



Universidad Nacional Mayor de San Marcos

Universidad del Perú. Decana de América

Dirección General de Estudios de Posgrado
Facultad de Derecho y Ciencia Política
Unidad de Posgrado

**El control constitucional de la valoración
de la prueba**

TESIS

Para optar el Grado Académico de Magíster en Derecho con
mención en Derecho Procesal

AUTOR

Juan Daniel TORRES ROJAS

ASESOR

Carlos Antonio PÉREZ RÍOS

Lima, Perú

2023



Reconocimiento - No Comercial - Compartir Igual - Sin restricciones adicionales

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>

Usted puede distribuir, remezclar, retocar, y crear a partir del documento original de modo no comercial, siempre y cuando se dé crédito al autor del documento y se licencien las nuevas creaciones bajo las mismas condiciones. No se permite aplicar términos legales o medidas tecnológicas que restrinjan legalmente a otros a hacer cualquier cosa que permita esta licencia.

Referencia bibliográfica

Torres, J. (2023). *El control constitucional de la valoración de la prueba*. [Tesis de maestría, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Facultad de Derecho, Unidad de Posgrado]. Repositorio institucional Cybertesis UNMSM.

Metadatos complementarios

Datos de autor	
Nombres y apellidos	Juan Daniel Torres Rojas
Tipo de documento de identidad	Documento Nacional de Identidad
Número de documento de identidad	46353261
URL de ORCID	-----
Datos de asesor	
Nombres y apellidos	Carlos Antonio Pérez Ríos
Tipo de documento de identidad	DNI
Número de documento de identidad	07526100
URL de ORCID	0000-0001-7913-0315
Datos del jurado	
Presidente del jurado	
Nombres y apellidos	José Félix Palomino Manchego
Tipo de documento	DNI
Número de documento de identidad	06756703
Miembro del jurado 1	
Nombres y apellidos	Héctor Elvis Martínez Flores.
Tipo de documento	DNI
Número de documento de identidad	08629852
Miembro del jurado 2	
Nombres y apellidos	Carlos Luis Quispe Astoquilca
Tipo de documento	DNI
Número de documento de identidad	40879993
Miembro del jurado 3	
Nombres y apellidos	José Alexander Camus Cubas
Tipo de documento	DNI

Número de documento de identidad	40630580
Datos de investigación	
Línea de investigación	No aplica
Grupo de investigación	No aplica
Agencia de financiamiento	Sin financiamiento.
Ubicación geográfica de la investigación	<p>Universidad Nacional Mayor de San Marcos País: Perú Departamento: Lima Provincia: Lima Distrito: Cercado de Lima Dirección: Av. Amézaga s/n. Ciudad Universitaria. Latitud: -12.058333° Longitud: -77.083333°</p>
Año o rango de años en que se realizó la investigación	2017 - 2020
URL de disciplinas OCDE	Derecho https://purl.org/pe-repo/ocde/ford#5.05.01



UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS
(Universidad del Perú, DECANA DE AMÉRICA)
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
UNIDAD DE POST GRADO

ACTA DE EXAMEN DE GRADO DE MAGISTER EN DERECHO

En la ciudad de Lima, a los veinticuatro días del mes de febrero del año dos mil veintitrés, siendo las dieciséis horas, bajo la Presidencia del Dr. José Félix Palomino Manchego, con la asistencia de los Profesores: Dr. Carlos Antonio Pérez Ríos, Mg. Héctor Elvis Martínez Flores, Mg. José Alexander Camus Cubas, Mg. Carlos Luis Quispe Astoquilca y el postulante al Grado Académico de Magister en Derecho con mención en Derecho Procesal, don **Juan Daniel TORRES ROJAS**, procedió a hacer la exposición y defensa pública virtual de su tesis titulada: **“EL CONTROL CONSTITUCIONAL DE LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA”**.

Concluida la exposición, se procedió a la evaluación correspondiente, habiendo obtenido la siguiente calificación:

Aprobado con calificación de muy bueno con la nota de diecisiete (17)

A continuación, el Presidente del Jurado recomienda a la Facultad de Derecho y Ciencia Política se le otorgue el Grado Académico de Magister en Derecho con mención en Derecho Procesal a don **Juan Daniel TORRES ROJAS**.

Se extiende la presente Acta en dos originales y siendo las diecisiete horas con cincuenta minutos, se dio por concluido el acto académico de sustentación virtual.



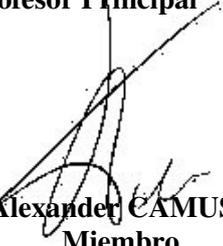
Dr. José Félix PALOMINO MANCHEGO
Presidente
Profesor Principal



Dr. Carlos Antonio PÉREZ RÍOS
Asesor
Profesor Principal



Mg. Héctor Elvis MARTÍNEZ FLORES
Jurado Informante
Profesor Principal



Mg. José Alexander CAMUS CUBAS
Miembro
Profesor Auxiliar



Mg. Carlos Luis QUISPE ASTOQUILCA
Jurado Informante
Profesor Contratado

INFORME DE EVALUACIÓN DE ORIGINALIDAD N° 056-2023-UPGD

1. **FACULTAD:** FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA.
2. UNIDAD DE POSGRADO.
3. **DIRECTOR DE LA UNIDAD DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA**
4. DR. FRANCISCO JOSÉ MIRÓ QUESADA RADA.
5. **OPERADOR:** JOYCE AURORA CÓRDOVA ABANTO
6. **TESIS PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAGÍSTER EN DERECHO CON MENCIÓN EN DERECHO PROCESAL**
7. **AUTOR:** JUAN DANIEL TORRES ROJAS
8. **TESIS:** “EL CONTROL CONSTITUCIONAL DE LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA”.
9. **FECHA DE RECEPCIÓN DE DOCUMENTO (CORREO ELECTRÓNICO):** 21/05/2023
10. **FECHA DE APLICACIÓN DEL PROGRAMA INFORMÁTICO DE SIMILITUDES:**
22/05/2023
11. **SOFTWARE UTILIZADO:**
 - a. TURNITIN
12. **CONFIGURACIÓN DE PROGRAMA DETECTOR DE SIMILITUDES:**
 - a. Excluye textos entrecomillados, citas y referencias
 - b. Excluye bibliografía.
 - c. Excluye cadenas menores a 40 palabras
 - d. Excluye nombres de instituciones y documentos comunes como (Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Constitución Política del Perú, Ley General de Sociedades, etc.)
13. **PORCENTAJE DE SIMILITUD SEGÚN PROGRAMA DETECTOR DE SIMILITUDES:**
 - a. 08% (Ocho por ciento)

Se adjunta link para descargar informe completo, **en el informe se señala en colores las coincidencias encontradas**, las cuales no superan el 10% permitido.

Link de descarga de informe completo:

https://drive.google.com/file/d/1ytGB5HSPBwpyZZv1O-zNB5TZ970T- IM/view?usp=share_link

CALIFICACIÓN DE LA ORIGINALIDAD

- a) Documento cumple criterios de originalidad

Lima, 27 de mayo del 2023



Dr. Francisco José Miró Quesada Rada
DIRECTOR

Dedicado
al doctor Juan Morales Godo, quien fue un verdadero maestro del Derecho
Procesal, y se fue de este mundo entregándonos la posta a quienes tuvimos
la dicha de ser sus alumnos.

Agradecimientos
a Dios y a mi familia.

ÍNDICE

RESUMEN	7
Palabras clave	7
INTRODUCCIÓN	1
ASPECTO METODOLÓGICOS	4
CAPÍTULO 1: MARCO TEÓRICO	11
I. ANTECEDENTES	11
II. LA LLAMADA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL	18
1. Alcances de la jurisdicción constitucional.....	20
1.1. El fundamento de la jurisdicción constitucional.....	20
1.2. Trascendencia de la justicia constitucional.....	23
1.3. Concepto de la justicia constitucional	24
1.4. Cómo controlar la constitucionalidad (modelos).....	25
1.5. Los nuevos desafíos	26
1.5.1. El problema de la sobreconstitucionalización.	26
1.5.2. El nuevo rey: el Tribunal Constitucional.	28
1.6. En defensa de la justicia constitucional.....	34
2. Los procesos constitucionales.....	44
2.1. La relevancia de los procesos constitucionales	45
2.2. Finalidad de los procesos constitucionales.....	47
3. El objeto de protección de la justicia constitucional: contenido constitucionalmente protegido de los derechos constitucionales.....	48
3.1. La propuesta para determinar el contenido constitucionalmente protegido	58
III. LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA	62
1. Introducción: El escenario	62
2. El objeto de la prueba	64
3. Los principios de la prueba.....	69
1.1. Principio de contradicción	70
1.2. Principio de libertad de prueba	70
3.2. Principio de legalidad.....	72
3.3. Principio de legitimidad	73
3.4. Principio de utilidad o relevancia.....	74
3.5. Principio de conducencia	76

3.6.	Principio de inmediación.....	76
3.7.	Principio de comunidad de prueba.....	77
4.	Fuente de prueba	77
5.	Medio de prueba	78
6.	Concepto de prueba.....	79
6.2.	Tipos de prueba	81
5.2.1.	La prueba directa.....	81
5.1.2.	La prueba indirecta.....	81
7.	Hecho probado	83
8.	Valoración de la prueba	84
8.1.	Íntima convicción	86
8.2.	Prueba tasada o tarifa legal	88
8.3.	Sana crítica racional	89
8.3.1.	Las reglas de la lógica.....	91
8.3.2.	Las máximas de la experiencia.....	92
8.3.3.	Los conocimientos científicos.	93
9.	Fases de la actividad probatoria.....	95
10.	Derecho a la prueba y razonamiento probatorio	97
11.	El estándar probatorio	99
12.	Carga probatoria	101
CAPÍTULO 2: TOMA DE POSICIÓN		103
IV. EL CONTROL CONSTITUCIONAL DE LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA		103
1.	El contenido constitucionalmente protegido del derecho a la prueba..	104
3.	El lugar donde reside la valoración de la prueba: la motivación.....	107
4.	El control constitucional de la valoración de la prueba mediante procesos constitucionales	113
4.1.	El control indirecto de la valoración de la prueba por ausencia de motivación..	117
4.2.	El control constitucional de la valoración de la prueba por falta de objetividad en la valoración de la prueba.....	119
4.3.	El control constitucional de la valoración de la prueba por irrazonabilidad	121
4.4.	Los procesos constitucionales de la libertad como guardianes del derecho a la prueba ¹²³	
CAPÍTULO 3: CONSECUENCIAS		124
V. CONCLUSIONES.....		125

VI. RECOMENDACIONES	127
Bibliografía.....	129

RESUMEN

La consideración de los derechos constitucionales como norma jurídica directamente vinculante, tanto para el Estado como para los particulares, permite que los titulares de tales derechos los puedan exigir ante el poder judicial. La enorme trascendencia que tienen estos derechos, ha obligado al legislador a diseñar procesos especializados destinados a lograr el mantenimiento de su vigencia. Por eso es que se entiende que los procesos constitucionales son procesos considerados de tutela urgente. El objeto de protección de estos procesos constitucionales de la libertad son los derechos fundamentales entre los cuales se encuentra el debido proceso reconocido en la Constitución Política del Perú en el inciso 3 del artículo 139. El derecho al debido proceso es un derecho continente, es decir que aglutina en su interior al derecho a la prueba y su valoración. En el caso peruano, el sistema de valoración de la prueba es de libre apreciación guiado por las reglas de la sana crítica racional. El Tribunal Constitucional peruano (en adelante TC) acepta supuestos en los cuales se puede buscar la protección del derecho a la valoración de la prueba en sede constitucional. Esto implica que se reconoce que hay un contenido constitucionalmente protegido del derecho a la prueba que es pasible de control en sede constitucional. Cuando nos referimos al derecho a la valoración de las pruebas, el juez puede motivar y sin embargo hacerlo basado en criterios subjetivos, irrazonables o ilógicos. En estos tres supuestos, la motivación evidencia una valoración de la prueba que es incorrecta. Si el error es manifiesto, es decir no admite argumento en contrario, se podrá demandar por vía de amparo o *habeas corpus* la violación del derecho a la valoración de la prueba.

Palabras clave

Prueba, valoración de la prueba, sistemas de valoración de la prueba, fuente de prueba, medio de prueba, objeto de la prueba, procesos constitucionales, derechos fundamentales, contenido constitucionalmente protegido, jurisdicción constitucional.

SUMMARY

When we consider the Constitution as norms which bind to everyone including the State, we are assuming those rights can be summoned to be protected on people skin. To achieve that commitment, the State created special procedures in order to guarantee the effectiveness of constitutional rights or human rights, are the same thing. These special procedures only protect the constitutional core of the constitutional rights because they have a legal development too. One constitutional right contained in the due process is the evidence assessment. The evidence assessment has a core recognized by Peruvian Constitutional Court (Tribunal Constitucional), in that order, we can understand the evidence assessment as a constitutional right can be summoned for a constitutional suit (*amparo and habeas corpus*). The evidence assessment is a mental operation judge make to convince himself the true about facts coming from the evidence. That operation born, live and die in the judge's mind, but in Peru, he is obligated to write in the sentence that mental process. That obligation is another constitutional right named written reason of the sentence. If the evidence assessment appears only written at the sentence and nowhere else, we can be able to confuse the written reason of the sentence with the evidence assessment. At least, that happens in the Courtrooms. To avoid it, we have to differentiate between those two rights. Then, when the mistake resides in non-existent reasons or insufficient reasons about evidence's assessment, the broken constitutional right is the written reason of the sentences right recognized at 139.5 article of the Peruvian Constitution. In the other hand, when the mistake is about an illogic, irrational or subjective evidence's assessment, we'll be able to begin a constitutional suit based on the attack of de constitutional core of the evidences assessment right.

INTRODUCCIÓN

Hoy en día todos vivimos tranquilos bajo la creencia que la arbitrariedad ha sido abolida por la Constitución y los Tratados Internacionales que nos protegen de ella. Creemos que nuestro Estado Constitucional de Derecho, que en última instancia cuenta con una norma fundamental que engloba la convencionalidad, ha superado todos los obstáculos que la realidad le puede presentar y que por tanto la justicia se ha vuelto completamente predecible y libre de espacios dejados al entero libre albedrío del juzgador.

Esta seguridad se ve con mucha claridad en la praxis jurídica cuando los abogados consignan, como si de un requisito de admisibilidad se tratara, que se ha vulnerado su derecho al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva contenidos en el artículo 139 de nuestra Constitución. No importa si el agravio versa sobre el monto de la reparación civil o sobre la tipicidad objetiva del tipo penal de robo agravado, siempre se dice que se ha afectado el debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva. Y si el abogado se considera experto en derechos fundamentales, apareja al dúo dinámico, la vulneración del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales.

Sin embargo, como he tratado de ironizar, muchos de los problemas de la práctica jurídica están siendo mal enfocados, tratando de incluir en la norma fundamental todos y cada uno de los males que puede creer el litigante que acaecen en la resolución que le es desfavorable. La razón no es otra que el desconocimiento de lo que es la justicia constitucional, lo que naturalmente implica una ignorancia todavía más aguda de su alcance. Si se hiciera un estudio estadístico, lo más probable es que en el gráfico del pastel la tajada más grande de procesos constitucionales mal enfocados pertenezca a aquellos en los que el actor pretende cuestionar el acervo probatorio, y muy especialmente la valoración del mismo, mediante una supuesta infracción

constitucional al derecho a la motivación y al debido proceso. En otras palabras, cuando una de las partes resulta desfavorecida en una sentencia firme, normalmente se ve tentada a acudir a un proceso constitucional bajo el argumento de ver vulnerados los derechos fundamentales anteriormente señalados. Naturalmente, al momento de explicar en qué consiste la infracción *iusfundamental*, suele decirse que no se ha motivado la valoración de la prueba o que se ha infringido el derecho a su debida valoración. No obstante, lo que muchas veces se busca, es una nueva valoración probatoria en sede constitucional, lo cual es hartamente conocido como imposible por ser ajeno a la naturaleza de los procesos constitucionales formulados contra resoluciones judiciales.

A pesar que de estas breves líneas el lector podría inferir que nos encontramos en total desacuerdo con cuestionar el acervo probatorio mediante procesos constitucionales, debemos preguntarnos ¿Acaso el derecho a la prueba no ostenta rango constitucional? La respuesta es necesariamente afirmativa por cuanto ya ha sido así señalado por el máximo intérprete de la norma fundamental en el Exp. N.º 010-2002-AI/TC (Sentencia del Tribunal Constitucional, 2003). En dicha sentencia, se ha señalado que el derecho a la prueba forma parte de manera implícita del derecho a la tutela procesal efectiva; y no sólo eso, sino que además el derecho a la prueba está conformado a su vez por el derecho a la admisión, actuación y *valoración* de la prueba. En este orden de ideas, resulta irrefutable que la valoración probatoria es parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la prueba.

El problema que motiva la presente investigación es evaluar la posibilidad de controlar la valoración de la prueba mediante los procesos constitucionales entendiéndose que la valoración prueba como una de las manifestaciones del derecho fundamental a la prueba. En consecuencia, este trabajo constará de al menos tres partes esenciales: la primera, en la que estudiaremos la jurisdicción constitucional y los procesos constitucionales para poder determinar su alcance; la segunda, en la que estudiaremos la valoración de la prueba, cuyo contenido nos permitirá entender si se le puede o no se le puede

controlar mediante un proceso constitucional; y una tercera parte en donde se abordará frontalmente si es posible controlar la valoración de la prueba mediante los procesos constitucionales.

ASPECTO METODOLÓGICOS

SITUACIÓN PROBLEMÁTICA

Tras la segunda guerra mundial, el modelo de Estado Legal de Derecho entró en crisis tras sucumbir en sus fundamentos en los famosos juicios de Núremberg en donde se evidenció que existen normas supra positivas que condicionan la vigencia de estas en cuanto a su obligatoriedad. En Núremberg se condenó, incluso a muerte, a muchos miembros de partido nacional socialista alemán pese a haber actuado en estricto cumplimiento a ordenamiento jurídico positivo vigente. Este fue el momento en que el mundo alumbró un nuevo orden jurídico que reconoce valores trascendentes a la norma positiva legal.

En este contexto la norma de normas se erigió como aquella de donde el ordenamiento interno puede extraer esas normas trascendentes que son además inherentes a su naturaleza, y así es como pasamos del Estado de Derecho Legal al Estado de Derecho Constitucional. Toda constitución debe estar informada por los ideales de dignidad, igualdad, libertad y justicia. Estos cuatro pilares que constituyen la esencia de toda norma fundamental tienen el poder de subyugar y hacer inoperativo todo acto que se les oponga aún si acontece por aplicación de una norma, que, al contradecir la constitución, se vuelve ineficaz en el ordenamiento jurídico. Con este nuevo modo de entender el Derecho, se cree que la interdicción a la arbitrariedad está asegurada tanto formalmente, dada por una justicia que sólo se fija en la aplicación ciega de la norma; como materialmente, ante una justicia que pretende justificar aquello abiertamente reñido con la razón.

En el Estado Constitucional de Derecho, la Constitución se entiende como norma jurídica directamente aplicable. De aquí surge la llamada Justicia

Constitucional. Esta aplicación directa de la norma constitucional ha llevado a que el legislador peruano opte por la creación de mecanismos procesales especializados para la salvaguarda de los derechos constitucionales: los procesos constitucionales.

Naturalmente, los procesos constitucionales generan un tipo de competencia material especializada definida por el tipo de derechos que en ella se va a discutir, estos son los derechos fundamentales. Como es harto sabido, uno de los denominados derechos constitucionales procesales, es el derecho al debido proceso. Todo proceso judicial tiene como actor esencial a un tercero imparcial que no conoce los hechos materia de litigio sobre los cuales ha de aplicarse el derecho objetivo. Para llegar al conocimiento de algo, esto debe ser probado y es allí donde surge la necesidad de instrumentos que permitan ese conocimiento: Las pruebas. El tema de la prueba es un asunto metajurídico, no es algo patente del Derecho sino de toda ciencia, porque todo conocimiento para calificar como tal, debe ser probado. En efecto, los medios para saber algo son dos: la prueba o la fe, y dado que el derecho no es una religión, solo nos queda una vía para alcanzar el conocimiento de los hechos. No obstante, la prueba como evidencia o rastro que deja un hecho del pasado no está exenta de problemas, y para evidenciar esto traeremos a colación un ejemplo de la literatura universal legado de la legendaria pluma de William Shakespeare: Otelo.

En esta tragedia, Yago coloca en la habitación de Casio el pañuelo que Otelo le regaló a su esposa Desdémona. Yago le dice a Otelo que Desdémona le era infiel con Casio y le ofrece como prueba de ello su testimonio, el mismo que estaría corroborado en la medida que Desdémona le había regalado a Casio el pañuelo. En efecto, Otelo le pidió el pañuelo a su esposa Desdémona y esta no lo tenía, y peor aún, luego logra localizar el pañuelo en manos del supuesto amante de su esposa. Otelo entiende probada la versión de Yago por el hallazgo del pañuelo de su esposa en manos de Casio, su supuesto amante, y esto supone la sentencia de muerte de Desdémona. Es un caso de prueba en donde el juez y verdugo, Otelo, concluye en base a una prueba contundente la infidelidad de su esposa y dicta sentencia de muerte. Como se

puede apreciar, es una prueba falsa, pero que obedece la estructura de producción de la prueba judicial.

Ese error que se revela al lector por el arte de la literatura, aparece muchas veces también en las tragedias vivas de los tribunales. Por eso es que vale la pena estudiar y examinar cómo es que la valoración de la prueba exige. En el capítulo correspondiente a la prueba, nos hemos de valer de esta historia a modo de metáfora, la llamaremos, la metáfora del pañuelo para evidenciar la necesidad de lograr una valoración racional de la prueba y como se debería construir a fin de evitar errores judiciales.

Ahora, el derecho al debido proceso ha sido definido como un derecho continente dentro del cual encontramos otros derechos como lo es el derecho a la prueba que se manifiesta en tres momentos: la adquisición, la admisión y la valoración. Es en este último que se centra esta investigación. Existen tres sistemas de valoración de la prueba: El sistema de tarifa legal, el sistema de íntima convicción y el de la libre valoración orientada por la sana crítica racional. De los tres antes mencionados, en nuestro ordenamiento rige el último de ellos. El que la valoración de la prueba se lleve a cabo mediante una libre valoración de la prueba no habilita al juzgador a efectuar esta actividad de un modo arbitrario, pues encontrará sus limitaciones en las reglas que le impone la sana crítica racional con sus componentes propios. En este contexto, el juez puede dar uno u otro valor a los medios de prueba que se ponen ante sus ojos teniendo como parámetro de comparación las reglas de la lógica y las máximas de la experiencia. Y todo ese razonamiento lógico que debe efectuar el juzgador en su mente, está obligado a exteriorizarlo y plasmarlo en su sentencia por el mandato constitucional de motivar por escrito las resoluciones judiciales.

El problema surge en este punto. El que un juez motive una resolución judicial, el que exteriorice las razones por las cuales considera que algo se tiene por probado ¿garantiza que esa resolución esté libre de arbitrariedades? Sin lugar a dudas el que la exigencia de motivar no da derecho a una motivación específica, sino a aquella que el juez de la causa debe dar conforme a lo que

él piensa. De modo que nos encontraríamos ante un espacio en el que el juez no sólo es libre de dar el sentido que desee a las pruebas que se aportan decidiendo qué es y que no es verdad, sino que esa decisión puede volverse incontrolable aún en sede constitucional.

Como es sabido, los recursos impugnatorios permiten el control del fallo que se cree injusto por una de las partes. Cuando el agravio que motiva la impugnación está referido a derechos fundamentales, los recursos impugnatorios ordinarios permiten el control tanto de la infracción a normas procesales como sustantivas, y desde luego, también de normas fundamentales. Sin embargo, cuando no se logra salvar el derecho fundamental vulnerado en la resolución judicial impugnada todavía queda un último cauce: la demanda constitucional de amparo o de hábeas corpus.

No obstante, esta solución que damos por la cual los procesos constitucionales pueden salvar el derecho fundamental que no logró salvación en la justicia ordinaria, tiene sus limitaciones, pues tal como se señaló al comienzo, no todo puede ser llevado ante los tribunales constitucionales. Consecuentemente será necesario determinar si mediante un proceso constitucional es posible el control de la valoración de la prueba y qué alcance tendría el derecho fundamental a la prueba en su etapa de valoración.

FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

Problema general: ¿Cómo controlar constitucionalmente mediante procesos constitucionales la valoración de la prueba?

Problemas específicos:

1. ¿Cómo se realiza el control constitucional mediante procesos constitucionales?

2. ¿Cuál es la naturaleza de la prueba en el proceso judicial?
3. ¿Qué reglas rigen la valoración de la prueba?
4. ¿Cuál es el alcance del control constitucional de la valoración de la prueba mediante procesos constitucionales?

OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

Objetivo general: Demostrar que se puede controlar constitucionalmente mediante procesos constitucionales la valoración de la prueba.

Objetivos específicos

1. Determinar la forma en que se realiza el control constitucional mediante procesos constitucionales.
2. Analizar el derecho a la prueba en el proceso judicial.
3. Analizar las reglas que rigen la valoración de la prueba.
4. Determinar si el control constitucional mediante procesos constitucionales abarca la valoración de la prueba.

METODOLOGÍA A APLICAR

El presente trabajo al ser una tesis jurídica dogmática, empleará como método la recopilación de datos bibliográficos relacionados con las instituciones jurídicas objeto de análisis, así como la jurisprudencia del TC que ha empleado y definido dichas instituciones. Posterior a la recopilación de información que dará cuenta del estado de la cuestión, se procederá a

formular una explicación de aquello que constituye la formulación del problema.

HIPÓTESIS

Hipótesis general: La valoración de la prueba tiene márgenes pasibles de control constitucional mediante procesos constitucionales porque la misma es una manifestación del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la prueba.

Hipótesis específicas

1. El control constitucional se realiza mediante los procesos constitucionales que poseen márgenes propios porque cuentan con su propia competencia material.
2. La valoración de la prueba integra el derecho constitucional a la prueba porque forma parte de sus fases (momentos).
3. La sana crítica es una regla de valoración porque determina cómo debe ser esa actividad.
4. El control constitucional mediante procesos constitucionales puede recaer sobre la valoración de la prueba porque forma parte de su contenido constitucionalmente protegido.

Identificación de las variables

Variable independiente: El control constitucional.

Variable dependiente: La valoración de la prueba.

Operacionalización de las variables:

Indicadores de la variable independiente

- La jurisdicción constitucional
- Los procesos constitucionales

- El contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales.

