

Problemas de inconstitucionalidad en la interpretación de las reglas de admisión de prueba nueva en el proceso penal



DOCTRINA

CÉSAR AUGUSTO NAKAZAKI SERVIGÓN*

Abogado por la Universidad de Lima.
Profesor de Derecho Penal, Procesal Penal y Ética Profesional de la Universidad de Lima y la Academia Nacional de la Magistratura.

SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. Las reglas sobre prueba nueva en el Código Procesal Penal del 2004.
- III. Consideraciones generales sobre la prueba judicial.
- IV. Principio de la admisión de la prueba relevante o pertinente.
- V. Principio de legalidad: exclusiones probatorias.
- VI. Interpretación constitucional de los artículos 373, inciso 1, y 422, inciso 2, del Código Procesal Penal a partir del derecho fundamental a la prueba.
- VII. Interpretación constitucional de los artículos 373, inciso 1 y 422, inciso 2, del Código Procesal Penal a partir del derecho fundamental a la defensa eficaz.
- VIII. Interpretación constitucional del artículo 422, inciso 2, del Código Procesal Penal a partir del derecho fundamental a la verdad.
- IX. La jurisprudencia de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema favorece la interpretación constitucional de los artículos 373, inciso 1, y 422, inciso 2, del Código Procesal Penal.

* Este trabajo, como todos los que realizo, son con la valiosa y agradecida participación de mi joven asistente, el colega Exson Vilcherrez Ato.

RESUMEN:

El derecho fundamental a la prueba es una garantía constitucional. Su correcto desenvolvimiento es una exigencia para la realización de justicia. El nuevo proceso penal, comprendido en el marco del nuevo Código Procesal Penal de 2004, enfrenta en torno al mismo dos grandes problemas: necesidad de lectura constitucional de las normas que regulan la actividad probatoria y falta de una cultura de verdad. El presente artículo gira en torno a dicha problemática analizando especialmente lo respectivo a las reglas de prueba nueva en el juzgamiento y proceso de apelación de sentencia; e interpretaciones gramaticales o legalistas que sacrifican derechos fundamentales del acusado.

Palabras clave: Derecho procesal penal, prueba nueva, Código Procesal Penal, derechos constitucionales e interpretación constitucional.

ABSTRACT:

The fundamental right to present means of proof within a criminal procedure is a constitutional right. In this sense, it constitutes a requirement for the correct justice administration. The new criminal procedure, ruled by the New Criminal Procedural Code (2004), deals with two major problems: the urge of a constitutional read of the procedural rules related to the right to prove and the lack of a culture which promotes the truth. The present article shall analyze the special rules of the presentation of new means of proof within the Dual Trial and within the process of Appeal, and the legal and grammatical interpretations which end up violating the fundamental rights of the accused.

Keywords: Procedural penal law, new proof, Procedural Penal Code, constitutional rights and constitutional interpretation.

I. INTRODUCCIÓN

Como siempre afirmo, en el proceso penal para alcanzar justicia, tienen que realizarse debidamente tres operaciones jurídicas: a) Operación probatoria; b) operación de determinación del delito; y c) operación de determinación de las consecuencias penales.

La prueba es la primera de las operaciones jurídicas que se realizan en el proceso penal, concretamente, en el juzgamiento. Solo si el juez alcanza la verdad respecto de los hechos constitutivos del delito que son el objeto de prueba, podrá hacerse justicia. No existe justicia sin verdad. Tal exigencia aplica también para los otros hechos procesales, los que forman la defensa material, por ejemplo, los hechos impositivos; una causa de justificación, entre otros¹.

El nuevo proceso penal enfrenta en el ámbito de la prueba dos grandes problemas: necesidad de lectura constitucional de las normas que

regulan la actividad probatoria; y falta de una cultura de verdad; los operadores del derecho son parte de una sociedad en la cual cotidianamente la verdad es reemplazada por el "me parece" o "me conviene".

He encontrado como defensor en procesos penales que se rigen por el Código Procesal Penal del 2004 problemas de inconstitucionalidad al interpretar los jueces las reglas de la prueba nueva en el juzgamiento y en el procedimiento de apelación de sentencia; interpretaciones gramaticales o legalistas que sacrifican derechos fundamentales del acusado y provocan condenas arbitrarias.

Vale la pena resaltar que este problema no se ha presentado en el juzgamiento regulado por el Código de 1940. El artículo 237 ha sido aplicado a través del tiempo de forma flexible, solo bastando que se ofrezca prueba que no haya sido incorporada en la fase de instrucción sin importar, por ejemplo, cuándo tomó o pudo tomar conocimiento de su existencia el acusado.

1. NAKAZAKI SERVIGÓN, César. "El Trastorno Bipolar como Causa de Inimputabilidad: A propósito de la prueba del dolo y la determinación de la culpabilidad penal". En: *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N° 24. Lima: IDEMSA, 2012, pp. 397 y ss.

NAKAZAKI SERVIGÓN, César. "La prueba de los hechos institucionales en el proceso penal". En: *Gaceta Penal y Procesal Penal*, Tomo 71. Lima: Gaceta Jurídica, 2015, pp. 179-193, Lima.

En el juzgamiento con el Código del 2004 los jueces aplican de forma absolutamente restringida el concepto de prueba nueva; solo consideran como tal la que existe con posterioridad a la etapa intermedia; sin importar que no se incorporó en la investigación preparatoria o que se conoció con posterioridad a la contestación de la acusación.

