

LA UTILIZACIÓN DE LAS DECLARACIONES PRODUCIDAS EN EL PROCEDIMIENTO PRELIMINAR COMO PRUEBA EN EL JUICIO ORAL EN CASO DE TESTIMONIOS CONTRADICTORIOS

CÉSAR AUGUSTO NAKAZAKI SERVIGNO

Abogado por la Universidad de Lima.
Profesor de Derecho Penal en la Universidad de Lima y
en la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo de Lambayeque.

SUMARIO:

I. La regla que la prueba solamente se produce en el juicio oral. - II. Determinación de si en el juicio oral el tribunal sentenciador puede valorar las declaraciones producidas en el procedimiento preliminar en caso de testimonios contradictorios: 1. Posición favorable a la valorabilidad de la declaración dada en el procedimiento preliminar en caso de contradicción con el testimonio brindado en juicio; 2. Posición contraria a la valorabilidad de la declaración dada en el procedimiento preliminar en caso de contradicción con el testimonio brindado en juicio; 3. Examen de la postura en torno a la valorabilidad de la declaración dada en el procedimiento preliminar en caso de testimonio contradictorio en el proceso penal peruano. - III. Conclusiones.

Durante el desarrollo del juicio oral, el testigo de cargo realiza una declaración exculpatoria del acusado variando con ello la incriminación que le hizo en el procedimiento preliminar.

¿Puede la Sala Penal "reemplazar" el testimonio de descargo dado en el juicio oral con el testimonio de cargo que se dio en el procedimiento preliminar a nivel policial o durante la instrucción?

A continuación se determina si en el juicio oral el tribunal sentenciador puede considerar como prueba los actos de investigación llevados a cabo en el procedimiento preliminar en el caso de testimonios contradictorios.

I. LA REGLA QUE LA PRUEBA SOLAMENTE SE PRODUCE EN EL JUICIO ORAL

La regla probatoria es que solamente cabe valorar como pruebas a las que se han practicado en el juicio oral en presencia del tribunal sentenciador.¹

El fundamento de esta regla radica en el hecho de que en el juicio oral se observan de forma estricta los principios y garantías procesales de contradicción, inmediación, imparcialidad y publicidad.²

Los principios y garantías procesales resultarían burlados si el tribunal fundamentase su convencimiento, por ejemplo, sobre declaraciones dadas en el procedimiento preliminar (policial, fiscal y judicial), sin que hayan sido reproducidas mediante la comparecencia de los testigos al juicio oral.³

Manuel Miranda Estrampes expresa que el tribunal, llegado el momento de expedir sentencia, únicamente puede formar su convicción en base a las pruebas practicadas en el juicio oral.⁴

¹ CLIMENT DURÁN, Carlos, *La Prueba Penal - Doctrina y Jurisprudencia*, Tirachú Blanch, Valencia, España, 1998, p. 189.
TOME GARCÍA, José Antonio, obra colectiva, *Derecho Procesal Penal*, Tercera Edición, Editorial Centro de Estudios Ramón Arece S.A., Madrid, España, 1997, p. 474; SAN MARTÍN CASTRO, César, *Derecho Procesal Penal*, Segunda edición, Tomo II, Editorial Jurídica Grey, Lima, Perú, 2003, pp. 792 y 793; RÍVES SEVA, Antonio Pablo, *La Prueba en el Proceso Penal*, Tercera Edición, Aranzadi Editorial, Pamplona, España, 1999, pp. 64 y 65.

² CLIMENT DURÁN, Carlos, Op. Cit., p. 189; GIMENO SENDRA, Vicente, obra colectiva, *Derecho Procesal Penal*, 3 edición, Editorial Grijó, Madrid, España, 1999, p. 427; MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La Materia Activa del Proceso Penal*, 2 edición, Editorial Grijó, Madrid, España, 1997, p. 270; CRITELLS RAMOS, Manuel, obra colectiva, *Derecho Procesal Penal*, Tomo III, Proceso Penal, José María Bosch Editor S.A., Barcelona, España, 1995, p. 320.

³ CLIMENT DURÁN, Carlos, Op. Cit., p. 189.

⁴ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, Op. Cit., p. 268.

