1999 citado en Rosas Ytaco, 2003, p. 290)

Es un complejo constituido por diversos elementos. Desde una perspectiva material se tiene: un indicio o hecho base indirecto, un hecho directo o consecuencia y un razonamiento deductivo (presunción judicial) por el cual se afirma un hecho directo a partir del mediato. La estructura de la prueba indiciaria consiste, en primer lugar, en un indicio como hecho o afirmación base y, en segundo lugar, la presunción. (San Martín Castro, 2006, p. 855)

Es aquella que se dirige a mostrar la certeza de unos hechos (indicios) que no son los constitutivos de delito, pero de los que pueden inferirse éstos y la participación del acusado por medio de un razonamiento basado en el nexo causal y lógico existente entre los hechos probados y los que se trata de probar, sirve para fundamentar un fallo condenatorio. (Picó I Junoy (1997), citado en Pisfil (2014), p. 123)

Por todo ello, la prueba indiciaria, constituye un hecho que de por sí sola es incapaz de lograr la convicción del juez, es por ello, que a través de un razonamiento lógico ayuda a la probanza y/o verificación de otro hecho, que debe ser objetivo, nunca subjetivo; teniendo como una premisa fundamental el establecimiento del nexo causal y lógico entre los hechos materia del delito y los hechos probados. En otras palabras, los hechos denominados indicios, no son constitutivos del delito, pero ayudan a la probanza del hecho delictivo.

## B. Indicio y presunción

Es preciso, señalar la diferenciación entre ambos términos. Así, la prueba indiciaria como ya se ha visto encuentra su base en hechos que deben existir en la realidad, es decir, deben ser objetivos. Por su parte, la presunción, a decir de Devis Echandía es vista como “el resultado de la operación lógica del juez y se forma con las reglas generales de la experiencia” (Hurtado Reyes, 2012, p. 640).

el indicio es un dato significativo dentro del proceso penal, un dato objetivo obtenido y visible, en cambio, la presunción no es un dato obtenido de la realidad de los hechos, sino una conclusión inferida, es decir, es el producto de un proceso mental (Neyra Flores, 2010, p. 687).

Estos conceptos, si bien tienen contenido diferenciado también es cierto que poseen elementos característicos comunes, los mismos que llevan a la confusión en el entendimiento de la comunidad jurídica. Ellos son, que ambos se guían, sobre la base de las reglas de la experiencia, siguiendo por las reglas de la lógica y valiéndose del conocimiento científico para llegar a una conclusión. Empero, la presunción, es una forma de pensar pero de manera lógica por parte del juez al momento de valorar las pruebas.

Es importante mencionar las características de la prueba indiciaria, ya que constituyen nota esencial para el estudio dado. Neyra Flores (2014) ha dado un catálogo definido de ellas, las mismas que se exponen a continuación.

### C. Características

- a) **No es una prueba histórica:** aquí coinciden fuente y medio de prueba, por ello, en el indicio, la fuente de prueba se identifica con el medio probatorio, debido a que ella se manifiesta por sí misma, pues el hecho indicador es su propio medio de expresión; lo cual no sucede en la prueba histórica.
- b) **Es una prueba completa:** debido a que tiene una estructura propia, distinta de la directa, no puede ser incompleta ni imperfecta pues ello desnaturalizaría su concepto.
- c) **Es una prueba autónoma:** es un medio autónomo, porque los hechos en sí mismos tienen significancia probatoria.
- d) **Es una prueba crítica:** requiere de la lógica para llegar a la inferencia correcta, pues no es una representación histórica.
- e) **Es una prueba de probabilidades:** debido a que la suma de probabilidades que genera este tipo de prueba determinará la certeza necesaria para que el juzgador sentencie en el caso concreto.

## **D. Clasificación de los indicios**

### **a) Según la relación causal los indicios se clasifican en necesarios y contingentes.**

Un indicio es necesario porque prueba por sí solo la veracidad del dato indicado, esto indica la excepción a la regla por la cual los indicios deben ser plurales “se da cuando, una determinada causa solo produce un efecto determinado, pues conocido el efecto se infiere e identifica la causa, en ese sentido el indicio necesario surge de una relación causal que es exclusiva y única” (Neyra Flores, 2010, p. 696).

Por su parte los indicios contingentes, a decir del mismo autor en comento, se dan porque un efecto puede ser el resultado de diversas causas, siendo necesario indagar la causa productora, lo cual lleva al entendido de la presencia del elemento pluralidad de los indicios que ente caso deben ser como mínimo dos y estar interrelacionados para tener calidad de material probatorio que cumpla con los estándares para ser admitidos, actuados y valorados por el juez.

### **b) Según el factor tiempo, los indicios se clasifican en antecedentes, concomitantes y subsiguientes**

Los indicios antecedentes, son anteriores al delito, están referidos a la capacidad para delinquir y a la oportunidad para

la comisión de un delito, aunque hay autores que prefieren hacer otra calificación de acuerdo al móvil delictivo.

Los indicios concomitantes, son indicios que resultan de la ejecución del delito. Aquí se encuentran los indicios de presencia – presencia física del imputado en el lugar de los hechos - y los de participación delictiva – participación más concreta del imputado en los hechos; también se encuentran los indicios vinculados a la actitud subjetiva del autor, es decir, los que buscan probar el dolo con que actuó el agente.

Finalmente, los indicios subsiguientes son aquellos que se presentan con posterioridad a la comisión de un delito, y tienen lugar por ejemplo en la actitud sospechosa de acciones o palabras, manifestaciones hechas posteriormente a los hechos, etc.

## **E. Reglas de la Prueba indiciaria**

### **a) Que el hecho indicio esté acreditado**

La acreditación del indicio lo ha de ser de acuerdo con los principios y garantías de aplicación a la prueba en el proceso penal y sobre todo con pleno respeto de la garantía de presunción de inocencia. No debe ser un dato meramente hipotético, sino conocido a través de la prueba –en esta perspectiva la afirmación del hecho indicio se erige en un objeto

de prueba y solo acreditado el mismo, constituirá un elemento de prueba.

#### **b) Existencia del nexo causal**

Por medio del cual se entiende a la congruencia entre el hecho base y presumido, a partir del cual lleve al conocimiento del otro hecho. Esto en virtud a las reglas de la sana crítica: principios de la lógica, conocimientos científicos y máximas de la experiencia.

En virtud de lo antes dicho, cabe fundar un juicio de probabilidad cualificada de que, dado el hecho indicio, se ha producido también el hecho presunto. Por ello, el nexo lógico entre los dos hechos, indicio y hecho presumido, es la presunción, que a través de un proceso deductivo, coherente y racional se puede llegar al hecho base y consecuentemente al hecho presumido.

#### **c) Inexistencia de prueba en contrario del hecho indicio o del hecho presunto o presumido**

La prueba por indicios debe ser valorada al amparo de la sana crítica racional de manera conjunta; caso contrario, se obtendrá una visión fragmentada, parcial y poco esclarecedora de los hechos, que admitirán como premisa indiscutible al principio de inocencia por el cual el imputado deberá ser absuelto (San Martín Castro, 2017).

## **2.3. Marco Normativo**

### **2.3.1. Derecho internacional**

Si bien es cierto a nivel convencional no se ha desarrollado los instrumentos que regulen de forma precisa las reglas bajo las cuales se debe guiar la actividad probatoria, es a través de la jurisprudencia que se ha manifestado la teoría de la prueba. En consecuencia, el juez desarrolla amplia valoración probatoria siguiendo los criterios de la sana crítica, lo cual deja atrás a la concepción legalista de interpretación, para dar pase a la visión racionalista por medio de la interpretación de los medios probatorios.

Así pues, la Corte Interamericana por ser la encargada de proteger los derechos de las personas; se desenvuelve con respecto al sistema probatorio aplicando criterios de recepción y valoración "la incorporación de determinados elementos al acervo probatorio debe ser efectuada prestando particular atención a las circunstancias del caso concreto, y teniendo presentes los límites trazados por el respeto a la seguridad jurídica y al equilibrio procesal de las partes" (Caso Cinco Pensionistas Vs. Perú, 2003, párr. 65).

Por lo antes dicho, la Corte también ha señalado, con respecto a la prueba indiciaria que:

en los casos que es muy difícil encontrar pruebas directas relativas a los hechos materia de la investigación, no es necesario acreditar de forma fehaciente todas las circunstancias que rodearon los hechos, ni determinar las personas responsables de tales actos, sino que bastara con constatar, primero, la existencia de indicios que permitan apreciar que se ha efectuado una violación de derechos; y, en segundo lugar la existencia de pruebas referenciales que acrediten la existencia de una práctica de los órganos del Estado destinada a no investigar tales actos, o a encubrirlos, o a no sancionarlos, o no repararlos o que el Estado no presente las pruebas solicitadas por la Corte, o que simplemente no facilite o entorpezca las investigaciones. (Remoiti Carbonell, citado en Castañeda Quintana, 2011, p. 115)

La intromisión por parte de la Corte Interamericana consta respecto de la violación de derechos humanos, por lo cual debe tener especial cuidado al momento de su interpretación. De esta manera, cuanto el contexto es construido con base en los otros medios de prueba, donde el juez interamericano debe analizarlos en conjunto para determinar si existió una acción u omisión por parte del Estado y si le es atribuible la responsabilidad internacional (Castañeda Quintana, 2011). Además de ello, se debe tener en cuenta que el indicio debe tener cierto grado de racionalización, “pero más genérico al aplicado en los casos que conocen los tribunales y juzgados de sede interna dado que los conflictos por resolver se salen de los intereses de las partes, involucrando aspectos de territorialidad” (Castañeda Quintana, 2011, p. 118).

De esta forma, queda sentado la aplicación de la prueba indiciaria cuando no existen otros medios de prueba directos, pero ello debe

ser motivado respectivamente, es decir, la Corte admite la prueba indiciaria cuando esta cumpla con los requisitos de licitud, pertinencia y conducencia; y llevan a la certeza del juez a que efectivamente se ha cometido la violación de derechos humanos.

### **2.3.2. Derecho constitucional**

Sobre este aspecto se debe señalar, al igual que en el anterior, no existe regulación expresa respecto de la prueba indiciaria, pero como esta es parte de la teoría de la prueba su regulación se adhiere a los postulados del debido proceso; además se menciona en el artículo 155 que “La actividad probatoria en el proceso penal está regulada por la Constitución, los tratados aprobados y ratificados por el Perú y por este Código” (Congreso Constituyente Democrático, 1993).

Este derecho continente que abarca derechos fundamentales procesales dentro del proceso como: defensa, derecho a probar; derecho de contradicción y otros; se encuentra regulado en el artículo 139 de la Constitución.

Por lo mismo, es que el órgano jurisdiccional, al momento de emitir sentencia debe guiar sus fundamentos en relación a la constitucionalización que le asiste la aplicación de los derechos de una persona en un caso concreto. Además, su regulación expresa

con respecto a la prueba indiciaria - podría decirse queda subordinada y pasa a ser elemento de segundo plano debido a que se antepone el artículo 3 de la Constitución a través de la cual los derechos positivizados no son los únicos, sino que reconoce todo aquel que se funde en la dignidad humana del hombre, concordándose además con los principios y garantías de tutela jurisdiccional efectiva, debido proceso y debida motivación.