Los operadores del nuevo proceso penal no acuden a las experiencias producidas con el viejo código, olvidando que al tratarse de un proceso mixto el juicio oral responde a un sistema acusatorio.

No tiene ninguna explicación jurídica que la regla de prueba nueva del Código de 1940 resulte más garantista que la del Código del 2004.

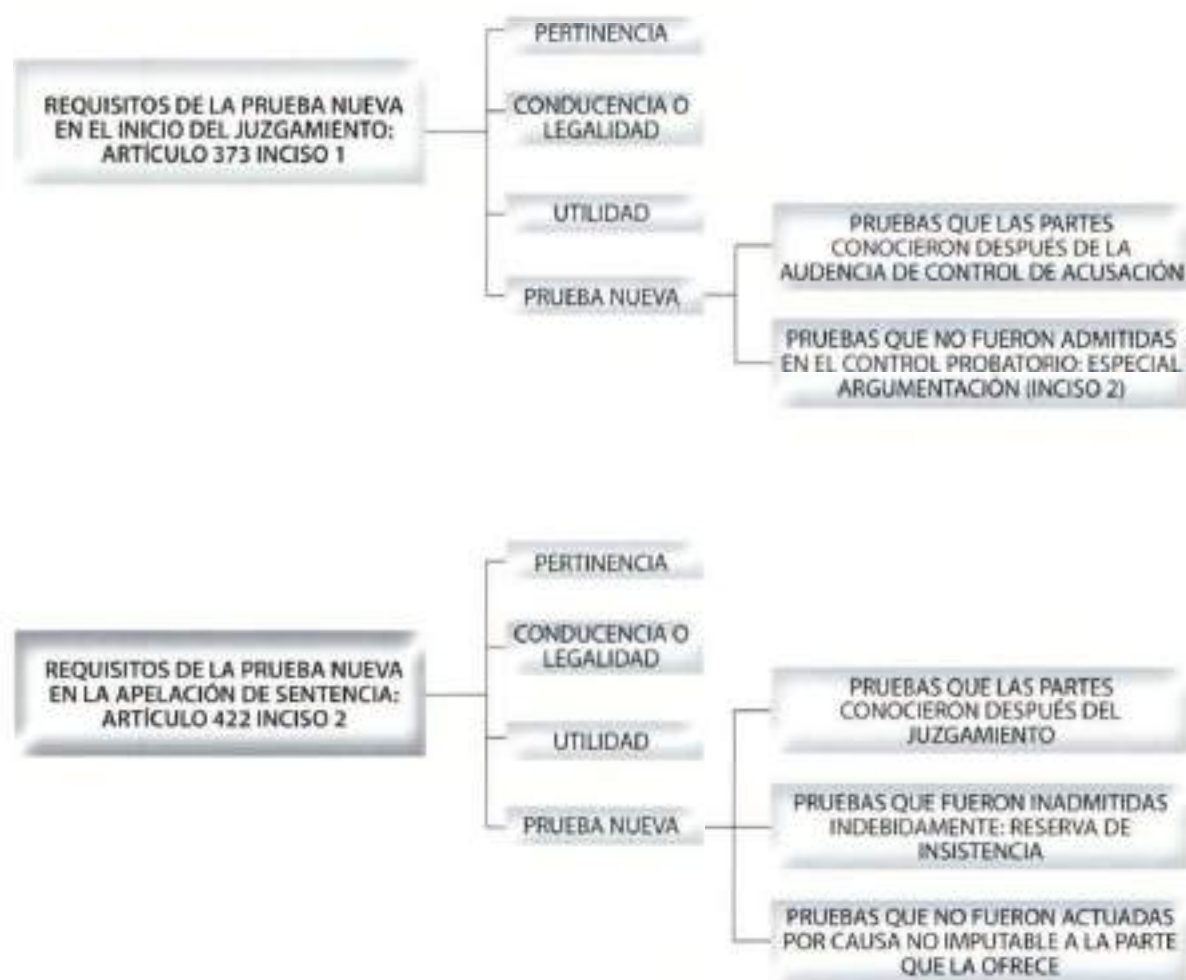
A continuación propongo criterios que deberían seguirse al tomar la decisión de admisión de

prueba nueva para garantizar el respeto de las garantías procesales constitucionales que fundamentan las reglas de la actividad probatoria.

II. LAS REGLAS SOBRE PRUEBA NUEVA EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL DEL 2004.

En el proceso penal, luego de incorporar fuentes de prueba durante la investigación preparatoria, la defensa debe ofrecer la prueba en la contestación a la acusación, conforme al artículo 350, inciso 1, párrafo f, del Código Procesal Penal. Sin perjuicio de ello, los artículos 373, inciso 1, y 422, inciso 2, contemplan dos oportunidades adicionales para la aportación de prueba por parte de la defensa; en ambas incorporando requisitos adicionales para su admisión.

Gráficamente tenemos que los requisitos para la admisión de prueba nueva de en el proceso penal son:

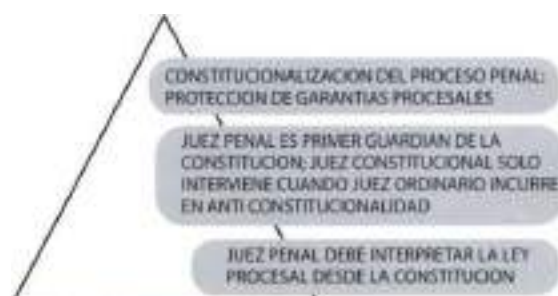


Este trabajo se realiza sobre el supuesto de prueba nueva por “desconocimiento de su existencia”.