En observancia de la regla que la prueba se produce en el juicio oral, los actos de investigación realizados por la Policía, el Ministerio Público o el Juez Instructor no pueden ser valorados por el tribunal como prueba de cargo para fundamentar una sentencia condenatoria, porque no se han producido en el juicio oral; no son verdaderas pruebas, pues para ello tendrían que haberse practicado en el plenario.⁵

En el proceso penal peruano funciona el sistema probatorio de libre apreciación. El artículo 283 del Código de Procedimientos Penales consagra el sistema de libre apreciación de la prueba a través de la fórmula "criterio de conciencia".⁶

La Corte Suprema de Justicia, interpretando correctamente al artículo 283, determinó que el sistema probatorio que rige en el proceso penal peruano es el de libre apreciación, conforme se aprecia en las ejecutorias supremas del 7 de marzo de 1974, expedida en la Causa No. 1429-93-B; del 3 de octubre de 1988, expedida en la Causa No. 472-88; del 14 de febrero de 1994, expedida en la Causa No. 3101-93; del 13 de septiembre de 1995, expedida en la Causa No. 2392-94-B; del 14 de enero de 1999, expedida en la Causa No. 4588-98; y del 16 de abril del 2002, expedida en la Causa No. 4439-2001.

Una de las reglas del sistema probatorio de libre apreciación o del criterio de conciencia es, precisamente, la exigencia de que las pruebas solamente se producen en el juicio oral. En el sistema probatorio de libre apreciación, por ejemplo, el testimonio se produce como regla general en el juicio oral, no en el procedimiento preliminar.

Solamente en casos excepcionales se le asigna valor probatorio a los actos de investigación producidos en el procedimiento preliminar:

- **La prueba preconstituida (irreproducibilidad originaria):** Se trata de aquellas diligencias policiales o sumariales que, por su propia naturaleza, son esencialmente irreproducibles en el juicio oral en la forma como originalmente se produjeron; de allí que tengan que ser llevadas al plenario a través de la lectura del acta que se levantó al momento de su actuación y el examen como testigos de las personas que participaron en la realización. Por ejemplo, el registro domiciliario que efectúa la Policía.⁷
- **La prueba anticipada (irreproducibilidad sobrevenida y previsible):** Aquellos casos en los que, accidentalmente, por causa sobrevenida, es racionalmente previsible que no se podría practicar la prueba en el juicio oral; de allí que se opta por producirla antes de comenzar. Se incorpora al plenario a través de la lectura del acta que se levantó al momento de su realización. Por ejemplo, el grave estado de salud que por enfermedad sufre el testigo justifica considerar que no podrá declarar en el juicio oral cuando se realice; por tanto, se recibe la testimonial en fase de instrucción con la intención que sea empleada en el plenario.⁸
- **La prueba accidentalmente irreproducible (irreproducibilidad sobrevenida e imprevisible):** Aquellos casos en los que, habiendo comenzado el juicio oral, no es posible que el testigo comparezca al mismo por causa de fallecimiento, por grave enfermedad, desaparición, etc. Se incorpora al plenario a través de la lectura del testimonio brindado en el procedimiento preliminar judicial.⁹

⁵ CLIMENT DURAN, Carlos, Op. Cit., p. 189; SAN MARTÍN CASTRO, César, Op. Cit., Tomo II, pp. 792 y 793.

⁶ SÁNCHEZ VELARDE, Pablo, *Manual de Derecho Procesal Penal*, IDEMSA, Lima, Perú, 2004, pp. 715-720; GARCÍA RADA, Domingo, *Manual de Derecho Procesal Penal*, 8 edición, SESATOR, Lima, 1994, pp. 299 y 300.

⁷ CLIMENT DURAN, Carlos, Op. Cit., p. 195; GIMENO SENDRA, Vicent, Op. Cit., pp. 371 y 372; SAN MARTÍN CASTRO, César, Op. Cit., Tomo II, pp. 797-800.

⁸ CLIMENT DURAN, Carlos, Op. Cit., p. 195; SAN MARTÍN CASTRO, César, Op. Cit., Tomo II, pp. 797-800.

⁹ Loc. Cit.