Indicadores de la variable dependiente

- La prueba
- Fuente, medio y objeto de prueba
- Los principios de la prueba
- La valoración de la prueba
- Sistemas de valoración de la prueba
- La motivación

CAPÍTULO 1: MARCO TEÓRICO

I. ANTECEDENTES

La presente investigación busca desentrañar la posibilidad, o imposibilidad, de controlar la valoración de la prueba mediante procesos constitucionales. La literatura jurídica ya ha desarrollado lo referido a la jurisdicción constitucional, dentro la cual podemos encontrar a los procesos constitucionales (Castillo Córdova, 2008b); así como también existen ya importantes trabajos que abordar frontalmente la valoración de la prueba (Nieva Fenoll, 2010). El último de los autores citados, sostiene que es posible el control de la valoración de la prueba en dos frentes: en la lógica del razonamiento judicial y en la motivación.

De este modo, la impugnación de la valoración de la prueba por el razonamiento llevado a cabo por el juzgador, entender del profesor Nieva Fenoll, es posible al “cuando el juez haya motivado su razonamiento probatorio, el juez *ad quem* podrá revisar las declaraciones prestadas por los sujetos del proceso, y comprobar que efectivamente eran coherentes, estaban corroboradas, contextualizadas y no tenían detalles oportunistas” (Nieva Fenoll, 2010, pág. 350). Lo que este autor propone, es que la verificación de la correcta valoración se realice constatando como es que el juez razonó para poder arribar a una conclusión. El problema es que queda la duda de si se hace un control de la valoración de la prueba en sí misma o si se hace solo un control de la coherencia narrativa expuesta en la motivación del juzgador. Si lo que se controla es solo la motivación, entonces se tendría que asumir que el control directo de la valoración de la prueba no es posible si no es de modo indirecto a través de los defectos que puede presentar su motivación.

De otro lado tenemos a la profesora González Granda quien expresamente señala que “no debe confundirse el proceso mental de valoración con el de motivación de dicha convicción” (2017, pág. 132). De esta manera, la citada autora marca distancia entre lo que es el derecho a la motivación con la valoración de la prueba que, naturalmente, estará plasmada en la motivación de la resolución judicial. Específicamente respecto al control constitucional de la valoración de la prueba mediante el proceso constitucional de amparo, señala:

“En el caso de la demanda de amparo, el error en la valoración de la prueba podrá ser objeto de la misma si aquel redundando en una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho a obtener una resolución motivada y fundada en derecho” (González Granda, 2017, pág. 176).

Así tenemos que el Tribunal Constitucional español también ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre el tema. Como era de esperarse, no es poco usual que en el país ibérico se presenten demandas constitucionales destinadas a cuestionar la valoración probatoria que ha tenido lugar en un proceso llevado ante la justicia ordinaria. Al respecto, podemos citar la sentencia STC 225/2002 del 02 de septiembre de 2005 del Tribunal Constitucional español en cuyo fundamento jurídico 2 indicó:

“Descendiendo de lo general a lo particular, centrándonos en el supuesto del error material patente que se denuncia en este caso, este Tribunal tiene declarado que un error del Juez o Tribunal sobre los presupuestos fácticos que le han servido para resolver el asunto sometido a su decisión puede determinar una infracción del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). Ahora bien, para que se produzca tal violación es necesario que concurren determinados requisitos, pues no toda inexactitud o equivocación del órgano judicial adquiere relevancia constitucional. En primer lugar, el error ha de ser patente, manifiesto, evidente o notorio, en cuanto su existencia resulte inmediatamente verificable de forma clara e incontrovertible a partir de

las actuaciones judiciales, por haberse llegado a una conclusión absurda o contraria a los principios elementales de la lógica y la experiencia. El error ha de ser, en segundo lugar, determinante de la decisión adoptada, de forma que constituya el soporte único o fundamental de la resolución, su *ratio decidendi*; en definitiva, se trata de que, comprobada su existencia, la fundamentación jurídica pierda el sentido y alcance que la justificaba, de tal modo que no pueda conocerse cuál hubiese sido el sentido de la resolución de no haberse incurrido en el mismo. Además la equivocación debe ser atribuible al órgano que la cometió, es decir, no imputable a la negligencia o mala fe de la parte, que en tal caso no podría quejarse, en sentido estricto, de haber sufrido un agravio del derecho fundamental. Por último el error ha de producir efectos negativos en la esfera jurídica de quien lo invoca (SSTC 201/2004, de 15 de noviembre, FJ 3; 114/2005, de 9 de mayo, FJ 3, y doctrina allí citada)” (Sentencia del Tribunal Constitucional de España, 2005).

Este tema ha tenido una especial trascendencia nacional, más que en trabajos dogmáticos, en la realidad. Específicamente en la jurisprudencia del tribunal constitucional. No pocos son los procesos constitucionales que han llegado al Tribunal Constitucional con la pretensión de cuestionar la valoración de la prueba realizada en un proceso ordinario. Así tenemos el Exp. N° 02126-2013-PA/TC cuyo fundamento jurídico 4 señala:

“Que, en el presente caso, el Tribunal observa que, al cuestionarse la decisión que contiene la resolución que rechazó el recurso de casación, se ha afirmado que su incorrección radica en no haberse concluido con una valoración determinada de los medios de prueba ofrecidos y actuados en el proceso ordinario – en concreto, con el que resulta más afín a la pretensión de una de las partes. Evidentemente una cuestión de esa naturaleza no forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la prueba, pues como expresamos en la STC 6712-2005-PHC/TC, Fund. Jur. 15, este “está compuesto por el derecho a ofrecer medios probatorios que se consideren necesarios, a

que estos sean admitidos, adecuadamente actuados, que se asegure la producción o conservación de la prueba a partir de la actuación anticipada de los medios probatorios y que estos sean valorados de manera adecuada y con la motivación debida, con el fin de darle el mérito probatorio que tenga en la sentencia. La valoración de la prueba debe estar debidamente motivada por escrito, con la finalidad de que el justiciable pueda comprobar si dicho mérito ha sido efectiva y adecuadamente realizado” (Resolución del Tribunal Constitucional, 2014).

Se observa inmediatamente que este alto tribunal rechaza la posibilidad de cuestionar un determinado resultado probatorio que propone una de las partes como alternativa a aquel que ha arribado la justicia ordinaria. Esto implica que no se puede proponer en sede constitucional una hipótesis alternativa a la hipótesis declarada como probada al interior del proceso de la justicia ordinaria. No obstante, en este mismo caso, y de hecho en el mismo fundamento jurídico, se señala que sí forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la prueba la admisión, actuación y *valoración* de los medios probatorios ofrecidos. Si no se puede cuestionar el resultado de la valoración probatoria, parecería no haber espacio a esa manifestación del derecho a la prueba que el propio tribunal reconoce. Así es como pareciera procurar explicar lo ocurrido en el siguiente fundamento:

“Que en lo que respecta a la posición *iusfundamental* relativa a que los medios de prueba sean valorados de manera adecuada, el Tribunal ha individualizado en él una doble exigencia: “... en primer lugar, la exigencia del Juez de no omitir la valoración de aquellas pruebas que son aportadas por las partes al proceso dentro del marco del respeto a los derechos fundamentales y a lo establecido en las leyes pertinentes; [y] en segundo lugar, la exigencia de que dichas pruebas sean valoradas motivadamente con criterios objetivos y razonables” [STC 4831-2005-PHC/TC Fund. Jur. 8]. Su contenido constitucionalmente protegido, así, queda circunscrito a asegurar que los medios de prueba admitidos sean valorados por el juez bajo criterios objetivos, en tanto

que la corrección de dicha valoración queda sujeta, prima facie, a control a través de los medios impugnatorios que la ley procesal específica pueda establecer. Corrección, a estos efectos, no significa que la valoración no esté libre de errores, pues al fin y al cabo se trata de un acto de la justicia humana; sólo que ella no sea patentemente extravagante o manifiestamente inconstitucional. Por ello, en el ámbito de la justicia constitucional de la libertad un control sobre la corrección de la valoración de un medio de prueba solo ha de realizarse cuando, pese a haberse cuestionado mediante el empleo de todos los medios impugnatorios, la valoración efectuada se presente contraria a las exigencias de una sana y recta motivación o, como antes se ha especificado, en los casos en que este sea manifiestamente extravagante o fundado en criterios incompatibles con la Constitución. Por tanto, con independencia de lo que se vaya a expresar en el siguiente párrafo, el Tribunal es de la opinión de que la pretensión formulada en este proceso no está relacionada con el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la prueba, por lo que es de aplicación el artículo 5.1 del Código Procesal Constitucional” (Resolución del Tribunal Constitucional, 2014).

En este otro considerando, el máximo intérprete de la norma fundamental abre la posibilidad de cuestionar la valoración de la prueba mediante amparo, pues considera que efectivamente existen márgenes de control que caen dentro del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la prueba. A pesar de ello, la demanda fue declarada en última instancia como improcedente. Ese razonamiento señalado para cuestionar la valoración de la prueba mediante amparo fue también objeto de desarrollo y pronunciamiento en el Exp. N° 02045-2016-HC/TC en cuyo fundamento jurídico 8 deja claro que el derecho a la prueba sí tiene un contenido constitucionalmente protegido tal como procedemos a citar:

“Este Tribunal, en la sentencia recaída en el Expediente 010-2002-AI/TC, señaló que el derecho a la prueba forma parte de manera implícita del derecho de tutela procesal efectiva; en la medida en que

los justiciables están facultados para presentar todos los medios probatorios pertinentes, a fin de que puedan crear en el órgano jurisdiccional la convicción necesaria de que sus argumentos planteados son correctos. En tal sentido, este Tribunal ha delimitado el contenido del derecho a la prueba:

(...) Se trata de un derecho complejo que está compuesto por el derecho a ofrecer medios probatorios que se consideren necesarios, a que estos sean admitidos, adecuadamente actuados, que se asegure la producción o conservación de la prueba a partir de la actuación anticipada de los medios probatorios y que estos sean valorados de manera adecuada y con la motivación debida, con el fin de darle el mérito probatorio que tenga en la sentencia. La valoración de la prueba debe estar debidamente motivada por escrito, con la finalidad de que el justiciable pueda comprobar si dicho mérito ha sido efectiva y adecuadamente realizado [Expediente 6712-2005-HC/TC, fundamento 15]" (Sentencia del Tribunal Constitucional, 2018).

Observamos que el Tribunal Constitucional pone el énfasis en la motivación de la valoración de la prueba. Esto significa que entiende con meridiana claridad que esta actividad realizada por el juez debe constar en la motivación y que la motivación puede ser controlada ante los supuestos de afectación de la misma. A partir de esta sentencia, podemos deducir que las infracciones a la motivación en el rubro de valoración probatoria de una sentencia son pasibles de control constitucional. No obstante, para ello no necesitaríamos entender que existe un contenido constitucionalmente protegido del derecho a la prueba, y específicamente a la valoración de la misma, sino que bastaría con el derecho a la motivación. En este caso, apreciamos que la demanda fue declarada *infundada* en lo que respecta al derecho a la valoración probatoria.

Esta decisión no es de baladí, pues que haya sido declarado infundado el recurso de agraviado constitucional y no *improcedente*, implica que la razón por la que se desestima la pretensión no se debe a que la misma ha empleado incorrectamente el mecanismo procesal, esto es el *habeas corpus*, sino que en el caso concreto no aconteció la infracción a la prueba alegada por el

demandante. Esta línea jurisprudencial del máximo intérprete de la Constitución se ha mantenido en el tiempo tal como se aprecia del Exp. N° 1151-2021-PA/TC en cuyo fundamento jurídico 12 señaló:

“Así, por ejemplo, el artículo 188 del Código Procesal Civil establece que los medios probatorios tienen por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el juez respecto de los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones. Se trata de un derecho complejo que está compuesto por el derecho a ofrecer medios probatorios que se consideren necesarios, a que estos sean admitidos, adecuadamente actuados, que se asegure la producción o conservación de la prueba a partir de la actuación anticipada de los medios probatorios, y que estos sean valorados de manera adecuada y con la motivación debida, con el fin de darle el mérito probatorio que tenga en la sentencia. La valoración de la prueba debe estar debidamente motivada por escrito, con la finalidad de que el justiciable pueda comprobar si dicho mérito ha sido efectiva y adecuadamente realizado (cfr. sentencia emitida en el Expediente 06712-2005-PHC/TC)” (Sentencia del Tribunal Constitucional, 2021).

Fijémonos en la última parte del fundamento jurídico citado. Este alto tribunal hace referencia al derecho fundamental a la motivación escrita de las resoluciones judiciales contenido en el inciso 5 del artículo 139 de la Constitución. A partir de allí señala que, a partir de la motivación, se puede detectar si la valoración de la prueba se ha realizado, si ha existido, y además si ha sido adecuada o no. Pero si entendemos que el derecho fundamental a la prueba es independiente tiene un contenido constitucionalmente protegido, y por tanto es un derecho independiente, debería poder ser controlado de forma independiente al control del derecho fundamental a la motivación de las resoluciones judiciales. De lo contrario tendríamos que afirmar que el derecho a la prueba que incluye el derecho a la valoración de la misma, no cuentan con un contenido constitucionalmente protegido, sino que es un derecho de rango legal. Pero ello es de lo que versarán las páginas que siguen a continuación.

II. LA LLAMADA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

El derecho tiene como una de sus notas características su efecto vinculante, normativo, que permite la realización de su cumplimiento aún contra la voluntad del obligado (Rodríguez, 1997). Bajo esta premisa, resulta ineludible identificar la exigibilidad en una norma para poder otorgarle el título de jurídica. Es evidente que el hombre como ser social desde su nacimiento, convive con sus congéneres bajo una multitud de normas que no son necesariamente jurídicas. De hecho, las primeras normas que la persona acata no vienen dictadas por el Estado, sino por sus padres. Con este parámetro, podemos determinar si una norma es o no es jurídica si se puede predicar de ella la exigibilidad que en última instancia se le pedirá al Estado.

Esta prueba de juridicidad, tendría que ser soportada por la norma fundamental si es que de ella se predica como norma jurídica. No es necesario mencionar que el carácter normativo de la Constitución no ha sido un tema pacíficamente aceptado. Durante mucho tiempo se entendió que la Constitución no era normativa sino programática; esto significa que no se le otorgaba efecto vinculante, sino que se entendía que contenía una serie de instrucciones dirigidas al legislador para que él las desarrollara y protegiera con leyes específicamente diseñadas para tal fin que obedecieran a la estructura clásica de toda norma jurídica: supuesto de hecho y consecuencia (Didier Jr. & Pedrosa Nogueira, 2015).

Por ejemplo, tenemos el derecho constitucional a la vida contenido en el inciso 1 del artículo 2 de la norma fundamental. Pero ¿cómo aplicarlo? Hasta antes del Estado Constitucional de Derecho, la respuesta venía dada con una remisión a la norma legal. Si alguien preguntaba cómo defender el derecho a la vida antes citado, se podía decir que el Estado la garantizaba criminalizando el homicidio, en el derecho peruano, en los artículos 106 y siguientes del Código Penal. La estructura de las normas penales se aplica, a todas luces, por subsunción. Si alguien mata a otro, se le castiga con pena privativa de libertad entre 06 y 20 años. Si alguien preguntaba cómo defender la propiedad consagrada en el inciso 16 del artículo 2 de la constitución, pues la respuesta sería que se garantizaba ese derecho constitucional a través de la legislación civil y los procesos que permiten su defensa. Esta es la línea del positivismo que durante mucho tiempo se impuso entendiendo que las normas jurídicas solamente son aquellas que gozan del *pedigree* que les otorga su validez formal (Dworkin, Los derechos en serio, 1989). Se entiende por validez formal al cumplimiento procedimiento establecido para que el parlamento, excepcionalmente el poder ejecutivo por delegación de aquel, emita una ley.

Hoy en día ese concepto ha sido superado y es pacíficamente aceptado que la norma fundamental tiene efecto directamente vinculante. En este sentido puede entenderse que la constitución en cuanto a su efecto normativo puede tener efecto, tener poco efecto o ningún efecto (Schauer, 2016). No obstante, si se entiende que la Constitución es “un pacto de límites al poder para asegurar una esfera de derechos y libertades al ciudadano” (Hakansson Nieto, 2009, pág. 246), necesariamente tendremos que concluir que lo contenido en la norma fundamental es sin lugar a dudas contenido vinculante, pues de otra manera, su concepción como catálogo de *derecho y libertades* no se condeciría con la realidad. A partir de estos enunciados, es que se entiende el texto del artículo 51 cuando señala que: “La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado”.

Entendida la naturaleza normativa, vinculante de la Constitución (Didier Jr., 2015) y habiendo determinado que los derechos en ella contenidos revisten una trascendencia de tal relevancia que exigen ser tutelado de modo especial, se vislumbra la necesidad de una protección especial que permita la eficacia y plena vigencia de estos derechos.

1. Alcances de la jurisdicción constitucional

Hubo en la historia dialéctica del Constitucionalismo, un enfrentamiento en lo que al control de la constitucionalidad de las normas se refiere. Por un lado se tenía el planteamiento de Schmitt, que planteaba lo que viene a ser un modelo de control difuso de la constitucionalidad de las normas; y por otro el planteamiento de Kelsen que le encargaba esta tarea a una única entidad, al TC (Landa Arroyo, 2006). Lo que se buscó y se busca hasta la fecha, es que las normas dictadas por el poder legislativo no puedan contravenir la norma fundamental, dado que esta se entiende directamente vinculante (Landa Arroyo, 2006) realizando un control tanto formal como material de las normas infraconstitucionales (Böckenförde, 2000).

1.1. El fundamento de la jurisdicción constitucional

La norma fundamental en tanto norma, ya se ha recalcado que reviste efecto vinculante (Didier Jr., 2015). Esta concepción es pacíficamente aceptada no solo en la doctrina internacional sino también en la doctrina nacional (Castañeda Otsu, y otros, 2004). Naturalmente, si entendemos que la Constitución es la norma fundamental, la norma de normas, entonces nos es

difícil descubrir el principio de supremacía a decir tanto a nivel nacional (Castañeda Otsu, y otros, 2004) como internacional a nivel doctrinario (Böckenförde, 1993). La línea argumentativa que hasta ahora venimos sosteniendo fue recogida por el TC en la sentencia recaída en el EXP. N° 0005-2007-PI/TC señalando:

“La supremacía normativa de la Constitución de 1993 se encuentra recogida en sus dos vertientes: tanto aquella *objetiva*, conforme a la cual la Constitución se ubica en la cúspide del ordenamiento jurídico (artículo 51º: la Constitución prevalece sobre toda norma legal y así sucesivamente), como aquella *subjetiva*, en cuyo mérito ningún acto de los poderes públicos (artículo 45º: el poder del Estado emana del pueblo, quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen), o de la colectividad en general (artículo 38º: todos los peruanos tienen el deber de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación), puede desconocer o desvincularse respecto de sus contenidos” (Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional, 2008).

Si existen pues, derechos de tan alta jerarquía, se vislumbra desde ya un criterio que los diferencia de los demás. El conocido procesalista Mauro Capelletti, abordó desde un punto de vista histórico la necesidad de la justicia constitucional jurisdicción constitucional. El citado profesor señala que “cuando esos derechos [constitucionales] se presentan como situaciones garantizadas jurisdiccionalmente, es decir como propios y verdaderos ‘derechos subjetivos perfectos’ (como ocurre con el derecho de abandonar el país), la justicia ordinaria, debido a sus limitaciones, y a su naturaleza, no llegó a ofrecer una protección plena y eficaz” (Cappelletti, 2010, pág. 39). Por su parte tenemos que “el derecho tutela jurisdiccional efectiva confiere el derecho al procedimiento (técnica procesal) realmente capaz de atender a los derechos, sea ante el Estado, *sea ante los particulares*” (Marinoni, 2007, pág. 89). Claro, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, al igual que cualquier otro derecho, debe obedecer a las características de cada caso en su

aplicación. Sin embargo, la continua producción de casos similares, exige el reconocimiento de tipos de tutela en la medida que exige procedimientos con características especiales (Sumaria Benavente, 2017).

A la luz de lo expuesto, el Estado como garante de la administración de justicia por ese poder-deber llamado jurisdicción (Monroy Gálvez, 2007), se encontrará en la obligación de ejercer dicha facultad siempre que una persona se lo solicite ante los tribunales. Resulta pues evidente, que al ser los derechos constitucionales, redundaremos en esto, *derechos* subjetivos, pueden ser invocados y objeto de tutela al interior de un proceso judicial (Didier Jr., 2015). Pero no basta con que la pretensión pueda contener la protección de un derecho fundamental, la tutela de derechos de la máxima jerarquía implica urgencia su protección por necesitar de una tramitación más célere y efectiva que otros derechos materiales (Marinoni, 2007). Pero la violación a un derecho fundamental, no puede ser tratada con la igual parsimonia con la que se puede discutir la reivindicación de un bicicleta, sino que vemos como se devela la justicia constitucional como una manifestación de tutela de urgencia en tanto “el derecho material lesionado [...] exige una respuesta inmediata del órgano jurisdiccional para inhibir o prevenir un mayor daño” (Sumaria Benavente, 2013, pág. 227).

Llegados a este punto, resulta evidente que quienes estarán obligados a determinar si hay o no lesión de un derecho constitucional al interior de un proceso judicial, serán aquellos órganos encargados de la administración de justicia en el Estado, los jueces (Landa Arroyo, 2004). Como resultado, tenemos que los derechos fundamentales como derechos que exigen una protección urgente, encuentran su protección mediante el ejercicio de la labor jurisdiccional del Estado, concretamente de su poder judicial. En tanto estos órganos jurisdiccionales emiten pronunciamiento sobre una competencia material específica, se dibuja con toda claridad la justicia constitucional, con lo cual la juridicidad *iusfundamental* se fortalece (Pérez Tremps, 2006).

1.2. Trascendencia de la justicia constitucional

El profesor Otto Bachof al momento de abordar el tema del control constitucional señala: “no puedo imaginarme que la judicatura, que encuentra su dignidad y autoridad únicamente en la idea de justicia, pueda renunciar a un control fundamentalmente a partir de normas propias de aquella idea sin, al mismo tiempo, perder su dignidad y autoridad” (Bachof, 2008, pág. 79). Con estas palabras, el citado profesor sella su línea argumentativa en la que sostiene que la constitución tiene un contenido formal y otro material que debe ser defendido teniendo prevalencia el segundo sobre el primero (Bachof, 2008). En efecto, la justicia ordinaria se encuentra inexorablemente limitada y por tanto ineficaz, al momento de garantizar los derechos subjetivos de naturaleza constitucional (*Grundrechte*) que se mostraban más amplios y de urgente protección (Cappelletti, 2010).

De este modo, siguiendo al profesor Casatillo Córdova, podemos existen tres fundamentos de gran relevancia que justifican la existencia de esta jurisdicción constitucional. En primero lugar, contar con un supremo intérprete de la norma fundamental que además cuenta con jurisdicción, es decir que puede aplicar la norma al caso concreto, materializa la eficacia de la Constitución. En segundo lugar, podemos afirmar que, si la democracia implica respeto a los derechos fundamentales, solo mediante tu tutela efectiva se podrá defender y mantener vigente. En tercer lugar, al existir un intérprete supremo de la Constitución, se logra consenso sobre lo que significa y da derecho la Constitución (Castillo Córdova, 2008b).

En suma, los derechos fundamentales al ser lo más elemental en la persona humana y estar reconocidos en la norma fundamental, exigen su plena vigencia y respeto en todo momento. Ante una exigencia de esta naturaleza, la justicia ordinaria se vio superada por la urgencia de tutela que revestían estos derechos. En este escenario, el principio de igualdad exigió un trato acorde a las necesidades y características de cada supuesto de acuerdo al

derecho a tutelar (Marinoni, 2007), con lo cual se dio a luz a la tutela urgente. Sobre este punto, se debatió en doctrina si la tutela urgente no estaba abarcada por la clásica tutela cautelar. No obstante, en la tutela jurisdiccional urgente, lo que se busca es dar eficacia al derecho fundamental haciendo que cese su agresión o evitando la amenaza inminente, a diferencia de la tutela cautelar que busca dar eficacia al proceso (Sumaria Benavente, 2013). De allí que la tutela urgente vio nacer de su seno a la llamada justicia constitucional mediante la cual se busca proteger la plena eficacia a los derechos fundamentales teniendo como supremo intérprete al Tribunal Constitucional. Así quedó plasmado en el artículo II del título preliminar del código procesal constitucional.

1.3. Concepto de la justicia constitucional

A efectos del presente trabajo, acogemos la definición del profesor Castillo reza como sigue: “[A]quel conjunto de normas, órganos y procesos- normalmente de naturaleza judicial- que definen el contenido y ejecución de la función de controlar que la Constitución tenga plena vigencia en la realidad. Esto equivale a admitir que en el seno de la jurisdicción constitucional se resuelven aquellas controversias concretas cuya solución atañe directamente a la interpretación y aplicación de la norma constitucional” (Castillo Córdova, 2008b, pág. 41).

Fijémonos que la definición esbozada pone de relieve, a nuestro entender con acierto, a la competencia material del juzgador para a partir de allí dar contenido propio de la justicia constitucional. Llegado este momento, surge la pregunta quien de entre los juzgadores debería ser el encargado del control constitucional de las normas (Castillo Córdova, 2008b) el llamado a la revisión en última instancia de la constitucionalidad de todo acto emanado tanto del poder público como de la actuación privada.

1.4. *Cómo controlar la constitucionalidad (modelos)*

Existen pues al menos tres modelos de organización para lograr el control constitucional de las cuales damos resumida cuenta: El control concentrado, que asigna a un solo tribunal, en el caso peruano al Tribunal Constitucional, la correcta aplicación e interpretación de la norma fundamental (Castillo Córdova, 2008b). Por otro lado, tenemos el control difuso. En este segundo supuesto, la interpretación y aplicación de la norma fundamental puede ser realizada por cualquier órgano jurisdiccional (Castillo Córdova, 2008b). Esta opción parece la más sensata pues si la constitución es norma, toda decisión judicial debe aplicarla en cuanto sea pertinente. Finalmente tenemos un supuesto ecléctico, como ocurre en nuestro país, en el cual todo juez puede interpretar y aplicar directamente la norma fundamental, pero se reserva su máxima interpretación a un solo órgano que viene a ser el Tribunal Constitucional (García Belaúnde, 2001).