Sostenemos que los artículos 373, inciso 1, y 422, inciso 2, deben ser interpretados constitucionalmente, a fin que la admisión de la prueba responde a las garantías procesales que justifican su incorporación al juzgamiento o al procedimiento de apelación de sentencia.

Antes de la decisión sobre un pedido de admisión de prueba nueva, el Juez debe interpretar la ley procesal desde la Constitución; esa es la razón de la constitucionalización de las garantías procesales.

El Juez penal, no el Juez constitucional, es el primer guardián de la Constitución en el proceso penal². Es en esta lógica que el Tribunal Constitucional, en la STC del 3 de enero del 2003, Fundamentos 146, 149 y 150, afirma categóricamente que las leyes procesales deben interpretarse a partir de la Constitución³.



III. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA PRUEBA JUDICIAL.

La garantía procesal constitucional de la presunción de inocencia, que constituye un derecho humano, exige decantarse por una visión racionalista de la prueba judicial, lo que significa asumir los siguientes postulados: a) La verdad es el fin de la prueba; b) el concepto de verdad es el material; y, c) el uso de la epistemología para la valoración de la prueba. Tal reconocimiento, como bien explica el brillante autor hispano Jordi Ferrer Beltrán, no impide aceptar que la prueba judicial se produce en un contexto distinto a otros tipos de prueba que se gobiernan sólo por la lógica y la razonabilidad⁴; por ejemplo, la existencia de reglas jurídicas sobre la prueba, límites temporales, entre otros.

Durante el proceso penal debe formarse un conjunto de pruebas sobre los hechos constitutivos del delito objeto de la acusación, y sobre los hechos impeditivos, extintivos, excluyentes y modificatorios que formen la defensa del acusado⁵. Dicha formación de la prueba tiene diversos momentos: a) Formación del conjunto o masa de pruebas; b) valoración individual y global de las pruebas; y, c) decisión sobre los hechos probados. La admisión corresponde al primer momento: La conformación del conjunto de pruebas.

La prueba judicial, para su admisión, a diferencia de otro tipo de prueba –como la prueba cienti-

2. RAMOS MENDEZ, Francisco. *El proceso penal, lectura Constitucional*, Tercera Edición. España: Editorial Bosch, 1993, pp. 3 y ss.
- BERNAL CUÉLLAR, Jaime y, MONTEALEGRE, Eduardo. *El proceso penal, fundamentos constitucionales y teoría general*, Sexta Edición. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2013, pp. 43 y ss.
3. PLENO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, proceso de inconstitucionalidad, Expediente N° 010-2002-AI/TC.
4. FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. España: Marcial Pons, 2007, pp. 29 y ss.
5. NAKAZAKI SERVIGÓN, César. “El Trastorno Bipolar como Causa de Inimputabilidad: A propósito de la prueba del dolo y la determinación de la culpabilidad penal”. En: *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N° 24. Lima: IDEMSA, 2012, pp. 397 y ss.
- MONTAÑEZ, Miguel Ángel. *La Presunción de Inocencia*. Pamplona: Aranzadi Editorial, 1999.
- RIVES SEVA, Antonio Pablo. *La Prueba en el Proceso Penal*, Tercera edición. Pamplona: Aranzadi Editorial, 1999.
- CAAMAÑO, Francisco. *La garantía procesal constitucional de la inocencia*. España: Editorial Tirant lo Blanch, 2003.



fica— además de filtro epistemológico (principio de relevancia o pertinencia) aplicable a toda prueba, exige filtros de control de legalidad (reglas jurídicas de exclusión).

IV. PRINCIPIO DE LA ADMISIÓN DE LA PRUEBA RELEVANTE O PERTINENTE.

El objeto del proceso penal es determinar si se ha cometido un delito, si el acusado es culpable, las consecuencias penales y las medidas de reparación a la víctima, como expresión de justicia. Dicho objeto determina que el fin de la prueba sea la verdad, pues solo sobre ésta el juez puede dictar sentencia; una decisión judicial legal y justa.

La verdad como finalidad de la prueba es el fundamento del primer principio para su admisión: la relevancia o pertinencia. El principio de relevancia o pertinencia debe llevar a la admisión de todo medio de prueba que alcance información al juez por su conexión lógica con los hechos objeto del proceso penal. Se trata de un filtro epistemológico, una regla de inclusión, pues permite la admisión de todo medio de prueba pertinente o relevante (ver gráfico al pie de página).

Desde Jeremías Bentham, uno de los máximos exponentes de la teoría de la prueba, como bien precisa Ferrer Beltrán, se ha sostenido que en la etapa de formación del conjunto de prueba el

principio nuclear es el de relevancia; el proceso penal debe estar regulado de tal manera que permita la incorporación de toda prueba relevante, pues solo así se reduciría la incidencia de error judicial al contar el juez con la mayor cantidad de pruebas relevantes para resolver el caso penal⁶.