Para que los medios de investigación que se producen en el procedimiento preliminar sean valorados como pruebas en el juicio oral, es necesario que cumplan ciertos requisitos:

- **Requisito material:** El medio de investigación debe ser irreproducible en el juicio oral.¹⁰
- **Requisito subjetivo:** En la actuación del medio de investigación debe intervenir el Juez por gozar de la suficiente independencia para garantizar la debida producción de la prueba. Sin embargo, se admiten casos en los que por razones de urgencia las diligencias sean realizadas solamente por la Policía.¹¹
- **Requisito objetivo:** Se debe garantizar la contradicción del medio de investigación al momento de su realización.¹²
- **Requisito formal:** El procedimiento para la actuación del medio de investigación debe ser igual al que se observaría en el juicio oral (por ejemplo, interrogatorio directo) para la realización del acto de prueba. Se debe incorporar al plenario a través de la lectura de documentos.¹³

II. DETERMINACIÓN DE SI EN EL JUICIO ORAL EL TRIBUNAL SENTENCIADOR PUEDE VALORAR LAS DECLARACIONES PRODUCIDAS EN EL PROCEDIMIENTO PRELIMINAR EN CASO DE TESTIMONIOS CONTRADICTORIOS

Dada la notable influencia que tiene el Derecho español en el Perú y el resto de Latinoamérica, el estudio de este tema comienza por comprobar cómo se ha resuelto en el proceso penal hispano el problema de la función probatoria de las llamadas declaraciones producidas en el procedimiento preliminar en caso de testimonios contradictorios.

Existen dos posiciones en el Derecho Procesal Penal español. La primera posición, que es la asumida por la jurisprudencia, asigna igual fuerza probatoria a la declaración dada en el procedimiento preliminar que a la prestada en el juicio oral, pudiendo libremente el tribunal sentenciador optar entre una u otra para fundamentar la sentencia. Para esta posición, el examen del testigo por el tribunal le permite valorar no solo lo declarado en el juicio oral, sino también en el procedimiento preliminar.

La segunda posición se viene abriendo paso en la doctrina, e incluso en la ley, pero aún no es recogida significativamente por la jurisprudencia: Solamente puede ser valorado como prueba el testimonio realizado en el juicio oral ante el tribunal sentenciador; la declaración contradictoria dada en el procedimiento preliminar sirve como factor decisivo para **privar de valor probatorio al testimonio dado en el plenario; no para reemplazarlo como prueba en la sentencia.**

I. Posición favorable a la valorabilidad de la declaración dada en el procedimiento preliminar en caso de contradicción con el testimonio brindado en juicio

A partir de la interpretación del artículo 714 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal Español, se reconoce al tribunal sentenciador la potestad de otorgar valor probatorio a la declaración brindada en el procedimiento preliminar si le merece mayor credibilidad que el testimonio dado en el juicio oral.¹⁴

¹⁰ Ibid., p. 197; p. 739.

¹¹ Loc. Cit., ibid., pp. 797-800.

¹² Loc. Cit., ibid., p. 799.

¹³ Loc. Cit.

¹⁴ CLIMENT DURAN, Carlos, *Op. Cit.*, p. 215.

Artículo 714.- "Cuando la declaración del testigo en el juicio oral no sea conforme en lo sustancial con la prestada en el sumario podrá pedirse la lectura de ésta por cualquiera de las partes.

Después de leído, el Presidente invitará al testigo a que explique la diferencia o contradicción que entre sus declaraciones se observe".

El contraste entre la declaración brindada en el procedimiento preliminar y la dada en el juicio oral permite al tribunal sentenciador formarse un juicio sobre la credibilidad del testigo contradictorio.¹⁵

Constituye una manifestación del derecho de contradicción que el tribunal sentenciador cuente con todas las declaraciones del testigo contradictorio para una adecuada valoración de la prueba.¹⁶

En aplicación del principio de apreciación conjunta de la prueba, cuando en el juicio oral el testigo declara en sentido diverso a lo manifestado en la instrucción, el tribunal sentenciador puede tener en cuenta cualquiera de las declaraciones, de manera total o parcial. Por tanto, se valorará el testimonio del juicio y las declaraciones del procedimiento preliminar, siempre que en la actuación de estas últimas se hayan respetado las garantías procesales.¹⁷

Los requisitos para la valoración de una declaración dada en el procedimiento preliminar en caso de testigo contradictorio son los siguientes:

