

LA ACTIVIDAD PROBATORIA: EL ITER DE LA EVIDENCIA

1. INTRODUCCIÓN

La prueba jurídica, es la herramienta demostrativa y representativa de información externa a través de la cual se introduce conocimiento a un procedimiento estatal (entiéndase aquí, tanto tribunales jurisdiccionales como administrativos). Este conocimiento que contiene la prueba, puede variar en su calidad, así como el nivel de relevancia que tenga para un determinado caso, son aspectos no determinados a raja tabla o que también podrán ser denominados, aspectos relativos de la prueba.

Ahora bien, la prueba procesal, es aquella que se ha introducido a un proceso jurisdiccional y que servirá de base para la formación de la convicción judicial o para determinar la carencia o insuficiencia para un caso concreto. Lo cierto, es que la prueba, jamás podrá estar desligada del hecho controvertido. Esta relación binomial entre prueba y hecho, expresa la dialéctica contradictoria del proceso, pues un proceso jurisdiccional no existe sin un hecho que es sometido a controversia o a una incertidumbre jurídica. Sin embargo, hasta allí no se podrá alcanzar la paz social en justicia aun, sino que para la decisión judicial sobre los hechos y su esclarecimiento, será necesario de este elemento demostrativo que denominamos “prueba”. La prueba procesal no existe sin el hecho controvertido y sin el hecho controvertido, no existe el proceso en sí.

Es así, que para llegar a una decisión jurisdiccional acertada, que esclarezca los hechos controvertidos, que establezca una “verdad” procesal, real, material, utópica o como quiera llamársele dogmáticamente, será necesario un asiento probatorio, una base compuesta de elementos probatorios.

Para llegar a ello, es que la prueba recorre diferentes caminos, de acuerdo a la naturaleza de los procesos jurisdiccionales. En el caso del proceso civil, la prueba será ofrecida, admitida, actuada y valorada; sin embargo, en el proceso penal y en especial, en nuestro Código Procesal Penal del 2004, existe un especial énfasis en su obtención, que es una fase anterior al ofrecimiento de la prueba en sí. Por lo que el recorrido de la prueba en el proceso penal peruano, será desde su obtención, ofrecimiento, admisión, actuación y valoración de la misma; tal relevancia se le ha dado a la obtención que el artículo octavo del título

preliminar del Código Procesal Penal referido, ha regulado el principio de legitimidad de la prueba, que implica su obtención a través de medios lícitos; *contrario sensu*, no se permite prueba obtenida a través de medios ilícitos en el proceso penal peruano.

2. REGULACIÓN LEGAL

En nuestro Código Procesal Penal del 2004¹, la actividad probatoria se encuentra regulada en el artículo 155°, el mismo que señala lo siguiente:

1. La actividad probatoria en el proceso penal está regulada por la Constitución, los Tratados aprobados y ratificados por el Perú y por este Código.

2. Las pruebas se admiten a solicitud del Ministerio Público o de los demás sujetos procesales. El Juez decidirá su admisión mediante auto especialmente motivado, y sólo podrá excluir las que no sean pertinentes y prohibidas por la Ley. Asimismo, podrá limitar los medios de prueba cuando resulten manifiestamente sobreabundantes o de imposible consecución.

3. La Ley establecerá, por excepción, los casos en los cuales se admitan pruebas de oficio.

4. Los autos que decidan sobre la admisión de la prueba pueden ser objeto de reexamen por el Juez de la causa, previo traslado al Ministerio Público y a los demás sujetos procesales.

5. La actuación probatoria se realizará, en todo caso, teniendo en cuenta el estado físico y emocional de la víctima.

3. ¿QUÉ ES LA ACTIVIDAD PROBATORIA?

La actividad probatoria no ha sido definida explícitamente en nuestro Código Procesal Penal, sin embargo a partir de lo establecido en el artículo 155°, se puede inferir que nuestro código se refiere al conjunto de actos o pasos y

¹ Poder Ejecutivo de Perú (2004) Decreto Legislativo N°957. Nuevo Código Procesal Penal peruano. Publicado el 29 de Julio de 2004 en Diario Oficial El Peruano. Recuperado de: <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/detallenorma/H682695>

reglas aplicables a la interacción de los sujetos procesales con la prueba al interior del proceso penal en sus distintas fases.