El primer modelo obedece a lo que ocurre en Alemania que cuenta con el *Bundesverfassungsgericht*, el equivalente al Tribunal Constitucional peruano; el segundo modelo obedece al que acontece en los Estados Unidos de Norteamérica cuya *Supreme Court*, cuyo equivalente es la Corte Suprema peruana, es quien tiene la última palabra en la interpretación y aplicación de la toda norma incluida la Constitución (Cappelletti, 2010); y finalmente, y como ya se puede advertir, en tercer lugar tenemos un control mixto, lo que ocurre en nuestro querido Perú, en el cual tenemos tanto Tribunal Constitucional como jueces ordinarios en condiciones de realizar el control constitucional tanto de las normas infraconstitucionales como de los actos que afecten derechos fundamentales en su contenido constitucionalmente protegido.

1.5. Los nuevos desafíos

El paso de la Constitución programática, entendida como un catálogo de directrices dirigidas al legislador; hacia la Constitución normativa directamente vinculante tanto para el poder público como para los privados (Böckenförde, 1993), sin duda ha sido un gran salto. Sin embargo, hasta antes de ello, la lógica jurídica parecía funcionar bastante bien. La aplicación por subsunción de la norma jurídica que contenía un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica, permitía una praxis jurídica bastante predecible. Los derechos constitucionales no están estructurados de esa forma. Por el contrario, son enunciados abiertos (Cappelletti, 2010) cuyo contenido necesita de un nivel de concreción sumamente alto.

La generación de una competencia materia que promete ser más rápida y eficaz que la tutela clásica, y más aún si versa sobre derechos que puede ser estirados al punto de englobar o calzar en todas las ramas del ordenamiento, desde su planteamiento abstracto se muestra como una tentación para operadores inescrupulosos. En efecto, la práctica nos ha mostrado, el uso y abuso de los operados jurídicos al momento de incoar procesos constitucionales. Pero no solo eso. La presencia en el sistema jurídico de un órgano jurisdiccional con facultades para decir qué es y qué no es derecho, es sin lugar a dudas un problema que parecería infranqueable. Estos problemas no han sido ajenos a la doctrina de la cual ponemos de relieve dos problemas esenciales: el primero, el riesgo de sobreconstitucionalización del ordenamiento jurídico; y segundo, la dictadura del Tribunal Constitucional.

1.5.1. El problema de la sobreconstitucionalización.

La jurisdicción constitucional concebida como una tutela de urgencia (Sumaria Benavente, 2013) que prevé plazos más breves (Castañeda Otsu, Carpio

Marcos, Espinoza-Saldaña Barrera, & Sáenz Dávalos, 2005) generan inevitablemente procesos formulados con el afán de aprovecharse únicamente de esas características sin que necesariamente nos encontremos ante afectación al contenido constitucionalmente protegido de un derecho constitucional. Como se explicó con anterioridad, la Constitución engloba el catálogo de derechos y libertades que tienen efecto directamente normativo. Ciertamente es, que toda norma debe estar conforme al texto constitucional evitando en todos los casos contradecirla. De hecho, la norma fundamental se proyecta sobre todo el ordenamiento jurídico, es lo que se conoce como la *irradiación* de la constitución (Alexy, 1993). Pero igualmente cierto es que el legislador dota de protección especial a cada uno de los derechos mediante el desarrollo legal y reglamentario que permite, por ejemplo, el tráfico patrimonial. Sería una locura pensar que todo el libro de obligaciones del Código Civil puede ser eliminado dado que ya tenemos en la constitución el inciso 16 del artículo 2 de la Constitución que reconoce el derecho a la propiedad. Sin embargo, no falta aquel que, en lugar de activar un proceso civil para reivindicar un bien, trate de argumentar afectación del derecho a la propiedad, tratando de activar un proceso de amparo.

Es que ni siquiera es muy difícil ensayar una argumentación artificiosa que pudiera hacernos pensar que todo puede ser pretendido vía amparo, y así evitar el larguísimo proceso civil que corresponde. Pensemos en un caso sencillo, la reivindicación de un vehículo automotor, un carro. El abogado del propietario, hablando de un abogado mínimamente consciente, propondrá de inmediato como salida legal la incoación de una demanda de reivindicación. Pero un abogado menos escrupuloso podría decir que se ha afectado la propiedad, que ese derecho goza de reconocimiento expreso en la norma constitucional y en consecuencia puede dar cabida la incoación de un proceso constitucional de amparo. Es más, puede ahondar en su argumentación y señalar que nos encontramos ante una afectación permanente del derecho a la propiedad por cuanto esta afectación no cesa, ni cesará, hasta el día en que el propietario recupere la posesión del bien que por su título le corresponde. En los casos penales el panorama no es más alentador. Todo lo que pueda resultar del derecho penal que arroja una condena, afecta la

libertad individual. De allí que, hasta un bienintencionado defensor, podría decir que la condena penal siempre podrá ser revisada mediante proceso de habeas corpus en la medida que se afecta un bien jurídico solamente comparable a la vida misma.

Un escenario en donde todo puede ser pasible de control constitucional, dibuja un caos total. No solo por la enorme sobrecarga del sistema de justicia, sino por la falta de claridad sobre la actividad jurisdiccional que deberán desplegar los juzgadores al momento de toparse con un caso que tiene una salida en el fuero ordinario pero que pareciera tener asidero constitucional. La pregunta que nos tenemos que hacer es si realmente la justicia constitucional supone la aparición de una vía paralela capaz de resolver exactamente los mismos problemas que antes eran privativos de la justicia ordinaria, o si la competencia material de la que ya hemos hablado nunca podrá abarcar supuestos que la justicia ordinaria sí puede.

En efecto, entender los derechos constitucionales como normas jurídicas estructurados como principios, definidos estos como mandatos de optimización (Alexy, 1993), era natural que surgiera un grupo de teóricos a quienes les preocupara una sobreconstitucionalización del ordenamiento jurídico (Alexy, 2010), es decir, que todo quede reducido a la constitución que se supone está presente en todo realizando interpretaciones sucesivas que permitan colgarse del sistema procesal constitucional (Landa Arroyo, 2006).

1.5.2. *El nuevo rey: el Tribunal Constitucional.*

La autoridad hasta hace no mucho tiempo, en comparación con el tiempo pasado, normalmente no venía otorgada por consenso sino por un designio divino o la fuerza bruta que acomodaba a un personaje en la silla de mando. Así teníamos al origen divino del poder monárquico o a las circunstancias favorables que colocaban a los emperadores romanos al mando de la civilización más gran de ese entonces. El problema con la teocracia o con el imperio, es que se encuentra libre de controles y por naturaleza le sobrevienen

los excesos. La naturaleza humana parece tender a mostrarse tiránica con aquel sobre el que se otorga poder, aún en circunstancias controladas. Ello fue demostrado en el *Stanford prison experiment* conducido por el Dr. Philip Zimbardo (BBC, 2020).

El tiempo se encargó de agudizar la tensión entre los miembros de las clases privilegiadas por haber nacido en la cuna de padres privilegiados y aquellos que formaban parte de la plebe. Esto llegó a su clímax en 1789 cuando inició la revolución francesa y el sistema monárquico entró en una crisis de la que nunca logró recuperarse. Es en virtud a los excesos que el sistema monárquico trajo, se pensó en una forma de evitar la concentración del poder, lo cual obviamente suponía una división del mismo (Hakansson Nieto, 2009). Guiado por esas ideas Montesquieu planteó la separación de los poderes del Estado en tres: el poder legislativo, el poder ejecutivo y el poder judicial. El legislativo, como aquel con mayor representación popular, es quien tiene la capacidad de dictar las leyes que rigen al ciudadano y al Estado en general; el poder ejecutivo vendría a ser aquel con capacidad operativa para realizar la actividad estatal que las leyes previeran así como para llevar a cabo las políticas públicas mediante sus ministerios y el propio Presidente de la República; finalmente, como un poder disminuido (Sumaria Benavente, 2013), se tendría un poder con capacidad para determinar qué norma se aplica y ordenar su cumplimiento cuando surgieran controversias al respecto, pero siempre subordinado a lo previamente ya determinado por la ley dictada por el poder legislativo: el poder judicial (Pereira Menaut, 1997).

No hace falta una larga reseña para decir algo tan obvio como que la separación de poderes es algo que rige los Estados contemporáneos, entre ellos a la República del Perú. Sin embargo, la dinámica que por mucho tiempo gobernó de modo relativamente sencillo el orden jurídico del Estado, se ha visto seriamente transformado con las ideas que aquí se han expresado sobre el carácter normativo de la Constitución y el protagonismo del supremo intérprete de la misma. En resumida cuenta, antes se entendía que el legislativo daba las normas, el ejecutivo administraba el país basado en las normas del legislativo, y el poder judicial determinaba el derecho en aquellos

casos donde hubiera una controversia en relación a la norma aplicable en un caso concreto. Pero cuando entra en escena el carácter vinculante de la norma fundamental respecto a los derechos en ella contenidos, el legislativo deja de ser el único referente de fuente normativa, pues su producto, las leyes, han dejado de ser lo único directamente aplicable para solucionar un caso concreto. El juez deja de mirar exclusivamente la ley, y pasa a mirar hasta con predilección, a la Constitución, cuya generación no tuvo lugar en el congreso sino en la asamblea constituyente. No está de más recordar que el padre de la Constitución no es el poder legislativo sino el poder constituyente.

El problema es que a diferencia del producto legislativo, la ley, la Constitución tiene preceptos imprecisos y que por tanto presentan dificultades para el operador jurídico al momento de aplicarlos al caso concreto (Landa Arroyo, 2006). Para superar esa barrera se hace imprescindible la concreción de la norma fundamental mediante la actividad interpretativa de los jueces. No obstante, una actividad tan delicada como la concreción de la norma fundamental, tiene necesariamente que contar con un órgano revestido de poder para tener la última palabra, un “comisionado mayor del poder constituyente” (Castillo Córdova, 2008b) que viene a ser el Tribunal Constitucional.

Comisionado en tanto sobre el Tribunal Constitucional ha recaído el deber de interpretar la Constitución, es un término que se entiende sin mayor escrúpulo. Pero ¿por qué “mayor”? Que sea considerado el encargado mayor de la interpretación de la norma constitucional, implica que también existen comisionados menores, y estos nos vienen a ser otros que los jueces. Todos los jueces, desde el juez de la corte suprema hasta el juez de paz letrado de la más recóndita zona de nuestro país. El Tribunal Constitucional recibe la denominación de Comisionado Mayor por cuanto es el que en última instancia determina qué es y qué no es derecho constitucional (Castillo Córdova, 2008b). Pero un poder tan inmenso como la de decir qué es y que no es, qué dice y qué no dice la Constitución, no solo es un poder inmenso, sino que pareciera un poder que está por encima de los demás.

Esto que hasta el año 2019, en el Perú, no era más que una interesante pregunta teórica, se volvió un encendido debate y se materializó cuando el gobierno encabezado por Martín Vizcarra Cornejo disolvió el congreso, según él, bajo los alcances del artículo 134 de la Constitución Política del Perú¹. El citado artículo constitucional contempla una norma jurídica estructurada como un mandato definitivo (*definitivegebote*), se puede aplicar por subsunción. El supuesto de hecho es que se haya negado la confianza a dos Consejos de Ministros, la consecuencia jurídica es la activación de la potestad del Presidente de la República para disolver el Congreso. Pero esta norma que parece tan clara, se mostró controvertida al momento de ser aplicada por el Poder Ejecutivo en 2019.

Ocurrió que el Ejecutivo planteó la cuestión de confianza, tras haber presentado el Proyecto de Ley 4847-2019-PE por el cual pretendía modificar el mecanismo para la elección de los jueces del Tribunal Constitucional. El proyecto de ley presentado debía ser atendido conforme al procedimiento parlamentario para su aprobación. Pero antes de ello y antes de aprobar o no la cuestión de confianza presentada por el poder Ejecutivo, el Congreso de la República eligió a uno de los miembros del Tribunal Constitucional, el jurista Gonzalo Ortiz de Zevallos. Era evidente que el Ejecutivo con su proyecto de ley quería evitar que el Congreso eligiera a los miembros del Tribunal Constitucional, y era también evidente que presentó cuestión de confianza para presionar en la aprobación de este proyecto de ley. Ante la conducta del Parlamento que abiertamente contradecía sus intenciones, el Presidente de la República entendió que estábamos ante una “denegatoria fáctica” de la cuestión de confianza y procedió a disolver el Parlamento. Mientras esto ocurría, en la sede del Congreso de la República se otorgaba la confianza al gabinete ministerial que presentó la cuestión de confianza, encabezado por el premier Salvador Del Solar. Poco tiempo pasó para que las fuerzas armadas

¹ Art. 134 de la Constitución Política del Perú de 1991: “El Presidente de la República está facultado para disolver el Congreso si éste ha censurado o negado su confianza a dos Consejos de Ministros. El decreto de disolución contiene la convocatoria a elecciones para un nuevo Congreso. Dichas elecciones se realizarán dentro de los cuatro meses de la fecha de disolución, sin que pueda alterarse el sistema electoral preexistente. No puede disolverse el Congreso en el último año de su mandato. Disuelto el Congreso, se mantiene en funciones la Comisión Permanente, la cual no puede ser disuelta. No hay otras formas de revocatoria del mandato parlamentario. Bajo estado de sitio, el Congreso no puede ser disuelto”.

rodearan el edificio parlamentario y siguiendo la línea trazada por su jefe supremo. Para los anales de la historia quedaría que los parlamentarios atrincherados en el congreso, vacaron al presidente Martín Vizcarra e incluso juramentaron como nueva presidenta a Mercedes Araoz Fernández.

Como era de esperarse, los miembros del parlamento supuestamente disuelto entendían que el acto realizado por el presidente Vizcarra era completamente nulo, e incluso algunas voces hablaron de un golpe de Estado. En una situación tan singular, el llamado a resolver los conflictos de competencias entre poderes del Estado era nuestro querido Tribunal Constitucional. A semejante encrucijada se enfrentó el tribunal constituido por los magistrados Ledesma, Ferrero, Miranda, Blume, Ramos, Sardón y Espinoza-Saldaña en el Exp. N° 0006-2019-CC/TC cuya sentencia fue emitida el día 09 de enero de 2020 con el título “Caso sobre la disolución del Congreso de la República”. La votación arrojó un resultado en contra del demandante declarando por mayoría infundada la demanda competencial interpuesta por Pedro Carlos Olaechea Álvarez-Calderón en su condición de presidente de la Comisión Permanente del Congreso de la República contra el Poder Ejecutivo. Cuatro de los siete magistrados del TC arrojaron este resultado mientras que los otros tres, es decir casi la mitad, pensaba exactamente lo opuesto.

La sentencia recaída en el Exp. N° 0006-2019-CC/TC entendió que a pesar que expresamente el congreso otorgó la confianza al gabinete de Salvador Del Solar, sus hechos demostraron que negaban la cuestión de confianza al no haberle dado preferencia a la votación de la cuestión de confianza en la agenda del día y por no haberle hecho caso en su ley para modificar el proceso de selección de los miembros del TC. Si el artículo 134 de la Constitución recoge el supuesto de disolución si y solo si hay una denegatoria consecutiva de la confianza en el gabinete ministerial, asumir que esa denegatoria puede ser deducida por una suerte de *per facta concludentia*, implicaba asumir que el texto constitucional recogía también esa figura. El TC dijo algo que la constitución no señalaba expresamente. Contra esa resolución ya no hay más recursos en el orden interno y muy difícilmente encontrará eco en las cortes internacionales. El TC se vuelve la última palabra sea o no sea

acertada su decisión. Con ello se ve, ya no solo en teoría, sino en un caso real, como el TC impone a nivel constitucional lo que la mayoría de sus miembros, ni siquiera todos de modo unánime, creen que es la Constitución e incluso agregan contenido a su texto literal.

La capacidad de decir qué es y qué no es la norma fundamental, incluso en lo que respecta a las competencias de un poder del Estado que desaparece a otro, pone de relieve el riesgo de un tribunal que configura una y otra vez al Estado y a los derechos fundamentales según su leal saber y entender. En este escenario, la supuesta garantía que ofrecía una constitución escrita también pareciera desaparecer bajo el cambiante humor de los miembros del TC de momento. Con semejante poder, se puede entender, y ahora sí regresamos a supuestos teóricos, que cualquier día el TC puede llegar a entender que la persona es un ser humano racional y por tanto los seres humanos menores de 4 años que aún no tienen uso de razón. Podría decir que, por lo tanto, no son seres humanos en sentido estricto y no gozan de derechos los niños entre los 0 y los 4 años menos un día.

Esto no es cosa nueva, el arbitrio del juzgador como texto final y real de la norma es algo de lo que ya nos hablaba el juez Hughes “nosotros estamos bajo una Constitución, pero la Constitución es lo que los jueces dicen que es” (Landa Arroyo, 2006, pág. 59). Claro está que la afirmación del magistrado Hughes no causaba mucho furor en la tradición jurídica del *common law*, pero la capacidad de crear derecho constitucional allí donde la norma escrita no dice nada expresamente (Castillo Córdova, 2008b), no puede ser menos que un desafío y un replanteamiento de cómo se entiende el sistema jurídico en el sistema en los sistemas de *civil law*. En palabras del profesor Böckenförde: “[l]a Constitución se reduce a un edificio formal que brinda entrada, sucesiva y coordinadamente, por la puesta de su interpretación, a muy diferentes, también heterogéneas, ideas del ordenamiento, sin ser portadora ella misma de tal cosa” (Böckenförde, 1993).

En esta línea argumentativa y coincidiendo con el juez Hughes, si el Tribunal Constitucional puede decir qué es y que no es la Constitución, entonces

parece que realmente quien determina su contenido es este alto intérprete y no su texto literal². Esto viene refrendado por lo que sí el texto expreso del artículo 201 de la Constitución Política del Perú que asigna a este órgano su control y le asigna competencia para conocer en última instancia las garantías constitucionales conforme al artículo 202 de la misma norma fundamental. Con ello, se ha establecido un órgano jurisdiccional con capacidad para controlar al Estado mismo en su dinámica jurídica (Castillo Córdova, 2008b).

Pero si el Tribunal Constitucional puede decir cuando quiera cómo debe ser y qué puede hacer cada uno de los poderes del Estado, en el fondo “se les estará negando la posibilidad de ejercer la cuota de poder político que constitucionalmente tienen asignado, es decir, se le negará la posibilidad de gobernar. El *Gobernante*, querido o no, terminaría siendo el Tribunal Constitucional, porque el ejercicio del poder se realizaría siempre no según los cauces o según el marco que la Constitución ha establecido, sino según las concretas especificaciones que finalmente determine el Tribunal Constitucional” (Castillo Córdova, 2008b, pág. 83). Estaríamos frente a un poder, elegido por el poder (el Congreso), capaz de controlar a todos los poderes. Recordando al leviatán de Hobbes, este fue partido en tres para que no sea tan poderoso. Pero ahora resulta, que el Tribunal Constitucional es una suerte de segundo leviatán capaz de dominar al primero.

1.6. En defensa de la justicia constitucional

² Con el esto el Tribunal Constitucional estaría dando sobre honores a la definición etimológica de intérprete que proviene de la preposición del latín “*inter*”, es significa “entre”, y la preposición igualmente del latín “*praeter*”, que significa “más allá”. Intérprete es el que se encuentra entre alguien o algo y lo que está más allá de ese algo o alguien. De esta manera el intérprete es un medio para que aquel conozca o tenga contacto con aquello. En el caso del Tribunal Constitucional ese algo que está más allá es la Constitución, ese alguien somos nosotros y él está en medio. De tal forma que solo podemos conocer y llegar a la Constitución por medio de él y en la medida que él quiere.

Hay algo que no solo es cierto, sino que es deseable en tanto nos encontremos en un Estado Constitucional. Todo tiene que tener un fin, y la determinación del derecho constitucional, no es la excepción. Si bien los derechos fundamentales por su estructura abierta e imprecisa requieren de un esfuerzo adicional en la determinación de su contenido (Castillo Córdova, 2007), también es cierto que esa interpretación debe acabar en algún momento. Esa interpretación en última instancia está asignada al Tribunal Constitucional. Pretender que la norma fundamental sea objeto de interminables interpretaciones hasta el infinito sería lo mismo que predicar su inexistencia o inutilidad.

En Estados Unidos esto se predica con lo desarrollado por el juez Marshall en el emblemático caso *Marbury vs. Madison*, por el cual se entendía que lo dicho por la Corte Suprema interpreta la Constitución y por tanto controla su aplicación en última instancia, la llamada *judicial review* (*William Marbury v. James Madison*, 1803). Esto se puede verificar en tanto las resoluciones del Tribunal Constitucional no son ni siquiera impugnables ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pues para acudir a dicha corte, no se puede invocar una violación a la constitución peruana sino que se tiene que identificar una violación a la Convención Americana de Derechos Humanos (Castillo Córdova, 2008b).

Ernst Forsthoff y Ernst-Wolfgang Böckenförde fueron ácidos críticos de la teoría de los derechos fundamentales que conciben a la Constitución como norma jurídica directamente aplicable y con preponderancia frente a cualquier otro derecho. En efecto, pareciera que todo pudiera ser tramitado por vía constitucional. Porque “si la Constitución es considerada como la base del entero ordenamiento jurídico, entonces, todas las cuestiones con relevancia jurídica que pueden presentarse podrán ser reconducidas siempre a la Constitución” (Castillo Córdova, 2008b, pág. 41). Para los dos autores citados al inicio del párrafo, nos encontramos ante un riesgo de sobreconstitucionalización del ordenamiento jurídico (Alexy, 2004).

El primero de los mencionados, Fosthoff, sostiene que considerar a la Constitución como una norma fundamental superior a la demás directamente aplicable, hace que el resto del ordenamiento esté demás, siendo que la norma fundamental viene ser “el huevo jurídico originario del que surge todo. El segundo, Böckenförde, sostiene en una línea similar que los derechos fundamentales entendidos como principios no dejan margen de acción al poder legislativo y por tanto los intérpretes y operadores del derecho estarían en capacidad de anular los márgenes de acción constitucionalmente previstos al Poder Legislativo (Alexy, 2004).

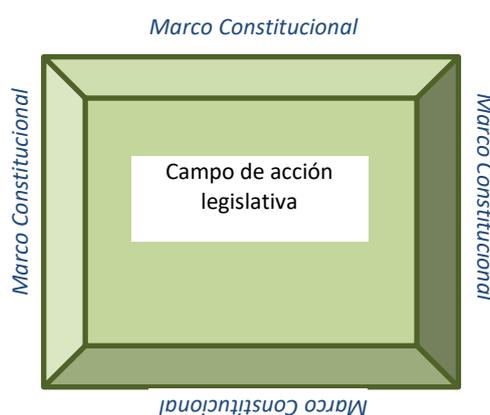
En suma, y en concordancia con muchos juristas que no entienden el fenómeno constitucional contemporáneo, si todo el ordenamiento debe estar de acuerdo a la constitución, y todo finalmente puede ser aplastado por la interpretación constitucional que realizan los jueces constitucionales de toda otra norma inferior, entonces basta con tener una única norma: la Constitución. De decirnos qué es y cómo se aplica, se encargarán los jueces en su momento. Lo demás vendría a ser inútil pues ante cualquier problema jurídico, miramos a la constitución, la interpretamos en el caso concreto y obtenemos una norma aplicable. Con ello el legislador ya no tendría en sus manos el deber de determinar el derecho, sino que el constituyente habría asignado esa labor a los jueces. Si alguna vez el legislativo usara sus facultades, sus leyes serían algo así como una norma provisional que existe por cuanto y en tanto los jueces constitucionales la toleren. Una total inversión del modelo estatal de Montesquieu, donde el Poder Judicial ha pasado de ser la boca muera de la ley, a ser la última palabra del Estado.

Si la teoría de derechos fundamentales dejase sin espacio de actuación al legislativo, postergándolo a labores netamente administrativas como la aprobación del presupuesto, y esto con suerte, la teoría de derechos fundamentales se encontraría herida de muerte (Alexy, 2004). Cuando Alexy señala que de tener razón sus críticos, la teoría de derechos fundamentales habría fracasado, está implícitamente señalando que el rechaza la sobreconstitucionalización del ordenamiento que algunos podrían creer posible. A entender del profesor de Kiel, las facultades constitucionalmente

otorgadas a los poderes del Estado no han caído en desuso, sino que los derechos fundamentales tienen su propio radio de acción. Así es como para definir el alcance de la acción directa de los derechos constitucionales propone “[l]a metáfora del marco” (Alexy, 2004).

Para Alexy “el marco es lo que está ordenado y prohibido. Lo que se confía a la discrecionalidad del Legislador, o sea, lo que no está ordenado ni prohibido, es aquello que se encuentra en el interior del marco. Así, lo discrecional define el margen de acción del Legislador” (2004). Si las facultades del poder legislativo están demarcadas por aquello que la Constitución no ha mandado ni prohibido, se puede entender que aquello que está regulado, pero no definido, constituye sobre lo que puede versar la actividad legislativa. Así, “[l]o que está ordenado por la Constitución es constitucionalmente necesario; lo que está prohibido por la Constitución es constitucionalmente imposible y lo que la Constitución confía a la discrecionalidad del Legislador es tan solo constitucionalmente posible, porque para la Constitución no es necesario ni imposible” (Alexy, 2004).

Si quisiéramos graficar la metáfora del marco, tendríamos algo como esto:



La explicación del alcance de los derechos fundamentales mediante la metáfora del marco, la podemos ver no solo en teoría, sino que la podemos

ilustrar de cara a la realidad. La Constitución peruana prevé en el inciso “f” del inciso 24 de su artículo 2 que nadie puede ser detenido si no es por mandato judicial o en caso de flagrancia por un máximo de 48 horas salvo que se trate de delitos de espionaje, tráfico ilícito de drogas, terrorismo u organizaciones criminales en cuyo caso el plazo máximo es de 15 días. Como se puede ver, la constitución *prohíbe* que la detención en flagrancia exceda de 48 hora o de 15 días, según sea el caso. Ha hecho una regulación expresa del plazo máximo de detención en flagrancia. Toda la actividad legislativa es incapaz de exceder esos plazos que constituyen un marco límite de acción para la actividad legislativa. Simple y llanamente no puede haber una ley que establezca, por ejemplo, un plazo de detención en flagrancias de 30 días para los casos de tráfico ilícito de drogas cometido por una organización criminal. Sin embargo, la Constitución nada dice sobre el plazo máximo de la prisión preventiva. Al respecto la norma fundamental solamente señala que, en casos distintos a la flagrancia, la detención solo puede ampararse en una decisión judicial, y el auto que resuelve una prisión preventiva es una resolución judicial. Cuando el juzgador emite la orden de prisión preventiva, se cumple el supuesto constitucional para que se prive de la libertad a esa persona, pero la duración de esa medida no está contemplada en la norma fundamental. Ese extremo de la decisión judicial, no está regida por la Constitución, pues nada dice sobre ello, sino que es parte del margen de acción reservada al legislador. El plazo de la prisión preventiva está dentro del marco constitucionalmente establecido; por lo tanto, puede y debe ser regulado por el poder legislativo. En el caso peruano, nuestro amado poder legislativo, ha señalado plazos de prisión preventiva que puede llegar a los 3 años que están recogidos en el artículo 272 Nuevo Código Procesal Penal. Efectivamente, en el Perú una persona puede estar en la cárcel sin sentencia durante 3 años y es algo perfectamente legal.