Es a partir de la dignidad humana, que se establece como premisa fundamental dotar de todos los contenidos de la prueba a la prueba indiciaria: ofrecimiento, admisión, actuación, valoración y protección; pues en materia penal, entran en juego la protección de derechos fundamentales de la persona - debido a su carácter más lesivo que puede importar en caso se encuentre culpable - que cualquier otra rama del derecho o que intente regular la vida humana.

### **2.3.3. Código Penal**

A diferencia del Código de Procedimientos Penales que data del año 1940 el cual no regula taxativamente la prueba indiciaria, el Nuevo Código Procesal Penal sí lo hace, no obstante, lo hace de manera indirecta en sus artículos 170 y 171 mencionando que “la inspección ocular y el destino de los instrumentos y efectos del delito sirven para preservar los vestigios y pruebas de la perpetración del delito, constituyendo los primeros "indicios" para resolver el caso (Poder Ejecutivo, 1940).

Ahora bien, esta regulación en el actual Código Procesal Penal ha sufrido cambios tanto sustanciales y formales con respecto a la prueba en general, por ejemplo, se regula en el artículo 155 inciso 2 los límites de la prueba como son: impertinencia e ilicitud de la prueba, que importan cuando no hay relación con los hechos y cuando contravienen a todo el ordenamiento jurídico, mencionado en los artículos posteriores: el objeto, el medio, la fuente de prueba, valoración, su utilización, los tipos de medios probatorios – documentales, testimoniales, periciales, entre otros - etc. (Poder Ejecutivo, 2004).

Ahora bien, con respecto a la prueba indiciaria, por ejemplo, en su artículo 158 se establece los presupuestos establecidos para una correcta valoración de la prueba por indicios. El primero de ellos, que el indicio este probado, el segundo, que la inferencia esté basada en las reglas de la lógica, la ciencia o la experiencia, y tercero que, cuando se trate de indicios contingentes, éstos sean plurales, concordantes y convergentes, así como que no se presenten contra-indicios consistentes.

Así también, en el apartado 393 inciso 2 se establece el respeto por el sistema de valoración de la prueba en cuanto a los postulados que la sana crítica contiene, tales como: reglas de la experiencia, reglas de la lógica y conocimiento científico. Esto dicho, indica el principio de legalidad que debe regir la vida jurisdiccional en la administración de justicia.

Los presupuestos señalados en el artículo 158, son indispensables y constituyen la línea de límite al juez para que emita su decisión, que además está en estrecha vinculación con la debida motivación, puesto que de faltar uno de ello, la sentencia emitida caerá en arbitrariedad.

Que el indicio este probado, es un presupuesto ya estudiado en demasía por la doctrina, ha sido establecido como un requisito, como una regla para poder valorar la prueba indiciaria, y en este trabajo se establece como un presupuesto, característica que hace indispensable su presencia a diferencia de lo que se establece como requisito.

Por otro lado, se establece a la inferencia como requisito, requisito que no se ha mencionado en este trabajo, empero, se trata de una “actividad en la que se afirma una proposición sobre la base de otra u otras proposiciones aceptadas como el punto de partida del proceso” (Mixan Mass, 1992, p. 41).

Las inferencias constituyen el producto de un razonamiento efectuado que observa las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia y el conocimiento científico; y que en el ínterin del proceso que desarrolla para llegar a una conclusión se llama también argumento, pues a cada inferencia posible le corresponde un argumento y de esto trata la lógica a la que se hace referencia (Neyra Flores, 2010). En la actividad probatoria de naturaleza indiciaria, el

argumento probatorio es el significado de la conclusión derivada de la inferencia aplicada para descubrir aquel otro "dato indicado (Mixan Mass, 1992, p. 41).

Los indicios contingentes, tienen lugar cuando no es posible identificar desde un primer momento la causa de un hecho, porque éste puede tener varias causas, parece muy lógico establecer que ante una situación de tal carácter se tenga que presentar la pluralidad – más de dos indicios - concordantes – que el hecho base guarde relación con el hecho que se desea probar y convergentes – que los indicios tenga como objetivo la probanza del hecho que se está alegando (San Martín Castro, 2006).

Empero de lo antes dicho, se encuentra el contra indicio, por el cual la parte afectada con el indicio puede presentar sus contra indicios, estos como “la prueba de algún hecho indiciario, al resultar incompatible tales hechos entre sí o al cuestionar aquel hecho la realidad de éste debilitando su fuerza probatoria” (Rosas Castañeda, 2013, p. 4).

Lo antes dicho se condice con el derecho del imputado a la presunción de inocencia, motivo este que hace factible el presupuesto por el cual el juez al momento de resolver debe tener en cuenta todos los indicios ofrecidos, pero también los contra indicios presentados, de esta forma se garantiza la defensa de los derechos del imputado y del denunciante, acorde con los postulados constitucionales.

#### **2.3.4. Derecho comparado**

Los sistemas de valoración, se establece en la doctrina al conocimiento científico como parte de ellos, pero además como regla de guía bajo la cual el juez encuentra los límites para valorar la prueba. En cuanto a la prueba indiciaria en Colombia se establece como una prueba crítica y lógica que no puede tener carácter de histórica ni mucho menos de representativa, puesto que su finalidad es lograr la convicción del juez respecto de la teoría del caso que se quiere demostrar (Bolaños Minda, Hernando Fajardo, & Calderon Leyva, 2014).

Es menester mencionar, (2004) que, en materia penal a través del Código de Procedimientos Penales, se considera:

como prueba de referencia toda declaración realizada fuera del juicio oral y que es utilizada para probar o excluir uno o varios elementos del delito, el grado de intervención en el mismo, las circunstancias de atenuación o de agravación punitivas, la naturaleza y extensión del daño irrogado, y cualquier otro aspecto sustancial objeto del debate, cuando no sea posible practicarla en el juicio. (art. 437)

Se entiende que, si bien desarrolla los aspectos generales de la prueba, con respecto a la prueba indiciaria la ley se muestra omisiva de regulación dando un alcance muy general de ella, tal como se puede apreciar del artículo mencionado.

En Venezuela, hay que tener en cuenta la Ley Orgánica sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas emitida por el Poder Ejecutivo en el año (1993), que en su artículo 145 inciso 1, hace mención al indicio o prueba circunstancial como medio probatorio dando pase a una construcción lógica racional por parte del juez para que su sentencia este dotada de todos los presupuestos valorativos para no afectar los derechos de las partes. Con esto dicho deja atrás la formula dictada por el legislador en el artículo 244 del Código de Enjuiciamiento Criminal donde el indicio era señalado como una presunción y tenía la calidad de “juris et de jure” dándole una calidad de inmutable que no aceptaba prueba en contrario.

Ahora bien, con respecto a su artículo 68 se menciona los principios del indicio, como son: idóneos y suficientes para lo que se quiere demostrar, también se hace alusión a que los Jueces apreciarán los indicios que resulten de autos en su conjunto, teniendo en consideración su gravedad, concordancia y convergencia entre sí y en relación con las demás pruebas de auto, esto le da al juez amplia potestad valorativa (art. 190). De otro lado, a través de esta ley le da tratamiento igualitario al indicio y la sospecha, señalando que cuando se tenga uno de ellos en cuanto a fondos ilícitos en una operación o negocio se deberá informar inmediatamente al Poder Judicial (art. 215, inc. 4).

## **2.4. Marco Jurisprudencial**

### **2.3.5. Corte Suprema Penal**

La corte suprema a través del R.N. 1912-2005, en su fundamento cuarto, estableció lo siguiente:

Respecto al indicio, éste -hecho base- ha de estar plenamente probado -por los diversos medios de prueba que autoriza la ley-, pues de lo contrario sería una mera sospecha sin sustento real alguno; deben ser plurales, o excepcionalmente únicos pero de una singular fuerza acreditativa; también concomitantes al hecho que se trata de probar, y deben estar interrelacionados, cuando sean varios, de modo que se refuercen entre sí y que no excluyan el hecho consecuencia –no sólo se trata de suministrar indicios, sino que estén imbricados entre sí–; que es de acotar que no todos los indicios tienen el mismo valor, pues en función a la mayor o menor posibilidad de alternativas diversas de la configuración de los hechos pueden clasificarse en débiles y fuertes, en que los primeros únicamente tienen un valor acompañante y dependiente de los indicios fuertes, y solos no tienen fuerza suficiente para excluir la posibilidad de que los hechos hayan ocurrido de otra manera (...); asimismo, (..) que en lo atinente a la inducción o inferencia, es necesario que sea razonable, esto es, que responda plenamente a las reglas de la lógica y de la experiencia, de suerte que de los indicios surja el hecho consecuencia y que entre ambos exista un enlace preciso y directo. (Recurso de Nulidad, 2005)

Claro está que, lo dicho encuentra relación directa con lo establecido por el Código Penal en su artículo 158, inciso 3. Esta ejecutoria suprema es importante debido a que el Acuerdo Plenario 1-2006/ESV-22 del 13 de octubre del 2006 centró su mirada en ella, puesto que estableció los presupuestos materiales – hecho base

probado, la pluralidad de los mismos, deben ser concomitantes e interrelacionados cuando sean varios – y lo característico del indicio – “su objeto no es directamente el hecho constitutivo del delito, como regulado la ley penal, sino otro hecho intermedio que permite llegar al primero por medio del razonamiento lógico entre los hechos probados y los que se tratan de probar” (Bazán Carranza, 2018, párr. 11).

Es presupuesto constitucional, la presunción de inocencia hasta que no se haya demostrado lo contrario, el mismo que no solo tiene trato constitucional sino también convencional. Así, se ha manifestado en el Recurso de Nulidad N.º 2713-2015, Lima Norte:

la presunción de inocencia orienta al juez durante todo el proceso penal, evitando que desde principio a fin le influya el prejuicio social de culpabilidad. Como regla probatoria, la presunción de inocencia supone la necesaria existencia de actividad probatoria de cargo practicada con todas las garantías. De otro lado, en su función de regla de juicio, asume un papel relevante al momento de la valoración de la prueba, exigiendo la existencia de los criterios necesarios para que el juez logre la decisión sobre el caso concreto, así como también, el resultado de la misma en los casos en que la prueba de cargo sea insuficiente. (Recurso de Nulidad, 2017, fund. 8)

En ese entendido, “un proceso penal sólo alcanzará su finalidad y podrá considerárselo legítimo, siempre que combine factores de eficacia investigativa y garantía al justiciable” (Suri, 2017, parr. 19). Pues, lo que se busca con ello es proteger los derechos fundamentales del imputado, lo cual solo se lograra con una correcta

investigación que involucra por su puesto la actividad probatoria – “en términos de suficiencia y racionalidad, descartando la concepción tradicional de la verdad ‘material” (Suri, 2017, parr. 19) - en mayoría por el Ministerio Público.