- La existencia de una contradicción entre la declaración realizada en el procedimiento preliminar y la brindada en el juicio oral.¹⁸
 - La declaración dada en el procedimiento preliminar debe haberse producido con observancia de todas las garantías procesales, lo que se asegura a través de la intervención o control judicial.¹⁹ Se niega la valoración como prueba en el juicio oral de la declaración brindada en el procedimiento preliminar policial que no fue ratificada en la instrucción.²⁰
 - La oralización o lectura de la declaración instructoria en el juicio oral.²¹
 - El examen del testigo, esto es, la posibilidad que explique las razones de las contradicciones entre la declaración dada en juicio y la prestada en el procedimiento preliminar.²²
2. **Posición contraria a la valorabilidad de la declaración dada en el procedimiento preliminar en caso de contradicción con el testimonio brindado en juicio**

Esta posición parte de una distinta interpretación del artículo 714 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.²³

¹⁵ Ibid., p. 217; PAZ RUBIO, José María, MENDOZA NÚÑEZ, Juan, OLLE SESE, Manuel y RODRIGUEZ MORICHE, Rosa María, *La Prueba en el proceso penal*, Colex, Madrid, España, 1999, pp. 132 y 133.

¹⁶ CUMENY DURÁN, Carlos, *Op. Cit.*, p. 217.

¹⁷ Ibid., p. 218; PAZ RUBIO, José María, MENDOZA NÚÑEZ, Juan, OLLE SESE, Manuel y RODRIGUEZ MORICHE, Rosa María, *Op. Cit.*, pp. 132 y 133.

¹⁸ Ibid., p. 221; Ibid., p. 133.

¹⁹ *Loc. Cit.*

²⁰ *Loc. Cit.*

²¹ Ibid., p. 222; *Loc. Cit.*

²² Ibid., p. 223; PAZ RUBIO, José María, MENDOZA NÚÑEZ, Juan, OLLE SESE, Manuel y RODRIGUEZ MORICHE, Rosa María, *Op. Cit.*, pp. 133 y 134.

²³ Es importante advertir que las dos posiciones parten de la misma disposición legal, el que admite la oralización de la declaración instructoria lleva a la discusión sobre la función que le debe dar el tribunal sentenciador: ¿prueba o elemento de valoración del testimonio dado en el juicio oral?

La regla procesal no establece que se pueda otorgar valor probatorio a la declaración realizada en el procedimiento preliminar y dejar de lado al testimonio practicado en juicio oral. La disposición analizada no resuelve el problema si la declaración instructoria es un elemento probatorio valorable que integra la mínima actividad probatoria de cargo necesaria para destruir la presunción de inocencia y fundamentar una sentencia condenatoria.²⁴

Se sostiene que la única prueba valorable es la materialmente producida en el juicio oral, con excepciones como la prueba preconstituida y la prueba anticipada. Las declaraciones dadas en el procedimiento preliminar no son pruebas que el tribunal pueda utilizar para fundamentar la sentencia.²⁵

En caso de contradicción entre la declaración brindada en el procedimiento preliminar y la efectuada en el juicio oral, el tribunal sentenciador no tendrá otro remedio que asumir el testimonio dado en este último; la contradicción determinará la falta de fiabilidad del testigo contradictorio, es decir, **la declaración instructoria no reemplaza al testimonio practicado en el plenario, pero sí funciona como elemento para su adecuada valoración.**²⁶

No puede ser objeto de valoración la declaración efectuada en el procedimiento preliminar, sino el testimonio practicado en juicio oral y las explicaciones que el testigo hubiese dado sobre las contradicciones. La declaración incriminatoria producida en la instrucción no podrá ser utilizada como base de la sentencia condenatoria: solo podrá ser tenida en cuenta por el tribunal de instancia para valorar el testimonio actuado en el plenario.²⁷

La contradicción entre la declaración instructoria y la plenaria de un testigo puede llevar a que el tribunal sentenciador no tome en consideración ninguna de las manifestaciones por falta de credibilidad del testigo; pero, si opta por darle credibilidad, solamente podrá valorar como prueba para fundamentar la sentencia al testimonio realizado en el juicio oral, no al efectuado en el procedimiento preliminar. Solamente en el plenario se produce la prueba testimonial al respetarse las garantías procesales de igualdad, contradicción, inmediación, publicidad, oralidad y concentración.²⁸