Si nuevamente graficáramos la aplicación de la metáfora del marco, obtendríamos algo así:



Si quisiéramos ver un ejemplo de algo no prohibido sino de algo *regulado* por la constitución, podemos tomar de ejemplo el artículo 27 de la Constitución que prevé la protección del trabajador contra el despido arbitrario. Sin embargo, cómo es que la Constitución cumple esa promesa, no es sino mediante el desarrollo legislativo. De este modo, el campo de acción de la norma fundamental se agota en el reconocimiento del derecho al despido arbitrario, pero los supuestos específicos vendrán definidos por la norma legal desarrollada por el Congreso.

A la luz de la metáfora del marco, podemos asignar a la norma fundamental un campo de acción propio cualitativo, definido por un contenido propio y no solo por un grado de intensidad. Mediante esta explicación, se logra determinar que la Constitución no eclipsa a la ley sino que la encuadra dentro de unos límites. De allí que “[u]na Constitución es un orden fundamental cualitativo o sustancial si mediante ella se deciden asuntos fundamentales para la comunidad” (Alexy, 2004, pág. 31). En efecto, la norma constitucional vista desde esta perspectiva logra reclamar coherentemente un espacio supremo propio, que respeta el margen de acción de las normas de inferior jerarquía, pero siempre preservando en su texto aquellos mandatos y prohibiciones de extrema importancia para el orden jurídico.

A entender de Alexy, el espacio libre que hay entre lo que la Constitución no prohíbe ni ordena se denomina margen de acción estructural del Legislador

(Alexy, 2004). Dichos márgenes vienen a ser de tres tipos: a) el margen para la fijación de fines, que permite (no obliga) al legislador intervenir en porque la norma fundamental ha dado razones para hacerlo o no define las razones por las cuales se puede legislar; b) El margen para la elección de medios, aparece cuando la Constitución señala que el legislador debe regular un determinado derecho pero no le dice cómo hacerlo, dándole libertad para elegir los medios; c) El margen para la ponderación, que es el espacio de acción legislativa que aparece después de realizar un examen de ponderación o proporcionalidad de dos derechos fundamentales que aparecen como opuestos entre sí (Alexy, 2004).

La exposición que aquí se ha hecho levantando las críticas formuladas a la teoría de los derechos fundamentales como normas estructuradas como principios, era algo extremadamente necesario porque toda la teoría sobre derecho procesal constitucional actual presupone la existencia de derechos fundamentales y que estos están estructurados como principios (Castillo Córdova, El Tribunal Constitucional y su dinámica jurisprudencial, 2008b). Solo con la explicación de la metáfora del marco podemos entender que se ha salvado la estructura básica de la división del poder Estatal, resguardando márgenes de actuación del Legislativo en las que su poder se puede manifestar efectivamente. Con ello “la determinación del contenido de la ley es una competencia positiva que la decide el legislador bajo criterios constitucionales, materia propia de la reserva de ley” (Landa Arroyo, 2006, pág. 69) se mantiene plenamente vigente. En este punto, al mantenerse vigente la especial configuración de los derechos constitucionales bajo la forma de principios, la competencia material de órganos jurisdiccionales especialmente diseñados para su salvaguarda, se ve fortalecida.

Sin embargo, el levantamiento de las observaciones relacionadas con la sobreconstitucionalización del ordenamiento jurídico, no logra resolver aquellos problemas emanados del riesgo de la dictadura del Tribunal Constitucional. Si bien se ha definido que el legislador mantiene pleno ejercicio de sus facultades bajo la teoría de los principios, no se ha logrado determinar que aquellos problemas estrictamente constitucionales, como por

ejemplo de los que atañen al contenido constitucionalmente protegido, sigan siendo asuntos en los que su supremo intérprete se pueda mostrar arbitrario y hasta caprichoso.

En este sentido, “[l]os derechos fundamentales constituyen límites materiales que no pueden ser sobrepasados por el Tribunal Constitucional” (Landa Arroyo, 2006, pág. 65). No obstante, si aún tenemos la imposibilidad de impugnar las decisiones del Tribunal Constitucional a pesar que pudieran ser materialmente inconstitucionales por contravenir la esencia de lo que es la Constitución. Lo que dice el Tribunal Constitucional es siempre formalmente constitucional porque la misma norma fundamental le asigna la labor de comisionado mayor, pero aquello que determina no necesariamente será materialmente constitucional pues los jueces constitucionales no son infalibles (Castillo Córdova, 2008b). Ante esta problemática, la única solución que existe es el autocontrol y eventual autocorrección de las decisiones del Tribunal Constitucional (Castillo Córdova, 2008b). Como no hay modo de impugnar la interpretación constitucional que dicho alto tribunal realiza, solo sus mismos tribunales o sus sucesores³, deben corregir aquellas situaciones en los que se haya emitido un fallo materialmente inconstitucional y por tanto erróneo.

Este fenómeno de autocorrección no es netamente teórico, sino que ha tenido ocasión de verse en vivo y en directo en nuestro querido Perú con respecto a la consecuencia jurídica que debía tener el plazo razonable cuando era violentado. El Tribunal Constitucional en la sentencia del caso Chacón Málaga 3509-2009-PHC/TC, sostuvo que la consecuencia jurídica de vulnerar el plazo razonable era que se excluyera del proceso al procesado que vio vulnerado este derecho; este criterio fue variado en la sentencia recaída en el caso Indacochea Villavicencio tramitado en el EXP. N° 2495-2010-PHC/TC, en la cual la consecuencia jurídica de la vulneración al plazo razonable ya no fue la inmediata exclusión de la procesada, sino el apercibimiento al órgano jurisdiccional de sobreseer la causa si es que no se emitía la sentencia correspondiente; finalmente, ya en la sentencia recaída en el caso Arce Paúcar

³ Los magistrados del TC no son vitalicios.

tramitado en el EXP. N° 295-2012-PHC/TC, se determinó que la consecuencia jurídica de vulnerar el plazo razonable es obligar al órgano jurisdiccional a emitir la resolución correspondiente en un plazo determinado.

En esta línea jurisprudencial se aprecia que el Tribunal Constitucional ejerció un autocontrol en su propia jurisprudencia. Por eso varió su interpretación constitucional respecto a la consecuencia jurídica de la violación al plazo razonable hasta en tres momentos claramente identificables:

- En un primer momento entendió que la vulneración al derecho a ser juzgado en un plazo razonable, era la exclusión del procesado.
- Posteriormente se corrigió atemperando su posición, señalando que la resolución injustamente demorada debía ser expedida bajo apercibimiento de excluir (sobreser) la causa.
- Finalmente, el supremo intérprete de la norma fundamental señaló que la exclusión o el sobreseimiento de la causa no son la consecuencia jurídica de la vulneración del plazo razonable, sino simplemente que se obligue al órgano jurisdiccional a emitir la resolución injustamente demorada en un plazo determinado.

Este autocontrol, tan propio de un sistema constitucional contemporáneo que cuenta con un supremo intérprete, también ha sido advertido por el profesor Alexy. El citado académico nos dice que “[e]n el marco de la teoría del discurso, esta prioridad sólo se puede justificar mostrando que la argumentación del tribunal constitucional, digamos, el discurso *iusfundamental* que allí se efectúa, se aproxima más a los ideales discursivos que el respectivo proceso de formación política de la voluntad que condujo a la ley que se examina en dicho discurso *iusfundamental*. Un contenido ideal más fuerte en el discurso jurídico-constitucional resulta preciso tanto si uno propugna ‘un autocontrol del legislador organizado a modo de tribunal’” (Alexy, 2010).

En este punto cabe detenernos en que Alexy señala que la teoría del discurso es una pieza clave para poder entender la dinámica del Tribunal

Constitucional. En efecto, en la Teoría de la Argumentación Jurídica del profesor de Kiel, este nos explica ampliamente cómo es que los operadores del derecho forman parte de un enorme auditorio ideal, dentro del cual se comunican mediante un discurso de naturaleza jurídica. Este autor nos explica una serie de reglas que rigen al diálogo que se realiza entre los operadores del derecho y en general con todos aquellos que ingresan a temas jurídicos (Alexy, 1997). En palabras muy sintéticas, el discurso jurídico alcanza a todos aquellos que participan en la dinámica del Derecho. Qué duda puede haber, en cuanto el Tribunal Constitucional es uno de los interlocutores más prominentes en este escenario. Por ello es que tiene una vocación correctora mediante la cual con su palabra organiza de modo incuestionable la realidad jurídica constitucional del Estado. Y bajo esta lógica, es que solo él como última voz autorizada, puede variar esa realidad previamente establecida (Alexy, 2010). Por eso es que Böckenförde recuerda que el Tribunal Constitucional es el llamado a preservar cómo último bastión los principios más elementales de la sociedad cuando esta ya no encuentra el camino o se desvía del mismo en sus representantes legislativos (Böckenförde, 2000).

A este sistema de autocontrol se puede añadir una válvula de escape más que ya no reside en las decisiones mismas de los tribunales sino más bien en la dinámica democrática que los coloca en esa posición. En efecto, Schauer señala que nosotros, todos los ciudadanos con derechos civiles, hacemos valer las reglas constitucionales mediante la censura o aprobación de las decisiones adoptadas por los jueces encargados de la interpretación *iusfundamental* (Schauer, 2016) ¿Pero cómo si nosotros no tenemos capacidad para revocar o anular sus decisiones? Efectivamente, sus decisiones no, pero su nombramiento sí. En el caso peruano, los miembros del TC ejercen su cargo durante cinco años y son nombrados por el Congreso de la República conforme al artículo 201 de la Constitución Política del Perú. En este sentido, si la ciudadanía nombra a los congresistas y estos a su vez nombran a los miembros del TC, se puede entender que la voluntad popular representada por los parlamentarios pondrá como tribunales a aquellos que se alineen mejor con el criterio más aceptado por la sociedad.

2. Los procesos constitucionales

Como se puede apreciar, la justicia constitucional puede adoptar diversas formas que tienen por finalidad dotar de plena vigencia y eficacia a los derechos fundamentales. Del mismo modo, el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva exige un trato diferenciado en el procedimiento según el tipo de derecho a tutelar. No es lo mismo pedir tutela jurisdiccional efectiva para la reivindicación de un carro, que la petición de tutela jurisdiccional efectiva por una detención arbitraria.

“Dada la importancia que adquieren los derechos fundamentales para la vigencia de un Estado y el desarrollo de los seres humanos en tanto su fin último, es menester reconocer, [...] una serie de mecanismos y canales procesales a través de los cuales los ciudadanos pueden encontrar protección cuando consideren que sus derechos [fundamentales] vienen siendo amenazados o lesionados. Precisamente para evitar que el reconocimiento de los derechos [fundamentales] sea mera retórica, en tanto su lesión puede devenir finalmente en irreparable y el agraviado no tener a mano mecanismos que satisfagan su requerimientos, los diferentes instrumentos internacionales de protección a los derechos humanos de los cuales el Perú es parte han recogido el derecho de toda persona a un recurso sencillo, rápido y efectivo; y con contrapartida, la obligación de todo Estado de así contemplarlo” (Donayre Montesinos, 2005, págs. 63-64).

Ante exigencias diferentes, el Derecho procesal que tiene como pilar fundamental el derecho humano a la tutela jurisdiccional efectiva, tiene la obligación de generar un trato adecuado. En este sentido tenemos que:

“El derecho procesal –porque no puede contentarse con único procedimiento y una única forma de tutela– no es algo *indiferente* a la naturaleza de los intereses en conflicto, y así <<no es correcto hablar de *neutralidad*>>, cuando de la previsión de procedimientos idóneos para proporcionar formas de tutelas jurisdiccionales adecuadas a las necesidades de los casos concretos depende de la existencia, o la forma en que existe el propio derecho sustancial” (Marinoni, 2007, págs. 48-49).

En consecuencia, la naturaleza de los derechos fundamentales como básicos para el desarrollo de la persona en sociedad, cuando son afectados en su contenido constitucionalmente protegido exigen mecanismos procesales especializados para lograr su protección de modo eficaz.

2.1. La relevancia de los procesos constitucionales

Si los derechos fundamentales son norma jurídica, es obvio que pueden ser invocados para su directa aplicación al interior de cualquier tipo de proceso judicial. La fuente de derecho por antonomasia es la norma escrita, y si la constitución es norma, obviamente es fuente de derecho que puede sustentar una pretensión. La Constitución puede ser invocada como se invoca cualquier ley o reglamento. En esta línea argumentativa se puede afirmar que “*teóricamente no es indispensable la creación de procesos específicamente destinados a la aplicación de la Constitución, ya que –por ese carácter supremo y primario– es de obligatoria observancia en todo proceso*” (Castañeda Otsu, y otros, 2004). Lo mismo que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional puede ser invocada como cualquier casación de la Corte Suprema. De hecho, esta fue la base del razonamiento de la Corte Suprema norteamericana en el caso de Marbury versus Madison. Naturalmente por un tema de jerarquía normativa, quien logra demostrar que la norma fundamental

es base de su petición resultará triunfador de la contienda (Castañeda Otsu, y otros, 2004).

Seamos claros en que no sostenemos que la mera invocación de la norma fundamental garantiza el éxito, sino que aquellos casos en donde se invocara a la Constitución y realmente hay una violación al contenido constitucionalmente protegido de un derecho en ella contenido. Ante ello “hay una conciencia que los bienes y las personas merecen tratamiento diferenciado *y así asume importancia la tutela específica y, consecuentemente, la forma procedimental capaz de proporcionarla*” (Marinoni, 2007, pág. 56).

De esta manera, se evidencia que la necesidad, es decir procedimientos especialmente diseñados solo para atender casos de violación del contenido constitucionalmente protegido de derechos fundamentales, a pesar de no ser una fórmula obligatoria (Castañeda Otsu, y otros, 2004). La existencia de estos procedimientos especializados son una decisión del legislador (Castillo Córdova, 2006b) que hace eco del derecho humano de todo detenido, en el caso del *habeas corpus*, a recurrir ante un juez para que determine la legalidad de su detención conforme al inciso 6 del artículo 7 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

No obstante, obsérvese que este presupuesto procesal de validez que atañe a la competencia material del juzgador (Vilela Carbajal, 2007) por existir un procedimiento específicamente diseñado para la protección de la libertad individual (Castillo Córdova, 2006a), no se predica de los demás derechos humanos. En otras palabras, de la citada norma internacional, solo se podría exigir que exista el proceso de *habeas corpus*, pero no necesariamente el amparo. Sin embargo, aquí entra el marco de acción del legislador que, para facilitar la tutela jurisdiccional efectiva contenida en la norma fundamental, genera procesos constitucionales que protegen a todo derecho fundamental distinto además del derecho a la libertad individual. De hecho, esa es la razón por la cual la redacción del artículo 44 del Nuevo Código Procesal Constitucional describe 27 derechos fundamentales objeto de protección

mediante el proceso de amparo, y en su inciso final, el inciso 28, señala que también son objeto de protección mediante amparo “[l]os demás que la Constitución reconoce”. Como se puede apreciar, el legislador ha dotado al proceso de amparo de un carácter residual, le ha dado capacidad de defender cualquier derecho que no esté expresamente protegido en el listado del artículo 25 del cuerpo normativo antes citado.

Claro está que la existencia de procesos constitucionales simplifica, al menos en teoría, la administración de justicia en aquellos casos en donde la persona ve violados sus derechos más elementales. Pero para poder tener una real imagen de por qué se necesitan o por qué la creación de procesos constitucionales es algo positivo, tenemos girar la vista a los fines que ellos persiguen.

2.2. Finalidad de los procesos constitucionales

Como ya se ha mencionado líneas arriba, el reconocimiento del carácter directamente vinculante de los derechos fundamentales, hace que sus titulares tengan la posibilidad de invocarlos como sustento de sus pretensiones (Landa Arroyo, 2004). En una línea similar, el profesor Gozaíni señala respecto al control concentrado y difuso, que “[l]a diferencia con el sistema difuso aparece con las normas que se dictan creando procesos especiales para cuestionar la acción lesiva del Estado o de particulares, dando herramientas especiales para provocar la actuación constitucional” (Gozaíni, 2006). Esas herramientas especiales dan lugar a una competencia material nueva, una competencia especializada, por los derechos que en su seno han de discutirse (Castañeda Otsu, y otros, 2004). Pero esa vocación de protección *iusfundamental* tiene necesariamente que venir acompañada de una diferencia adicional en la estructura del procedimiento a seguir (Castillo Córdova, Comentarios al Código Procesal Constitucional. Tomo I. Título

Preliminar. Disposiciones Generales, 2006b). Tales procedimientos, si tienen por finalidad la protección de derechos fundamentales, tendrán como consecuencia hacer que cese la amenaza o el reestablecer las cosas al estado anterior a la violación del derecho fundamental (Castillo Córdova, 2008a), lo que además deberá ser garantizado con una especial celeridad y sencillez no predicada para otro tipo de pretensiones (Gozaíni, 2006). Opinión con la que también coincide nuestro Tribunal Constitucional⁴.

Como no podía ser de otra manera, en el Nuevo Código Procesal Constitucional, desde el artículo II de su título preliminar se señala que: “Son fines esenciales de los procesos constitucionales garantizar la vigencia efectiva de los derechos constitucionales reconocidos por la Constitución y los tratados de derechos humanos; así como los principios de supremacía de la Constitución y fuerza normativa”. Como se puede apreciar, una expresión legislativa del fundamento dogmático de esta institución.

3. El objeto de protección de la justicia constitucional: contenido constitucionalmente protegido de los derechos constitucionales

A estas alturas del presente trabajo, el lector ha escuchado múltiples referencias a los derechos fundamentales y cómo es que ellos generan una competencia material especializada. Conviene en este punto establecer una definición de estas normas jurídicas:

“Los derechos fundamentales son derechos que han sido establecidos en una Constitución con la intención de transformar a los derechos humanos en derecho positivo –la intención, en otras palabras, es la de

⁴ Exp. N° 2064-2004-AA/TC, F. J., 31.

positivizar los derechos humanos. Los derechos humanos son derechos morales, universales, fundamentales, abstractos y que tienen prioridad sobre las demás normas. Sin embargo, los derechos existen si estos son válidos. La validez de los derechos humanos en tanto derechos morales reside en su fundamentabilidad y exclusivamente en ella". (Alexy, 2011, pág. 50).

Se ha hablado de la metáfora del marco mediante el cual se determina que la norma fundamental no ha desplazado ni destruido los márgenes de acción legislativa. Se ha señalado que los derechos constitucionales son directamente aplicables, y que aun así las norma infraconstitucionales siguen teniendo plena vigencia también, cada quien tiene su lugar. Incluso ya hemos adelantado algunas dudas que han surgido durante el desarrollo de la teoría constitucional contemporánea. Los derechos fundamentales efectivamente son directamente aplicables y son protegibles mediante procesos especializados que vienen a ser los procesos constitucionales y, dentro de ellos, especialmente por los procesos constitucionales de la libertad que vienen a ser el amparo y el *habeas corpus*.

Pues bien, en este apartado hemos de identificar cuando nos encontramos ante el llamado contenido constitucionalmente protegido que puede ser sustento de una demanda constitucional. La importancia de determinar el contenido constitucionalmente protegido es fundamental para la correcta práctica jurídica y para el correcto funcionamiento de la justicia constitucional.

Fijémonos que el artículo 1 del Nuevo Código Procesal Constitucional hace referencia derechos constitucionales como objeto de protección sin hacer mayor precisión al respecto. Sin embargo, en el inciso 1 del artículo 7 del mismo texto normativo, se señala como causal de improcedencia de la demanda, el que el petitorio no esté referido al Código Procesal Constitucional de un derecho invocado. Esto significa que existen demandas que deben ser declaradas liminalmente improcedentes debido a que invocan se sustentan en el contenido constitucionalmente no protegido del derecho fundamental. De allí que necesariamente el legislador entendía que hay un contenido

constitucionalmente protegido y un contenido constitucionalmente no protegido. Una construcción de esta naturaleza inmediatamente obliga a concebir como mínimo dos tipos de contenido de los derechos fundamentales: uno que goza de protección constitucional y uno que tendría que ser defendido en el fuero común.

El contenido de los derechos fundamentales puede ser explicado a partir de tres teorías: la teoría absoluta, la teoría relativa y la teoría armonizadora. A continuación, hemos de hacer una breve exposición de cada una de ellas para poder identificar cómo son los derechos constitucionales en cuanto a su composición. Una suerte de anatomía de los derechos fundamentales. Antes de iniciar dicha labor, hemos de precisar algo que podría causar alguna confusión al lector y por eso preferimos aclararla de una vez. Una cosa son los derechos fundamentales y otra cosa es la Constitución como un todo. Cuando expusimos la metáfora del marco del profesor Alexy, se hacía referencia a la Constitución como un todo, siendo que el marco que generaba su contenido (los derechos fundamentales) configuraba campos de acción legislativos al mismo tiempo que generaba líneas infranqueables dibujadas por el texto constitucional. Si diéramos un paso más en la metáfora planteada por el profesor de Kiel, tendríamos que decir que los derechos fundamentales son el material del que está hecho ese marco llamado Constitución Política. Para poder identificar cuando se toca ese marco construido por los derechos fundamentales, tenemos que saber cómo son estos y eso es lo que nos disponemos a hacer.

Resulta que cuando se comenzó a invocar a la norma fundamental dentro de procesos constitucionales, no solo apareció el problema que todo parecía pasible de ser analizado en sede constitucional⁵ tratando de hacer prevalecer un derecho constitucional frente a una norma legal, por ejemplo el debido proceso frente a un plazo legal excesivo; sino que también comenzaron a haber casos en donde ambas partes alegaban violación a sus respectivos derechos fundamentales contraponiendo unos y otros.

⁵ De esto ya se habló y superó cuando explicamos la metáfora del marco.

Como se puede apreciar de la práctica forense, hay casos en donde dos derechos fundamentales son invocados por las partes enfrentadas en un mismo proceso constitucional. El ejemplo más sencillo y claro son el derecho al honor frente al derecho a la libertad de expresión o al derecho de libertad de prensa, pero sin duda que hay muchos más casos, otro ejemplo podría ser el derecho a la libertad de empresa y el derecho a la educación, o el derecho al trabajo frente al derecho a desarrollarse en un ambiente saludable, entre muchos otros supuestos. Lo que todos tendrían en común es lo que pareciera ser dos derechos fundamentales en conflicto. Lo que normalmente pasa en un proceso ordinario, es que se analiza si una de las partes tiene derecho a algo que pretende frente a la otra que simplemente niega tal derecho. Por ejemplo, alguien que exige una deuda pecuniaria, no ve esgrimir a su contendor un derecho a no pagar la deuda, sino que el demandado que contradice la demanda señalara que simplemente la deuda no existe, ya sea porque ya fue pagada, ya sea porque simplemente el demandante no tiene título para exigir pago alguno. Lo mismo en el proceso penal, el procesado cuando es acusado de un delito, no se defiende señalando que tiene derecho a delinquir, sino que se defiende señalando que no ha existido delito, ya sea fáctica o jurídicamente.

Esta aparente pugna entre derechos fundamentales dio paso a lo que es la teoría conflictivista de los mismos. Como ya lo anuncia su nombre, esta teoría entiende que los derechos fundamentales están en constante expansión, sus titulares actúan amparándose en su contenido y eventualmente realizan un acto que colisiona con el derecho fundamental de otra persona entrando en conflicto los derechos de cada una de las personas involucradas (Castillo Córdova, *Derechos Fundamentales y Procesos Constitucionales*, 2008a). Para saber qué puede ocurrir cuando ocurre esta colisión y hay conflicto entre derechos fundamentales, existen esencialmente dos explicaciones: la teoría absoluta y la teoría relativa.

La teoría absoluta postula que los derechos fundamentales tienen un contenido homogéneo que se encuentra en expansión. De este modo, cuando

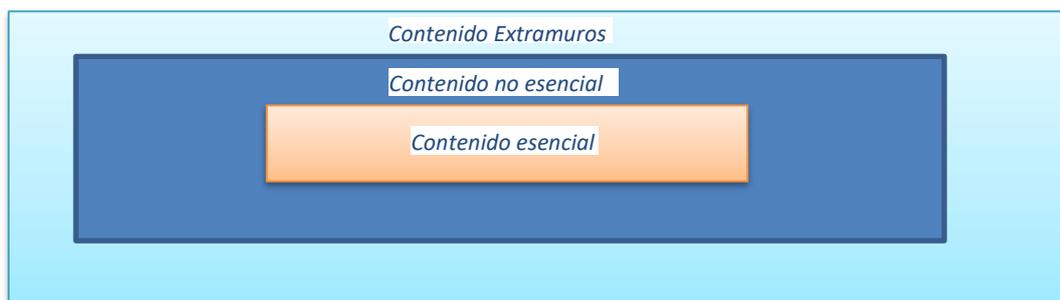
dos derechos fundamentales entran en conflicto, lo único que se tiene que hacer es ponderar en la situación concreta cual debe primar sobre otro. De esta manera, conforme a la teoría absoluta del contenido de los derechos fundamentales, que un derecho fundamental elimine al otro en el caso concreto depende únicamente de la ponderación que se puede hacer en ese momento (Alexy, Teoría de los Derecho Fundamentales, 1993). Para quienes encuentran esta teoría como la más adecuada suelen acudir a los supuestos extremos en los que pareciera que derechos fundamentales atávicos se ven completamente suprimidos en pro de un bien que en ese momento es preponderante. El ejemplo más notorio es el de la legítima defensa. Cuando una persona mata a otra, elimina por completo su vida, y no recibe ningún tipo de sanción por ello, el derecho fundamental de quien en vida fue el agresor pareciera verse totalmente suprimido. No quedó nada de su derecho a la vida, y tan cierto sería esto, que el derecho no hace reprensión alguna al agresor.

El problema con aceptar la teoría relativa, es que nos obliga a entender que los derechos fundamentales de la persona valen siempre y cuando no haya algo mejor que proteger. Esta concepción necesariamente nos llevará a también relativizar la dignidad humana que es la base de los derechos fundamentales. En un escenario así, estaríamos volviendo a una fase preconstitucional, con suerte, dado que al ya no haber derechos inherentes al ser humano por su sola condición de serlo, y volver a una concepción del ser humano como medio y no como fin en sí mismo, todo vale.