El principio de relevancia exige por tanto un examen de razonabilidad de las exclusiones probatorias; un control de medio a fin. Hay que verificar si impiden alcanzar la verdad y su fundamento, a fin de justificar o no el obstáculo o costo que significa su aplicación. Es en esta lógica que en la Sección II —La Prueba, Título I— Preceptos Generales, artículo 155, inciso 2, se reconoce el principio de relevancia o pertinencia: el juez deberá admitir toda prueba pertinente salvo prohibición legal.

V. PRINCIPIO DE LEGALIDAD: EXCLUSIONES PROBATORIAS.

La prueba judicial exige observar ciertas limitaciones que impone el principio de legalidad, supuestos de exclusión que ocasionan la no admisión de un medio de prueba.

Como ya se observó, su restricción a la finalidad de la prueba —la verdad— tiene que ser justificada, por lo que hay que examinar el fundamento de cada exclusión probatoria a fin de decidir si debe ser aplicada.



6: BENTHAM, Jeremías. *Tratado de las Pruebas Judiciales*. Argentina: Ediciones Jurídicas Europa América, 1971. FERRER BELTRÁN, Jordi. *Op. Cit.*, pp. 68 y ss.

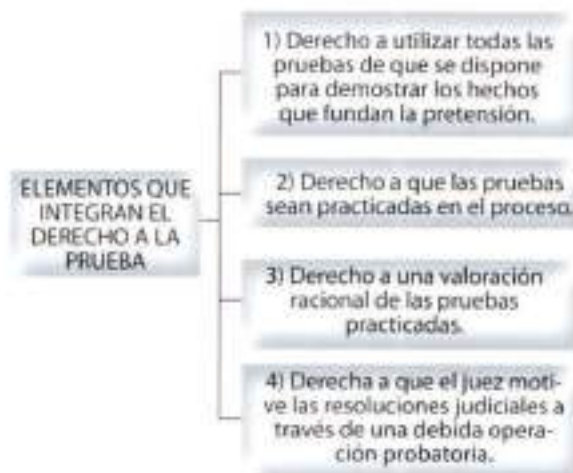
Las exclusiones probatorias tienen que encontrarse expresamente previstas en la ley; con ello se garantiza la legalidad como requisito de admisión de la prueba.

La Norma VIII del Título Preliminar, los artículos 155, inciso 2; 165; 373 incisos 1 y 2; 422, inciso 2, establecen limitaciones o exclusiones probatorias, cuyos fundamentos se grafica a continuación:



VI. INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS ARTÍCULOS 373, INCISO, 1, Y 422, INCISO 2, DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL A PARTIR DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PRUEBA.

El contenido constitucional del derecho a la prueba garantiza al imputado⁷:



El primer elemento que integra el derecho a la prueba es el derecho a usar toda la prueba de que se dispone para demostrar la verdad de los hechos que fundan la pretensión⁸.

Como ya se estableció en las consideraciones generales, la verdad como finalidad de la prueba exige un principio general de inclusión: la admisión de toda prueba relevante, siendo la única limitación que su admisión implique la vulneración de un derecho fundamental; esto es, las exclusiones por prueba prohibida⁹.

7. El Tribunal Constitucional en la sentencia del 03 de enero del 2003, expedida en el proceso de inconstitucionalidad por el Caso de los Decretos Ley 25475, 25659, 25708 y 25880, Fundamento Jurídico 148, ha establecido que el derecho fundamental a la prueba tiene protección constitucional, en la medida en que se trata de un contenido implícito del derecho al debido proceso, reconocido en el artículo 139, inciso 3 de la Constitución.

FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. España: Marcial Pons, 2007, pp. 54-59.

MIDÓN, Marcelo Sebastián. "Concepto de prueba, jerarquía y contenido del derecho a la prueba". En: OBRA COLECTIVA. *Tratado de la prueba*. Argentina: Librería de la Paz, 2007, pp. 44-46.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría General de la Prueba Judicial*, Tomo I, Sexta Edición. Argentina: Zavalla Editor, 1988, p. 34.

CHAIA, Rubén A. *La prueba en el proceso penal*. Argentina: Editorial Hammurabi, 2009, p. 53.

La configuración legal no forma parte del contenido constitucional del derecho a la prueba, salvo, podría considerarse, la prohibición de prueba ilícita; pero más bien integra el contenido esencial del derecho a la presunción de inocencia.

La configuración legal del derecho a la prueba no debe afectar su contenido constitucional.

Los jueces ante el ofrecimiento de nueva prueba deben proceder a interpretar la regla de admisión de prueba nueva a la luz del contenido constitucional del derecho a la prueba; fijando cuál es el fundamento de la limitación que señalan los artículos 373 incisos 1 y 422 inciso 2, a fin de establecer si por la ponderación de valores debe o no ceder ante el derecho a la prueba.



La preclusión cede ante el derecho fundamental a la prueba por las siguientes razones:



La celeridad igualmente no podría afectar al derecho a la prueba por las siguientes razones:

BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. *El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo*. Lima: Ara Editores, 2001, p. 103.

MONTÓN GARCÍA, Lidón. *La admisión y práctica de la prueba en el proceso penal: Su control en casación. Análisis desde la jurisprudencia*. España: Editorial Trivum, 1999, p. 202.

PICÓ I JUNOY, Joan. "El derecho a la prueba en el proceso penal: luces y sombras". En: *Estudios sobre prueba penal*, Vol. I. España: Editorial La Ley, 2010, pp. 30 y ss.