Victor Moreno Catena, Angela Coquillat Vicente, Alfredo De Diego Díez, Angel Juanes Peces y Emilio De Llera Suárez Barcena afirman que el análisis de las sucesivas declaraciones del testigo en el proceso penal exige la verificación de la "coherencia lineal"; es decir, que las declaraciones sumariales contradictorias con las brindadas en el juicio oral pueden y deben ser introducidas a esto teniendo presente que no son pruebas, "sino elementos que el tribunal habrá de ponderar para otorgar credibilidad o no a la declaración prestada por el testigo durante las sesiones del juicio; lo único que, en rigor, tiene naturaleza de prueba".²⁹

A los actos de investigación realizados durante la fase de instrucción se les debe asignar el valor que realmente tienen; el de un conjunto de actividades dirigidas a investigar el delito y a preparar la acusación y la defensa en juicio. Esta es su finalidad: en el juicio oral es donde deben practicarse las pruebas de cargo y de descargo ante la presencia del tribunal sentenciador. Solamente lo que éste percibe directa y personalmente, salvo los casos de prueba preconstituida y prueba anticipada, podrá ser objeto de valoración para la fundamentación de la sentencia.³⁰

²⁴ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, Op. Cit., p. 505; MORENO CATENA, Victor; COQUILLAT VICENTE, Angela; DE DIEGO DÍEZ, Alfredo; JUANES PECES, Angel y DE LLERA SUÁREZ BARCENA, Emilio, *El proceso penal. Volumen III. Fase intermedia y juicio oral*, Tirat la Blanch, Valencia, 2000, pp. 2187 y 2188.

²⁵ CLIMENT DURÁN, Carlos, Op. Cit., p. 224; MORENO, Victor, Op. Cit., pp. 2187 y 2188.

²⁶ Loc. Cit.

²⁷ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, Op. Cit., p. 509.

²⁸ CLIMENT DURÁN, Carlos, Op. Cit., p. 224.

²⁹ MORENO, Victor, Op. Cit., pp. 2187 y 2188.

³⁰ CLIMENT DURÁN, Carlos, Op. Cit., p. 225.

Miranda Estrampes sostiene que la concesión de valor probatorio a las declaraciones producidas en el procedimiento preliminar, a través de su lectura en el juicio oral, significa desconocer el papel de esta fase del proceso penal, pues el planario es el único escenario en el que se producen las pruebas.³¹

Afirma Miranda Estrampes que el principio de producción de pruebas en el juicio oral impone al tribunal sentenciador que solamente pueda valorar los testimonios practicados en las audiencias y que las declaraciones anteriores efectuadas en la fase de instrucción solamente sean consideradas para valorar la credibilidad del testigo que interviene en el juicio oral.³²

Para evitar que la variación de la declaración del testigo produzca impunidad, se debe optar por exigir que el Ministerio Público satisfaga adecuadamente la carga de la prueba mediante una debida preparación de la acusación y, además, a través de la promoción del ejercicio de la acción penal ante la verosímil realización del delito de falso testimonio. No se puede pretender que no sea el Estado, sino exclusivamente el acusado, el que soporte el costo de las medidas de prevención de la impunidad mediante la restricción de sus garantías procesales.³³

En la doctrina se vienen elaborando diversas medidas para evitar la práctica viciosa de los tribunales de justicia de conceder eficacia probatoria a los actos realizados en la instrucción, como, por ejemplo, la no disposición material de los actuados del procedimiento preliminar por el órgano judicial sentenciador. Una de dichas medidas es el reconocimiento exclusivo al Ministerio Público de la potestad de investigación criminal, con lo cual se distinguen nitidamente los actos de investigación y los actos de prueba, fijándose que estos últimos solamente se efectúen en el juicio oral.³⁴

Climent Durán comenta que esta posición: *"parece constituir la dirección hacia donde debe dirigirse la valoración de la prueba testifical en la futura, para así dar verdadera y única relevancia a lo actuado durante el juicio oral, con olvido de lo realizado durante la instrucción sumarial, que solamente ha de servir para investigar el delito y para preparar la acusación"*.³⁵