Pero no es el miedo lo que nos impulsa a descartar esta teoría, sino que es su incompatibilidad con los derechos humanos, que se entienden inalienables en una persona. Este postulado no ha perdido ningún tipo de vigencia, y procedemos a demostrarlo aún en el ejemplo más radical de la legítima defensa. Es cierto que cuándo una persona da muerte a su congénere por legítima defensa, no es sancionado, pero también es cierto que el Estado no busca con la legítima defensa eliminar la vida del atacante, lo que se busca es conjurar el peligro cierto e inminente que no podría haber logrado el atacado de otra forma en las circunstancias concretas.

El derecho es “solo un ‘*minimun ético*’, pero siempre justamente un *minimun ético*, de otra manera no sería tampoco derecho” (Bachof, 2008, pág. 48). Por tanto el derecho, cómo regla de convivencia mínima por debajo del cual no es posible la convivencia (Ollero Tassara, 2007), no es que niegue el derecho a la vida del agresor, sino que no castiga a quien no tuvo ninguna otra opción racional más que eliminarla. En este escenario el agresor seguía teniendo derecho a la vida, y tan cierto es esto, que si se detectara que quien ejerce la legítima defensa tenía otra opción racional para conjurar la agresión, sería castigado. Por lo tanto, lo que acontece es que el Derecho a la vida de esta persona agresora nunca dejó de existir, pero en el momento en que fue objeto de una legítima defensa, es tutelado bajo las exigencias propias de las circunstancias excepcionales de esta institución.

Por otro lado, tenemos a la teoría relativa, esta es una suerte de visión atemperada de la teoría absoluta. Según esta teoría, los derechos fundamentales tienen un contenido esencial, un contenido no esencial y un contenido extramuros. El contenido esencial es aquello inmutable e inquebrantable de todo derecho fundamental y que jamás puede ser eliminado. El contenido no esencial viene a ser una parte que el legislador puede haber moldeado dando mayor o menor alcance al derecho fundamental frente a otros derechos fundamentales. Finalmente se sostiene que existe un contenido extramuros de los derechos constitucionales que son manifestaciones de su mandato de optimización pero que son de configuración legal, es decir, todas las leyes inspiradas en un derecho fundamental. Tratando de graficar esta teoría, un derecho fundamental se vería más o menos así:



Esta tesis fue seguida por el TC en el EXP N° 1417-2005-AA/TC, caso Anicama Hernández, señalando lo siguiente:

“20. Tal como refiere Manuel Medina Guerrero, “en cuanto integrantes del contenido constitucionalmente protegido, cabría distinguir, de un lado, un contenido no esencial, esto es, claudicante ante los límites proporcionados que el legislador establezca a fin de proteger otros derechos o bienes constitucionalmente garantizados, y, de otra parte, el contenido esencial, absolutamente intangible para el legislador; y, extramuros del contenido constitucionalmente protegido, un contenido adicional formado por aquellas facultades y derechos concretos que el legislador quiera crear impulsado por el mandato genérico de asegurar la plena eficacia de los derechos fundamentales” (*La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*. Madrid: McGraw-Hill, 1996, p. 41)

21. Así las cosas, todo ámbito constitucionalmente protegido de un derecho fundamental se reconduce en mayor o menor grado a su contenido esencial, pues todo límite al derecho fundamental sólo resulta válido en la medida de que el contenido esencial se mantenga incólume.

Este Tribunal Constitucional considera que la determinación del contenido esencial de los derechos fundamentales no puede efectuarse *a priori*, es decir, al margen de los principios, los valores y los demás derechos fundamentales que la Constitución reconoce. En efecto, en tanto el contenido esencial de un derecho fundamental es la concreción de las esenciales manifestaciones de los principios y valores que lo informan, su determinación requiere un análisis sistemático de este conjunto de bienes constitucionales, en el que adquiere participación medular el principio-derecho de dignidad humana, al que se reconducen, en última instancia, todos los derechos fundamentales de la persona.

En tal sentido, el contenido esencial de un derecho fundamental y los límites que sobre la base de éste resultan admisibles, forman una unidad (Häberle, Peter. *La libertad fundamental en el Estado Constitucional*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 1997, p. 117); por lo que, en la ponderación que resulte necesaria a efectos de determinar la validez de tales límites, cumplen una función vital los principios de interpretación constitucional de “unidad de la Constitución” y de “concordancia práctica”, cuyo principal cometido es optimizar la fuerza normativo-axiológica de la Constitución en su conjunto.

22. Si bien es cierto que la exactitud de aquello que constituye o no el contenido protegido por parte de un derecho fundamental, y, más específicamente, el contenido esencial de dicho derecho, sólo puede ser determinado a la luz de cada caso concreto, no menos cierto es que existen determinadas premisas generales que pueden coadyuvar en su ubicación. Para ello, es preciso tener presente la estructura de todo derecho fundamental” (Sentencia del Tribunal Constitucional, 2005b).

Conforme a la cita que el TC hace de Medina Guerrero al inicio del fundamento jurídico 21, tendríamos que entender que el contenido constitucional, y por tanto digno de protección constitucional, es, en todos los casos, el contenido esencial, y dependiendo de las circunstancias, el contenido no esencial. El contenido extramuros jamás sería pasible de control constitucional. Si se entiende por contenido constitucionalmente protegido a aquellas posiciones jurídicas directamente emanadas de la norma fundamental, tanto el contenido esencial como no esencial serían contenido constitucionalmente protegido. La diferencia sería que el contenido esencial siempre es contenido constitucionalmente protegido, mientras que el contenido no esencial es contenido constitucionalmente protegido es determinadas circunstancias.

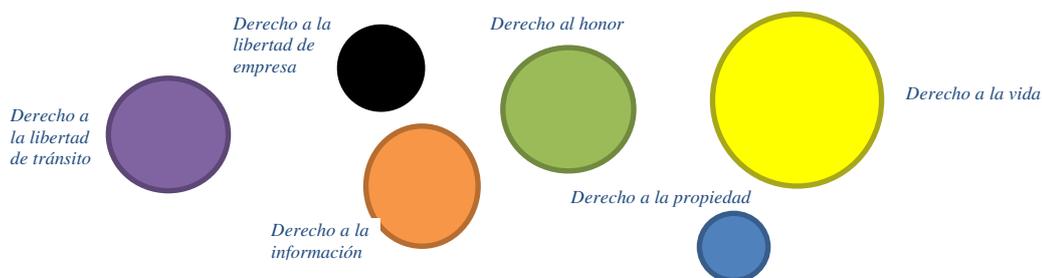
En atención a esta teoría, cuando alguien señala que la información que se divulga en un medio de comunicación daña su honor, pero la contraparte señala que la difusión se ampara en su derecho a la libertad de expresión, entonces la teoría absoluta señalará que hay un conflicto de derechos

fundamentales. Para solucionar este impase, la teoría absoluta acudirá el llamado test de proporcionalidad. Esta dinámica se puede observar con claridad en el Exp N° 6712-2005-HC/TC.

La teoría absoluta presenta múltiples inconvenientes a la hora de su contrastación con la realidad, al momento de su verificación. Lo primero que observamos es que en realidad nos encontraríamos ante una teoría absoluta que busca evitar el descontento afirmando que hay una parte de los derechos que nunca se toca, una suerte de garantía inalterable de respeto a la persona. Así todos nos sentimos más tranquilos. Pero lo que ocurren realidad en un caso concreto, es que el contenido esencial puede ser entendido como contenido no esencial cuando se enfrente a otro derecho constitucional que al juez le parece preponderante. Por su parte, el profesor Castillo Córdova señala que el llamado contenido no esencial supone que la constitución tiene partes que no pueden ser constitucionalmente protegidas, lo cual es un contrasentido en sí mismo, casi choca con el principio de identidad de la lógica; del mismo modo, la teoría absoluta cuando señala que el contenido no esencial puede ceder ante otro derecho, se está haciendo no solo una ponderación de ideas abstractas sino de personas que en el caso concreto supondrá que una se beneficie a costa del detrimento de la otra (Castillo Córdova, 2007).

Finalmente, la teoría armonizadora recibe su nombre por no partir de un postulado conflictivista. Esta teoría sostiene que no ha nunca conflictos entre derechos fundamentales, solo hay personas que tienen razón al invocar un derecho fundamental en el caso concreto, y personas que no tienen razón al invocar un derecho fundamental en un caso concreto. Partiendo del principio de unidad de la constitución, la idea de conflictos dentro de la norma fundamental es totalmente incompatible con la lógica de la misma. Los derechos fundamentales presentan un contenido único que es absoluto (ilimitable), en tanto nunca se puede recortar; limitado, porque no se está moviendo constantemente e invadiendo a otros derechos fundamentales; y delimitable, en tanto los límites de los derechos fundamentales pueden ser determinados (Castillo Córdova, 2008a).

Para no dejar excluida a esta teoría de una explicación gráfica, les presentamos cómo se verían los derechos fundamentales desde la teoría armonizadora:



Podemos observar que cada derecho fundamental tiene su propio contenido, único y homogéneo. Cada uno tiene su propio espacio y existe espacio entre ellos que no cae dentro del contenido constitucionalmente protegido de derecho fundamental alguno porque entendemos las zonas blancas como los márgenes de acción legislativos. En esas zonas blancas es en donde están las leyes y reglamentos. Cuando alguien invoca un derecho fundamental y su contendor también, no es que exista un conflicto entre dos derechos, sino que el juez deberá determinar si los hechos del caso concreto realmente caen dentro del contenido constitucionalmente protegido de uno de los derechos invocados. De esta manera, por ejemplo, en el caso de Magaly Medina, el derecho a la intimidad fue invadido de modo que no había posibilidad verdadera de invocar el derecho a la información para amparar lo hecho por la mencionada⁶.

Pareciera ser que la teoría armonizadora es la que mejor explica el fenómeno constitucional, y siendo toda teoría una explicación de una realidad, la que mejor logra esa explicación es la que se debe considerar acertada en esta

⁶ A mayor abundamiento véase sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. N° 6712-2005-HC/TC.

continua búsqueda de la verdad que también recorremos quienes estudiamos al Derecho. Aún más, el Tribunal Constitucional ha comenzado a emplear terminología que hace pensar un giro en su concepción del contenido de los derechos fundamentales hacia una teoría armonizadora. Esto lo podemos observar en el EXP. N° 01014-2007-HC/TC en cuyo fundamento jurídico 8 señaló lo siguiente:

“Este Tribunal Constitucional ha señalado (*vid.* STC 010-2002-AI/TC, FJ 133-135) que el derecho fundamental a la prueba tiene protección constitucional, en la medida en que se trata de un derecho comprendido en el contenido esencial del derecho al debido proceso, reconocido en el artículo 139, inciso 3, de la Constitución. Una de las garantías que asisten a las partes del proceso es la de presentar los medios probatorios necesarios que posibiliten la creación de convicción en el juzgador sobre la veracidad de sus argumentos. Sin embargo, como todo derecho fundamental, el derecho a la prueba también está sujeto a restricciones o limitaciones, derivadas tanto de la necesidad de que sean armonizados con otros derechos o bienes constitucionales – *límites extrínsecos*–, como de la propia naturaleza del derecho en cuestión – *límites intrínsecos*” (Sentencia del Tribunal Constitucional, 2007).

Solo nos faltaría responder a una duda obvia en este punto: ¿cómo determinar si algo es parte del contenido constitucionalmente protegido? ¿Es algo intuitivo? ¿hay reglas? ¿dependemos enteramente del buen humor de los jueces? A continuación, hemos de presentar una propuesta de la doctrina para lograr esa finalidad.

3.1. La propuesta para determinar el contenido constitucionalmente protegido

Antes de continuar hemos de hacer una precisión. Desde que llegó la doctrina neoconstitucional al territorio peruano, se ha hablado mucho del principio de proporcionalidad. Casi que, para ser un constitucionalista o juez constitucionalista respetable, se tiene que aplicar dicho principio para poder aplicar un derecho fundamental. Es necesario recordar que el principio de proporcionalidad no sirve para determinar el contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental para su aplicación en el caso concreto. Este principio nació para definir si la afectación de un derecho fundamental se justifica o no. De este modo, su aplicación es muy reducida, pues no todos los días se trata de definir si hay o no hay un recorte de nada menos que un derecho constitucionalmente reconocido.

Dicho esto, postulamos como un método plausible lo que se ha denominado las “pautas para la determinación del contenido constitucional de los derechos fundamentales” (Castillo Córdova, 2008a, pág. 279 y siguientes) que a continuación hemos de exponer:

1) Lo primero que se debe tener presente es que los derechos fundamentales tienen una faz objetiva y otra subjetiva tal como así también lo entiende el TC en el fundamento jurídico 16 de la sentencia recaída en el EXP N° 01470-2016-PHC/TC cuyo texto es el siguiente:

"Los derechos fundamentales tienen una doble dimensión, en el sentido de poseer tanto una dimensión subjetiva o referida a los sujetos titulares de estos, así como una dimensión objetiva o referida a los bienes o institutos jurídicos constitucionales que constituye su contenido con independencia de sujetos titulares. En ese sentido, “lo subjetivo” hace referencia al “sujeto” titular, mientras que “lo objetivo” hace referencia al “objeto” de protección. Con ello, los derechos fundamentales son, al mismo tiempo, garantías subjetivas y garantías institucionales. Los derechos fundamentales, como garantías subjetivas, protegen posiciones jurídicas de derecho subjetivo, es decir,

protegen al titular de determinadas situaciones jurídicas reconocidas por la Constitución; así, por ejemplo, el derecho a la libertad de expresión, el derecho a la libertad de cátedra, etc. Los derechos fundamentales, como garantías institucionales, protegen determinados contenidos objetivos reconocidos en la Constitución, los que constituyen elementos básicos del modelo de Estado de derecho, excluyéndolos del ámbito de disposición del legislador y de otros poderes públicos; así, por ejemplo, la libertad de cátedra, la libertad como instituto, etc.” (Sentencia del Tribunal Constitucional, 2019).

2) El punto de partida para la determinación del contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental es su texto constitucional (Castillo Córdova, Derechos Fundamentales y Procesos Constitucionales, 2008a). Esto permite entender que no todo lo que se nos ocurra puede ser un derecho fundamental, sino que una Constitución escrita permite un primer paso en la orientación en la determinación del contenido constitucionalmente protegido. De esta manera, cuando la norma fundamental peruana reconoce en su artículo 22 el derecho al trabajo, sabemos desde su texto literal que no se garantiza, por ejemplo, un sueldo mínimo de S/ 5000 soles mensuales.

3) Debemos tener en cuenta los derechos constitucionales que podrían tener relación con el derecho que estamos delimitando. Por ejemplo, si estamos determinando si un acto cae dentro del derecho a la libertad de empresa, tendremos que tener en cuenta que también existen el derecho al trabajo, el derecho a la propiedad, el derecho a la libertad de contratación y nuestro modelo económico de libre mercado.

4) En sintonía con el criterio anterior que exige al operador jurídico delimitar el derecho fundamental teniendo en cuenta los derechos fundamentales que le rodean, también es necesario tener en cuenta los derechos contenidos en los convenios y tratados internacionales dado que también forman parte del bloque de constitucionalidad. Ello en función a la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución Política del Perú.

5) Se tendrá que acudir a los fundamentos del derecho objeto de delimitación: “habrá que acudir igualmente a la naturaleza del derecho mismo, es decir, aquello por lo cual el Derecho es lo que es y no otro distinto, en la medida que el contenido del Derecho brota de la esencia (*del ontos*) misma del Derecho; (...) al momento en que nos preguntemos por el contenido constitucional de un derecho, nos debemos preguntar necesariamente por la finalidad del Derecho mismo. ¿Cuál es la finalidad por la que se ha reconocido constitucionalmente un derecho? preguntarse por la finalidad del Derecho es preguntarse ‘por los bienes humanos que se intentan proteger con la libertad de que se trata’, y sirve para determinar qué pretensiones o facultades caen dentro del contenido constitucional del Derecho y cuáles quedan sin cobertura constitucional” (Castillo Córdoba, 2008a, pág. 85).

6) Por último debemos observar el caso concreto pues el “contenido constitucional del Derecho no puede ser formulado de manera abstracta y de una vez y para siempre como quien encuentra una fórmula física o química” (Castillo Córdoba, 2008a, pág. 87).

Hemos definido el contenido constitucionalmente protegido como aquello que es objeto de protección mediante los procesos constitucionales. Hemos desarrollado un mecanismo para determinar ese contenido y por tanto definir cuándo se puede demandar en aquella competencia material especializada que denominamos justicia constitucional. Muchos de los temas vistos en este capítulo los abordé por primera vez durante mi tesis de licenciatura (Torres Rojas, 2013). Con el transcurrir de los años han demostrado ser discusiones que no son meramente teóricas, sino que, llegado el momento, permiten un correcto entendimiento y crítica de la dinámica constitucional de nuestro país. Ahora toca determinar si la valoración de la prueba puede o no puede ser revisado en esta sede.

III. LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA

Llegados a este punto y toca abordar de lleno lo qué es la valoración de la prueba, para lograr determinar, ya en el último capítulo de este trabajo, si es posible su control mediante los procesos constitucionales que se ventilan en la llamada justicia constitucional. Para lograr esto, tendremos que situar en dónde se ubica la valoración de la prueba dentro del proceso y específicamente al interior del fenómeno probatorio que se da al interior de un proceso judicial.

En atención a ello, en el presente capítulo, primero hemos de hacer un esbozo del fenómeno probatorio en su conjunto y finalmente incidir en la valoración de la prueba como parte del mismo. En esa última fase del presente capítulo, se estudiarán los diversos conceptos de valoración de la prueba, los sistemas que para ello se presentan y finalmente nos decantaremos por un concepto que ha de ser el que empleemos en el tercer y último capítulo de esta tesis.

1. Introducción: El escenario

Cuando surge una controversia pasible de ser llevada ante los órganos jurisdiccionales debido a que tenemos a un sujeto de derecho que requiere de tutela jurisdiccional efectiva y que en ejercicio de su derecho de acción acude

a ellos, narra su relato al funcionario público que encarna al Estado capaz de administrar justicia. Posteriormente, existirá otro sujeto a quien se busca vincular con la decisión que el órgano jurisdiccional dicte, el demandado, quien en ejercicio de su derecho de contradicción puede oponerse a la pretensión formulada en su contra y dentro de la gama de argumentos que puede esgrimir, se cuenta el relatar una historia diferente a la narrada por el demandante de modo que su pretensión no encontraría el cobijo legal anhelado.

En este escenario tenemos a las partes, a un demandado y a un demandante que en pie de igualdad (al menos teóricamente) frente a un tercer sujeto procesal es ajeno a las partes (no es parte): el juez (Carnelutti, 1950). De hecho, la imparcialidad como principio inherente de los órganos jurisdiccionales, encuentra explicación en su raíz latina *impartial* que significa “que no es parte” (Monroy Gálvez, 2007) y así debe ser para garantizar que la decisión no esté vinculada a un interés distinto al de administrar justicia.

La necesidad de que el juez asiente su fallo sobre prueba y no sobre un mero antojo, resulta de vital importancia para la propia eficacia del sistema jurídico en su conjunto. En efecto, la fuerza motivadora del derecho, es decir su capacidad para orientar la conducta de sus destinatarios, descansa en gran medida en que los órganos jurisdiccionales sean capaces de aplicar la norma en aquellos casos en los que realmente haya tenido lugar el supuesto de hecho (Sánchez Gavier, 2020).

De las líneas que llevamos, encontramos que lo que es una ventaja y garantía propia del juez, la imparcialidad, también entraña el problema que nos ocupa en este trabajo. Si el juez es un tercero imparcial, entonces no conoce los hechos sobre los cuales ha de pronunciarse, mucho menos se espera que tenga conocimientos técnicos especializados que muchas veces se requieren para determinar si un hecho ocurrió realmente (Tschadek, 1982). He aquí la necesidad de probar los hechos que alegan las partes como sustento de sus afirmaciones. Pues si el proceso se concibe como “una serie o sucesión de actos que se desarrollan en el tiempo hasta llegar a la obtención de un

resultado que permita al órgano jurisdiccional el ejercicio de sus facultades” (Vilela Carbajal, 2007, pág. 43), no le falta razón a Jeremy Bentham cuando nos dice que “el arte del proceso es esencialmente el arte de administrar pruebas” (Bentham, 2001, pág. 2) pues “[p]rueba y juicio están entre sí en la relación de medio a fin” (Carnelutti, 2001, pág. 23).

En efecto, solo mediante el conocimiento de los hechos es que el juzgador puede realizar la actividad propia de su investidura, es necesario determinar si el supuesto de hecho ha acontecido en la realidad, o no, para poder aplicar el derecho objetivo (Rosenberg, 2017). El mecanismo que se tiene para lograr esa confirmación de la veracidad de los hechos alegados por las partes, es la prueba.

2. El objeto de la prueba

Preguntarnos por el objeto de la prueba, es preguntarnos “¿qué se prueba?”. Una primera respuesta, casi instintiva, sería que se prueban los hechos. No obstante, los hechos no son algo que el juzgador se encuentre o a lo cual se avoque por casualidad. El juzgador decide sobre la base de lo que alegan las partes, de modo que aquello que es lo que debe definir como probado o no probado. De allí que se entienda al objeto de la prueba como “los enunciados sobre los hechos formulados por las partes” (Ferrer Beltrán, 2022, pág. 198).

En esa misma línea, Carlos Lessona nos explica que el objeto de la prueba consiste en “los hechos de los cuales [las partes] pretenden deducir sus derechos” (Lessona, 2001, pág. 63). En la misma línea de Lessona se pronuncian Bentham y Taruffo, el primero al señalar que la prueba tiene como finalidad que los hechos formulados en pro o en contra de las afirmaciones esgrimidas por las partes sean de conocimiento del juzgador (Bentham, 2001);

y el segundo al afirmar que “[e]n un procedimiento epistémico tienen indudable relevancia las características subjetivas de aquel o de aquellos a quienes se confía la tarea de descubrir y de determinar la verdad” (Taruffo, 2012, pág. 221), pues se entiende que el juez “determina ante todo, sobre la base de las pruebas adquiridas en el proceso y sin recurrir a su propio conocimiento privado, como se desarrollaron los hechos en que se basa la controversia (*iudex secundum alligata et probata, non secundum conscientiam, iudicare debet*)” (Taruffo, 2012, pág. 222).

Como se puede apreciar con facilidad, la actividad probatoria en el seno del proceso judicial será la única base sobre la cual el juzgador podrá asentar su decisión. Por ello se afirma que “el juez no puede pronunciar una decisión sobre una cuestión de hecho, mientras éste no se encuentre establecido por escrito, o probado por testigo, y discutido en presencia de las partes por ellas mismas” (Bentham, 2001, pág. 40).

El objeto de la prueba como aquello conformado por las afirmaciones de las partes, viene a ser un hecho que las partes afirman es verdadero, es como un rompecabezas que está por armarse. Pero para que algo se tenga por probado, aquellas cosas que ocurrieron deberán ser respaldadas por pruebas que vienen a ser como las piezas del rompecabezas. Una vez que inicia el juicio, el rompecabezas queda expedito para ser armado, las piezas que se van a emplear para ello son los medios probatorios ofrecidos de los cuales algunos devendrán en pruebas de los hechos afirmados. Cuando las partes aportan una prueba, lo que hacen es tratar de demostrar la veracidad de una parte de su relato de hecho, poner una pieza. Es lo mismo a que aportaran una pieza del rompecabezas que han ofrecido para completar el cuadro que inicialmente mostraron al juez.

Si bien la finalidad de la prueba es la búsqueda de la verdad (Taruffo, Teoría de la Prueba, 2012), dicha búsqueda está guiada, incluso restringida, por aquello que las partes afirman al interior del proceso judicial. De allí que el objeto de la prueba sea definido por las afirmaciones de hecho que hacen las

partes y que deberán probar, criterio asumido por la Corte Suprema de Justicia en el Recurso de Nulidad N° 878-2015-Cusco. En tal sentido:

“El objeto de la prueba no está constituido por hechos, sino por las afirmaciones de las partes en torno a los hechos, un determinado acontecimiento puede o no haberse realizado de modo independiente al proceso, eso no es lo que se discute, sino las afirmaciones que respecto del hecho se hagan” (Neyra Flores, 2015, págs. 228-229).

Existirán supuestos en los que las piezas completen el cuadro, en este caso se habrá probado el hecho objeto de prueba; habrán supuestos en los que ninguna de las piezas aportadas logra dibujar el cuadro ya sea porque son piezas que dibujan un cuadro distinto del que se busca armar, impertinencia de las pruebas, ya sea porque las piezas son inútiles para armar el cuadro, supuesto de inutilidad de la prueba. Por supuesto, como la realidad es tan compleja, habrán otros casos en los que el rompecabezas no tenga todas sus piezas y en ese supuesto se tendrá que ver si se ha logrado dibujar un cuadro capaz de ser subsumido en otra norma jurídica distinta a la invocada por las partes, o si por el contrario se tiene que aplicar la técnica de las cargas probatorias y decidir en contra del actor o del sujeto que por una norma especial soportaba la carga de la prueba (Rosenberg, 2017).

Aún en el día a día nos encontramos ante situaciones en las cuales se nos da a conocer hechos sin que hayamos tenido conocimiento sensorial de los mismos, sino que prácticamente lo creemos por fe. Ciertamente, yo nunca he visto María la madre de Sara, pero confío en que ella me dice la verdad y por tanto que conozco el nombre de su madre. Si no tuviera fe en ella, tendría que pedir que me pruebe que María es el nombre de su madre, para lo cual requeriré por un lado la partida de nacimiento o el DNI de su madre, para saber a ciencia cierta que esa persona se llama María, y por otro lado necesitaré que la partida de nacimiento de Sara a fin de verificar que esa persona llamada María está unida a ella por el vínculo materno-filial.

Sin embargo, cuando nos encontramos ante un juez imparcial que debe decidir a quién creer a fin de calificar como fundado o infundado el pedido que se le presenta, este juzgador no puede basar su respuesta en fe, en creencia puramente subjetiva. Tiene que sustentar su posición en aquello que le ha sido dado a conocer y que ofrece el mayor grado de certeza posible. En otras palabras, el juez tiene que fundar su decisión en las pruebas del proceso. En ese sentido es que Taruffo (2008) nos dice que:

“La verdad que puede ser alcanzada dentro de este contexto [judicial] se define como ‘formal’ o ‘convencional’ y se concibe, por varias razones, como una verdad bastante diferente de la verdad no judicial o extrajudicial: porque los procesos judiciales constituyen un contexto muy especial, porque las partes y el juez no pueden valerse de cualquier medio posible para buscar la verdad (ya que este ámbito está regido por muchas reglas acerca de la admisibilidad y la presentación de la prueba), y también porque hay que abandonar la búsqueda de la verdad cuando la necesidad de alcanzar una resolución final se impone a la necesidad de recopilar medios de prueba adicionales” (pág. 23).