TARUFFO, Michele. *La Prueba*. España: Editorial Marcial Pons, 2008, pp. 56-57.

8. FERRER BELTRÁN, Jordi. *Op. Cit.*, pp. 70-76.

9. *Ibid.*, pp. 77-86.



Taruffo afirma que en caso de conflicto de valores la solución es:

"(...) dado que el derecho a la prueba tiene rango constitucional, deberíamos inclinarnos a concluir que tiene que encontrarse un equilibrio favorable a la admisión de todas las pruebas relevantes de las que dispongan las partes, ya que otras razones procesales no deberían afectar el derecho fundamental de éstas a la prueba, y mucho menos anularlo"¹⁰.

El derecho a la prueba es compatible con un concepto amplio de prueba nueva, que admita

como tal a las que surgen de la necesidad de demostrar los errores que presenta una sentencia condenatoria,

El concepto de prueba nueva debe ser flexible, no rígido, este resulta inconstitucional si afecta derechos fundamentales.

Para el caso de la nueva prueba en el procedimiento de apelación de sentencia es necesario considerar el sistema de recurso de apelación.

En el auto de calificación del recurso de casación 374-2015 se cita al autor español José Garberí Llobregat quien explica que la actividad probatoria es excepcional porque se utiliza en la LEC el sistema de apelación limitada¹¹.

En el otro sistema de apelación plena hay tres características: a) La apelación (segunda instancia) es la continuación de la primera instancia; b) el material probatorio se nutre con el producido en la primera instancia, como del novedoso introducido con la fase de impugnación (nuevos hechos y medios de prueba; hechos y medios de prueba no utilizados con anterioridad); y c) la sentencia de apelación es un segundo pronunciamiento sobre el objeto del proceso¹².

La tendencia legislativa es un recurso de apelación mixto, como el que existe en el Código Penal del 2004¹³; por lo que es necesario interpretar las normas de la apelación combinando el sistema amplio y el limitado.

Para esta combinación de sistemas es importante considerar que en el procedimiento de apelación de sentencia la Sala puede emitir un pronunciamiento de fondo, conforme al artículo 419.

10. TARUFFO, Michele. La Prueba. España: Editorial Marcial Pons, 2008, p. 57 y 58.

11. LLOBREGAT, José; GIMENO SENDRA, Vicente; CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido y GARBARÍ LLOBREGAT, José. Los procesos penales. España: Editorial Bosch, 2000.

12. Ibid., p. 415.

13. NEYRA FLORES, José Antonio. Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo I. Lima: IDEMSA, 2015, pp. 584-587.

SAN MARTÍN CASTRO, César. Derecho Procesal Penal – Lecciones. Lima: INPECCP y CENALES, 2015, pp. 679-680.

Resulta relevante citar la Casación N° 194-2014 ANCASH que constituye precedente vinculante para establecer la imposibilidad que la Sala de Apelaciones revoque la sentencia absolutoria y emita condena, porque no existe un recurso impugnatorio que revise la sentencia condenatoria.

Lo importante de la casación para nuestro caso es la necesidad del recurso mediante el cual se revise la condena que exige el artículo 14 inciso 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Politicos.

En el fundamento 4.9 de la casación se descarta que ésta sea el recurso idóneo para revisar una condena porque el tribunal “no goza de esas amplias facultades de revisión con las cuales debe contar el tribunal que revise el fallo condenatorio”.

En el fundamento 4.10 la Sala Permanente señala que en el recurso de apelación el superior jerárquico “puede revisar no sólo los resultados del órgano inferior sino también su actividad procesal”.

Explica bien el Juez Supremo José Neyra Flores al comentar la posibilidad del ofrecimiento de prueba nueva en segunda instancia, que esta actividad “...se encuentra más flexible y cercana al sistema pleno...”¹⁴

Un recurso ordinario y mixto permite flexibilizar las reglas de admisión de prueba nueva cuando así lo requiera la observancia de garantías procesales constitucionales, como a la prueba necesaria.

VII. INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS ARTÍCULOS 373, INCISO, 1 Y 422, INCISO 2, DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL A PARTIR DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA DEFENSA EFICAZ.

Poco a poco se va comprendiendo que el derecho a la defensa no se reduce a contar con un defensor; a su presencia en el proceso penal; sino a realizar a favor de su patrocinado, ni siquiera defensa técnica, sino una defensa eficaz¹⁵.

El contenido constitucional del derecho a la defensa eficaz garantiza al imputado¹⁶:

- CONTENIDO DE LA DEFENSA EFICAZ**
- a) Derecho a ser asistido por un defensor de confianza o de oficio.
 - b) Derecho a un defensor con los conocimientos jurídicos y experiencia que exija el caso.
 - c) Derecho a un defensor que pueda ejercer libremente la abogacía.

14. NEYRA FLORES, José Antonio. Op. Cit., p. 586.

15. NAKAZAKI SERVIGÓN, César. “La garantía de la defensa procesal: defensa eficaz y nulidad del proceso penal por indefensión”. En: Facultad de Derecho Universidad de Lima XXV años. Lima: Fondo Editorial de la Universidad de Lima, 2006, pp. 26-27.

NAKAZAKI SERVIGÓN, César. “El derecho a la defensa procesal eficaz”. En: OBRA COLECTIVA, El Debido Proceso, Estudios sobre derechos y garantías procesales. Lima: Gaceta jurídica, 2010, p. 110.