Por otro lado, se señala como efecto procesal más importante, el mencionado por García Caveró (2015), citado en Suri (2017):

que, para la absolución del procesado, no es necesario que el juez llegue a la certeza de que no hay base táctica para imputarle responsabilidad penal, sino que debe asumir su inocencia mientras no llegue, más bien, a la certeza sobre la existencia de la base táctica con la cual sustentar la condena. (fund. 16)

En similar manera, a través de la casación N.º 628-2015, se ha establecido la importancia de la motivación de sentencia en la prueba indiciaria, señalando en el considerando quinto lo siguiente:

Que, en atención a la relación entre motivación fáctica y presunción de inocencia, es de acotar que el examen de esta última garantía importa un triple control: juicio sobre la prueba, juicio sobre la suficiencia y juicio sobre la motivación y su razonabilidad. La corrección de la prueba indiciaria se encuentra en el juicio sobre la suficiencia probatoria, mientras que la corrección de la motivación se encuentra en el juicio de razonabilidad. (Importancia de la motivación de sentencia en la prueba indiciaria, 2016)

La debida motivación como derecho continente que importa y se condice en el mismo nivel jerárquico que el debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva, puesto que lleva inmerso a otros derechos

como el derecho a la defensa que le asiste al imputado en el curso de un proceso y que por supuesto el juez no puede dejar de observar.

### **2.3.6. Tribunal Constitucional**

En el recurso de agravio constitucional interpuesto por Sergio Vicente Espinoza Castañeda recaído en el Exp N ° 03524 2013, se hace alusión a la prueba indiciaria, en el cual, estos han sido utilizados como simples sospechas tal como se puede apreciar del texto siguiente "los indicios han sido sustituidos por sospechas y conjeturas, con el propósito de sustentar a como dé lugar un fallo condenatorio por el delito de corrupción de funcionarios en su modalidad de concusión" (fund. 6). Además, se ha mencionado que la resolución carece de indicios, entendidos como hechos probados, sin lo cual no es posible emplear la técnica de la prueba indiciaria" (fund. 7).

Así también del mismo modo se ha sostenido que los jueces penales han basado su condena tan solo en que:

se habría producido una intervención policial sin participación del Ministerio Público y fuera de la circunscripción territorial en la que el favorecido trabajaba, lo cual ciertamente constituye una irregularidad, así como en "la grabación de una conversación dispuesta por el ministerio Público, pero sin autorización judicial", pues de ello concluyeron sin más que "entre el procesado (a la sazón, el favorecido) y los intervenidos subsistió una

tratativa donde el primero de los mencionados obtuvo un beneficio económico. (Caso Carlos Alberto Pizarro Sutta, 2015, fund. 9)

En los fundamentos recaídos en el expediente en comento se observa la utilización de la prueba indiciaria, pero como un elemento hipotético e irregular que, además por el hecho de realizar acciones por parte de la policía sin la autorización del ministerio público, viola los principios por los cuales deben pasar todo material que se desee introducir al proceso: el principio de formalidad, legalidad, utilidad, etc.; así como haber valorado un audio que atenta contra el derecho a la intimidad y al secreto en las comunicaciones.

Esto último, evidencia la afectación a derechos y principios fundamentales del imputado – no solo los mencionados – sino también derechos procesales: tutela jurisdiccional efectiva, debido proceso, defensa, debida motivación, etc., como derechos y principios sustantivos: principio de inocencia, libertad personal, etc.

En el expediente N.º 04278-2011-PHC/TC se ha mencionado el uso y la necesidad de que la prueba indiciaria sea motivada, refiriendo además que el juez penal es libre para obtener su convencimiento porque no está vinculado a reglas legales de la prueba y, por ello, también puede llegar a la convicción de la existencia del hecho delictivo y la participación del imputado a través de la prueba indirecta o prueba indiciaria, pero ésta debe ser explicitada en la resolución judicial (Caso Edgar Saldaña Culquiboz, 2012, fund. 3).

Lo dicho anteriormente, guarda relación con la debida motivación y el sistema de libre valoración de la prueba en donde, el juez puede hacer una valoración personalísima fundamentado en la experiencia, la lógica y el conocimiento científico. Lo cual deja entrever, que ello no significa el uso de la prueba indiciaria como arbitraria e irracional, sino que debe guardar ciertos parámetros y pasar ciertos filtros, solo así se garantiza el uso adecuado y consecuentemente la debida motivación a la que se debe llegar con la prueba indiciaria.

En suma, garantiza que el razonamiento empleado guarde relación y sea proporcionado y congruente con el problema que al juez penal corresponde resolver, respetando los derechos, principios y garantías que posee el imputado.

El razonamiento lógico de la prueba indiciaria, cuya característica es que existen elementos probatorios directos e indirectos para determinar la existencia o inexistencia de ciertos hechos. De ahí que sea válido referirse a la prueba penal indirecta a partir de la cual se hace referencia a los indicios y a las presunciones. En consecuencia, a través de la prueba indirecta se acredita un “hecho inicial -indicio”, que no es el que se quiere probar, en definitiva, sino que se trata de acreditar la existencia del “hecho final - delito” a partir de una relación de causalidad “inferencia lógica” (fund. 4).

A partir de este último párrafo, se evidencia la concordancia con el criterio asumido por la doctrina en cuanto a su concepto se refiere, pero que a partir del cual se ha establecido, por ejemplo: su naturaleza, sus características, su clasificación, etc.

En el expediente N.º 00728-2008-PHC/TC se sustenta la utilización de la prueba indirecta o prueba indiciaria, pero con la obligación de darle el tratamiento que le corresponde debido a que está en juego derechos muy importantes del imputado que se pueden ver afectados en caso de no ser usado de la manera correcta.

Por ello, el Tribunal Constitucional ha consignado los siguientes elementos como límite para la actuación del juez al momento de valorar la prueba indiciaria: el hecho base o hecho indiciario, que debe estar plenamente probado (indicio); el hecho consecuencia o hecho indiciado, lo que se trata de probar (delito) y entre ello, el enlace o razonamiento deductivo. Este último, en tanto que es el enlace entre los dos primeros valiéndose de las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos.

Por otro lado, manifiesta que la doctrina procesal penal aconseja:

debe asegurarse una pluralidad de indicios, pues su variedad permitirá controlar en mayor medida la seguridad de la relación de causalidad entre el hecho conocido y el hecho desconocido; sin embargo, también se admite que no existe obstáculo alguno para que la prueba indiciaria pueda formarse sobre la base de un solo indicio, pero de singular potencia acreditativa. En

cualquier caso, el indicio debe ser concomitante al hecho que se trata de probar, y cuando sean varios, deben estar interrelacionados, de modo que se refuercen entre sí. (Caso Giuliana Flor de María Llamoya Hilares, 2008, fund. 26, párr. 2)

Asimismo, señala que, desde una perspectiva estrictamente constitucional, no se puede establecer la responsabilidad penal de una persona y menos restringir la efectividad de su derecho fundamental a la libertad personal a través de la prueba indiciaria, si es que no se ha señalado debidamente y con total objetividad el procedimiento para su aplicación. Ello es así, debido al carácter lesivo que implica imponer una pena privativa de libertad, pues esta debe ceder en todos los casos cuando de lo meritado se advierte la no destrucción del principio de inocencia, pues no es lo mismo resolver por una simple corazonada que con hechos objetivos y ciertos que lleven a la convicción del juez.

Todas estas sentencias guardan coherencia con lo prescrito en el Código Penal, aunque si bien es cierto dicho cuerpo normativo, no da un alcance de la prueba indiciaria y solo se limita a establecer los requisitos observables por el juez, es la doctrina y la jurisprudencia que se han encargado de dotar de contenido a dicha institución.

### **2.3.7. Casos complejos de aplicación de la prueba indiciaria**

A continuación, presentaremos dos casos de nuestra judicatura donde se aplicó la denominada prueba indiciaria, para que, de tal manera la teoría que hemos explicado en líneas arriba, no quede sin un contenido práctico, y permita comprender mejor al lector el tema que hemos abordado en este breve artículo.

#### **a. El Caso Giuliana Llamuja (Recurso de Nulidad N.º 3651-2006)**

Hechos: Como es de conocimiento público, el día sábado 5 de marzo del 2005, en horas de la noche, en la vivienda ubicada en la Calle Las Magnolias N° 155-urbanización ENTEL-PERÚ, Distrito de San Juan de Miraflores, en la ciudad de Lima; se suscitó una discusión entre la joven, Giuliana Llamuja Hilaes, de aproximadamente 18 años, y su progenitora María del Carmen Hilaes Martínez, donde existieron agresiones físicas mutuas, las cuales resultan proclives a lo vandálico, donde la peor parte, la llevó la última de las féminas mencionadas, quien murió desangrada luego de recibir varias puñaladas, ocasionando heridas en zonas vitales.

En virtud de tales hechos, se imputó a Giuliana Llamuja, el delito contra la Vida, el Cuerpo y la Salud -en su modalidad de parricidio-, en agravio de María del Carmen Hilaes.

Decisión judicial: Después de casi 4 años de duración del proceso penal; incluida la anulación de una ejecutoria suprema emitida en el año 2007 por parte del Tribunal Constitucional Peruano; 37 la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, el día 25 de febrero del 2009, confirma la sentencia de primera instancia donde se condena a Giuliana Llamuja por el delito contra la vida, el cuerpo y la salud- parricidio- en agravio de María del Carmen Hilares Martínez, reformando además le pena impuesta, a favor de la encartada.

Lo relevante de la presente resolución judicial, para el tema propuesto es que para emitir el fallo condenatorio, la Corte Suprema analiza lo concerniente a la prueba indiciaria, para fundamentar tal decisión, así en su considerando decimosegundo, se enfatiza que para determinar la responsabilidad penal de la procesada Giuliana Llamuja, utiliza la denominada prueba indiciaria, la misma que no solo responde a las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia o a los conocimientos científicos, sino a un razonamiento lógico; señalando los siguientes indicios; a) Indicios de presencia o de oportunidad física, referidos a que el acusado se encuentre por las inmediaciones o en el lugar donde aconteció el hecho delictuoso; b) Indicios de participación en el delito, el cual consiste en aquél dato objetivo que nos permita afirmar acerca de la participación del procesado en el hecho imputado; c)

Indicios de motivo, el cual no es sino el contexto donde ocurre un hecho delictuoso, es decir, como -expresa la sentencia- se parte del presupuesto de que no existe acto voluntario sin motivo o móvil; d) Indicios de actitudes sospechosas, los cuales –según la sentencia- se manifiestan en actitudes o comportamientos del sujeto, anteriores o posteriores al hecho, que por su especial singularidad o extrañeza permiten inferir una relación con el delito cometido; e) Indicios de personalidad, donde se toma en cuenta la conducta del sujeto y su personalidad; f) Indicios anteriores, la cual nuevamente se hace mención al contexto donde se suscitaron los hechos instruidos; g) Indicios subsiguientes, conducta posterior -que según la ejecutoria suprema- consiste en establecer si las manifestaciones exteriores del individuo al que se le acusa tiene un patrón constante, tanto antes como después del hecho delictivo; h) Indicio de inconsistencia lógica, donde se analiza el relato fáctico y justificativo del imputado o su defensa; estos indicios son apreciadas en su conjunto e interrelacionadas entre sí por la Corte Suprema.