La posición de la no valoración como prueba de la declaración dada en el procedimiento preliminar ha sido recogida en la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado en España, en cuyo artículo 46 inciso 5 se establece expresamente que *"las declaraciones efectuadas en la fase de instrucción, salvo las resultantes de prueba anticipada, no tendrán valor probatorio de los hechos en ellas afirmados"*.³⁶

Artículo 46. Especialidades probatorias.-

"5. El Ministerio Fiscal, los letrados de la acusación y los de la defensa podrán interrogar al acusado, testigos y peritos sobre las contradicciones que estime que existen entre lo que manifiesten en el juicio oral y lo dicho en la fase de instrucción. Sin embargo, no podrá darse lectura a dichas previas declaraciones, aunque se unirá al acta el testimonio que quien interroga debe presentar en el acta.

Las declaraciones efectuadas en la fase de instrucción, salvo las resultantes de prueba anticipada, no tendrán valor probatorio de los hechos en ellas afirmados".

³¹ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. Op. Cit., p. 518.

³² Loc. Cit.

³³ Ibid., p. 517.

³⁴ Ibid., p. 526.

³⁵ CLIMENT DURÁN, Carlos. Op. Cit., p. 226.

³⁶ Loc. Cit.; MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. Op. Cit., p. 521.

3. Examen de las posturas en torno a la valorabilidad de la declaración dada en el procedimiento preliminar en caso de testimonio contradictorio en el proceso penal peruano

Mientras que en el Derecho Procesal Penal español existe una norma expresa sobre la lectura en el juicio oral de la declaración brindada por el testigo en la fase de instrucción ante las contradicciones que se observan con la declaración practicada en el plenario (el artículo 714 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal¹⁷), en el Derecho Procesal Penal peruano no se encuentra una disposición similar en el Código de Procedimientos Penales.

El artículo 248 del Código de 1940 establece:

"Los testigos declararán en el orden que establezca el Presidente del Tribunal. No podrá darse lectura a la declaración que prestó en la instrucción un testigo, cuando éste deba producir oralmente su testimonio en la audiencia, bajo pena de nulidad del juicio oral y de la sentencia".

Florencio Mixán Mass, el autor nacional de la obra más importante que existe en el Perú sobre el juicio oral, comentando la norma procesal afirma que, al estar prohibida la lectura en audiencia de la declaración del testigo hecha ante el juez de instrucción, se le tiene "como inexistente desde el punto de vista de la relevancia jurídico-probatoria: solo se tendrá como declaración la prestada oralmente ante el tribunal"¹⁸.

El Código de Procedimientos Penales regula expresamente el caso del testigo contradictorio en juicio oral. En su artículo 250 establece:

"Si el Presidente notare diferencias en puntos importantes entre las declaraciones prestadas en la instrucción y en la audiencia, procurará mediante preguntas apropiadas, que se explique clara y detalladamente la razón de esas divergencias (...)".

Ante un testimonio contradictorio, la norma procesal penal peruana establece como medida a utilizar por el tribunal sentenciador, la realización de un interrogatorio adecuado al testigo para que explique las contradicciones. **No se contempla la lectura de la declaración dada en la instrucción como sí se prevé en la legislación procesal penal hispana.**

El Código de 1940 no contempla que la declaración practicada en el procedimiento preliminar judicial pueda ser oralizada en el juicio oral en caso de contradicción con el testimonio producido en la audiencia.

La única excepción a tal regla se encuentra en el artículo 253, que solamente contempla que las declaraciones dadas por el testigo en el procedimiento preliminar sean leídas y sometidas a debate en el caso que, pese a haber sido llamado a juicio oral, no asista a la audiencia, siempre que el tribunal penal o alguna de las partes soliciten su lectura.

Artículo 253.- "Deben ser leídas y sometidas a debate, las declaraciones de los testigos que no asistan a la audiencia y sobre cuya concurrencia no insista el Tribunal, las que considere necesarias, o las solicitadas por el Fiscal, el Defensor o la Parte Civil".¹⁹

¹⁷ En el Derecho Procesal Penal del Perú no existe una norma igual al artículo 714 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de España, por lo que no es posible "imprimir" la declaración en los términos que se dan en la península ibérica, pues tal cosa la busca legal que da origen a la doctrina examinada. El problema sobre la función de la declaración del testigo practicada en la instrucción tiene que ser resuelto con las reglas que rigen al proceso penal peruano.