16. El derecho a la defensa eficaz está reconocido en el artículo 139, inciso 14 de la Constitución; en el artículo 11 inciso 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; en el artículo 14 inciso 3 párrafo d del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Politicos; y en el artículo 8 inciso 2 párrafo d de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

CAROCCA PÉREZ, Alex. Garantía Constitucional de la Defensa Procesal. España: J.M. Bosch Editor, 1998, p. 56.

BINDER, Alberto. Introducción al Derecho Procesal Penal. Argentina: Editorial Ad Hoc, 1993, p. 151.

SAN MARTÍN CASTRO, César. Derecho Procesal Penal, Vol. I. Lima: GRIJLEY, 2003, p. 121.

NAKAZAKI SERVIGÓN, César. “La garantía de la defensa procesal: defensa eficaz y nulidad del proceso penal por indefensión”. En: Facultad de Derecho Universidad de Lima XXV años. Lima: Fondo Editorial de la Universidad de Lima, 2006, p. 13.

NAKAZAKI SERVIGÓN, César. “El derecho a la defensa procesal eficaz”. En: El Debido Proceso, Estudios sobre derechos y garantías procesales. p. 112.

CONTENIDO DE LA DEFENSA EFICAZ

- d) Derecho a un defensor que cumpla con los deberes de la deontología forense.
- e) Derecho a conocer de la existencia del proceso y la imputación necesaria.
- f) Derecho a los medios necesarios para preparar la defensa.
- g) Derecho al tiempo necesario para preparar la defensa.
- h) Derecho a postular los hechos que forman la defensa material.
- i) Derecho a probar los hechos que forman la defensa material y a presentar contraprueba respecto de los fundamentos fácticos de la imputación.
- j) Derecho a presentar los argumentos que forman la defensa técnica.
- k) Derecho a que la defensa material, la prueba y los argumentos de defensa técnica sean valorados o tratados por el juez en la sentencia.
- l) Derecho a los recursos.

que no dependa de la calidad del defensor, sino de las exigencias del caso¹⁷.

La defensa eficaz garantiza que un abogado prepare y ejecute en el proceso penal todos los actos de postulación, prueba, alegación e impugnación, que exija el objeto del proceso.

Resulta útil revisar por ejemplo los "Estándares básicos para el ejercicio de la defensa pública" establecidos en Chile para imponer al defensor penal público; "parámetros destinados a proporcionar a los beneficiarios del servicio una defensa de calidad real y efectiva"¹⁸. En el estándar de la prueba de la defensa eficaz, se exige que el defensor produzca toda la prueba que exija enfrentar a la acusación¹⁹.

La prueba necesaria para garantizar defensa eficaz no es responsabilidad del acusado o sentenciado, sino del abogado.

Los artículos 373, inciso 1, y 422, inciso 2, que regulan la prueba nueva en el juzgamiento y procedimiento de apelación de sentencia; atribuyen el conocimiento de la prueba con posterioridad a la audiencia de control de la acusación y juzgamiento no al acusado o sentenciado, sino a la "parte"; esto es, en el caso de la defensa: Al acusado o sentenciado-defensor. Así se concibe a la parte defensa; no sólo al acusado o sentenciado, que no puede enfrentar en igualdad de armas al Ministerio Público, sino junto a su defensor, que si está en condiciones, por conocimiento y experiencia, de enfrentar a la Fiscalía²⁰.

El derecho a la defensa eficaz garantiza que el abogado defensor realice una defensa técnica que "sobrepase determinados mínimos"; a fin

17. CAROCCA PÉREZ, Alex. *Garantía Constitucional de la Defensa Procesal*. España: J.M. Bosch Editor, 1998, p. 56.
 NAKAZAKI SERVIGÓN, César. "La garantía de la defensa procesal: defensa eficaz y nulidad del proceso penal por indefensión". En: *Facultad de Derecho Universidad de Lima XXV años*. Lima: Fondo Editorial de la Universidad de Lima, 2006, p. 15.
Ibid., p. 130.

18. CAROCCA PÉREZ, Alex. *La defensa pública*. Chile: Lexis Nexis, 2005, p. 394.

19. *Ibid.*, p. 398.

20. NAKAZAKI SERVIGÓN, César. "La garantía de la defensa procesal: defensa eficaz y nulidad del proceso penal por indefensión". En: *Facultad de Derecho Universidad de Lima XXV años*. Lima: Fondo Editorial de la Universidad de Lima, 2006, p. 21.
 NAKAZAKI SERVIGÓN, César. "El derecho a la defensa procesal eficaz". En: *El Debido Proceso, Estudios sobre derechos y garantías procesales*, p. 120.

El conocimiento de la prueba no es de profano, sino técnico jurídico procesal. Solo el conocimiento de la teoría de la prueba, de las reglas probatorias previstas en la ley, permite determinar qué persona, cosa, documento, o circunstancia es prueba; se necesita conocer categorías tales como la fuente de prueba, medio de prueba, entre otros.

La garantía de la defensa eficaz prohíbe atribuir al acusado o sentenciado la carga del conocimiento oportuno de la prueba que debe ofrecer en el proceso penal; pues le corresponde al abogado defensor,



La prohibición de indefensión es fundamento para sostener una interpretación constitucional de los artículos 373, inciso 1, y 422, inciso 2, del Código Procesal Penal.