Ahora bien, debemos resaltar que el Tribunal Supremo, logra realizar un adecuado raciocinio, en razón que manifiesta expresamente los indicadores que conllevan a determinar los hechos desconocidos, y que solos pueden ser apreciados por una determinada pluralidad de indicios y de las inferencias que se realizan al respecto. Asimismo, a nuestra opinión, el fallo

dictado por la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, cumple con los elementos necesarios para emitir una sentencia condenatoria basada en prueba indiciaria - señalados anteriormente-; asimismo existe una adecuada motivación de la decisión jurisdiccional. Sin embargo, creo que para la determinación de los indicios concomitantes, pudo haberse resuelto, en los siguientes: indicadores de lugar; indicadores de contexto; indicadores de resultado e indicadores de mala justificación, último indicador que debe ser analizado con cautela y mesura, pues no debe “presumirse nada” en contra de la manifestación del derecho de defensa o su derecho a no auto- incriminación de los procesados, pues estaríamos “sospechando”, opinión última, que es compartida por Asencio Mellado (1992), quien acota que mantener este carácter subjetivo del indicio e identificarlo con la existencia de una sospecha más o menos vehemente, se pueden producir -lo cual sucede constantemente-, ciertas contradicciones. Así, y desde estimar indicio(sospecha) el silencio del imputado, su negativa a someterse a actos de investigación corporal, la valoración de la coartada descubierta como falsa; hasta adoptar resoluciones en la fase de investigación o no hacerlo sin sujeción a criterios objetivos. En definitiva, y si se atribuye al indicio naturaleza subjetiva y se equipara a la sospecha, en ningún caso podría servir para fundamentar una sentencia condenatoria que exige siempre la certeza acerca de la culpabilidad.; es necesario,

pues, reconducir indicio a su ubicación objetiva y atender, a efectos de su utilidad en cada fase del proceso. Por otro lado, debe señalarse que todos los indicios deben ser probados, e interrelacionados entre sí.

**b. El Caso Claudina Herrera (Recurso de Nulidad N.º 5267-2008)**

Hechos: Recordemos una noticia que conmocionó a la comunidad peruana en el año 2005, en ese entonces, se descubrió el cadáver de Claudina Herrera Cárdenas (18 años) la altura del Kilómetro 10 de la Panamericana Sur, el cuerpo se encontraba encorvado en posición fetal dentro de una caja de cartón, la causa de la muerte resultó evidente: el vientre de la muchacha de 18 años había sido seccionado de un tajo y el bebé ya no estaba. Días después, su hijita nacida prematuramente fue localizada en la sala de terapia intensiva de un hospital público, y la mujer que había aparecido con el bebé cubierto de sangre y diciendo que había dado a luz en un taxi Ysabel Janeth Palacios Gálvez fue arrestada junto con otras personas -Diana Rivas Llanos, Sofía Parravicini Caballero y Miguel Montoya Montes-.

Decisión judicial: La Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema anuló las sentencias de 35 años de prisión impuestas a la obstetrix Diana Rivas y Miguel Montoya Montes, por el secuestro y posterior asesinato de la joven Claudina Herrera para extraer el bebé que llevaba en el vientre, hecho ocurrido en

octubre de 2005. Asimismo, confirmó la condena de 35 años de prisión impuesta a Ysabel Jeannete Palacios Gálvez, quien se habría hecho pasar como madre de la hija de Herrera Cárdenas; de tal manera se confirmó la condena por los delitos de alteración de filiación de menor, en agravio de Fabia Antonella Castillo Herrera; como por el delito de fingimiento de embarazo y parto, en agravio del Estado y Fabia Antonella Castillo Herrera; y como autora del delito de Homicidio Calificado en agravio de Claudina Lorena Herrera Cárdenas; reformando la pena impuesta a 30 años de pena privativa de la libertad.

En el presente caso, nuevamente encontramos que el Tribunal Supremo hace referencia a la prueba indiciaria, pero esta vez no es para emitir un juicio de culpabilidad, si no es para señalar que de los indicios anotados por la Sala Superior no genera convicción para confirmar la condena de 35 años impuesta a Diana Rivas Llanos (obstetra), y Miguel Montoya Montes (taxista)-; es decir los siguientes indicios: presencia física, ubicación, conducta posterior y mala justificación que se desarrollan en el fundamento octavo de la Ejecutoria Suprema N.º 5267-2008 (LIMA)<sup>1</sup> no resultan suficientes al parecer del Colegiado Supremo, ordenando la realización de un nuevo juicio oral, solicitando la realización de ciertas testimoniales.

---

<sup>1</sup> No nos olvidemos que la Primera Fiscalía Suprema Penal, solicitó la absolución de Diana Rivas Llanos por “falta de pruebas”.

En este extremo discrepo con esta decisión, pues de los indicios anotados, cabía inferir válidamente la participación de ambos procesados; teniendo más indicios respecto del taxista Miguel Montoya Montes en cuanto a la participación de los delitos imputados; por lo que era idóneo trabajar el tema de prueba indiciaria para el presente caso, esto por la pluralidad de indicios existentes, los cuales eran objetivos y concomitantes a la perpetración del ilícito penal.

## **CAPÍTULO III**

### **RESULTADOS Y CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS**

#### **3.1. DISCUSIÓN DE RESULTADOS**

##### **3.1.1. Elementos, principios y dogmas del derecho penal que se relacionan con la aplicación de la prueba indiciaria en la normatividad peruana**

Como ha sido señalado en el Marco Teórico, la prueba indiciaria es un complejo constituido por diversos elementos, el indicio o hecho base indirecto, el hecho directo o consecuencia y el razonamiento deductivo (San Martín Castro, 2006, p. 855); justamente éste último, constituye la garantía de objetividad en cuanto a la consideración de la prueba indiciaria.

Recuérdese que este tipo de prueba no señala directamente los hechos ocurridos, sino que, en conjunto, permiten alcanzar una deducción que permita sustentar un sentencia condenatoria, destruyéndose así el principio de presunción de inocencia.

Es por esto que, la objetividad en la actuación judicial no se limita a la confianza en su probidad, sino, en el establecimiento de parámetros a ser seguidos cada vez que se subsumen hechos que constituyen prueba indiciaria; en este sentido, es menester tener en cuenta la labor que realiza el juzgador en el contexto pospositivista

actual pero, además, la utilización de otras herramientas metodológicas que servirán para la sistematización adecuada de la información y la tutela de la seguridad jurídica que le asiste a toda persona, también a los procesados para ser condenados.

En cuanto a la figura del juez en la actualidad y la enorme responsabilidad que implica la toma de una decisión basado en idicios, involucra la concurrencia de varios elementos objetivos del derecho como tal y del derecho penal; vale decir, el juez no puede apelar a su libre albedrío, a su arbitrio o a las máximas de la experiencia cuando se trata de realizar una subsunción de hechos probados indirectamente; sino que, debe valerse de los presupuestos alcanzados por la teoría de la argumentación jurídica y por los presupuestos metodológicos, ambos en consuno con los elementos objetivos de la teoría de la prueba y la dimensión epistémica del proceso.

Bajo esta óptica, la posición postpositivista de que “el legislador crea disposiciones, pero son los jueces quienes tienen la última palabra y el poder de crear normas mediante la interpretación” (Tarello, 2019), cobra sentido y respaldo, teniendo en cuenta que, como lo señala Guastini (2019), “el juez actúa conforme a derecho cuando elige discrecionalmente un sentido “contenido” en el marco, mientras que crea nuevo derecho cuando se sale del marco (...) cuando encuentre lagunas normativas”.

Es decir, el poder discrecional del juez no está sujeto a su perspectiva o concepción subjetiva de lo que es o no correcto, sino que tiene como límite a las disposiciones normativas y, desde mi opinión, los elementos de la argumentación jurídica, los métodos generales y particulares para la interpretación y los principios del derecho penal y procesal penal.

Con ello, las inferencias judiciales requieren de una justificación interna y otra externa en el acto subsuntivo, teoría que todavía se encuentra vigente, es decir que el juez no puede escapar de la subsunción de los hechos en el supuesto de la disposición normativa, como ejercicio básico, obligatorio que, aunque parezca tan evidente, es muchas veces obviado por Fiscales al momento de elaborar sus acusaciones y continuada por los jueces al elaborar los fundamentos de su resolución; es decir, se incurre en motivación aparente.

La justificación interna se encuentra orientada a cubrir de objetividad el acto de subsunción, a inferir apropiadamente las premisas, siguiendo el modelo clásico aristotélico por el que se cuenta con una primera premisa que conjugada con la segunda premisa alcanzan una conclusión (Pacheco Mandujano & Almanza Altamirano, 2018); este primer paso necesario, así de sencillo como es, debe convertirse en una obligación para cualquier operador jurisdiccional y, principalmente para el juez cuando de valorar una prueba indirecta

se trata, más aun si la revisión del hecho secundario que esta importa, requiere de la verificación del “grado de apoyo que la hipótesis sobre el hecho puede recibir de esta prueba” (Taruffo, 2015).

Así, la justificación interna, no solo de la norma o del hecho por sí mismo (grado de aceptabilidad que se confiere a la prueba para acreditar la existencia del hecho secundario), sino de la subsunción (grado de aceptabilidad de la inferencia que se funda en la premisa constituida por aquella afirmación), es un paso excepcionalmente relevante que debe ser realizado responsablemente por el juzgador, dicha responsabilidad no se funda tampoco en sus meras subjetividades sino en la comprobación de la “naturaleza de la ‘regla de inferencia’ que se adopte para derivar conclusiones aptas para representar elementos de confirmación de la hipótesis del hecho principal a partir de la afirmación del hecho secundario” (Taruffo, 2015, p. 97), bajo este entendido, la naturaleza de la regla de inferencia no es única, varía en cada caso concreto, pero siempre debe valerse de presupuestos objetivos preexistentes en el ordenamiento jurídico o en las técnicas argumentativas o científicas que respaldan al Derecho.

La interpretación judicial, entonces, es el momento estelar para asegurar que la utilización de la prueba indiciaria se lleve a cabo con total seguridad jurídica o que su no utilización sea debidamente

justificada; dicha interpretación entendida como la actividad llevada a cabo por el juez como fenómeno mental que atribuye un significado a una disposición normativa y la relaciona con un hecho indirecto, este momento íntimo, personal, debe ser dotado de imparcialidad y de objetividad, el magistrado debe tener la claridad suficiente para separar su sentir o sus creencias personales de las que jurídicamente deben ser aplicadas en el caso concreto.

Así es como se alcanza el segundo momento de la interpretación, entendida como producto, el resultado de haber interpretado (Tarello, 2018), mismo que es registrado en la resolución correspondiente y que debe observarse debidamente motivado y conforme a Derecho, dos elementos que cuenta con una perspectiva formal, es decir, encontrarse acorde con el ordenamiento jurídico *in toto*, y una perspectiva material, asegurar el respeto y tutela de los derechos fundamentales y los principios constitucionales, tal y como ocurre con el debido proceso, la tutela efectiva, la presunción de inocencia, la interpretación *pro reo*, entre otros varios.

Esta última relación escapa a los límites de la justificación interna propia de la interpretación normativa y de la mera subsunción, sino que “escapa a la lógica formal, lo que se [*sic.*] pretende cubrir es la laguna de racionalidad que se verifica en los ‘saltos’ o ‘transformaciones’” (Pacheco Mandujano & Almanza Altamirano, 2018); vale decir que, la justificación externa es otra de las

obligaciones en el interpretante que debe sumar a la interpretación de la norma aplicable directamente al caso concreto y la subsunción con el hecho indirecto, la comprobación de que la actividad mental que se encuentra realizando no colisiona con ningún otro extremo del ordenamiento jurídico y del buen método de interpretación.