Lo último que anota el maestro procesalista reviste una trascendencia enorme en la medida que pone de relieve el eterno conflicto presente en el Derecho Procesal cuando se encuentran por un lado el titán justicia y por otro el titán seguridad jurídica. Si bien, el sentido común nos dice que la decisión judicial exige el mayor grado de conocimiento respecto a la ocurrencia o no de un hecho, no es posible alcanzar de modo absoluto la verdad, mucho menos en un campo como el de la ciencia jurídica cuyo objeto de estudio no es exclusivamente ello y que peor aún, no se rige cabalmente por el tan alabado método científico. Es entonces cuando el tiempo tirano exige al proceso que dé un paso más en su camino y avance dejando atrás los cuestionamientos sobre la ocurrencia o no de los hechos y la exigencia de justicia material, entendida como la búsqueda de la verdad, se subyuga a la imperiosa necesidad de obtener un fallo.

Es más, la aplicación de la norma jurídica mediante la subsunción, exige la previa determinación de los hechos que se subsumen en ella. Es decir, para poder declarar que A mató a B, debe primero determinarse que dicha afirmación sea cierta. La única manera no arbitraria de lograr esa determinación, es mediante la actuación de prueba (Rosenberg, 2017). De allí que la búsqueda de la verdad propia de la actividad probatoria nunca podrá ser desplazada en tanto el sistema jurídico mismo colapsaría de no ser así. Esta idea ha sido tomada del profesor Beltrán Ferrer, quien explica que la capacidad de motivar la conducta del ciudadano por parte del Derecho solo es posible si las consecuencias jurídicas se desencadenan una vez que es probado el supuesto de hecho (Ferrer Beltrán, La valoración racional de la prueba, 2007).

En efecto, a modo de ejemplo, si los tribunales comienzan a condenar por el delito de lavado de activos a quien tiene riqueza sin necesidad de probar el origen del dinero, entonces la conducta criminalizada deja de ser la plasmada en la ley y la conducta del ciudadano ya no se orienta por la norma jurídica sino por el modo en que los jueces aplican el derecho independientemente de si es correcta o no. Este supuesto elimina la eficacia de la norma y sume a la sociedad en un caos enorme. Si se entiende que la ley tiene como uno de sus principales ventajas el lograr la eficacia social (Alexy, 1997) por ser de público conocimiento y acceso, el que la misma no sea aplicada vuelve anárquica a la sociedad. Por tanto, la necesidad de buscar la verdad mediante la prueba para el ejercicio de subsunción, nunca podrá ser soslayado so pena de poner en riesgo el sistema jurídico en su integridad. Sin embargo, se deber realizar la siguiente acotación:

“[L]a existencia de reglas procesales no es –en sí misma- un obstáculo para la búsqueda de la verdad, y tampoco es una buena razón para afirmar que la verdad judicial es un tipo especial o formal de verdad (...) [sino que] en los sistemas procesales modernos existen reglas que tienen por objeto racionalizar el juicio sobre los hechos y evitar errores y malentendidos en la evaluación de la prueba” (Taruffo, 2012, págs. 23-24).

En efecto, si la justicia asiste a todos los integrantes de la relación jurídica procesal, es también justo que el litigio en el que se ven inmersos encuentre fin y no esté sujeto a la infinita búsqueda de la verdad material que es discutible incluso dentro del campo de las ciencias exactas⁷. En ese orden de ideas, se evidencia que la seguridad jurídica que puede extinguir la posibilidad de continuar en la búsqueda de la verdad, es también una exigencia de justicia. De modo que en realidad nunca nos encontramos en un choque frontal entre justicia y seguridad jurídica, sino que una es exigencia de la otra siempre que se respeten ciertos márgenes infranqueables como los son los derechos fundamentales.

A la luz de aquello, qué se busca con la actividad probatoria, es menester definir cuáles son los principios que la rigen. Por ello a continuación se hará un breve repaso de los que son los principios que rigen la actividad probatoria.

3. Los principios de la prueba

A estas alturas del trabajo, los principios entendidos como las directrices que rigen a una institución jurídica, no deberían representar un problema en la exposición. Más aún, si ya se presentó la definición de prueba y se entendió su dinámica, de su concepto bien entendido se debe ser capaces de disgregar los principios que la rigen como consecuencias lógicas de esa institución jurídica que la realidad nos presenta.

⁷ Ni siquiera la química se escapa de los errores en la búsqueda del conocimiento, siendo ejemplo por antonomasia el átomo de Dalton que se creyó verdad hasta que fue desplazado por el átomo de Rutherford.

1.1. Principio de contradicción

Quizás el más importante de los principios que rigen la actividad probatoria, el principio de contradicción incluso en la teoría general del proceso es considerado como un pilar fundamental (Monroy Gálvez, 1996). Este principio impone que “debe garantizarse a cada una de las partes la razonable oportunidad de conocer, discutir y oponerse a la prueba ofrecida por su contraria, de fiscalizar su producción, de solicitar su caducidad o acusar su negligencia, incluyendo, lógicamente, el derecho proponer y producir contraprueba” (Midón, 2007, pág. 89). La producción de la prueba nunca puede ser unilateral, siempre debe ser puesta a control de todas las partes (San Martín Castro, 2015). Si bien el actor es quien normalmente soportará la carga de la prueba⁸, es igualmente cierto que cuando la contraparte propone hechos que desmienten los que sustentan la pretensión, lo que está haciendo es introducir hechos negativos (Arazi, 2001) que al ser objeto de prueba, generan el derecho a probar en quien lo alega.

1.2. Principio de libertad de prueba

El principio de libertad de prueba es una manifestación del derecho al debido proceso en tanto habilita a las partes a emplear cualquier medio que tengan a su alcance para probar sus alegaciones teniendo como único límite el respeto a los derechos fundamentales y a mandatos legales prohibitivos. En esa línea el Tribunal Constitucional en la famosa sentencia pronunciada en el EXP. N.º 06712-2005-HC/TC, en cuyo fundamento jurídico 15, a razón de un Hábeas Corpus presentada por la célebre Magaly Medina expresó:

⁸ He aquí el famoso aforismo *onus probando incumbit actori*.

“Existe un derecho constitucional a probar, aunque no autónomo, que se encuentra orientado por los fines propios de la observancia o tutela del derecho al debido proceso. Constituye un derecho básico de los justiciables de producir la prueba relacionada con los hechos que configuran su pretensión o su defensa. Según este derecho, las partes o un tercero legitimado en un proceso o procedimiento, tienen el derecho a producir la prueba necesaria con la finalidad de acreditar los hechos que configuran su pretensión o defensa. Así, por ejemplo, el artículo 188º del Código Procesal Civil establece que los medios probatorios tienen por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el juez respecto de los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones. Se trata de un derecho complejo que está compuesto por el derecho a ofrecer medios probatorios que se consideren necesarios, a que estos sean admitidos, adecuadamente actuados, que se asegure la producción o conservación de la prueba a partir de la actuación anticipada de los medios probatorios y que estos sean valorados de manera adecuada y con la motivación debida, con el fin de darle el mérito probatorio que tenga en la sentencia. La valoración de la prueba debe estar debidamente motivada por escrito, con la finalidad de que el justiciable pueda comprobar si dicho mérito ha sido efectiva y adecuadamente realizado.

Reconocido el derecho a la prueba desde el punto de vista constitucional, este Tribunal considera pertinente señalar que no todos los supuestos de su contenido merecen protección a través de un proceso constitucional de la libertad (amparo o hábeas corpus). Tal como lo establece el artículo 200º de la Constitución, estos tipos de procesos han sido establecidos para proteger derechos de rango constitucional. Los derechos que tengan su sustento en normas de rango legal o inferior no podrán ser acogidos mediante estos procesos; el artículo 5º, inciso 1, del Código Procesal Constitucional señala, *contrario sensu*, que solamente serán amparables en sede

constitucional aquellas pretensiones que estén referidas en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado, tal como se expresara en la sentencia del Expediente N.º 1417-2005-AA/Tribunal Constitucional” (Sentencia del Tribunal Constitucional, 2005a).

Si se entiende que el derecho a probar es una derivación del derecho al debido proceso en tanto quien es parte se encuentra en la imperiosa necesidad de acreditar sus afirmaciones, no extraña que sea imprescindible que las partes tengan amplias facultades para probar. Así se entiende cuando Talavera explica que “[c]onforme a este principio, se prohíbe enunciar taxativamente los medios de prueba, de modo tal que las partes pueden ofrecer y utilizar los medios probatorios típicos o atípicos, siendo que su admisión y posterior actuación estará sujeta a que sean conformes a los principios y demás bienes jurídicos que delimitan su contenido” (Talavera Elguera, 2009, pág. 54).

3.2. Principio de legalidad

Tal como se mencionó en los inicios del presente trabajo, la verdad judicial que ha de conformar la prueba no sigue los mismos cauces de la verdad ordinaria a la que todos accedemos, sino que está sujeta a un conjunto de reglas que validan su admisibilidad y posterior incorporación a la verdad judicial. Este principio “implica que, tanto la obtención, recepción, así como la valoración de la prueba, deben desarrollarse en orden a lo establecido por la ley, sin que eso signifique adoptar un sistema de prueba legal” (Peláez Bardales, 2013).

En efecto, el principio de legalidad que rige la prueba es perfectamente compatible con el sistema de libre valoración de la prueba dentro de las que se cuenta el de la sana crítica racional. Esto se da, porque el principio de legalidad no versa sobre la valoración de la prueba, sino en su admisión y

actuación que debe ser realizada conforme a las formalidades previstas en la norma bajo pena de no ser objeto de valoración (Montero Aroca, y otros, 2000). Si surge la pregunta de si la valoración de la prueba es alcanzada por el principio de legalidad, pues la respuesta es que sí, pero en nuestra norma positiva lo que prescribe la ley sobre valoración de la prueba es la libertad en la misma guiada por las reglas de la sana crítica racional.

3.3. Principio de legitimidad

El principio de legitimidad, exige que la actividad probatoria esté conforme no sólo a las formas establecidas por la ley, pues de eso ya se ocupa el principio de legalidad, sino que además toda la actividad probatoria tiene que ser realizada con respeto a los derechos fundamentales que constituyen el límite al derecho a probar (Peláez Bardales, 2013).

En atención a este principio, se entenderá prueba ilegítima, y por tanto prohibida, aquella que se obtiene instalando micrófonos en la casa del imputado de conformidad con lo señalado por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el EXP. N.º 00655-2010-PHC/TC, en cuyo fundamento jurídico 11, expuso respecto al fundamento de la prueba prohibida:

“En sentido similar, se pone de relieve que el fundamento de la exclusión de la prueba prohibida descansa en el derecho a la vida privada reconocido en el artículo 11º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que prohíbe toda injerencia arbitraria o abusiva en la vida privada de las personas, enunciando diversos ámbitos de la misma, como la vida privada de sus familias, sus domicilios o su correspondencia. Como complemento de lo dicho, también se ha señalado que el fundamento de la prueba prohibida se

encuentra en el derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones” (Sentencia del Tribunal Constitucional, 2010).

3.4. Principio de utilidad o relevancia

Por el principio de utilidad o relevancia se evalúa el que la prueba ofrecida no sólo sea capaz de acreditar un hecho alegado por las partes (Ferrer Beltrán, 2022), sino que debe ser capaz de acreditar el hecho materia de examen en la Litis, el llamado *thema probandum*. De modo que aquella prueba que aun siendo capaz de poner conocimiento al juzgador algo, pero que ese algo no ayuda en nada a la acreditación específica de las alegaciones de las partes en el caso concreto, nos encontraremos ante prueba inútil y que por tanto no debe ser incorporada al proceso. Este es el caso de la prueba sobreabundante.

Este principio ya ha tenido oportunidad de ser mencionado por el TC quien en el EXP. N.º 06712-2005-HC/TC, fundamento jurídico 26, expresa:

“Utilidad: Se presenta cuando contribuya a conocer lo que es objeto de prueba, a descubrir la verdad, a alcanzar probabilidad o certeza. Sólo pueden ser admitidos aquellos medios probatorios que presten algún servicio en el proceso de convicción del juzgador, mas ello no podrá hacerse cuando se ofrecen medios probatorios destinados a acreditar hechos contrarios a una presunción de derecho absoluta; cuando se ofrecen medios probatorios para acreditar hechos no controvertidos, imposibles, notorios, o de pública evidencia; cuando se trata de desvirtuar lo que ha sido objeto de juzgamiento y ha hecho tránsito a cosa juzgada; cuando el medio probatorio ofrecido no es el adecuado para verificar con él los hechos que pretenden ser probados por la parte; y, cuando se

ofrecen medios probatorios superfluos, bien porque se han propuesto dos medios probatorios iguales con el mismo fin (dos pericias con la finalidad de acreditar un mismo hecho) o bien porque el medio de prueba ya se había actuado antes” (Sentencia del Tribunal Constitucional, 2005a).

El concepto de utilidad es, en realidad, lo esencial a la prueba en tanto permite cumplir su función epistemológica al interior del proceso penal, pues “solo después de presuponer que el fin último de la institución probatoria en el proceso judicial es el conocimiento de la verdad de los enunciados fácticos que describen los hechos del caso, podemos juzgar las distintas reglas probatorias y los distintos métodos de valoración de la prueba como racionales o irracionales” (Ferrer Beltrán, La valoración racional de la prueba, 2007). Este mismo concepto desarrollado por el Tribunal Constitucional peruano como se ha citado líneas arriba, también fue abordado por la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica en el *Caso Daubert vs. Merrell Dow Pharmaceuticals* haciendo referencia a la regla federal de prueba 401 (*rule of evidence 401*), señalando: “*Relevant evidence is defined as that which has any tendency to make the existence of any fact that is of consequence to the determination of the action more probable or less probable than it would be without the evidence*” (Daubert v. Merrel Dow Pharmaceuticals INC., 1993).

La regla 401 exige que la evidencia, la prueba, tenga la capacidad de hacer más o menos probable la existencia de un hecho. Solo este tipo de pruebas tienen la condición de relevantes. Con lo cual queda demostrado que la Corte Suprema norteamericana, también entiende que la utilidad de la prueba es algo inherente a la prueba, es parte de su esencia, consecuentemente, carecer de esta característica tiene por efecto que un medio probatorio sea excluido de la actuación probatoria.

3.5. Principio de conducencia

Este principio, es en realidad aquel que encierra con mayor acierto la esencia de la prueba desde un punto de vista teleológico. Haciendo memoria, la prueba busca acreditar un hecho que una vez conocido por el juez será sobre el cual recaiga la calificación jurídica que busca obtener la parte. Siendo así, la prueba debe estar destinada a probar un hecho que configure el supuesto de hecho de una norma jurídica. En esto último es en lo que consiste la conducencia. De modo que una prueba que puede ser eficaz, es decir, con poder probatorio pero que no aporta nada a la configuración de la norma jurídica que se busca aplicar, carece de conducencia.

Nos explica Talavera que “la conducencia es una cuestión de derecho, porque se trata de determinar si el medio utilizado, presentado o solicitado es legalmente apto para probar el hecho. La prueba inconducente es rechazada *in limine* en la mayoría de los códigos” (Talavera Elguera, 2009, pág. 57).

3.6. Principio de inmediación

Si el juzgador es un tercero imparcial, que por tanto no conoce los hechos afirmados por las partes (Midón, 2007), el contacto directo con las pruebas que ellos ofrecen para demostrar esas afirmaciones es una exigencia de la actividad probatoria. Por eso, respecto al principio de inmediación, el juez debe entrar en contacto directo con las fuentes de prueba (San Martín Castro, 2009).

3.7. Principio de comunidad de prueba

La prueba busca reconstruir los hechos que el juez no ha podido conocer de propia mano, sin embargo, tal como se ha visto, se considera prueba a aquel hecho, objeto, etc. Capaz de hacer llegar al juez la realidad que no conoció. En ese panorama, una prueba demuestra que algo fue real, que aconteció y en consecuencia, esa realidad es la misma para todos, de modo que las alegaciones de derecho que sobre ese hecho se hagan no son patente, no son cosa exclusiva de quien aportó ese medio de prueba, sino de todos los sujetos procesales. Es por ello que se suele decir que este principio “consiste en la ventaja o provecho que los sujetos procesales pueden obtener de un medio de prueba que ha sido introducido al proceso, independientemente de quién lo haya aportado o planteado” (Peláez Bardales, 2013, págs. 115-116). Las pruebas aportadas al proceso pasan a ser de dominio de todas las partes sin importar quien las aportó (San Martín Castro, 2015).

Teniendo ya sobre la mesa los principios que orientan al fenómeno probatorio, hemos de analizar los conceptos que en este camino se encuentran. Todos hemos escuchado las palabras prueba, fuente de prueba, hecho probado y medio probatorio. Pero conviene lograr precisión terminológica con el fin de generar conocimiento científico.

4. Fuente de prueba

Se puede afirmar que fuente de prueba es “aquel hecho (en sentido estricto), cosa, acto, actitud, fenómeno (natural o psíquico) que contiene en sí una significación originaria capaz de transformarse en argumento probatorio si reúne las cualidades para el caso” (Peláez Bardales, 2013, pág. 92). Las

fuentes de prueba es todo aquello que existe en la realidad (Montero Aroca, y otros, 2000) y que puede llegar a demostrar que algo ocurrió, son “objetos o personas que, en cuanto pueden proporcionar conocimiento para apreciar o para acreditar los hechos afirmados por una parte procesal, pueden tener trascendencia en el proceso y constituir el material de referencia para la decisión del juez” (San Martín Castro, 2015, pág. 519).

Par terminar de redondear este concepto, tenemos que, conforme al diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, fuente es fundamento u origen de una cosa. Una fuente de agua en un lugar de donde podemos extraer agua, y del mismo modo, fuente de prueba es de donde podemos extraer prueba, algo desde lo cual podemos obtener un dato que, al ser presentado ante el juez, le permite conocer un hecho que él no presencié.

Bajo estas premisas, fuente de prueba es el cuchillo ensangrentado que se empleó para asestar la puñalada mortal en un caso de homicidio. Ese objeto, tiene el potencial de acreditar que alguien lo empleó como instrumento letal y con esto demostrar un extremo de la hipótesis fiscal que ubica al atacante con un cuchillo.

5. Medio de prueba

Si las fuentes de prueba están referidas a objetos, hechos, en síntesis, a la realidad misma, el reto del operador jurídico es “empaquetar” esa realidad para poder presentarla ante el juez. Es aquí donde surge el concepto de medio de prueba. “Los medios de prueba están constituidos por todos los actos procesales que realiza el operador judicial en la búsqueda de la verdad histórica, a fin de imprimir en su resolución final, la decisión que ponga fin al conflicto. Son aquellas actividades judiciales complejas de las cuales se vale la autoridad judicial para conocer de la realidad los hechos” (Peláez Bardales,

2013). En un sentido similar, se dice que “[l]os medios de prueba son los instrumentos procesales, caminos o procedimientos a través de los que las fuentes de prueba se incorporan al proceso” (San Martín Castro, 2015, pág. 520). Desde esta perspectiva se pone de relieve la diferencia esencial entre fuente de prueba y medio de prueba, y esto que es el primero es extraprocesal mientras que el segundo existe en la medida que existe un proceso pues pretende incorporar ese dato al mismo (Montero Aroca, y otros, 2000).

Siguiendo con el ejemplo del cuchillo ensangrentado, este no será más que una fuente de prueba hasta que el fiscal al interior de un proceso judicial, lo ofrezca como medio de prueba para acreditar el extremo de la imputación referida al arma homicida.

6. Concepto de prueba

Si hemos acertado en lo expuesto en la introducción del tema, de ese escenario en donde se requiere probar los hechos se podrá extraer una definición de prueba capaz de responder a los imperativos de la realidad. Así las cosas, tenemos una primera definición:

“[La prueba es] un hecho supuestamente verdadero que se presume debe servir de motivo de credibilidad respecto a la existencia o inexistencia de otro hecho. (...) En este sentido, toda prueba comprende al menos dos hechos distintos: uno, que puede llamarse *hecho principal*, o sea aquel cuya existencia o inexistencia se trata de probar; y otro, denominado *hecho probatorio*, el cual se emplea para demostrar la afirmativa o la negativa del hecho principal. Por tanto, toda decisión fundada en prueba actúa por vía de conclusión: *dado tal hecho, se llega a la conclusión de la existencia de tal otro*” (Bentham, 2001, pág. 8).

Por su parte Michele Taruffo nos exige definir previamente medio probatorio para poder sustentar una definición de prueba, de modo que para este maestro del Derecho Procesal “los medios de prueba constituyen la base para las inferencias lógicas cuyo objetivo es dar sustento a las conclusiones acerca de los hechos litigiosos; prueba, por su parte, hace referencia a los resultados positivos de tales inferencias; y finalmente, verdad judicial de los hechos significa que la hipótesis acerca de los hechos en litigio están apoyadas por inferencia racionales basadas en medios de prueba relevantes y admisibles” (Taruffo, 2012, pág. 35).

Se puede apreciar, que en lo sustancial ambos maestros del Derecho coinciden en la definición de prueba marcando como nota esencial que es un hecho, o cosa, que debe ser capaz de acreditar que otro hecho existió. Siendo que sólo se puede llegar a esa certeza mediante la inferencia lógica que debe desprenderse de la fórmula si A existe entonces B también debe existir. Para graficarlo, se suele poner el ejemplo del cazador que infiere lógicamente que las huellas encontradas en el sendero más las rasgaduras de los árboles de cuádruple seña, son hechos que prueban que por allí pasó un oso.

Sobre este punto sólo debemos acotar que, si bien la definición de Bentham es sumamente clara, resulta desafortunado que señale como aquello capaz de probar algo únicamente a los hechos y no a los documentos o a las cosas. Es decir, resulta impreciso frente a la definición de Taruffo quien con propiedad nos habla de medios de prueba como todo aquello capaz de acreditar el hecho principal. Si bien es cierto, se entiende la idea de Bentham, la precisión léxica de Taruffo nos hace inclinarnos a suscribirla.

Finalizando el ejemplo del cuchillo ensangrentado, si al juez puede inferir que el cuchillo fue el objeto que ocasionó la herida que originó la muerte del agraviado en un caso de homicidio, entonces el cuchillo ensangrentado deja de ser un medio probatorio y pasa a ser prueba.

6.2. Tipos de prueba

Naturalmente, la prueba puede ser clasificada de acuerdo a ciertos criterios ordenadores, personal y real, documental y testifical, directa e indirecta, etc. Siendo la última de las clasificaciones mencionadas la más importante por presentar características más útiles al momento de su valoración, hemos de explicarla.

5.2.1. *La prueba directa.*

La prueba directa viene ser aquella que “se refiere a la cosa misma que se quiere averiguar, esto es cuando se alude al delito mismo, puesto de materia criminal se trata” (Moreno Cora, 2001, pág. 139). En una línea muy similar Taruffo caracteriza a la prueba directa como aquella que “atañe directamente al hecho a un hecho relevante o principal: el enunciado acerca de ese hecho es el objeto inmediato de la prueba. Cuando los dos enunciados tienen que ver con el mismo hecho, las pruebas son directas” (Taruffo, 2008, pág. 60). Por ejemplo, el testigo que brinda su declaración sindicando al autor del homicidio a quien vio apuñalar a la víctima. Es una prueba personal directa pues se refiere al hecho delictivo mismo. Sin embargo no hay que confundir el hecho imputado objeto de imputación y la prueba del mismo que no siempre estará contenida en un solo medio probatorio que al actuarse se vuelva prueba, sino que muy por el contrario suele ocurrir que las pruebas, aun siendo directas, acreditan parte de los hechos que se afirman pero no la totalidad de los mismo (Moreno Cora, 2001).

5.1.2. *La prueba indirecta.*

Por otro lado, nos encontraremos ante prueba indirecta cuando “se refiere a una cosa distinta del delito, del cual, en virtud del raciocinio puede el juez deducir la existencia del hecho que se conceptúa delictuoso” (Moreno Cora,

2001, pág. 139). De modo similar se pronuncia Taruffo respecto a las pruebas indirectas afirmando en contraposición a las pruebas directas que acreditan el hecho mismo, “[c]uando, por el contrario, los medios de prueba versan sobre un enunciado acerca de un hecho diferente, a partir del cual se puede extraer razonablemente una inferencia que tengo como conclusión un hecho relevante” (Taruffo, 2008, pág. 60) nos encontraremos ante una prueba indirecta o también llamada circunstancial. Por ejemplo: aquel que es visto huyendo de la casa donde se cometió el homicidio.

Finalmente, “cualquier medio de prueba puede ser indirecto cuando tiene que ver con aspectos circunstanciales más que con un hecho principal, como en el caso de un testigo que habla de hechos circunstanciales que rodean a los hechos principales de la causa. Sin embargo, algunos medios de prueba sólo pueden ser indirectos porque atañen exclusivamente a posibles premisas de inferencias relacionadas con el hecho principal” (Taruffo, 2008, págs. 60-61).

De lo expuesto es posible concluir que la llamada prueba indirecta o circunstancial, prueba que otro hecho puede haber acontecido. Desde esta perspectiva, la diferencia práctica, la utilidad que nos aporta diferenciar a la prueba directa de la prueba circunstancial, es que esta última difícilmente podrá probar a cabalidad las afirmaciones a las que pretende dotar de credibilidad, pues no es lo mismo presentar el arma homicida, que los antecedentes penales del imputado. En el primer caso, el juzgador podrá constatar el arma que se le presenta es la misma que se empleó para dar muerte al sujeto, mientras que en el segundo caso sólo se acredita que ese sujeto puede ser propenso a cometer ilícitos. Para bien o para mal, en la rama del Derecho donde se discute la pretensión más delicada de todas, la libertad, la prueba indirecta suele ser la reina frente a las pruebas directas que suelen ser muy escasas.

Un punto final que deseamos tocar antes de finalizar con este apartado, es que la llamada prueba indirecta, a nuestro entender actúa como un coadyuvante de la prueba directa cuando ayuda a su corroboración como es en el caso de los testimonios que constituyen prueba directa. Ciertamente la

memoria es frágil y la subjetividad de quienes declaran, en no pocas ocasiones, los puede llevar a distorsionar la verdad de modo consciente o inconsciente. He allí porque el Acuerdo Plenario 2-2005/CJ-2005 exige que para que el testimonio revista valor probatorio, capaz de tumbar la presunción de inocencia, deba poder ser corroborado con elementos periféricos que aporten credibilidad. Afirmar lo contrario importaría la posibilidad de que los grandes literatos se constituyeran en los testigos estrellas de todo juicio. Pues piénsese que un gran literato, o alguien menos alturado como un simple mitómano, son personas capaces de crear relatos subjetivamente creíbles, pues de seguro nunca conocerían a aquellos en favor o en contra de quien van a declarar; y con verosimilitud interna y externa, que son las características propias de una buena novela o de una buena mentira.