El garante de la defensa eficaz no es el defendido, es el defensor y, en su caso el juez si hay estado de indefensión; al igual que el garante del derecho a la salud no es el paciente sino el médico y, en caso de mala praxis, el Estado²¹.

En la Casación N° 281-2011-Moquegua, la Sala Penal Permanente estableció que el derecho a la defensa es un elemento clave en la configuración de la tutela procesal efectiva, porque un proceso no puede considerarse como respetuoso de la persona si no se permite la posibilidad de presentar sus argumentos, estrategia y elementos de respaldo jurídico necesarios,

En reiterada jurisprudencia, el Tribunal Constitucional peruano ha señalado que el derecho a la defensa comporta en estricto el derecho a no quedar en estado de indefensión en cualquier etapa del proceso penal, el cual tiene una doble dimensión:

- a) Una material referida al derecho del imputado o demandado de ejercer su propia defensa desde el mismo instante que toma conocimiento de que se atribuye a la comisión de determinado hecho delictivo
- b) Una formal, que supone el derecho a una defensa técnica, esto es, el asesoramiento y patrocinio de un abogado defensor todo el tiempo que dure el proceso²².

En el Recurso de Nulidad N° 2522-201-Lima, la Sala Penal Transitoria estableció como parámetro de agravio al derecho a la defensa en su dimensión formal que un abogado defensor proporcione información jurídica equivocada a su patrocinado. Anuló una sentencia conformada porque el defensor cometió un error al

21. NAKAZAKI SERVICÓN, César. "La garantía de la defensa procesal: defensa eficaz y nulidad del proceso penal por indefensión". En: *Facultad de Derecho Universidad de Lima XXV años*. Lima: Fondo Editorial de la Universidad de Lima, 2006, p. 25.

NAKAZAKI SERVICÓN, César. "El derecho a la defensa procesal eficaz". En: *El Debido Proceso, Estudios sobre derechos y garantías procesales*, p. 109.

22. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ, Expediente N° 1323-2002-HC/TC, sentencia del 9 de julio del 2002, Fundamentos 2 y 3.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ, Expediente N.° 2028-2004-HC/TC, sentencia del 5 de julio del 2004, Fundamentos 3 y 4.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ, Expediente N.° 1919-2006-HC/TC, sentencia del 16 de marzo del 2006, Fundamentos 3, 4 y 5.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ, Expediente N° 04155-2009-PHC/TC, sentencia del 13 de octubre del 2009, Fundamento 7.

aprobar la conformidad de su defendido, pues alegaba ser inocente.

La misma razón jurídica por la que la sentencia conformada es nula sino hubo defensa eficaz en la aprobación de la conformidad con la acusación, vale para permitir la admisión de prueba nueva si hubo indefensión en la etapa intermedia; o si surge necesidad de ella para demostrar los errores de la sentencia condenaría en el procedimiento de apelación.

Michele Taruffo, el máximo exponente actual de la teoría y filosofía de la prueba, afirma:

“Según la opinión dominante, el derecho a presentar todas las pruebas relevantes es parte esencial de las garantías generales sobre la protección judicial de los derechos y del derecho a la defensa, pues la oportunidad de probar los hechos que apoyan las pretensiones de las partes es condición necesaria de la efectividad de tales garantías. Un claro argumento que apoya este principio es que las garantías procesales de las partes serían meramente formales y vacías si se les impidiera presentar todos los medios de prueba relevantes que necesitan para acreditar sus versiones de los hechos en litigio. Por consiguiente, el derecho a presentar todos los medios de prueba relevantes que estén al al-

cance de las partes es un aspecto esencial del derecho al debido proceso y debe reconocerse que pertenece a las garantías fundamentales de las partes”²³ (resaltado del autor).

Las reglas de la prueba nueva interpretadas a la luz del derecho fundamental a la defensa eficaz deben permitir que el acusado o sentenciado salga de un estado de indefensión.



Al igual que en el caso del derecho a la prueba, los fundamentos de las limitaciones a la admisión de prueba nueva; preclusión, celeridad; ceden en el juicio de ponderación ante el derecho a la defensa eficaz. La indefensión es incompatible o excluyente con el abuso del derecho de defensa

El estado de indefensión debe y puede demostrarse:



23. TARUFFO, Michele, Op. Cit., p. 56.

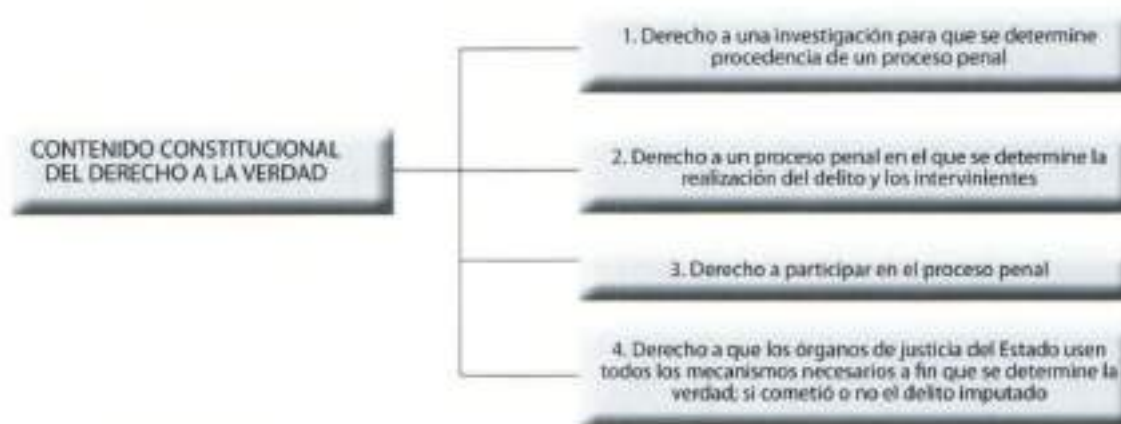


VIII. INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL DEL ARTÍCULO 422, INCISO 2, DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL A PARTIR DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA VERDAD.