Toda actividad interpretativa, entonces, y sobretodo aquella que se lleva para analizar la prueba indirecta, debe valerse de:

(1) reglas fundamentales (uso del lenguaje), (2) reglas de la razón (corrección), (3) la carga de argumentación (comportamiento de las partes), (4) las reglas de fundamentación (tipología de los argumentos) y (5) las reglas de conexión de argumentos (valoración de los contextos). (Pacheco Mandujano & Almanza Altamirano, 2018, p. 156)

El uso del lenguaje jurídico involucra la identificación de las disposiciones normativas y la comprensión semántica de las mismas, armas que coadyuvan en la utilización correcta de los términos y expresiones adecuados a la circunstancia que se pretende probar, pero además, el reconocimiento de la correspondencia de aplicar o subsumir en una norma las pruebas que contienen hechos indirectamente relacionados con el hecho imputado.

Las reglas de la razón se refieren, no a la consideración de las perspectivas del juzgador, sino a la comprobación de la coherencia obligada entre la situación a subsumir y las disposiciones normativas debidamente sistematizadas en el ordenamiento jurídico; vale decir

que, si es que el hecho indirecto no es suficiente para crear convicción debe necesariamente concurrir con otros que generen convicción y, si ese no fuera el caso, debe privilegiarse la aplicación de la duda a favor del imputado y, con ello, la presunción de inocencia, actuación interpretativa que es producto no únicamente del razonamiento sino, sobretodo, de la utilización racional del Derecho.

Las reglas de la razón y la carga de la argumentación se relacionan con la corrección en la inferencia que será luego documentada y constatada por las partes; por ello, es menester la aplicación en estos dos momentos especiales de la justificación externa de la decisión la consideración del método científico para la realización de la actividad interpretativa.

Uno de los métodos que, paradójicamente, pueden aplicarse en la interpretación judicial y no en la creación de las figuras jurídicas, es la inducción que involucra el tránsito de lo particular hacia lo general (Castilla Rosa Pérez, 1999, p. 59) ocurre en la interpretación judicial puesto que, el hecho imputado o que pretende ser acreditado por la prueba o la prueba indirecta constituye un situación particular que se ha generado entre el imputado y el agraviado que, luego de la actuación probatoria, será motivo de la construcción de una norma que, aunque fuere *inter partes*, se encuentra investida de *ius imperium* y que, afecta también indirectamente a la generalidad de

la sociedad con o sin interés en el asunto particular, pero con seguro interés en la eficiencia de la administración de justicia.

Por esto, la inducción es perfectamente aplicable por el operador jurídico al momento de llevar a cabo la subsunción del hecho probado indirectamente en el supuesto de hecho de la disposición normativa para obtener una norma de derecho inmediatamente aplicable y con efecto *inter partes*, pero abonante del interés general positivo del derecho penal.

El procedimiento inductivo a utilizarse por el juez es el siguiente: (1) Se empieza con la observación sistemática de los hechos probados con las pruebas indirectas y de las normas que componen el ordenamiento jurídico que se encuentran directa o indirectamente relacionadas con el delito imputado, así como con la protección de los derechos de las partes, sean las garantías que le asisten al reo como las que le deben estar aseguradas a los agraviados, debe quedar claro que, cuanto mayor sea el número de hechos observados que serán materia de subsunción es mejor el panorama y más probable la generación de certeza; (2) Con miras a una mejor observación de los hechos sustentados en pruebas indirectas, puede procederse al análisis de los mismos en sus mínimos elementos con autonomía propia, es decir, la descomposición de los hechos observados con el propósito de proceder a engarzar dichos elementos en los supuestos normativos a ser utilizados en la

subsunción, teniendo en cuenta que la subsunción se realiza directamente en el tipo penal imputado y que este cuenta también con sus propios elementos que deben ser comparados con los elementos descompuestos en cada hecho acreditado, pero además que, dicha subsunción debe estar respaldada de los elementos normativos propios del sistema que sustenta el ordenamiento jurídico, vale decir, los principios y derechos fundamentales, las leyes eximentes o agravantes, etc.; (3) Luego viene la comparación propiamente dicha, es decir, la separación de los hechos comunes de los que no son comunes, para ello se utiliza la abstracción que permite la separación mental de dichas características, siendo que las comunes a los hechos y a las normas son las que van a permitir respaldar la hipótesis de que el hecho principal o delictuoso realmente ocurrió y que le es atribuible al imputado; (4) Finalmente, puede procederse a generalizar, es decir, para el caso de la utilización de la prueba indirecta, a obtener la norma del caso particular que servirá de motivación en la resolución condenatoria que, de no admitir elementos comunes, deberá ser absolutoria, surgiendo así la resolución y disposiciones propias de la situación y hecho acreditados, pudiendo sustentarse la aplicación de una sanción aún cuando no se cuenta con medios que prueben el hecho que directamente se imputa (Se ha tomado como base la estructura del método inductivo propuesta por Castilla Rosa Pérez, 1999, pp. 58-59).

### **3.1.2. Criterios conformados por el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema en relación a los elementos, principios y dogmas del derecho penal relativos a la prueba indiciaria**

Por motivos de especialidad la discusión de este punto tendrá como primer desarrollo los elementos normativos que se pueden obtener de la jurisprudencia de la Corte Suprema, se habla de elementos normativos por cuanto en seguimiento de las posturas *postpositivistas* la interpretación jurisdiccional genera una norma distinta según cada caso concreto, pero además, porque el desarrollo jurisprudencial de la corte suprema se constituye algunas veces en precedentes que vinculan a los órganos de inferior jerarquía o, cuando éste desarrollo no es vinculante, se convierte en directriz o pauta para la actuación de éstos últimos.

Por otro lado, se habla de especialidad puesto que son las Salas Penales de la Corte Suprema las primeras llamadas a desarrollar los contenidos de las figuras penales y, la intervención del Tribunal Constitucional se presenta únicamente cuando dicho contenido se encuentra relacionado con la tutela de un derecho fundamental o un derecho constitucional.

Con lo dicho, en primer lugar, se verificarán los presupuestos generales establecidos por la Corte Suprema que han sido descritos también en el Marco Teórico, debería decir dogmático y jurisprudencial, del presente informe de tesis.

La primera relación obligatoria para llevar a cabo la justificación externa de la decisión que se sustenta en prueba indiciaria es la que se genera entre esta actividad interpretativa y la protección del principio-derecho a la presunción de inocencia, al respecto, la Corte Suprema se ha pronunciado ya estableciendo los presupuestos o requisitos materiales legitimadores para enervar la mencionada presunción de inocencia:

En tanto que lo característico de esta prueba es que su objeto no es directamente el hecho constitutivo del delito, tal y como está regulado en la ley penal, sino otro hecho intermedio que permite llegar al primero por medio de un razonamiento basado en el nexo causal y lógico existente entre los hechos probados y los que se tratan de probar. (Caso Agustín Eleodoro Romero Paucar, 2005)

Dichos requisitos materiales legitimadores para enervar la presunción de inocencia y que constituyen los parámetros objetivos originarios que debe tener en cuenta el juez para llevar a cabo su actividad justificadora e interpretativa son: “éste – hecho base – ha de estar plenamente probado – por los diversos medios de prueba que autoriza la ley –, pues de lo contrario sería una mera sospecha sin sustento real alguno” (fundamento 4), cuando la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema se refiere al hecho base, lo hace para hablar del indicio que, como hecho probado es la base para la relación entre el hecho que prueba y el hecho que se trata de probar; en ese sentido, el primer requisito estriba en la exigencia inexorable de que esté plenamente probado, es decir que, desde cualquier óptica objetiva se puede verificar su existencia sin lugar a dudas.

En segundo lugar, la Corte Suprema señaló que “deben ser plurales, o excepcionalmente únicos, (*sic*) pero de una singular fuerza acreditativa” (fundamento 4); vale decir que, como regla general un único medio probatorio indiciario no basta, sino que deben haber varios de ellos, todos cumpliendo con el requisito de contar con suficiencia probatoria, lo que, en conjunto, logra mayor eficiencia probatoria que apunte al hecho imputado, es decir, que genera certeza en el juzgador y en la población hacia la que va dirigida la actuación del juez penal.

En tercer orden, la Suprema señala que los hechos indirectos probados indiciariamente deben ser “también concomitantes al hecho que se trata de probar –los indicios deben ser periféricos respecto al dato fáctico a probar”, requisito indispensable para trazar el nexo o relación entre lo comprobado y lo que se desea probar, no pueden estar parcialmente referidos al hecho central sino que por sí mismos deben guardar estrecha relación con el mismo, de manera tal que, sin su existencia sea imposible entenderlo, dicha relación es eminentemente fáctica, por lo que no basta con citarla en una resolución sino que el juez debe (está obligado) a incluirla en la subsunción, utilizando todos sus elementos descompuestos y verificando su correspondencia con los elementos del delito imputado, del supuesto de hecho que correspondería verificar si se tratase de una prueba directa. Esta afirmación, aunque parece sobreabundante y hasta ociosa, es necesaria por cuanto este tipo de

actividad interpretativa es compleja y puede originar una motivación aparente, colmada de citas normativas y de los hechos probados por los indicios, pero de manera independiente, sin la identificación de la correspondencia que exigen los métodos señalados en el acápite anterior.

Finalmente, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema establece que las pruebas indiciarias y los hechos que éstas acreditan “deben estar interrelacionados, cuando sean varios, de modo que se refuercen entre sí y que no excluyan el hecho consecuencia –no sólo se trata de suministrar indicios, sino que estén imbricados entre sí” (fundamento 4), motivo por el cual los indicios no solamente deben estar interrelacionados con el hecho central o que constituye delito, sino que también deben estarlo entre sí, lo que no es más que la aplicación del método sintético, es decir que, una vez que los elementos comprobados por las pruebas indiciarias hayan sido descompuestas en sus mínimos elementos y éstos hayan sido comprendidos y relacionados con el hecho central, tienen una nueva tarea, conformar un sistema ordenado todos juntos, con coherencia y consistencia, con capacidad de interrelacionarse para poder conformar los presupuestos establecidos en el supuesto de hecho del tipo penal, si no son capaces de esto tampoco lo serán de probar la existencia del hecho imputado y menos la responsabilidad del procesado.

Con todos estos pasos, se comprueba que la actividad jurisprudencial debe ser obligatoriamente objetiva, que la interpretación toda y, especialmente, la que se refiere a la prueba indiciaria, no puede someterse a resoluciones arbitrarias o a motivaciones aparentes puesto que la destrucción de la presunción de inocencia requiere de una actividad responsable.

Es por ello que estos presupuestos o requisitos materiales para la interpretación objetiva y la subsunción debida en los casos con pruebas indiciarias han sido declarados vinculantes a través del Acuerdo Plenario 1-2006/CJ-116.

Ello lleva al segundo principio tutelado por la Corte Suprema, íntimamente relacionado con la presunción de inocencia, este es la obligación de motivar debidamente una resolución judicial que puede observarse tanto desde una perspectiva formal como desde una perspectiva material pero que, queda claro, que se configura en los dos momentos de la interpretación, es decir, en el acto mismo como en su registro en la misma resolución, sin embargo, es observable y criticable únicamente en el segundo momento.