César San Martín Castro², citando a Cafferata, señala que la actividad probatoria significa lo siguiente: *En función a la noción de prueba, la actividad probatoria puede definirse como el esfuerzo de todos los sujetos procesales tendiente a la producción, recepción y valoración de los elementos de prueba.* Aquí, se hace referencia al *iter* de la prueba en el proceso penal como actividad probatoria, desde su obtención y/o producción de la prueba hasta su valoración en el plenario oral.

Por otro lado, Arbulú Martínez³, citando a Clariá Olmedo, establece que la actividad probatoria es definida como: *el conjunto de declaraciones de voluntad, de conocimiento o intelectuales, reguladas legalmente y producidas por los intervinientes en el proceso, con la finalidad de adquirir un conocimiento sobre la materialidad del objeto procesal, y sobre sus consecuencias penales y eventualmente civiles.* Arbulú hace referencia al concepto de prueba como fuente de conocimiento, también al control judicial de admisión de la prueba al proceso, así como al principio de aportación de parte y su relevancia para la resolución del objeto penal y civil del proceso penal.

También Oré Guardia⁴, conviene en establecer que la actividad probatoria se refiere a los momentos de la prueba en el proceso penal, indicando de manera sucinta que: *la actividad probatoria en sí y sus distintas etapas, las cuales son: proposición, admisión, actuación y valoración.* Sin embargo, allí faltaría agregar su producción y/o obtención de la misma.

² SAN MARTÍN CASTRO, C. (2015) *Derecho Procesal Penal Lecciones*. INPECCP y CENALES-Fondos Editoriales. p.501.

³ ARBULÚ MARTÍNEZ, J. (2015) *Derecho Procesal Penal-Un enfoque doctrinario y jurisprudencial*. Edición de Gaceta Jurídica S.A. p. 311.

⁴ ORÉ GUARDIA, A. (2016) *Derecho Procesal Penal Peruano-Análisis y Comentarios al Código Procesal Penal*. Edición de Gaceta Jurídica S.A. p-341.

Finalmente, Flores Sagástegui⁵, ha definido a la actividad probatoria como: *son actos que competen y realizan los sujetos procesales en el proceso penal, y están orientados a la producción, presentación y valoración de los elementos de prueba.*

Con lo cual, nos damos cuenta que la doctrina conviene en referirse a la actividad probatoria como el *iter probatorio* que sigue la prueba al interior del proceso penal, sin embargo este no es un concepto cerrado o unívoco, pues la prosecución de estas etapas implica también la interacción de los sujetos procesales con la prueba en sus distintas etapas, implica también el concepto de elementos de convicción cuando la prueba es obtenida y finalmente, las reglas y controles aplicables a la prueba en las distintas fases de la misma, así como también, en las distintas fases del proceso penal.

4. PRINCIPIOS DE LA ACTIVIDAD PROBATORIA

Ahora bien, de la lectura del artículo 155° del Código Procesal Penal podemos dar cuenta de los siguientes principios:

- Principio de aportación de parte: Por el cual, implica que la prueba puede y debe ser aportada al proceso por las partes.
- Principio de admisión de la prueba: Por el cual, la admisión de la prueba está sometida a un control de admisión jurisdiccional que se expresa mediante decisión judicial en auto motivado.
- Principio de pertinencia de la prueba: Este es un criterio de admisibilidad de la prueba, el mismo que consiste en que la prueba debe encontrarse vinculada a los hechos que son objeto de controversia (de acuerdo a la teoría del caso planteada por cada parte), a la punibilidad o a la determinación judicial de las consecuencias penales y civiles.

⁵ FLORES SAGÁSTEGUI, A. (2016) *Derecho Procesal Penal I Desarrollo teórico y modelos según el nuevo proceso penal*. Fondo Editorial de la Universidad Católica Los Ángeles de Chimbote. p. 422.

- Principio de libertad probatoria: Por el cual, los sujetos procesales son libres de aportar la prueba que mejor consideren para su posición sin limitación alguna por la naturaleza de la misma, es decir, sin que por el hecho de que sea documental y/o pericial o testimonial, reconstrucción de los hechos, inspecciones, etc; no puedan ser admitidas, de acuerdo a la naturaleza del proceso. Implica que en el proceso penal no se establecen limitaciones legales a la prueba, más allá de los criterios de pertinencia, sobreabundancia, imposibilidad de su obtención, licitud, utilidad y conducencia de la prueba.
- Principio de conducencia: Implica la idoneidad legal de la prueba para ser admitida al proceso penal. Implica su permisibilidad legal, ya sea por la forma o por el objeto que se pretende probar, lo cierto es que la prueba debe ser permitida por la ley.
- Principio de utilidad: Implica que la prueba sea relevante e idónea para acreditar el fin probatorio que se pretende con su admisión.
- Principio de licitud: Consiste en que la prueba para que sea incorporada al proceso debe haberse obtenido con respeto a la ley y a la Constitución.
- Principio de necesidad: Implica que la prueba es necesaria para la formación de la convicción judicial, debe ser el sustento de una sentencia, sin ella, no es posible formar convicción en base a información extraprocesal.
- Principio *favor probationem*: Consiste en que el criterio judicial debe favorecer la incorporación o actuación de medios de prueba, cuando existan obstáculos legales para su actuación o admisión al proceso; así mismo cuando exista duda sobre actuar o admitir o no una prueba.