¹⁸ MIXÁN MASS, Florencio. *El Juicio Oral*. Segunda Edición actualizada, Gráfica El Liberal, Trujillo, 1978, p. 174; Mixán Mass, Florencio. *Juicio Oral*, Ediciones BLG, Trujillo, 1991, p. 217.

¹⁹ Artículo vigente conforme a la modificación establecida por el artículo 1 del Decreto Legislativo 126, publicado el 15 de junio de 1987. Nota: este artículo fue inicialmente modificado por el artículo 1 del Decreto Ley 21895, publicado el 3 de agosto de 1977.

La norma procesal admite la lectura del testimonio practicado en la fase de instrucción siempre y cuando tenga la calidad de **prueba testifical producida anormalmente**; esto es, de imposible realización en el juicio oral por causa sobreviviente, como es el caso de la inasistencia del testigo a las audiencias pese a los requerimientos o apremios judiciales.

El artículo 253 regula una de las excepciones de la regla que la prueba testimonial es la que se practica en el juicio oral: la llamada prueba testifical producida anormalmente.

Tal regla procesal se estableció desde el texto primigenio del Código de 1940, manteniéndose tanto en la modificatoria del Decreto Ley 21895, del 3 de agosto de 1977, y en la del Decreto Legislativo 126, del 15 de junio de 1981, cuya interpretación siempre permitió fijar que la prueba anormal, cuya causa era la imposibilidad de la actuación del testimonio en juicio, es la única excepción a la regla que la prueba testimonial se produce en el plenario.

La prueba testimonial se produce normalmente con la comparecencia personal del testigo al juicio a fin que sea examinado por el tribunal sentenciador y las partes; sin embargo, ciertos casos de irreproducibilidad sobreviniente e imprevisible en el juicio oral admiten una producción anormal de la prueba testifical.⁴⁹

La interpretación del artículo 253 establece que el tribunal sentenciador únicamente podrá recurrir a la prueba testifical producida anormalmente, siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

- Imposibilidad de actuación de la prueba testifical por inasistencia del testigo al juicio oral.
- La oralización de la declaración practicada en el procedimiento preliminar de oficio o a pedido de parte.
- La declaración dada en el procedimiento preliminar debe haberse producido respetando las garantías procesales.

Para el empleo de la declaración dada en el procedimiento preliminar como prueba en la sentencia en caso de testimonios contradictorios, se invoca como fundamento a la ejecutoria suprema del 1 de diciembre de 2004 expedida por la Sala Penal Permanente en el proceso No. 3044-2004.

La Sala Penal Permanente ha elaborado la siguiente doctrina judicial:

- El tribunal sentenciador no está obligado a creer en el testimonio producido en el juicio oral; puede darle mayor credibilidad a la declaración producida en el procedimiento preliminar (policial, fiscal y judicial). La doctrina de la Corte Suprema afirma correctamente que el sistema probatorio de libre apreciación permite al tribunal sentenciador apartarse del testimonio producido en el juicio oral cuando es contradictorio; sin embargo, tiene un problema de claridad, pues no define por cuál de las posiciones que existen en la doctrina opta: la declaración del procedimiento preliminar es prueba testifical o elemento de valoración de la prueba testimonial producida en el juicio oral?
- La doctrina de la Corte Suprema afirma correctamente que, para asignar a la declaración producida en el procedimiento preliminar una función en el juicio oral, se tiene que verificar que haya sido producida observándose las garantías procesales; sin embargo, la propia exigencia de garantía de derechos fundamentales que establece la Corte Suprema se ve en peligro cuando se extiende a las declaraciones practicadas en el procedimiento preliminar policial, sin considerar que la realidad peruana indica que los actos de investigación policial se llevan a

⁴⁹ CLEMENT DURÁN, Carlos. Op. Cit., pp. 226 y 227.

cabo, como regla, sin respetar el derecho a la defensa, desconociendo que deben observarse ciertas formas para que la diligencia policial pueda ser prueba en el juicio oral.