Así, la Corte Suprema en la Casación N.º 628-2015-Lima (Caso Banmat, 2016), ha establecido los requisitos materiales ineludibles para obtener una debida motivación, ajustada a derecho, cuando de revisar pruebas indiciarias se trata, así como para las pruebas directas; estos son:

En primer término, la obligación impuesta a los tribunales de mérito para que, en armonía con el principio procesal de inmediación, cumplan con razonar expresamente la valoración de los medios probatorios indiciarios en el texto de la sentencia (literal A, fundamento de derecho 4); es decir que, no solo bastará con la mención inconexa de los hechos acreditados mediante la prueba indiciaria y el texto de la norma en la que se cree deben subsumirse, sino que, las exigencias metodológicas del razonamiento subsuntivo e interpretativo deben plasmarse en la resolución para dejar constancia de la obtención de una resolución fundada en derecho y debidamente motivada; requisito que, nuevamente, no es para nada ocioso o sobreabundante, pues, en materia de pruebas indiciarias no puede correrse riesgo alguno y debe procederse cumpliendo con los requisitos impuestos por la teoría de la interpretación y los métodos de interpretación.

En segundo lugar, la constatación obligatoria de que los hechos acreditados guardan relación directa con el supuesto contemplado en el tipo penal que corresponde al delito atribuido, misma que debe plasmarse también en los fundamentos de la resolución condenatoria; requisito que es una extensión del contemplado en la anterior casación comentada y que se refiere no tanto a la actividad interpretativa como a la evidencia de que ésta se ha realizado cumpliendo con todos los requisitos materiales antes señalados.

En tercer lugar, la Suprema obliga a que se registre un especial esfuerzo recapitulador y de síntesis del material probatorio en la resolución que condena, puesto que se trata de sustentar la prescindencia del principio de presunción de inocencia; es decir que, el proceso de persuasión del tribunal debe ser razonado y racional y dicho razonamiento objetivo y racionalizador del derecho debe constatarse de la lectura de la sentencia.

Estos tres requisitos contemplados en el fundamento cuarto de la resolución en comento, constituyen una extensión de los primeros comentados en la anterior resolución pero que conforman de manera secuencial las actividades interpretativas y el registro de dichas actividades denominado motivación y reconocido constitucionalmente en el artículo 139, numeral 5, del texto constitucional.

Bajo estos supuestos, es incorrecto lo que señalan los tribunales supremos en ambos casos, que la actividad judicial de interpretación y su plasmación en una resolución motivada son producto de una deducción, puesto que, tomando en cuenta que este método exige “que la conclusión se encuentre entrañada (o contendida) en las premisas” (Casas Navarro & Matta Rojas, 2006) y que estas premisas sean de carácter general, es incorrecto, puesto que las únicas premisas de carácter general que pueden ser identificadas en el caso de la aplicación de la prueba indiciaria son las normas,

misma que por sí solas son incapaces de probar responsabilidad alguna.

Así, se comete un error al dejar que el juez alcance una conclusión basándose únicamente en la norma sin constatar debidamente o por completo los elementos de los hechos acreditados por las pruebas indiciarias.

La deducción es preminentemente abstracta y la actividad interpretativa del juzgador en lo que respecta a la prueba indiciaria no es mera subsunción, sino la búsqueda de correspondencia entre los elementos del hecho acreditado con los elementos plasmados en el supuesto de hecho del tipo penal, no al revés, no basta solamente con revisar el tipo penal, sino que, es obligatorio conocer plenamente el hecho indirecto.

Ahora, en cuanto a la participación del Tribunal Constitucional, no está referida a la fijación del contenido técnico de la prueba indiciaria ni de los procedimientos para su aplicación, puesto que esta materia no le corresponde, pero sí cuando dicha aplicación origina lesión de derechos fundamentales como es el caso del derecho a la defensa o el debido proceso.

El presupuesto principal para la prueba indiciaria, según la perspectiva del Tribunal Constitucional, es la necesidad de que su uso sea motivado (Caso Edgar Saldaña Culquiboz, 2012,

fundamento 3); es precisamente dicha afirmación la que obliga a recomendar la concurrencia de especialidad técnica en las resoluciones que traten sobre temas tan especiales como la utilización de la prueba indiciaria en los casos concretos.

La afirmación antes presentada desconoce totalmente la teoría de la interpretación y no diferencia entre el acto de interpretar y su registro documentado; es decir, es obligatorio motivar no el uso de la prueba indiciaria, sino la resolución en la que se plasma el acto de interpretación en el que se la ha utilizado.

Recuérdese que el derecho no nace de su plasmación en un documento sino de la actividad mental realizada por el juzgador para decidir la inclusión o no de la prueba indiciaria en el análisis sustantivo y en la justificación interna y externa que ello involucra; lo demás, como la redacción de la resolución es un asunto secundario, subsecuente, que servirá de evidencia de que el primer trabajo efectivamente se ha realizado.

Es por ello la necesidad de dotar de objetividad máxima a la resolución judicial que, en los casos judicializados, es la que crea el derecho a ser aplicado en el caso concreto, motivo por el cual, la actividad mental realizada por el juzgador no debe estar justificada con criterios de consciencia o máximas de la experiencia, tampoco con la fría aplicación de normas sustantivas o procesales no conexas con las necesidades materiales del caso; vale decir, tal labor

interpretativa es tan importante que debe instalarse en el justo medio entre la formalidad y las particularidades del caso concreto.

En ese sentido, el Tribunal sólo podrá verificar y controlar el segundo momento de cara a la protección de determinados principios contenidos en el texto constitucional cuando éstos hayan sido lesionados, es por ello importante que, si es que este supuesto no se configura, se aparte del conocimiento de la causa a fin de no generar una vía extra proceso penal o revisora del mismo, situación que involucraría la inmiscusión en funciones que no le han sido otorgadas.

Con esto, solo es tarea del Tribunal Constitucional constatar que la motivación de la resolución contemple los presupuestos o requisitos materiales para la utilización de la prueba indicaría, para que se aparte del conocimiento del caso declarando improcedente al demanda de habeas corpus que se haya interpuesto y que conoce vía recurso de agravio constitucional, sin necesidad de que emita algún otro pronunciamiento más que la constatación de una motivación debida, un debido proceso, derecho de defensa, entre otros extremos.

No así, realizando comentarios como “tanto de lo probado como de las máximas de experiencia presentadas expresamente en la sentencia, que la Sala estableció la culpabilidad del favorecido, y no solo teniendo en cuenta los dos hechos que la defensa ha

presentado como argumentos únicos” (Caso Carlos Alberto Pizarro Suta, 2015), puesto que verificar lo que está o no probado, así como apelar a las máximas de la experiencia para referirse al asunto de fondo se encuentra fuera de su competencia; menos para referirse a asuntos de responsabilidad, mal llamado culpabilidad en la resolución, puesto que no sus magistrados pueden, y de hecho así es, no contar con la experticia suficiente para referirse a esos temas y porque formalmente no les está permitido.

En este sentido, es correcto que el Tribunal fije la necesidad de que el juez o la sala no solamente que “la conclusión responde a las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia o a los conocimientos científicos, sino que dicho razonamiento lógico debe estar debidamente exteriorizado en la resolución que lo contiene” (Caso Giuliana Flor de María Llamoya Hilaes, 2008); así, la motivación es uno de los pilares por los que se puede corroborar la afectación o no del principio de presunción de inocencia.

Por ello el Tribunal ha establecido que la sentencia debe contener mínimamente los siguientes elementos: “El hecho base o hecho indiciario, que debe estar plenamente probado (indicio); el hecho consecuencia o hecho indiciado, lo que se trata de probar (delito) y entre ello, el enlace o razonamiento deductivo” (fundamento 26), es decir que, el Tribunal ha resuelto parcialmente lo establecido ya por la Corte Suprema cuando hace referencia a los requisitos materiales que deben concurrir para la utilización de la prueba indiciaria.

Con todo, estos requisitos o presupuestos no tienen por qué ser desarrollados por el Tribunal Constitucional, puesto que la especialidad que asiste a los magistrados de la Corte Suprema es mucho más adecuada para tal labor; no obstante, ello no significa que no deban tenerlos en cuenta para verificar si es que se existe o no una motivación debida.

El inconveniente con ello radica en que, de ser este el supuesto, la indebida motivación, el asunto debe ser corregido en la propia instancia ordinaria y no tiene por qué ser objeto de discusión constitucional, puesto que, la protección de la debida motivación es también una obligación de la jurisdicción ordinaria, o de la jurisdicción constitucional ejercida por jueces ordinarios.

Son estos desórdenes en la objetividad de los magistrados de la jurisdicción ordinaria la única puerta de entrada para que el Tribunal Constitucional se irroge facultades inicialmente reconocidas y preferentemente ejercibles por los magistrados antes dichos.

Así, en el caso Llamuja, el Tribunal Constitucional o hace más que repetir de manera difusa cuestiones ya reconocidas en la jurisdicción ordinaria como la necesidad de pluralidad de indicios debidamente probados, la utilización de procedimientos lógicos y razonables para alcanzar la resolución del caso, la relación entre éstos y el hecho imputado, entre otros relativos.

La crítica al respecto es que, habla de la utilización de procedimientos lógicos, pero no desarrolla su contenido, los pasos a seguir, los elementos a tener en cuenta; lo que es comprensible en tanto y en cuanto la pericia suficiente para determinar los mismos le corresponde a los jueces penales y no a los constitucionales, al menos no en este contexto de presentación de un proceso constitucional, tal vez sí en el contexto de un acuerdo multidisciplinario que esté compuesto además por metodólogos, filósofos, teóricos de la argumentación, entre otros afines.

### **3.1.3. Criterios que sobrepasan la interpretación dogmática en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la Corte Suprema para la aplicación de la prueba indiciaria en los casos complejos**

En ambos casos puede decirse que la interpretación realizada por el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema sobrepasan la sola interpretación dogmática para instalarse en asuntos relativos a los métodos científicos que exige la interpretación y a la teoría de la argumentación jurídica, es solo que, el desarrollo a nivel jurisprudencial no es prolijo y solamente esboza posibilidades de actuación de parte de los juzgadores cuando se encuentra con la necesidad de aplica prueba indiciaria.

Vale decir, la jurisprudencia tanto de la Corte Suprema como del Tribunal Constitucional que intenta resolver los inconvenientes de la

actividad interpretativa y el producto de la actividad sustentado y visible a partir de la motivación de la resolución regulada en el artículo 139, numeral 5 de la Constitución Política del Perú, tiene el inconveniente de que es en sí mismo, una motivación aparentemente también; puesto que esboza asuntos como el cumplimiento de procedimientos lógicos, máximas de la experiencia, metodología eficiente, entre otros, pero no cumple con desarrollar dichos procedimientos, yerra en la metodología estableciendo que se trata de una actuación deductiva y apela a máximas de la experiencia que no son elementos objetivos sino que, en su mayoría, muestran una óptica subjetiva de lo que el juez considera como tal.

Desde la perspectiva del investigador, la utilización de las máximas de la experiencia debe proibirse de la actividad interpretativa a realizarse por el juzgador cuando se encuentra con la posibilidad de utilización de la prueba indiciaria, puesto que la relación entre los hechos indirectos probados y de éstos con el hecho central debe estar investida de apreciaciones objetivas que se desprenden en cada caso concreto de la constatación misma de los hechos y de la descomposición de sus elementos, así como de la correlación de éstos con el supuesto establecido en el tipo penal.