5. FASES DE LA PRUEBA

La prueba en el proceso penal atraviesa diferentes fases, este *iter probatorio*, parte desde la obtención o producción de la prueba, luego la postulación y/o incorporación de la misma, su admisión, su actuación y su valoración.

En el proceso penal, la obtención y/o producción de la prueba se da, por excelencia, en la etapa de investigación preparatoria, pues una de sus finalidades es recaudar las evidencias, asegurar las fuentes de prueba y lograr la definición fiscal del caso. Sin embargo, sin inobservar el principio de oficialidad, es necesario afirmar que todos los sujetos procesales pueden producir su propia prueba, siempre que no quebrante los parámetros de licitud y sean válidamente incorporadas al proceso penal. Por otro lado, otra particularidad de la obtención de la prueba en el proceso penal, es que para su recaudación pueden existir técnicas tradicionales y técnicas especiales de investigación. No toda la prueba se obtiene luego de realizado el hecho punible, sino que cuando se utilizan técnicas especiales, la prueba es recaudada “en vivo” mientras sucede el hecho punible, *verbigratia*, cuando el objeto de investigación es la criminalidad organizada.

Ahora bien, una vez obtenida la prueba, debe hacerse su incorporación al proceso o su postulación, lo cual implica que la prueba sea ofrecida ante el juez por los sujetos procesales o incorporada al material investigativo que obra en la carpeta del Ministerio Público, a las cuales, se les ha denominado elementos de convicción.

Vale detenernos un poco aquí, dada las particularidades del proceso penal. El juez Manuel Luján Túpez⁶, ha definido a los elementos de convicción como: *Los elementos de convicción son los medios que permiten al juzgador alcanzar la confianza de la probabilidad de un ilícito o de la falsa justificación de una defensa, no necesariamente prueba el delito, sino que aproximan a la posibilidad objetiva de su ocurrencia.* Es decir, el magistrado señala que serían aproximaciones de conocimiento al hecho delictivo, sin embargo, no dejan de ser fuente de conocimiento, tal cual la prueba.

En la doctrina procesal penal peruana, se ha distinguido entre actos de investigación y actos de prueba, innecesariamente creo yo, pues al fin y al cabo ambas son fuentes de conocimiento sujetas a contradicción en diferentes niveles en el proceso penal. No se puede afirmar que los elementos de convicción no

⁶ LUJÁN TÚPEZ, M. (2013) *Diccionario Penal y Procesal Penal*. Edición de Gaceta Jurídica S.A. p.480.

están sujetos a contradicción, por el simple hecho de que no se actúen en un plenario oral. Es cierto que no tienen la suficiencia para por sí solos sustentar un fallo de condena, sin embargo, mal haríamos en creer que la contradicción en el proceso penal se remite solamente a la denominada etapa “estelar” del proceso penal, como lo es el juzgamiento. Los elementos de convicción son sometidos a contradicción en las audiencias preliminares al juicio oral, tal es así que sustentan intervenciones a derechos constitucionales en diferente intensidad, vale decir, el derecho a la libertad de tránsito, privada totalmente o restringida, derecho al secreto de las comunicaciones, bancario, de reserva tributaria o bursátil, derecho al secreto postal o a la inviolabilidad del domicilio, entre otros derechos constitucionales y fundamentales que son intervenidos solo con elementos de convicción. Decía de manera muy acertada don Vicente Gimeno Sendra, que los actos de convicción son los cimientos del proceso penal y con toda la razón lo decía, pues constituyen las bases del proceso penal. El mayor ejemplo de cimentación, relevancia y contradicción de los elementos de convicción, lo podemos ver en la prisión preventiva, largas audiencias en casos complejos, incluso algunos convertidos en una oralización de piezas documentales, pero que lejos de la mala metodología de audiencias, vale decir que son una expresión clara de la contradicción de los elementos de convicción y vale decir que son prueba, pues constituyen fuente de conocimiento, solo que en la primera fase del proceso penal, Gonzalo del Río Labarthe ya deslizaba la idea en diversas conferencias sobre la innecesariedad de dicha distinción, pues al fin y al cabo son prueba y cumplen la función demostrativa.