7. Hecho probado

A la luz del armazón teórico aquí expuesto, cae por su propio peso que la fuente de prueba puede ser el video de vigilancia de la tienda asaltada, que para ser llevada ante el juez se convertirá en un medio probatorio que le permitirá inferir lógicamente que el hecho alegado por las partes existió dejando de ser medio probatorio y pasando a ser prueba del hecho. Se declarará está probado que “p” (Ferrer Beltán, 2005). Una vez que el juez entiende que algo es prueba, aquello sobre lo que ha arrojado certeza de su ocurrencia pasa a ser un hecho probado. Si la imputación fiscal narra que A ingresó a la tienda a hurtar dinero de la caja registradora, ese hecho pasará a ser un hecho probado cuando el juez lo conozca mediante la cinta de video vigilancia que grabó ese instante. Finalmente, cuando se tiene que el cuchillo es prueba del acto homicida, el hecho de que el occiso fue apuñalado con un chuchillo pasa a ser un hecho probado y forma parte de la verdad judicial.

Tras haber realizado todas estas precisiones terminológicas, llegó el momento de abordar uno de los conceptos centrales de este trabajo: la valoración de la prueba.

8. Valoración de la prueba

Como se puede apreciar, en la actividad probatoria existe primero un hecho de la realidad, una fuente de prueba, que se ofrece al juzgador y mediante ese ofrecimiento se transforma en un medio de prueba. Una vez que el medio de prueba es actuado en juicio con la manifestación del principio de la prueba expuesto líneas arriba, habrá algunos medios de prueba que sean valorados positivamente y otros negativamente. Algunos medios de prueba causarán convicción en el juzgador y darán lugar a hechos probados, y otros medios probatorios simplemente serán descartados por no haber generado convicción en el juzgador.

Tal como hemos definido a la prueba, como una inferencia positiva (adoptando la definición de Taruffo), observamos que existe una fase de depuración. Al igual como la fuente de prueba pasa a ser medio de prueba cuando se realiza el ofrecimiento de la parte al juzgador, de igual manera existe un momento en que el medio probatorio se transforma finalmente en prueba propiamente dicho. Esa actividad que depura los medios probatorios ofrecidos por las partes y convierte a algunos o a todos en pruebas, es la valoración de la prueba (Ferrer Beltrán, *La valoración racional de la prueba*, 2007). Es mediante esta actividad que el juzgador decide sobre la credibilidad de los hechos afirmados por las partes basado en los medios de prueba con los que ha tenido contacto durante el juzgamiento, determinándose ciertos hechos como verdaderos (Montero Aroca, y otros, 2000). Por esto se dice que la valoración de la prueba “tiene por objeto establecer la conexión final entre

los medios de prueba presentados y la verdad o falsedad de los enunciados obre los hechos en litigio” (Taruffo, 2008, pág. 132).

La valoración de la prueba “consiste en la operación mental que tiene por fin conocer el mérito o valor de convicción que pueda deducirse de su contenido” (Peláez Bardales, 2013, pág. 207). Si alguien ha hecho un esfuerzo especialmente notable en el estudio de la valoración de la prueba, es el profesor Jordi Nieva, quien en su libro titulado “La valoración de la prueba” lanza su definición en los siguientes términos: “cabe definir la valoración de la prueba como la *actividad de percepción por parte del juez de los resultados de la actividad probatoria que se realiza en un proceso*” (Nieva Fenoll, 2010, pág. 34). En conclusión, la valoración de la prueba es una operación mental realizada por el juez en la cual determina qué medios probatorios le generan convicción de la veracidad de los hechos que pretenden demostrar.

Para la realización de esta operación mental consistente en dar mérito a los medios probatorios existen tres sistemas que a continuación pasaremos a exponer, pues no es secreto que el juez nunca deja de ser un ser humano. Lo último manifestado implica de modo irremediable, que escuchará datos, incluso podrá ver objetos que buscan acreditar o desacreditar el delito, podrá ver al testigo llorar, al imputado temblar o reír. Pero en todos los casos, la lectura de todo lo dicho puede tener un desenlace muy diferente en la mente del juez. Puede que entienda que los datos que se le dan no son suficientes para entender que el actuar del agente no fue doloso, puede que vea el cuchillo ensangrentado pero que crea verosímil el dicho de la encausada que refiere que el mismo imputado se cortó el dedo esa mañana, puede que piense que el testigo llora no por dolor sino por miedo, o que el imputado tiembla por la tensión propia de todo juicio y lllore por el temor de un fallo injusto. Ciertamente, las posibilidades del entendimiento que habita en la mente del juez presentan un conjunto de supuestos difícilmente imaginables y que nos someten al riesgo de presentarnos ante un juez que resolverá de acuerdo a sus pasiones.

Pero, por otro lado, quien puede negar que la realidad solo puede ser comprendida por un ser pensante capaz de juzgar en su calidad de ser humano a otros seres humanos. Cómo podría negarse que el legislador es limitado y que no puede jugar a ser divino tratando de englobar en una lista taxativa todas aquellas situaciones que el mar de la realidad le presentará al juez navegante al momento de resolver. No le falta tampoco razón a quien no siente menos miedo de la arbitrariedad del juez que decide por su sentir que del papel dictador que no entiende más razones que su letra. De modo que los sistemas que se han elaborado para dar respuesta a este duro escenario no han sido propuestas antojadizas ni mucho menos inútiles por más radicales que se pueden ver al colocarlas una frente a la otra.

8.1. *Íntima convicción*

En el sistema de valoración de la prueba por íntima convicción, el juzgador goza de la más amplia libertad para decidir de acuerdo a su conciencia qué es y que no es una prueba eficaz. Es el primer sistema de valoración de la prueba, teniendo su nacimiento junto con los mismos procesos jurisdiccionales (Nieva Fenoll, 2010). Exige gran confianza en la integridad e imparcialidad de juzgador. Presenta la ventaja de celeridad en la expedición del fallo además de los posibles cuestionamientos por problemas en la motivación que pueden generar vicios procesales que en el fondo constituyen meros errores materiales. Presenta la desventaja de tornar incontrolable el fallo por defectos de motivación ya que esta no existe, no es exigida. Resulta imposible cuestionar una sentencia por incongruencia interna. En el sistema de íntima convicción lo que ocurre es que:

“La verdad jurídica pende por entero de la conciencia del juez, quien no está obligado por ninguna regla legal: él juzga los hechos litigiosos únicamente a medida de la impresión que hicieran en su ánimo las

pruebas exhibidas por los contendientes, y no está obligado a dar cuenta de los medios por los cuales se convenció” (Lessona, 2001, pág. 137).

“[En sentido similar se puede afirmar que en] este sistema, el juez es totalmente libre de valorar la prueba a su leal saber y entender. Como el juez es libre de convencerse de la existencia o no de un hecho, no está obligado a fundamentar sus decisiones. La íntima convicción implica lo siguiente: a) inexistencia de toda norma legal acerca del valor que el juzgador debe acordar a los elementos de prueba; y b) que él no está obligado a explicar las razones determinantes de su juicio” (Peláez Bardales, 2013, pág. 213).

“[Este sistema de valoración de la prueba se caracteriza porque] la ley no establece regla alguna para la apreciación de las pruebas. El juez es libre de convencerse, según su íntimo parecer, de la existencia o inexistencia de los hechos de la causa, valorando las pruebas según su leal saber y entender. A ésta debe agregársele otra característica, cual es la inexistencia de la obligación de fundamentar las decisiones judiciales” (Talavera Elguera, 2009, pág. 108).

El sistema de íntima convicción del juzgador nos parece algo anómalo por cuanto no permite el control pleno de la valoración de la prueba. Sin embargo, sistemas judiciales de países altamente civilizados como los son Inglaterra y Estados Unidos, tienen sistemas de valoración de la prueba por íntima convicción. Esto que pareciera devenir en perjuicio de la búsqueda de la verdad por los altos márgenes de subjetividad que puede contener la valoración de la prueba, también deviene en un mayor peso del juicio, de la primera instancia. Como las razones por las cuales se dio por probado un hecho quedan para siempre en la mente de los juzgadores de primera instancia, en el sistema anglosajón son el jurado, es imposible que sea controlada en segunda instancia. En otras palabras, es imposible que sea controlada salvo por Dios. No obstante, al ser la valoración de la prueba producto de una pluralidad de personas miembros del jurado, también se trata

de garantizar que las conclusiones a las que lleguen como colegiado, sean más cercanas a lo que la sociedad en su conjunto está dispuesta a aceptar como verdad.

8.2. Prueba tasada o tarifa legal

En el otro extremo se tiene al sistema de prueba tasada en el que la operación mental que debe hacer el juez para determinar si un medio probatorio genera un hecho probado, viene predeterminado por la norma procesal. De modo que lo que se busca con este sistema es evitar al máximo dejar a discrecionalidad del juez su decisión controlándolo al máximo (Ferrer Beltrán, La valoración racional de la prueba, 2007). La gran ventaja que presenta este sistema es la predictibilidad del fallo. La gran desventaja es la posibilidad de manipular la decisión mediante la construcción artificial de la verdad judicial aportando los medios de prueba estrictamente indispensables para configurar la situación que sustente la pretensión.

“[Este sistema se] caracteriza porque la ley procesal fija las condiciones que debe reunir la prueba para que sea idónea, estableciendo bajo qué condiciones el juez debe darse por convencido de la existencia de un hecho o circunstancia (aunque íntimamente no lo esté) o viceversa, señalando los casos en que no puede darse por convencido (aunque íntimamente lo esté)” (Peláez Bardales, 2013, pág. 213).

Otros académicos coinciden casi plenamente en que en el sistema de prueba tasada “en el que las pruebas tienen un valor inalterable y constante, independiente del criterio del juez, quien se limita a aplicar la ley a los casos particulares” (Lessona, 2001, pág. 137). Estas concepciones tienen eco hoy en día y aunque no suele ser el sistema dominante, todo aquel que expone sobre valoración de la prueba tiene que hacer referencia a este sistema. En

suma, el sistema de valoración por prueba legal, la máxima de la experiencia viene ya definida en la norma legal para su aplicación por parte del juzgador al caso concreto (Montero Aroca, y otros, 2000).

Este sistema presenta la ventaja de ser seguro. La predictibilidad del fallo es casi obvia por cuando la verdad de los hechos se puede definir casi desde el momento en que son aceptados para su actuación en juicio. Una vez que son actuados frente el juez y se configura el supuesto legal que da por probado un hecho, la suerte está echada.

8.3. Sana crítica racional

Los sistemas de libre valoración de la prueba (*freie Beweiswürdigung*) surgen como una respuesta a la extrema rigurosidad de la aplicación del sistema de prueba tasada alemán (Nieva Fenoll, 2010). Entre el sistema de tarifa legal, que no quiere confiar nada al libre albedrío del juez; y el de íntima convicción, que confía todo al libre albedrío del juez, aparece un sistema de valoración de la prueba intermedio (Montero Aroca, y otros, 2000). Uno en el que, si bien el juez es libre de asignar valor de acuerdo a su entender, dicho entender debe ser plasmado en la sentencia explicando el por qué debe entenderse probado o no un hecho.

“Viene a ser un sistema con base en el cual se establezcan reglas de apreciación de la prueba, pero cuidando de que éstas vayan de acuerdo con los principios generalmente aceptados en materia de crítica, y dejando siempre cierta amplitud a la conciencia del juez para que nunca la certidumbre moral sea diversa de la certidumbre judicial” (Moreno Cora, 2001, pág. 6).

En esta línea es que el profesor Taruffo nos dice que el sistema de valoración de la sana crítica racional se cuenta dentro de los sistemas de libre valoración pero exigiéndole al juzgador criterios razonables y controlables (Taruffo, 2008). En palabras de Peláez Bardales, en el sistema de sana crítica racional, el juzgador debe indicar “las razones de su convencimiento, demostrando el nexo racional entre las afirmaciones o negaciones a que llega y los elementos de prueba utilizados para alcanzarlas. En esto concurren dos operaciones intelectuales: la descripción del elemento probatorio y su valoración crítica” (Peláez Bardales, 2013, pág. 215). Para el maestro procesalista Carlo Lessona, el sistema de persuasión racional o de la sana crítica racional, es aquel “en el cual el juez debe pesar con justo criterio lógico el valor de las pruebas producidas y tener por verdadero el hecho controvertido, sólo con base en las pruebas que excluyen toda duda en contrario” (2001, pág. 139).

En este punto, el profesor Nieva Fenol realiza un planteamiento sumamente llamativo, y señala que el sistema de sana crítica racional no difiere en nada del sistema de íntima convicción (Nieva Fenoll, 2010). Es decir, que la pauta racional del juez profesional y el juez lego es la misma solo que expresada en una forma más elegante en una que en la otra. A nuestro entender, es cierto que tanto el juez profesional como el lego al momento de valorar la prueba cuentan con las mismas pautas racionales propias de toda construcción epistemológica (Ferrer Beltrán, La valoración racional de la prueba, 2007). En ambos casos se guían por las máximas de la experiencia, las reglas de la lógica y los conocimientos científicos de los que tuvieran noticia. De hecho, toda actividad probatoria jurídica o extrajurídica sigue estos lineamientos so pena de ser completamente inútil y, en el caso del derecho, arbitraria.

En doctrina se proponen una serie de pautas para lograr una correcta valoración de la prueba son una serie de pautas (Nieva Fenoll, 2010): formación de los jueces en materia probatoria, conservación de la imparcialidad, correcta recopilación de toda la prueba, participación activa del juez en la práctica de la prueba y motivación de la valoración de la prueba. Ciertamente es que la propuesta del citado autor encierra un gran avance en lo que una correcta valoración de las pruebas se refiere. Sin embargo, no se

encuentra una pauta propiamente que permita definir la corrección de los enunciados de la valoración. Sobre este punto, creemos que la valoración de la prueba en su contenido puede ser controlada si tiene mecanismos de corrección y verificación, y los mismos vienen dados por las reglas de la argumentación jurídica racional.

La valoración de la prueba es un ejercicio argumentativo que puede estar sujeto a las reglas de la argumentación jurídica racional planteadas por Robert Alexy. El citado autor sostiene que una argumentación es racional cuando el orador (quien argumenta) lo hace con: a) *imparcialidad*, pretender que algo sea correcto solo por razones; b) *sinceridad y seriedad*, de modo que lo que afirma sea aceptado por él mismo; c) *generalización*, el argumento al momento de ser expuesto debe ser pasible de ser aceptado por un auditorio universal (por cualquier persona); e, d) *inercia* que permite que se argumente solo aquello que es puesto en duda de modo razonable suponiendo aquello que no es controvertido (Alexy, 1997). Por lo tanto, la valoración de la prueba sí es susceptible de control mediante las reglas aplicables a la argumentación jurídica racional.

Antes de dar por culminado este apartado, consideramos necesario definir en qué consisten las reglas de la sana crítica racional, es decir, debemos definir qué son las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos.

8.3.1. Las reglas de la lógica.

Las reglas de la lógica⁹ no determinan la veracidad de una afirmación sino solamente la validez del razonamiento en base a la lógica formal. Las reglas de la lógica son 4, las 3 primeras formuladas por Aristóteles y la última formulada por Gottfried Leibniz:

⁹ Se entiende que se hace referencia a la lógica formal dado que las reglas a las que se hace referencia son propias de este tipo de lógica.

- a. Principio de identidad: exige que una cosa solo puede ser lo que es y no otra. La lluvia es líquida, por tanto, no puede ser la lluvia sólida, eso sería granizo que es otra cosa.
- b. Principio de no contradicción: nada puede ser y no ser al mismo tiempo. Si el cielo está nublado no puede estar despejado a la vez.
- c. Principio de tercero excluido: cuando dos proposiciones opuestas que aluden a lo mismo, solo una debe ser verdad. Si por un lado se dice que perros tienen cuatro patas y por otro lado se dice que los perros tienen cinco patas, solo una de las afirmaciones es correcta. No pueden ser verdaderas ambas proposiciones.
- d. El principio de razón suficiente: todo tiene una razón que justifica su existencia. El agua es líquida porque está por encima de su punto de congelación estimado en 0° Celsius (Barrios Gonzáles, 2020).

Si tenemos que la lógica evalúa la validez formal del pensamiento (Copleston, 2011), esto sin una comprobación fáctica sino meramente formal, este es un requisito mínimo de la valoración de la prueba. Sostener que la valoración de la prueba puede ser ilógica, es decir que ni siquiera tiene que guardar su validez formal, significaría la renuncia más clara a una solución racional.

8.3.2. Las máximas de la experiencia.

Las máximas de la experiencia (*Erfahrungssätze*) fueron acuñadas por Fredrich Stein definiéndolas como “reglas generales derivadas inductivamente de la experiencia, suponiendo que la cultura media de la sociedad sintetiza la experiencia de las cosas más diversas en máximas o reglas que toman por leyes generales” (Taruffo, La prueba, 2008, pág. 268). De las tres reglas de valoración de la prueba, esta es la que más objeciones presenta. Esto se debe a la falta de criterios objetivos y verificables que permitan determinar si una regla de la experiencia es veraz o no, relegándolas al campo de lo subjetivo (Barrios Gonzáles, 2020).

A pesar de las críticas, es indiscutible que, sin las máximas de la experiencia como criterio de valoración de la prueba, esta actividad resulta imposible. El juzgador necesariamente debe realizar generalizaciones que parten desde lo

que él considera creíble para poder determinar si un medio de prueba acredita un hecho o no. En este orden de ideas:

“Las reglas de la sana crítica son máximas de la experiencia judiciales, en el sentido de que se trata de máximas que deben integrar la experiencia de la vida del juez y que éste debe aplicar a la hora de determinar el valor probatorio de cada una de las fuentes-medios de prueba- Esas máximas no pueden estar codificadas, pero sí han de hacerse constar en la motivación de la sentencia, pues sólo así podrá quedar excluida la discrecionalidad y podrá controlarse por los recursos la razonabilidad de la declaración de hechos probados” (Montero Aroca, y otros, 2000, pág. 61).

En este orden de ideas, proponemos como criterio para definir la racionalidad en el uso de las máximas de la experiencia, la aplicación de los criterios esbozados anteriormente para una argumentación racional. Con especial atención, la validez de la máxima experiencia debe atender al principio de generalización¹⁰. Pues si se entiende que la sentencia es el instrumento por el cual el juzgador da la solución al conflicto que se le presentó para lograr la paz social, finalidad última del proceso; su razonamiento probatorio debe también ser capaz de ser compartido por la sociedad con la finalidad de lograr ese cometido del proceso.

8.3.3. Los conocimientos científicos.

Los conocimientos científicos como regla de valoración de la prueba son una exigencia propia de nuestros tiempos en donde el acercamiento más seguro a la verdad es el camino de la ciencia. La ciencia como conjunto sistemático de conocimiento, permite que sus conclusiones sean aceptadas pacíficamente pues han sido previamente demostradas por el método científico (Daubert vs. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc., 1993). De allí que el juez debe emplear este tipo de conocimiento para valorar la prueba. Los

¹⁰ No podemos dejar de encontrar similitud entre el principio de generalización y el imperativo categórico de Inmanuel Kant que también exigía una generalización de la conducta a realizarse para que sea considerada moralmente aceptable.

conocimientos científicos que son aplicados en la valoración de la prueba, de ordinario serán aquellos que son de público conocimiento. Un juez no puede entender que un cuerpo lanzado al vacío no haya caído por fuerza de la ley de la gravedad, que es un conocimiento científico de dominio popular. Si un juez señalara que no se ha probado que el cuerpo tenía que ser atraído hacia el suelo, estaría atentando contra esta regla de la sana crítica.

En este punto no está demás señalar que no se deben confundir los conocimientos científicos como regla de valoración de la sana crítica con la prueba pericial y la científica. La prueba pericial, hace alusión a la prueba que se logra por medios probatorios donde la fuente de prueba es el conocimiento de un perito, una persona con conocimientos especializados cuya explicación es necesaria al interior del proceso debido a la complejidad del objeto de la prueba (Maiztegui Marcó, 2007). Las pruebas científicas se muestran especialmente problemáticas porque se supone que, en estos casos, el sistema más fiable de conocimiento puede presentar expositores que señalen conclusiones discordantes. Esto es algo que ya se ha visto en el *Agent Orange case* y por excelencia en el caso *Daubert vs. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.* (Taruffo, La prueba, 2008).

El caso *Daubert* norteamericano fue quien puso la pauta de interpretación de la prueba científica y pericial. Nuestro país no ha quedado exento de tal desarrollo, por eso es que, siguiendo a la Corte Suprema Norteamericana, nuestra Corte Suprema determinó como criterios de fiabilidad de la prueba científica:

- A. "Controlabilidad o falsabilidad de la teoría científica, o de la técnica en que se fundamente la prueba, lo que implica que la teoría haya sido probada de forma empírica, no solo dentro de un laboratorio.
- B. El porcentaje de error conocido o potencial, así como el cumplimiento de los estándares correspondientes a la prueba empleada.

- C. La publicación en revistas sometidas a control de expertos de la teoría o de la técnica en cuestión, lo que permite su control y revisión por otros expertos.
- D. La existencia de un consenso general de la comunidad científica interesada” (IX Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria, 2015).

En suma, las pruebas científicas incluso tienen su propio sistema de validación, de allí que presentan una singularidad al momento de su valoración por parte del juzgador, esto es que inicialmente no se tenía el conocimiento científico que se produce al interior del proceso judicial. Esto no ocurre con las demás pruebas que también pueden ser valoradas en base a las reglas de la ciencia, pero sin la intervención de un perito.

9. Fases de la actividad probatoria

Se ha podido apreciar que los conceptos de fuente de prueba, medio probatorio y prueba son definen a una misma cosa en diversas fases del proceso y, específicamente, del procedimiento probatorio. Bajo estos postulados es que se desarrolla lo que Jordi Ferrer Beltrán aglutina bajo el título de “Tres momentos de la actividad probatoria en el derecho” (Ferrer Beltrán, 2007, pág. 41 y siguientes). El citado autor explica que el fenómeno probatorio judicial se desenvuelve en tres fases bien definidas:

- A. la conformación del conjunto de elementos de juicio o pruebas: en esta fase se seleccionan las pruebas que serán actuadas ante el juzgador en aplicación de la máxima *quid non est in actis non est in mundo* (lo que no se actúa no existe en el mundo). En este momento es que se admiten y rechazan las pruebas destinadas a apoyar o refutar los postulados fácticos de las partes. El profesor Ferrer, siguiendo los postulados de Bentham, hace hincapié en la necesidad de admitir la

mayor cantidad de medios de prueba para que el juzgador logre un conocimiento más preciso de los hechos materia de enjuiciamiento.

- B. La valoración de los elementos de juicio o de prueba: en esta fase, el juzgador infiere racionalmente la existencia de los hechos afirmados por las partes a partir del conjunto de medios probatorios previamente admitidos y actuados.
- C. La adopción de la decisión sobre los hechos probados: Esta última fase se presenta como el resultado del ejercicio de la valoración de las pruebas con las cuales se confirman o no las afirmaciones fácticas planteadas por las partes (Ferrer Beltrán, 2007).

Respecto a los momentos de la actividad probatoria planteadas por el profesor Beltrán Ferrer, a nuestro juicio, le falta una fase más: la actuación de las pruebas. En efecto, el proceso de conocimiento está diseñado desde su orientación ontológica, a contar con un procedimiento probatorio con cuatro fases bien definidas: una primera en la que admiten y rechazan unos y otros medios de prueba ofrecidos por las partes, una segunda en la cual esas pruebas son actuadas ante el juez y con el control de las partes en aplicación esencialmente del principio de contradicción, una tercera fase en la cual el juzgador valora todos los medios probatorios que le generan certeza y los que no, y podemos señalar una cuarta fase en la que el juzgador declara los hechos probados que pasan a ser la verdad judicial.

En este esquema, podemos apreciar que la valoración de la prueba es una fase del fenómeno probatorio que se sitúa entre la actuación de los medios de prueba en el juicio y la declaración de los hechos probados. Cabe señalar que en esta fase ocurre una metamorfosis jurídica de los medios de pruebas que, al pasar por el filtro de la valoración judicial, se vuelven prueba y otros simplemente son descartados.

Ya para culminar esta parte de nuestra exposición, no queremos dejar de abordar lo que ocurre cuando tras la valoración de la prueba, el juzgador no logra convencerse de que los hechos alegados por el actor fueron reales. Por ello abordaremos el tema de la carga probatoria.

10. Derecho a la prueba y razonamiento probatorio

El derecho a la prueba puede ser definido como “el poder jurídico que se reconoce a toda persona que interviene en un proceso jurisdiccional de provocar la actividad procesal necesaria (...) para lograr la convicción del órgano jurisdiccional a cerca de los hechos relevantes para la decisión” (San Martín Castro, 2015, pág. 503). De allí que el Derecho probatorio estudia ese poder y sus diferentes manifestaciones que se encuentran protegidas, en última instancia, por el derecho al debido proceso (Sumaria Benavente, 2018).

No obstante, la actividad que despliega el juzgador al momento de valorar la prueba es un razonamiento que no puede ser entendido de cualquier manera. Existe pues, a diferencia de lo que nos ocurre en nuestra vida cotidiana, un tipo de razonamiento basado en las pruebas que se le ofrece al juzgador. De allí que hoy en día se entiende que el razonamiento probatorio puede ser definido como:

“[E]l razonamiento que tiene que ver con pruebas, es decir, con la información proveniente de diversas fuentes o medios, reconocidos por el derecho como atales (testigos, documentos, etc.), que es aportada debidamente al proceso y apreciada de cierto modo a través del seguimiento de las normas jurídico-procesales y epistémicas que establecen cómo dichas pruebas han de ser ofrecidas, preparadas y practicadas (en el caso de las normas del primer tipo) y qué criterios deben tomarse en cuenta para su valoración (pudiendo converger aquí tanto normas jurídicas como epistémicas)” (Aguilera, 2020, pág. 30).

Como puede apreciarse, el razonamiento probatorio nos explica cómo el juzgador llega a determinar que algo está probado. Fenómeno regido por las reglas del derecho probatorio. De este modo, el razonamiento probatorio ha sido explicado ampliamente por el profesor Ferrer Beltrán con su famoso enunciado “está probado que p” para demostrar cómo se realiza ese razonamiento (Ferrer Beltán, 2005).