En ese sentido, es una obligación para el juzgador contar y realizar una actividad interpretativa ordenada en procedimientos fijados por la técnica metodológica y teoría argumentativa; siendo, en primer

lugar conscientes de que se encuentran realizando una inducción y no una deducción; en segundo término que es necesaria una subsunción como parte de la justificación interna de la interpretación y que, en tercer lugar, para posibilitar una justificación externa, debe verificarse la concurrencia de las reglas fundamentales para el uso adecuado del lenguaje, las reglas de la razón para la corrección interpretativa, la carga de la argumentación al verificar el comportamiento de las partes, las reglas de la fundamentación teniendo en cuenta la tipología de los argumentos y las reglas de conexión entre argumentos valorando el contexto que se presenta; siguiendo dicho orden.

### **3.2. CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS**

Los principales criterios jurisprudenciales y dogmáticos empleados por el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema para la aplicación de la prueba indiciaria en casos complejos dentro del proceso penal peruano son:

#### **3.2.1. La necesidad de optimización del derecho a la presunción de inocencia que requiere de la concurrencia del debido proceso respecto de la obtención, admisión y actuación de la prueba indiciaria; así como de la debida motivación fundada en derecho**

Esta hipótesis ha sido contrastada con la revisión del contenido de las resoluciones tanto de la Corte Suprema como del Tribunal

Constitucional, tal y como se había establecido en los objetivos específicos de la investigación, puesto que en ambos casos se ha reconocido a la presunción de inocencia como el límite que hay que superar para la sola utilización de la prueba indiciaria; como ya se ha dicho en la discusión de resultados, ese reconocimiento pasa por la actividad tutelar que tienen tanto los órganos de la jurisdicción ordinaria como de la constitucional para asegurar el respeto y configuración de los principios y derechos constitucionalmente establecidos en cada caso concreto o fijando reglas generales a través de su jurisprudencia.

En cuanto a la fijación de reglas ha sido la Corte Suprema la que ha desarrollado un sistema más completo acerca de los procedimientos a ser seguidos por los jueces ordinarios al momento de llevar a cabo su actividad juzgadora utilizando indicios y prueba indiciaria, lo que dota de cierta objetividad a tal práctica y tiene como fin último la protección de la presunción de inocencia, es decir, la pretensión de superarla en cada caso concreto en el que se tenga que resolver con hechos base distintos del consignado en el tipo penal.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional ha resaltado la importancia de la motivación para configurar tal tarea, puesto es el producto de la actividad interpretativa y muestra las evidencias de que el razonamiento judicial no es arbitrario, tiene bases objetivas y corresponde a la utilización de la razonabilidad.

No obstante, los desarrollos encontrados se refieren únicamente al momento del juicio propiamente dicho, o actividad judicial propiciada y ejecutada por el juez luego de la actuación del acervo probatorio, no así al procedimiento o procedimientos para la admisión o procedencia de la prueba indiciaria, motivo por el cual, dicho extremo de la hipótesis no se ha demostrado.

Por otro lado, la invocación de principios y su respeto no es suficiente para obtener una resolución ajustada a derecho ni provista de objetividad, sino que, hace falta verificar la actividad de subsunción y justificación de la decisión tomada, por lo que el desarrollo perpetrado tanto por el Tribunal Constitucional como por la Corte Suprema es insuficiente.

### **3.2.2. La objetividad en la interpretación jurisdiccional que se traduce en la correcta aplicación de la subsunción como principio fundante de la imputación objetiva y condicionante primigenio de la fundamentación judicial**

Cuando se elaboró esta segunda parte de la hipótesis, se creía que la única manera de asegurar una aplicación o utilización objetiva de la prueba indiciaria era la verificación de la corrección subsuntiva, pero, la investigación ha demostrado que este es solo el primer paso, puesto que en el caso de la prueba indiciaria no es posible realizar una subsunción propiamente dicha, puesto que ninguno de los

hechos base sirve por si solo para acreditar directamente la comisión delictiva y la responsabilidad del agente; la subsunción a realizar, en todo caso, extiende sus límites hacia las técnicas interpretativas por las que se configuran las justificaciones internas y externas de la fundamentación y la motivación debida de la resolución.

La subsunción, en el caso específico de las pruebas indiciarias, no involucra la constatación de los hechos y la comprobación de su identidad con los elementos del tipo penal; sino que, significa, en primer lugar, asegurarse que exista pluralidad de hechos debidamente probados, que estos tengan relación directa con el hecho imputado y que guarden relación directa entre sí, lo que asegura la configuración de un sistema que visto como unidad puede ser equiparado al sistema compuesto por los elementos del tipo penal.

Se trata de una nueva perspectiva de subsunción, entonces, que permite la actuación jurisdiccional en casos en los que normalmente sería imposible comprobar la existencia de responsabilidad; no obstante, para esto no debe recurrirse a las máximas de la experiencia ni a ninguna otra subjetividad como las señaladas por el Tribunal Constitucional, sino a la utilización del método inductivo, el método analítico y el método sintético.

El método inductivo puesto que se trata de la verificación directa de los hechos y su contenido valorativo, la importancia probatoria que revistan, de manera autónoma, no para probar la comisión del delito, sino la veracidad misma del hecho que acreditan; el método analítico porque dichos hechos deben ser descompuestos en sus mínimos elementos, deben ser comprendidos por el juzgador, así como los elementos del supuesto contemplado en el tipo penal, a fin de que, finalmente, con el uso del método sintético, puedan construirse sistemas equiparables tanto a nivel fáctico como a nivel formal. Es decir que, los elementos de los indicios vistos como un sistema unitario, puedan ser comparados y subsumidos en los elementos del tipo penal.

## CONCLUSIONES

- 1) La aplicación de la prueba indiciaria en la normatividad peruana, se relaciona con los elementos de la teoría interpretativa correspondientes a la justificación interna y justificación externa, así como a los momentos de actuación interpretativa y producto de la actuación interpretativa.
- 2) Los criterios conformados por el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema en relación a la utilización de la prueba indiciaria han generado presupuestos o requisitos materiales ineludibles por el juzgador que orientan parcialmente su actividad interpretativa.
- 3) Los criterios que sobrepasan la interpretación dogmática en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la Corte Suprema para la aplicación de la prueba indiciaria en los casos complejos son los que conjugan tres momentos, la corrección de la justificación interna, la sistematización de la justificación externa y su conjugación con los requisitos materiales para la utilización de la prueba indiciaria.
- 4) La necesidad de optimización del derecho a la presunción de inocencia que requiere de la concurrencia del debido proceso respecto de la obtención, admisión y actuación de la prueba indiciaria; así como de la debida motivación fundada en derecho.
- 5) La objetividad en la interpretación jurisdiccional que se traduce en la correcta aplicación de la subsunción como principio fundante de la imputación objetiva, pero desde una perspectiva ampliada, con un contenido que involucra la construcción de unidad de la prueba indiciaria y su necesaria relación con los elementos del tipo penal.

6) La proscripción de la ponderación y de la derrotabilidad de la norma, son presupuestos a tener en cuenta en la actividad interpretativa del juzgador, no obstante, no se menciona en la jurisprudencia analizada.

## RECOMENDACIONES

1. A los jueces del Poder Judicial, para que tengan en cuenta las formulaciones teóricas de la interpretación y de la argumentación al momento de aplicar o utilizar la prueba indiciaria, a efectos de contar con justificación interna y externa de tal actuación; en igual sentido, los métodos proporcionados por la metodología científica y los requisitos materiales desarrollados jurisprudencialmente.
2. Al Pleno de las Salas Penales de la Corte Suprema, desarrollar jurisprudencia que adicione a los criterios construidos en base a los presupuestos o requisitos materiales para la utilización de la prueba indiciaria, la utilización de la teoría de la interpretación, teoría de la argumentación y metodología científica.
3. Al Tribunal Constitucional, abstenerse de desarrollar técnicas o procedimientos que le competen a la Corte Suprema y, antes bien, utilizarlos en los casos que se planteen vía habeas corpus en respeto estricto de las competencias.
4. Al Poder Legislativo para que desarrolle una fórmula legislativa que tenga en cuenta los planteamientos de la discusión para trazar un procedimiento objetivo para la utilización de la prueba indiciaria.

## **PROPUESTA NORMATIVA**

### **Proyecto de ley que modifica el artículo 158, incisos 1 y 3, del Código Procesal Penal**

#### **APRECIACIONES SOBRE EL PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO**

Para la elaboración de la presente proposición legislativa se ha tenido en cuenta lo establecido por el artículo 75 del Reglamento del Congreso de la República, referente a los requisitos de las proposiciones legislativas.

El referido artículo establece que las proposiciones de ley deben contener una exposición de motivos donde se expresen sus fundamentos, el efecto de la vigencia de la norma que se propone sobre la legislación nacional, el análisis costo-beneficio de la futura norma legal incluido, cuando corresponda, un comentario sobre su incidencia ambiental. De ser el caso, la fórmula legal respectiva que estará dividida en títulos, capítulos, secciones y artículos. Estos requisitos sólo pueden ser dispensados por motivos excepcionales.

Para efectos que pueda ser presentada la iniciativa legislativa, el artículo 76 del Reglamento del Congreso de la República establece requisitos especiales que resulta importante tenerlos presente.

En efecto, si fuera de interés que sea presentado por el Presidente de la República, deben estar refrendadas por el Presidente del Consejo de Ministros y, en forma opcional, por el Ministro o Ministros cuyas carteras se relacionan en forma directa con la materia cuya regulación se propone.

Si fuera presentada por los Congresistas, se le incorpora el desarrollo de la “Vinculación con el Acuerdo Nacional”, en atención a que es una de las exigencias prevista en el inciso e) del segundo numeral del artículo 76 del Reglamento del Congreso de la República, referente a los requisitos especiales para presentar proposiciones legislativas que deben de cumplir los Congresistas.

En caso que fuera presentado por los ciudadanos, la iniciativa legislativa debe ir acompañada por las firmas de por lo menos 0.3% de la población electoral y una resolución expedida por la Oficina Nacional de Procesos Electorales, que declare expedito el procedimiento al haberse realizado la comprobación de firmas, de acuerdo con la ley, que regula la materia. El oficio de remisión al Congreso debe estar firmado por uno o por los diez primeros ciudadanos que suscriben la iniciativa, indicando, además del número de libreta electoral, la dirección donde deba notificársele en caso necesario.

Si el Proyecto de Ley fuera presentado por el Poder Judicial o el Ministerio Público, o los Colegios Profesionales sólo podrán versar sobre asuntos de su exclusiva competencia debiendo precisarse la concordancia de competencia en el documento de remisión.

A continuación, el desarrollo de la proposición legislativa:

## **EXPOSICIÓN DE MOTIVOS**

La utilización de la prueba indiciaria es una actividad jurisdiccional que reviste importancia por la rigurosidad en la que debe incurrirse, puesto que del otro lado se encuentra el principio y derecho de la presunción de inocencia que en el actual sistema garantista se erige como un hito, como una barrera que hay que superar a fin de evitar arbitrariedades en la impartición de sanciones penales.

En ese sentido, la aplicación de la prueba indiciaria no puede estar respaldada por subjetividades, no puede basarse en máximas de la experiencia ni estar sujeta al mero arbitrio judicial, sino que, debe encontrarse dotada de suma responsabilidad, objetividad, utilización de procedimientos acabados y respeto de dogmas y principios consolidados en el ordenamiento jurídico positivo.