Por ello, es que hago la distinción entre postulación e incorporación al proceso de la prueba, pues la prueba en el proceso penal, puede ser ofrecida ante el juez o puede ser incorporada al proceso penal a través de la carpeta investigativa del Ministerio Público.

Luego, se tiene a la admisión de la misma, la cual está a cargo del juez de investigación preparatoria, quien como director de la etapa intermedia, aplica los controles de admisibilidad de la prueba, como lo son la utilidad, pertinencia, conducencia, interdicción a la sobreabundancia, a la prueba prohibida y a la prueba imposible. De aprobar estos filtros, la prueba es incorporada al caudal probatorio que se debatirá en el juzgamiento oral.

Posteriormente, viene la actuación de las pruebas, para ello, en el juicio oral, se convoca a los órganos de prueba ofrecidos, actuándose la prueba conforme a las reglas aplicables a la naturaleza de la misma. Por ejemplo, los peritos y testigos serán sometidos al interrogatorio y al contrainterrogatorio, de esa forma se actuarán y se incorporará la información válidamente obtenida de ellos (cada uno con sus particularidades en cuanto a las reglas de actuación) a la convicción judicial; por otro lado, las documentales serán actuadas, mediante la oralización y/o reproducción audiovisual de las mismas; entre otras pruebas, cada una con sus particularidades de actuación, siempre en el juicio oral; a excepción de la prueba anticipada, cuya actuación excepcional se da en etapas previas al juicio oral, de acuerdo al supuesto que se invoque para su procedencia.

Finalmente, la valoración judicial de la prueba, es un acto interno, cognitivo del tribunal jurisdiccional que sucede en la fase de deliberación y emisión de una sentencia (aun cuando en la realidad no suceda así siempre); lo cierto es que los jueces para valorar la prueba deberán observar criterios como las reglas de lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia, este último bastante cuestionado por la relatividad del mismo, pero al fin y al cabo, son los criterios que la ley procesal penal peruana ha establecido como criterios de valoración. Ahora bien, la valoración no termina allí, con la mera aplicación de criterios, sino que la valoración judicial deberá afrontar un doble filtro al momento de ser valorada, primero de forma individual y luego de forma colectiva, se prohíbe la valoración aislada o parcial de la prueba.

6. COMENTARIO FINAL

Ahora bien, en este comentario final, teniendo en cuenta las diferentes concepciones sobre la actividad probatoria, podemos concluir que la actividad probatoria consiste en las fases que atraviesa la prueba en el proceso jurisdiccional, así como la interacción de los sujetos procesales con la prueba y las reglas que se aplican a cada una de las fases del *iter probatorio* y en las distintas etapas del proceso penal.

Así mismo, sobre el *iter probatorio*, podemos afirmar que consiste en: i) Obtención y/o producción de la prueba; ii) Postulación y/o incorporación de la

prueba; iii) Admisión de la prueba; iv) Actuación de la prueba y v) Valoración de la prueba.

7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARBULÚ MARTÍNEZ, J. (2015) *Derecho Procesal Penal-Un enfoque doctrinario y jurisprudencial*. Edición de Gaceta Jurídica S.A.
- FLORES SAGÁSTEGUI, A. (2016) *Derecho Procesal Penal I Desarrollo teórico y modelos según el nuevo proceso penal*. Fondo Editorial de la Universidad Católica Los Ángeles de Chimbote.
- LUJÁN TÚPEZ, M. (2013) *Diccionario Penal y Procesal Penal*. Edición de Gaceta Jurídica S.A.
- ORÉ GUARDIA, A. (2016) *Derecho Procesal Penal Peruano-Análisis y Comentarios al Código Procesal Penal*. Edición de Gaceta Jurídica S.A.
- Poder Ejecutivo de Perú (2004) Decreto Legislativo N°957. Nuevo Código Procesal Penal peruano. Publicado el 29 de Julio de 2004 en Diario Oficial El Peruano. Recuperado de: <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/detallenorma/H682695>
- SAN MARTÍN CASTRO, C. (2015) *Derecho Procesal Penal Lecciones*. INPECCP y CENALES-Fondos Editoriales.