- La doctrina de la Corte Suprema reconoce acertadamente la necesidad de oralizar en el juicio oral a la declaración dada en el procedimiento preliminar; sin embargo, incurre en grave error al buscar el fundamento legal de tal medida, pues en vez de recurrir al artículo 250, que regula expresamente el caso del testimonio contradictorio, utiliza la regla del artículo 253 que corresponde a la prueba testifical producida anormalmente que, como ya se estableció, solamente puede ser empleada en caso que el testigo no asista al juicio y sea imposible la práctica de la testimonial en el plenario.

La carencia de una norma procesal que permita la utilización por el tribunal sentenciador de las declaraciones dadas en el procedimiento preliminar en caso de testimonio contradictorio impide encontrar fundamento legal para la doctrina de la Sala Penal Permanente, por las siguientes razones:

- No existe un vacío normativo que integrar. En el proceso penal peruano, el caso del testimonio contradictorio está expresamente regulado por el artículo 250, que no contempla la lectura de las declaraciones preliminares, sino un interrogatorio especial sobre las contradicciones y la constancia en acta de las partes contradictorias del testimonio dado en juicio.
- Las declaraciones preliminares solamente pueden ser incorporadas al juicio oral en dos casos: a) vía lectura de las actas que documentan al testimonio para que sirvan de elementos de valoración de la prueba testifical producida en el plenario (artículo 262); y b) prueba testimonial producida anormalmente del artículo 253.

Las normas procesales penales interpretadas admiten como única excepción a la regla que el testimonio se produce en el juicio oral el caso de la prueba testimonial producida anormalmente, es decir, la valoración de un testimonio producido en la fase de instrucción que resulta de imposible actuación en el juicio oral por inasistencia del testigo en el plenario, pese a haberse agotado las medidas procesales necesarias para lograr su examen en el plenario.

La declaración instructoria o sumaria no puede sustituir a la prueba testimonial, conforme lo ha establecido la Corte Suprema de Justicia, por ejemplo, en la ejecutoria suprema del 28 de abril del 2004 emitida en la Causa No. 2722-2003-Huancayo, en la que se consideró que, a pesar de la existencia de una declaración incriminatoria en el procedimiento preliminar policial, su no ratificación en juicio oral constituía un caso de insuficiencia probatoria de cargo.

Finalmente, se examina cómo se resuelve en el Código Procesal Penal del 2004 el problema del testimonio contradictorio.

- Se diferencian expresamente los actos de investigación que se realizan en la fase de investigación preparatoria a cargo de los fiscales penales y los actos probatorios que se efectúan en la fase del juicio los jueces penales.
- Se recoge la regla general que la prueba se produce en el juicio; no en el procedimiento preliminar o fase de investigación preparatoria.
- La prueba testimonial se produce en el juicio, conforme se establece en el artículo 378.
- En el caso del testimonio contradictorio, se puede leer la parte pertinente de la declaración dada en el procedimiento preliminar "para hacer memoria", conforme al inciso 6 del artículo 378. No se admite que la declaración dada en el procedimiento preliminar sustituya a la

prueba testimonial producida en juicio, por lo que la primera solamente servirá como elemento de valoración de la segunda.

- Solamente se puede utilizar la declaración dada en la investigación preparatoria mediante la lectura del acta o documento procesal en el caso de imposibilidad de actuación de la prueba en el juicio, por fallecimiento, enfermedad, ausencia del lugar de residencia, desconocimiento de su paradero o por causas independientes de la voluntad de las partes; el artículo 383 regula la prueba testimonial producida anormalmente igual que el artículo 253 del Código de 1940.

III. CONCLUSIONES

1. Los testimonios producidos en el procedimiento preliminar no constituyen prueba que pueda ser utilizada por el Tribunal Sentenciador, so pretexto de contradicción con los testimonios realizado en el juicio oral.
2. Los testimonios producidos en el procedimiento preliminar tienen como única función el de servir como criterios de valoración de la prueba testimonial obtenida en el juicio oral.
3. Excepcionalmente, los testimonios realizados en el procedimiento preliminar pueden ser utilizados en el juicio oral en el caso de prueba testimonial producida anormalmente por imposibilidad de su actuación en juicio.