Es por esto imperativo que se cuente con parámetros y pasos a seguir por parte de los juzgadores de manera obligatoria si se quiere utilizar la prueba indiciaria, esto a partir de la asunción de que la utilización de la prueba indiciaria involucra una actividad inductiva y no deductiva, que utiliza además los métodos del análisis y síntesis; el reconocimiento de dos momentos en la interpretación, la actuación interpretativa y el producto de la misma, segundo momento en el que se evidencia la procedencia objetiva del juzgador; luego de lo cual debe tener en cuenta los requisitos o presupuestos materiales desarrollados por la jurisprudencia pero sin despegarse de las prescripciones metodológicas, interpretativas y argumentativas.

## **ANÁLISIS COSTO BENEFICIO**

La presente propuesta legislativa no irroga gasto al erario nacional financiándose con cargo al presupuesto del Poder Legislativo en lo que respecta al cambio de medida legislativa.

Se tienen como beneficiarios a la ciudadanía toda vez que la posibilidad de acceder a un recurso que tutela el derecho a la obtención de una resolución fundada en derecho redunda en la protección de sus derechos subjetivos.

Asimismo, también se tiene que mencionar como beneficiario al proceso penal mismo toda vez que la presente propuesta legislativa permitirá que cumplan de la mejor manera posible su objetivo fundamental que es la correcta administración de justicia.

## **EFFECTOS DE LA VIGENCIA DE LA NORMA EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL**

La propuesta no colisiona ni afecta el orden constitucional o legal vigente, por el contrario, permite otorgar el procedimiento adecuado para que la actuación contraria a derecho sea efectivamente sancionada en cumplimiento con parámetros legal y doctrinariamente establecidos, en cumplimiento de los derechos fundamentales descritos en nuestra Carta Magna.

## **VINCULACIÓN CON EL ACUERDO NACIONAL**

La iniciativa legislativa guarda relación con la Vigésima octava Política de Estado referente a la Plena vigencia de la Constitución y de los derechos humanos y acceso a la justicia e independencia judicial, cuando se refiere que el Estado: (..)  
g) establecerá mecanismos de vigilancia al correcto funcionamiento de la administración de justicia, al respeto de los derechos humanos, así como para la erradicación de la corrupción judicial en coordinación con la sociedad civil.

## **FÓRMULA LEGAL**

**El Congreso de la República**

**Ha dado la Ley siguiente:**

## **LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 158, INCISOS 1 Y 3, DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL**

### **Artículo 1. Objeto de la Ley**

Modificar el contenido del artículo 158, incisos 1 y 3, del Código Procesal Penal, con la finalidad de dotar de objetividad a la utilización de la prueba indiciaria en el razonamiento judicial.

### **Artículo 2. Modificación del artículo 158, incisos 1 y 3, del Código Procesal Penal**

"Artículo 158.- La valoración de la prueba indiciaria:

1. En la valoración de la prueba el Juez deberá observar las reglas de la lógica de interpretación y argumentación que proporciona la ciencia jurídica, y expondrá los resultados obtenidos y los criterios adoptados

(...)

3. La prueba por indicios requiere:

- a)** En primer lugar, la realización de un razonamiento inductivo por parte del juez que privilegie el uso del método analítico y el método sintético como medios para dotar de objetividad a su interpretación.
- b)** En segundo lugar, la necesaria diferenciación entre la actividad interpretativa y el producto de la misma, la primera de las cuales exige un momento de justificación interna, es decir, de verificación de todos y cada uno de los elementos de los hechos base comprobados con la prueba indiciaria, su relación con el hecho imputado y su relación entre ellos mismos, el análisis de cada uno de esos elementos y su identificación con los elementos del tipo penal a fin de sintetizarlos utilizando la subsunción y; en segundo lugar, el momento de la justificación externa que comprueba la coherencia de la interpretación con los principios del proceso penal garantista.
- c)** En tercer lugar, el registro detallado del procedimiento interpretativo a fin de evidenciar la existencia de una actividad interpretativa objetiva; en cumplimiento con la obligación de motivación y obtención de una resolución ajustada a derecho.

### **Artículo 3. Vigencia de la Ley**

La presente Ley entra en vigencia al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial El Peruano.

### **Artículo 5. Derogatoria**

Déjese sin efecto y deróguense las disposiciones que se opongan a la presente Ley.

**Lima, febrero de 2019.**

**Congresista de la República**

## LISTA DE REFERENCIAS

- Aguiló Regla, J. (2007). Positivismo y Postpositivismo. Dos paradigmas Jurídicos en pocas palabras. *Doxa*, 666-675.
- Alejos Toribio, E. (2016). Sistemas de Valoración de la Prueba Penal. *Legis. Pe*, 28-29.
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (10 de diciembre de 1948). Declaración Universal de los Derechos Humanos. *Resolución 217 A (III)*. París, París, Francia: ONU.
- Atienza, M. (2014). Ni positivismo jurídico ni neocostitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista . *Observatorio de la Jurisdicción Constitucional*, 1-24.
- Bentham. (1959). *Tratado de las pruebas judiciales*. Buenos Aires: Ejea.
- Bolaños Minda, L. M., Hernando Fajardo, O., & Calderon Leyva, L. K. (2014). *La prueba indiciaria en la Ley 906 de 2004 como fundamento de sentencia*. Colombia: Universidad Católica del Norte.
- Bustamante Alarcón, R. (2001). *El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo*. Lima: ARA Editores.
- Carneluti. (1959). *Instituciones del proceso civil*. Buenos Aires: Ejea.
- Casas Navarro, R., & Matta Rojas, C. (2006). *El método científico*. Lima: Editorial Mantaro.
- Caso Agustín Eleodoro Romero Paucar, Recurso de Nulidad n.º 1912-2005. Piura (Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la

República 06 de septiembre de 2005). Recuperado el 10 de febrero de 2019, de <http://www.incipp.org.pe/archivos/publicaciones/pruebaindiciaria.pdf>

Caso Banmat, Casación N.º 629-3015-Lima (Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de la República 5 de mayo de 2016). Recuperado el 10 de febrero de 2019, de <https://laley.pe/art/3331/corte-suprema-precisa-requisitos-para-condenar-con-prueba-indiciaria>

Caso Carlos Alberto Pizarro Suta, Exp. N.º 03524-2013-PHC/TC (Tribunal Constitucional 3 de noviembre de 2015).

Caso Carlos Alberto Pizarro Sutta, Exp. N.º 03524-2013-PHC/TC (Tribunal Constitucional 3 de noviembre de 2015).

Caso cinco pensionistas vs. Perú, 12.034 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 28 de febrero de 2003).

Caso Edgar Saldaña Culquiboz, Exp. N.º 04278-2011-PH/TC (Tribunal Constitucional 12 de enero de 2012).

Caso Giuliana Flor de María Llamuja Hilares, Exp. N.º 00728-2008-PHC/TC (Tribunal Constitucional 13 de octubre de 2008).

Caso Luis Salas Guevara Schultz, Exp. N.º 1014-2007-PHC/TC (Tribunal Constitucional 05 de abril de 2007).

Caso Magaly Medina, Exp. N.º 06712-2005-HC/TC (Tribunal Constitucional 17 de octubre de 2005).

Caso Marcelino Tineo y otros, Exp. N.º 010-2002-AI/TC (Tribunal Constitucional 03 de Enero de 2003).

- Castañeda Quintana, L. F. (2011). El contexto como materialización de la prueba indiciaria en la corte interamericana de derechos humanos. *Nueva Época*, 115.
- Castilla Rosa Pérez, E. (1999). *Principales métodos y técnicas educativos*. Reg. N.º 15013299-2236. Lima: San Marcos.
- Congreso Constituyente Democrático. (1993). *Constitución Política del Perú*. Lima: Jurista Editores.
- Devis Echandía, H. (1981). *Teoría General de la Prueba Judicial*. Buenos Aires: Víctor P. de Zavalía.
- Estados Americanos signatarios. (22 de noviembre de 1969). Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (B-32). *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. San José, San José, Costa Rica: OEA.
- García Ramírez, S. (2002). En torno a la seguridad pública - desarrollo penal y evolución del delito. En P. J. Peñaloza, & M. Garza Salinas, *Los desafíos de la seguridad pública en México* (págs. 81-98). México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Guastini, R. (2018). *Ensayos Escepticos sobre la interpretación*. Puno: Zela.
- Guastini, R. (02 de febrero de 2019). *La teoría de la interpretación de Giovanni Tarello*. Obtenido de Palestra. El sello de los buenos libros: <https://palestraeditores.com/la-teoria-de-la-interpretacion-de-giovanni-tarello/>
- Guthrie, W. (1981). *Los filósofos griegos*. Inglaterra: Espa.

- Importancia de la motivación de sentencia en la prueba indiciaria, 628-2015  
(Corte Suprema de Justicia: Sala Penal Transitoria 5 de Mayo de 2016).
- Lasa-Aristu, A., & Amor, P. (2016). *La importancia de la argumentación en los trabajos de investigación*. Barcelona.
- Liñan Arana, L. A. (2017). *TEORIA DE LA PRUEBA EN EL PROCESO CIVIL Y EN EL PROCESO PENAL*. Lima: Academia de la Magistratura.
- Neyra Flores, J. A. (2010). *MANUAL DEL NUEVO PROCESO PENAL & Y DE LITIGACIÓN ORAL*. Lima: Idemsa.
- Núñez Vaquero, Á. (2014). Dogmática jurídica. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*. ISSN 2253-6655, 245-260.
- Pacheco Mandujano, L. A., & Almanza Altamirano, F. (2018). *Razonamiento lógico y argumentación jurídica*. ISBN N.º 978-612-47498-7-2. Lima: Ideas. Solución Editorial.
- Piovini, P. (1962). Uisnaturalismo y positivismo juridico . *Revista de derecho civil*, 70-71.
- Poder Ejecutivo. (1940). *Código de Procedimientos Penales*. Lima: Diario Oficial El Peruano.
- Poder Ejecutivo. (2004). *Nuevo Código Procesal Penal*. Lima: Jurista Editores.
- Pons, M. (2010). Cuaderno de Filosofía del Derecho. *Doxa*, 61-62.
- Recurso de Nulidad, 1912 (Corte Superior de Justicia: Sala Penal Permanente 06 de Septiembre de 2005).

- Rosa Pérez, E. (1999). *Principales métodos y técnicas educativos*. Lima: San Marcos.
- Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República. (13 de octubre de 2006). Acuerdo Plenario N.º 1-2006/CJ-116. *Acuerdo Plenario N.º 1-2006/CJ-116*. Lima, Lima, Perú: Diario Oficial "El Peruano".
- San Martín Castro, C. (2006). *Derecho Procesal Penal*. Lima: Grijley.
- Tarello, G. (2018). *La interpretación de la ley*. ISBN N.º 978-612-325-029-4. Lima: Palestra Editores S.A.C.
- Tarello, G. (02 de 02 de 2019). *La Teoría de la Interpretación de Giovanni Tarello*. Obtenido de Palestra. El sello de los buenos libros:  
<https://palestraeditores.com/la-teoria-de-la-interpretacion-de-giovanni-tarello/>
- Taruffo, M. (2013). *Verdad, prueba y motivación en la decisión sobre los hechos*. Mexico: Coordinación de Comunicación Social.
- Taruffo, M. (2015). *Teoría de la Prueba*. ISBN N.º 978-612-4077-54-8. Lima: ARA Editores E.I.R.L.
- White Ward, O. (2008). *Teoría General del Proceso*. Heredia: Escuela judicial-Poder Judicial de Costa Rica.