El derecho a la verdad tiene una dimensión colectiva en la que se reconoce como titular a la sociedad, y otra individual en la que titular es la víctima, los agraviados.

Es la dimensión colectiva la que permite que el acusado o sentenciado, como integrante de la sociedad, también pueda invocar el derecho a la verdad a fin de flexibilizar las reglas de admisión de prueba nueva.

El contenido constitucional del derecho a la verdad garantiza al procesado²⁴:



24. El Tribunal Constitucional en la sentencia del 18 de marzo del 2004, expedida en el proceso de habeas corpus por el Caso Genaro Villegas Namuche, Fundamento Jurídico 13, ha establecido que el derecho fundamental a la verdad si bien no ha sido expresamente recogido en la Constitución tiene plena protección constitucional, en la medida en que se deriva directamente de la obligación estatal de proteger los derechos fundamentales y de la tutela jurisdiccional efectiva. Expediente N° 2488-2002-HC/TC.

PLENO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, proceso de habeas corpus, Expediente N° 2488-2002-HC/TC.

SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, proceso de habeas data, Expediente N° 0959-2004-HD/TC.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras; Fondo; sentencia de fecha 29 de julio de 1988, párrafo 177.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso Godínez Cruz Vs. Honduras; Fondo; sentencia de fecha 20 de enero de 1989, párrafo 188.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso Bámaca Velásquez Vs. Honduras; Fondo; sentencia de fecha 25 de noviembre de 2000, párrafo 201.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso Barrios Altos Vs. Perú; Fondo; sentencia de fecha 14 de marzo del 2001, párrafo 48.

El derecho a la verdad "derrumbó" la cosa juzgada; la cosa decidida; la prescripción; y pugna por hacerlo con el plazo razonable.

Es obvio que el derecho a la verdad prevalece sobre el principio procesal de preclusión u otro fundamento de la restricción a la admisión de nuevas pruebas en el juzgamiento o en el procedimiento de apelación de sentencia.

IX. LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA PENAL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA FAVORECE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS ARTÍCULOS 373, INCISO 1, Y 422, INCISO 2, DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL.

Casación 10-2007-Trujillo.

Via recurso de casación se puso en conocimiento de la Sala Penal Permanente el siguiente problema: el Fiscal, al formular acusación, aportó la copia de la manifestación del testigo Wildo Rubén Ávila Nabis prestada en la investigación preliminar; el Juzgado Penal Colegiado la declaró inadmisibles porque tratándose de fuente de prueba personal no podía ser incorporada vía medio de prueba documental; Fiscalía corrige el error en el juzgamiento aportando como prueba nueva el testimonio, que evidentemente no conoció con posterioridad a la etapa intermedia pues se había producido en la investigación preliminar.

En el Considerando Sexto de la sentencia de casación del 29 de enero del 2008, la Corte Suprema si bien admite que el ofrecimiento del testigo no encuadra en los supuestos del artículo 373 del Código Procesal Penal, razona:

"La necesidad del pleno esclarecimiento de los hechos acusados exige que se superen interpretaciones formalistas de la ley procesal, sin que ello signifique, desde luego una lesión a los derechos de las partes".

Casación 9-2012-La Libertad.

Via recurso de casación se puso en conocimiento de la Sala Penal Permanente el siguiente problema: la Fiscalía al formular acusación por delito sexual no ofreció el testimonio de la víctima y para subsanar el error en el inicio del juzgamiento aporta el testimonio como prueba nueva, que es admitido por el Juzgado Colegiado.

La Corte Suprema pese a reconocer la vulneración de la legalidad procesal no casó la sentencia, pues además de considerar que existía otras pruebas de cargo además del testimonio de la agraviada, en el Considerando Cuarto afirma:

"El proceso penal está revestido de diversas garantías de reconocimiento constitucional que buscan no sólo otorgar al encausado un marco de seguridad jurídica, sino en última instancia mantener un equilibrio entre la búsqueda de la verdad material y los derechos fundamentales del imputado, los cuales constituyen un límite al poder punitivo estatal, cuya protección y respeto no pueden ser ajenos a una justicia penal contemporánea. En tal contexto las garantías constitucionales del proceso penal se erigen como límite y marco de actuación de la justicia penal".

En el Considerando Sexto se reconoce que la víctima tiene derecho a la verdad y a intervenir en el proceso penal a efectos que se esclarezca el delito en su agravio.

En los dos casos, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema flexibiliza la interpretación de la regla de admisión de prueba nueva, invocando el derecho a la verdad a favor de la Fiscalía y la víctima. Entendemos, como ya señalamos, que esta doctrina judicial permite que también se flexibilice el criterio en favor del imputado.