En la línea expositiva que venimos siguiendo, tenemos que las partes ofrecen pruebas para demostrar la veracidad de sus afirmaciones, que podrían ser representadas por “p”. De allí que el objetivo de las partes es que su afirmación sea declarada probada, que el juez señale “está probado que ‘p’”. En efecto, el significado de “está probado que p” es decir, qué es lo que el juez declara como probado y por tanto como premisa fáctica de su decisión, es lo que se estudia a fondo en el razonamiento probatorio. En palabras del profesor Ferrer Beltrán (2007) tenemos que:

“Si se sostiene, como creo que debe hacerse, que ‘está probado que p’ debe ser entendido como ‘Hay elementos de juicio suficientes (en el expediente judicial) a favor de p’, está claro que, en el caso de la prueba judicial, será el juez o tribunal (o, en ocasiones, el jurado) quien tenga que tomar una decisión acerca de la existencia o inexistencia de elementos de juicio suficientes para aceptar ‘p’ como verdadera. Pero puede suceder que esa decisión resulte errónea: se considere que no hay elementos suficientes y, en cambio, sí los hay o a la inversa. En esos casos, se producirá una disociación entre lo que el juez o tribunal declara o tiene por probado y lo que realmente, está probado” (pág. 208).

Así las cosas, podemos señalar que el razonamiento probatorio nos permite identificar cuando la lógica seguida por el juzgador se condice con las finalidades de la prueba, esto es la búsqueda de la verdad al interior del proceso judicial (Ferrer Beltrán, 2022). De esta manera podemos concluir que el objeto de la presente investigación aborda cómo razona el juzgador a fin de lograr la finalidad de la prueba, pero ahonda en las reglas que debe seguir

para lograr tal finalidad. Así las cosas, la presente investigación cae dentro de los alcances del derecho probatorio en los términos que hemos venido exponiendo en el presente apartado pero abordando las instituciones propias del razonamiento probatorio que son necesarias para materializar dicho derecho. De esta manera, la finalidad última que se busca, determinar si es posible o no emplear procesos constitucionales para controlar la valoración de la prueba, se servirá necesariamente de instituciones que inciden sobre el razonamiento probatorio como lo son los estándares de prueba, los conceptos de prueba misma y de verdad judicial..

11. El estándar probatorio

En función a lo que se ha venido sosteniendo en el presente trabajo, la confirmación de las alegaciones de las partes nos permite entender que algo está probado o que no lo está. El llamado está probado que “p” empleado por el profesor Ferrer Beltrán. No obstante, existen supuestos en donde hay prueba que permite entender que algo podría ser cierto, podría estar probado, pero a la vez ese mismo acervo probatorio podría ser explicar una hipótesis alternativa. En estos supuestos en donde la prueba puede dar cuenta de más de una explicación posible, resulta necesario determinar qué camino ha de seguirse. Deberá declararse probada la alegación cuya confirmación es posible en virtud a la prueba actuada, o se descartará por existir hipótesis alternativas. He aquí la necesidad de establecer estándares probatorios.

Así las cosas, a fin de dotar de predictibilidad y racionalidad al umbral a partir del cual se puede entender algo como probado, tenemos a los estándares probatorios. Estos varían de acuerdo a la importancia que revista el error judicial. Así pues, se tiene que

“Un estándar muy general que se usa extensamente en los procesos civiles del *common law* es el de la <<preponderancia de la prueba>>(…). Este estándar establece en esencia, que cuando sobre un hecho existan pruebas contradictorias, el juzgador debe <<sopesar>> las probabilidades de las diferentes versiones sobre los hechos para hacer una elección en favor del enunciado que parezca ser relativamente <<más probable>>” (Taruffo, 2008, pág. 137).

En el proceso civil se entiende que el error judicial es naturalmente indeseable pero no lo es tanto como en el proceso penal donde las implicancias de una condena acumulan necesariamente deshonra, reproche social y en muchos casos la pérdida de la libertad. De allí que el estándar probatorio sea el de más allá de toda duda razonable. Al respecto podemos señalar:

“La duda razonable sobre la hipótesis tiene que enfocarse en los defectos de las pruebas disponibles en el proceso, por lo que no se considerará probada *más allá de toda duda razonable* si las mismas no eliminan o refutan la proposición o hipótesis alternativa plausible y compatible con la inocencia del acusado” (Muñoz García, 2020, pág. 203).

En suma, el estándar probatorio supone el criterio con el que cuenta el juez para poder asumir como probados los hechos alegados por las partes y confirmados por las pruebas actuadas en juicio. De allí que en el proceso penal peruano existe el estándar más allá de la duda razonable que se desprende del principio *in dubio pro reo* que sin embargo, a decir del Tribunal Constitucional peruano, no forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la prueba. Al respecto citamos el EXP. N.º 02487-2013-PA/TC en cuyo fundamento jurídico 4 el máximo intérprete de la norma fundamental señaló:

“Que este Tribunal, en reiterada jurisprudencia, ha declarado que el amparo contra resoluciones judiciales procede siempre que se trate de una decisión judicial firme que vulnere en forma directa y manifiesta un

principio constitucional o un derecho fundamental que lo convierta en una decisión judicial inconstitucional. Asimismo, ha explicado que “tanto la presunción de inocencia como el indubio pro reo inciden sobre la valoración probatoria del juez ordinario. En el primer caso, supone que a falta de pruebas aquella no ha quedado desvirtuada, manteniéndose incólume, y en el segundo caso, supone que ha habido prueba, pero que esta no ha sido suficiente para despejar la duda (la suficiencia no se refiere a la cantidad de pruebas incriminatorias, sino a la entidad y cualidad que deben reunir estas). La sentencia, en ambos casos, será absolutoria (Exp. N° 0728-2008-PHC/TC, FJ 37). Y por último, este Tribunal también ha precisado que salvo que exista una vulneración manifiesta del contenido constitucionalmente protegido de algún derecho fundamental procesal o sustantivo, el indubio pro reo, que “forma parte del convencimiento del órgano judicial, pues incide en la valoración subjetiva que el juez hace de los medios de prueba, no goza de la misma protección que tiene el derecho a la presunción de inocencia. En efecto, no corresponde a la jurisdicción constitucional examinar si está más justificada la duda que la certeza sobre la base de las pruebas practicadas en el proceso, pues ello supondría que el juez constitucional ingrese en la zona (dimensión fáctica) donde el juez ordinario no ha tenido duda alguna sobre el carácter incriminatorio de las pruebas (Exp. N.º 0728-2008-PHC/TC, FJ 38)” (Sentencia del Tribunal Constitucional, 2013b).

12. Carga probatoria

Cuando el juez está ante las partes, lo que normalmente se esperaría es que alguna de ellas logre acreditar los hechos que alega, que logre probarlos a fin de lograr la reconstrucción histórica de los hechos materia del litigio. Sin embargo, existe la posibilidad que ello no ocurra, que ninguna de las partes

logre causar convicción en el juez sobre la ocurrencia de los hechos y en consecuencia que no esté en condiciones de sentenciar calificando jurídicamente los hechos alegados por las partes, es entonces donde aparece como solución la carga de la prueba (Taruffo, La prueba, 2008). Ciertamente “La incertidumbre acerca de una afirmación no hace imposible el fallo sino que el juez, en este caso, debe fallar en contra de la parte que soporta la carga de la prueba” (Rosenberg, 2017, pág. 29).

Hablar sobre carga probatoria no es otra cosa que preguntarnos por quién debe probar (Lessona, 2001). Así tenemos un primer antecedente con Sachsse, para quien la obligación de la prueba incumbía al actor si fundaba su pretensión en un hecho propio, y al demandado en el caso inverso (Lessona, 2001). Bar y Laband sostenían que el juez debía determinar quién tenía la carga de la prueba de conformidad a quien parecía tener la razón. Bethmann-Holweg y Pertile proponen que la carga probatoria corresponde al demandado (Lessona, 2001). Frente a estas posiciones tenemos la postura romana por la cual la obligación de la prueba incumbía al que afirmaba la existencia o inexistencia de un hecho en el cual fundaba la propia acción. Por último, se tiene la teoría de la llamada carga de la prueba dinámica que hunde sus raíces en la teoría de Jeremy Bentham, según la cual la obligación de la prueba debe ser impuesta a aquella parte que pueda satisfacerla con menos inconvenientes, con menor pérdida de tiempo o con menor incomodidad (Lessona, 2001).

Así las cosas, la técnica de las cargas probatorias sirve para poder resolver el litigio que se plantea al juez, cuando una de las partes no cumple con presentar medios de prueba capaces de generar convicción en el juzgador respecto de la veracidad de sus afirmaciones de índole fáctica. Es sólo cuando no hay prueba suficiente que, en aplicación de la técnica de la carga probatoria, el juez puede desestimar la tesis de la parte que incumple por no haber sustrato fáctico en qué apoyarse. Al no haber hechos probados, no se puede realizar la subsunción en la norma jurídica y no se puede desencadenar consecuencia jurídica alguna. El caso se cierra por falta de pruebas.

Con ello, vemos que cuando en un proceso penal el representante del Ministerio Público, como el sujeto que soporta la carga de la prueba incriminatoria, no cumple con demostrar la veracidad de sus afirmaciones fácticas, el caso debe ser desestimado y el procesado absuelto por falta de pruebas. No es ocioso que en este trabajo se aborde el tema de la carga probatoria, pues pese a ser una técnica que se emplea con posterioridad a la valoración de las pruebas, ciertamente se apoya en este paso previo para lograr desplegar sus efectos. Recordemos que sólo aquellas pruebas que han sido actuadas durante el proceso pueden ser objeto de valoración. Cuando llega el momento de la decisión, pero no se han aportado las pruebas necesarias para acreditar las afirmaciones de la parte que las propuso, se aplica la técnica de las cargas probatorias aquí estudiada.

CAPÍTULO 2: TOMA DE POSICIÓN

IV. EL CONTROL CONSTITUCIONAL DE LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA

Ha llegado el momento de plantear si es posible o no controlar la valoración de la prueba. Si se habla de control de un acto procesal, entonces es necesario identificar en donde se ubica para a partir de allí verificar los mecanismos que el derecho prevé para su cuestionamiento y si este se puede realizar también mediante algún mecanismo constitucional.

1. El contenido constitucionalmente protegido del derecho a la prueba

Tal como ya se ha señalado, el derecho a la prueba es está integrado en el derecho al debido proceso que, en nuestra norma fundamental, está reconocido en el inciso 3 del artículo 139. El Tribunal Constitucional ha tenido ya la oportunidad de pronunciarse respecto al derecho a la prueba. Para comenzar, ha señalado que sí existe, y que además comprende tanto las fases de admisión, actuación y *valoración*. Fases que nos suenan conocidas en tanto han sido objeto de estudio en otra parte de esta obra. En tal sentido el TC en el Exp. N° 01557-2012-PHC/TC no explicó que:

“2. Tal como lo señaló este Tribunal en la sentencia recaída en el Exp. N.º 010-2002-AI/TC, el derecho a la prueba forma parte de manera implícita del derecho a la tutela procesal efectiva; ello en la medida en que los justiciables están facultados para presentar todos los medios probatorios pertinentes, a fin de que puedan crear en el órgano jurisdiccional la convicción necesaria de que sus argumentos planteados son correctos. En tal sentido, este Tribunal ha delimitado el contenido del derecho a la prueba:

(...) Se trata de un derecho complejo que está compuesto por el derecho a ofrecer medios probatorios que se consideren necesarios; a que estos sean admitidos, adecuadamente *actuados*, que se asegure la producción o conservación de la prueba a partir de la actuación anticipada de los medios probatorios, y que estos sean valorados de manera adecuada y con la motivación debida, con el fin de darle el mérito probatorio que tengan en la sentencia. La valoración de la prueba debe estar debidamente motivada por escrito, con la finalidad de que el justiciable pueda comprobar si dicho mérito ha sido efectiva y adecuadamente realizado (Cfr. STC Exp. N.º 6712-2005-HC/TC, fundamento 15).

2. Asimismo, este Tribunal ha considerado que se vulnera el derecho a probar cuando habiéndose dispuesto en el propio proceso la actuación o incorporación de determinado medio probatorio, ello no es llevado a cabo (cfr. Exp. N.º 6075-2005-PHC/TC, 00862-2008-PHC/TC). No obstante el criterio referido, este colegiado advierte que si bien dicha omisión resulta *prima facie* atentatoria del debido proceso, puede darse el caso de que el medio probatorio no tenga una relevancia tal que amerite la anulación de lo actuado, en atención, por ejemplo, a la valoración de otros medios de prueba, lo que no es más que una manifestación del principio de trascendencia que informa la nulidad procesal (cfr. Exps. N.ºs 0271-2003-AA aclaración, 0294-2009-AA fund 15, entre otros). Naturalmente, es la justicia ordinaria la que en primer lugar evalúa la trascendencia del medio probatorio, a fin de determinar si procede o no a la anulación de lo actuado (Cfr. Expediente N.º 6065-2009-HC/TC)” (Sentencia del Tribunal Constitucional, 2012).

De lo expuesto, podemos extraer al menos tres conclusiones fundamentales. La primera es que la valoración de la prueba es parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la prueba que a su vez que parte del contenido implícito del derecho constitucional al debido proceso; y la segunda es q la valoración de la prueba debe estar debidamente motivada.

Si se entiende que la valoración de la prueba es parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la prueba, entonces es pasible de control constitucional mediante los procesos constitucionales de amparo y hábeas corpus conforme al artículo II del Código Procesal Constitucional¹¹. Conforme a esta línea argumentativa, el que el juzgador realice la operación mental destinada a determinar si algo es prueba o no, es un derecho fundamental. Pero esa solo es la valoración como proceso, por decirlo de alguna manera, natural que acontece en la mente del juzgador. El resultado

¹¹ Artículo II del código procesal constitucional: “Son fines esenciales de los procesos constitucionales garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales”.

de esta valoración puede o no puede ser compartida al menos por alguna de las partes. Naturalmente, la parte a quien desfavorece la valoración se mostrará mayormente en desacuerdo.

La valoración de la prueba, como se ha explicado anteriormente, no es una actividad azarosa o arbitraria, sino que está guiada por las reglas de la sana crítica racional. Estas reglas de valoración de la prueba no otorgan un valor determinado a cada medio probatorio, sino que mandan que la valoración sea razonable conforme a las máximas de la experiencia, las reglas de la lógica y los conocimientos científicos. Esto significa, en principio, que cuando el juez realiza una valoración que contradice los conocimientos científicos, es ilógica, o no se condice con las máximas de la experiencia, entonces nos encontraremos ante una valoración de la prueba inconstitucional.

A esta interpretación que nosotros realizamos, se le tiene que aparejar lo que el TC ha señalado en la sentencia recaída en el Exp. N° 03271-2012-PA/TC, en cuyo fundamento jurídico 13, como el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la prueba en relación a la valoración de la prueba, indicando que:

“Ahora bien, tal derecho importa una doble exigencia al juzgador: (i) no omitir la valoración de los medios probatorios aportados por las partes al proceso dentro del marco del respeto a los derechos fundamentales y a lo establecido en las leyes pertinentes; y, (ii) la exigencia de que dichos medios probatorios sean valorados debidamente con base en criterios objetivos y razonables. Por tanto, la omisión injustificada de la valoración de una prueba aportada por las partes comporta una vulneración del derecho fundamental a la prueba y, por ende, del derecho al debido proceso” (Sentencia del Tribunal Constitucional, 2013a).

Sin restar a lo ya mencionado, es fácil advertir que el Tribunal Constitucional liga la valoración de la prueba a la motivación cuando se aborda el contenido

constitucionalmente protegido del derecho a la prueba. A continuación, hemos de analizar esta vinculación.

3. El lugar donde reside la valoración de la prueba: la motivación

La valoración de la prueba es un acto procesal a todas luces. Si bien dará lugar a los hechos probados que permitirán la subsunción de la norma, la valoración de la prueba tal como la hemos definido, es una operación que tiene lugar en la mente del juzgador. La motivación de la decisión puede ser entendida como la mera expresión de cualquier razón para adoptarla o puede ser entendida como la justificación de la decisión. Para que ocurra este segundo escenario, las razones a exponer deben obedecer a las reglas jurídicas que la regulan (Ferrer Beltrán, 2022).

En la medida que la misma no puede ser arbitraria, es que se rige por el sistema de sana crítica racional también ya expuesta con anterioridad en este trabajo. La pregunta que surge inmediatamente es: si nos encontramos ante una operación que tiene lugar en la mente del juzgador ¿Dónde se materializa? Naturalmente al momento de su formación en la mente del juez, es imposible; pero sin duda existe un momento en el que esta operación queda reflejada fuera del interior del magistrado y se proyecta sobre el papel que constituye la sentencia. La valoración de la prueba se materializa en la motivación de la resolución judicial.

En este punto es menester dejar en claro que no es posible entender que el derecho a la motivación es parte del derecho a la prueba porque el primero es autónomo y abarca mucho más que el deber de motivar la valoración de las pruebas, opinión adoptada también por el profesor Nieva (Nieva Fenoll, 2010). Aún más, el derecho a la motivación no obedece a los principios informadores

del derecho a la prueba, cuya finalidad es la búsqueda de la verdad mientras que el derecho a la motivación busca informar sobre las razones que el juzgador ha usado para emitir su fallo. El juzgador otorga valor probatorio a uno u otro medio de prueba en su fuero interno, pero llega un momento en que esa actividad se materializa y emerge a la luz pública cuando es plasmada en la sentencia en cumplimiento del mandato constitucional consagrado en el inciso 5 del artículo 139 de la Constitución: en la motivación.

La motivación es un derecho-deber que hoy en día es hartamente famoso y socorrido por los diversos operadores jurídicos. Es allí donde se puede identificar y ver la valoración de la prueba que se realizó en la mente del juzgador. En esa misma línea Marinoni nos dice que la “[l]a justificación permite el *control crítico sobre el poder del juez*. El error en la justificación evidenciará la ilegitimidad de la elección del juez” (Marinoni, 2007). Estas mismas ideas son seguidas por el TC conforme se aprecia en el EXP. N° 01480-2006-AA/TC cuyo fundamento jurídico 2 reza:

“El derecho a la debida motivación de las resoluciones importa que los jueces, al resolver las causas, expresen las razones o justificaciones objetivas que los llevan a tomar una determinada decisión. Esas razones, por lo demás, pueden y deben provenir no sólo del ordenamiento jurídico vigente y aplicable al caso, sino de los propios hechos debidamente acreditados en el trámite del proceso. Sin embargo, la tutela del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales no debe ni puede servir de pretexto para someter a un nuevo examen las cuestiones de fondo ya decididas por los jueces ordinarios” (Sentencia del Tribunal Constitucional, 2006b).

Hoy en día, la máxima garantía de la interdicción a la arbitrariedad es la motivación escrita de las resoluciones judiciales. No obstante, no todo se puede cuestionar por vía de la motivación. Aunque casi todo podría ser objetado camuflándolo como deficiencia en la motivación, este solamente genera el *derecho a obtener razones*, mas no se puede entender que el derecho a la motivación da derecho a obtener las razones que una de las

partes plantea. Con ello, y analizando lo expuesto por el supremo intérprete de la norma fundamental, el derecho a la motivación se agota en el momento en que el juzgador da razones que justifican su decisión. En el momento en que el juez escribe las razones que justifican su fallo, el derecho a la motivación se encuentra satisfecho.

La interpretación de la norma sustantiva no define la validez de la motivación, no es parte de su contenido constitucionalmente protegido. En otras palabras, se le puede exigir al juez que exponga en la motivación qué tipo de asesinato considera que se ha producido y por qué. Pero una vez que el juez señala que nos encontramos ante un delito de asesinato porque poner leche envenenada constituye homicidio por veneno, el derecho a la motivación se habrá agotado. Si se quiere cuestionar que la norma penal ha sido incorrectamente aplicada, esta falencia de la decisión judicial no puede ser cuestionada por un defecto en la motivación, a pesar que el defecto esté escrito en la motivación, no es el deber de motivar el afectado, sino la aplicación del derecho sustantivo. Para criticar el fallo que aplica incorrectamente el derecho material, en el ejemplo expuesto el artículo sobre asesinato, tendremos que emplear los recursos de la vía ordinaria pues solo el juez ordinario puede controlar la aplicación de la norma legal. y en última instancia acudir a la máxima autoridad encargada de la interpretación de la norma legal: la Corte Suprema.

No obstante, existen hipótesis en las cuales el juzgador da razones pero las mismas infringen el deber de motivar por cuanto pueden ser: insuficientes por no abarcar todos los supuestos de hecho que se han planteado como objeto del litigio, y por tanto no pueden justificar su decisión; son incongruentes pues son capaces de justificar una decisión distinta a la que es objeto del litigio, y por tanto a pesar de existir no pueden justificar su decisión; o pueden ser razones incongruentes pues justifican la decisión adoptada pero que no se condicen con el objeto del litigio.

Estos supuestos de motivación anómala han sido también abordados por nuestro Tribunal Constitucional en el fundamento 7 de la sentencia recaída en el EXP. N° 00728-2008-PHC/TC, señalando:

“[E]ste colegiado supremo ha precisado que el contenido constitucionalmente garantizado de este derecho queda delimitado, entre otros, en los siguientes supuestos:

a) *Inexistencia de motivación o motivación aparente.* Está fuera de toda duda que se viola el derecho a una decisión debidamente motivada cuando la motivación es inexistente o cuando la misma es solo aparente, en el sentido de que no da cuenta de las razones mínimas que sustentan la decisión o de que no responde a las alegaciones de las partes del proceso, o porque solo intenta dar un cumplimiento formal al mandato, amparándose en frases sin ningún sustento fáctico o jurídico.

b) *Falta de motivación interna del razonamiento.* La falta de motivación interna del razonamiento [defectos internos de la motivación] se presenta en una doble dimensión; por un lado, cuando existe invalidez de una inferencia a partir de las premisas que establece previamente el Juez en su decisión; y, por otro lado, cuando existe incoherencia narrativa, que a la postre se presenta como un discurso absolutamente confuso incapaz de transmitir, de modo coherente, las razones en las que se apoya la decisión. Se trata, en ambos casos, de identificar el ámbito constitucional de la debida motivación mediante el control de los argumentos utilizados en la decisión asumida por el Juez o Tribunal; sea desde la perspectiva de su corrección lógica o desde su coherencia narrativa.

c) *Deficiencias en la motivación externa; justificación de las premisas.* El control de la motivación también puede autorizar la actuación del juez constitucional cuando las premisas de las que parte el Juez no han sido confrontadas o analizadas respecto de su validez fáctica o jurídica. Esto ocurre por lo general en los *casos difíciles*, como los identifica Dworkin, es decir, en aquellos casos donde suele presentarse problemas de pruebas o de interpretación de disposiciones normativas. La motivación se presenta en este caso como una garantía para validar las premisas de las que parte el Juez o Tribunal en sus decisiones. Si un Juez, al fundamentar su decisión: 1) ha establecido

la existencia de un daño; 2) luego, ha llegado a la conclusión de que el daño ha sido causado por “X”, pero no ha dado razones sobre la vinculación del hecho con la participación de “X” en tal supuesto, entonces estaremos ante una carencia de justificación de la premisa fáctica y, en consecuencia, la aparente corrección formal del razonamiento y de la decisión podrán ser enjuiciadas por el juez [constitucional] por una deficiencia en la justificación externa del razonamiento del juez.

Hay que precisar, en este punto y en línea de principio, que el hábeas corpus no puede reemplazar la actuación del juez ordinario en la valoración de los medios de prueba, actividad que le corresponde de modo exclusivo a éste, sino de controlar el razonamiento o la carencia de argumentos constitucionales; bien para respaldar el valor probatorio que se le confiere a determinados hechos; bien tratándose de problemas de interpretación, para respaldar las razones jurídicas que sustentan determinada comprensión del derecho aplicable al caso. Si el control de la motivación interna permite identificar la falta de corrección lógica en la argumentación del juez, el control en la justificación de las premisas posibilita identificar las razones que sustentan las premisas en las que ha basado su argumento. El control de la justificación externa del razonamiento resulta fundamental para apreciar la justicia y razonabilidad de la decisión judicial en el Estado democrático, porque obliga al juez a ser exhaustivo en la fundamentación de su decisión y a no dejarse persuadir por la simple lógica formal.

d) *La motivación insuficiente.* Se refiere, básicamente, al mínimo de motivación exigible atendiendo a las razones de hecho o de derecho indispensables para asumir que la decisión está debidamente motivada. Si bien, como ha establecido este Tribunal en reiterada jurisprudencia, no se trata de dar respuestas a cada una de las pretensiones planteadas, la insuficiencia, vista aquí en términos generales, sólo resultará relevante desde una perspectiva constitucional si es que la ausencia de argumentos o la “insuficiencia”

de fundamentos resulta manifiesta a la luz de lo que en sustancia se está decidiendo.

e) *La motivación sustancialmente incongruente.* El derecho a la debida motivación de las resoluciones obliga a los órganos judiciales a resolver las pretensiones de las partes de manera congruente con los términos en que vengán planteadas, sin cometer, por lo tanto, desviaciones que supongan modificación o alteración del debate procesal (incongruencia activa). Desde luego, no cualquier nivel en que se produzca tal incumplimiento genera de inmediato la posibilidad de su control. El incumplimiento total de dicha obligación, es decir, el dejar incontestadas las pretensiones, o el desviar la decisión del marco del debate judicial generando indefensión, constituye vulneración del derecho a la tutela judicial y también del derecho a la motivación de la sentencia (incongruencia omisiva). Y es que, partiendo de una concepción democratizadora del proceso como la que se expresa en nuestro texto fundamental (artículo 139º, *incisos 3 y 5*), resulta un imperativo constitucional que los justiciables obtengan de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente de las pretensiones efectuadas; pues precisamente el principio de congruencia procesal exige que el juez, al momento de pronunciarse sobre una causa determinada, no omita, altere o se exceda en las peticiones ante él formuladas” (Sentencia del Tribunal Constitucional, 2008).

Habiéndose determinado que la valoración de la prueba se manifiesta en la motivación ha, llegado el momento central de nuestro trabajo. Corresponde definir si el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la motivación, guarda en su seno a la valoración de la prueba o si realmente constituye en una actividad del juez de la justicia ordinaria que se erige como un santuario impenetrable.

4. El control constitucional de la valoración de la prueba mediante procesos constitucionales

Antes de iniciar la exposición central del control constitucional de la valoración de la prueba, no está demás dejar en claro que la valoración de la prueba se puede controlar, eso es obvio, pero mediante los recursos impugnatorios ordinarios. Si tal como lo hemos sostenido en el presente trabajo, la Constitución es directamente vinculante en virtud de su artículo 51, entonces se entiende que toda sentencia de toda instancia debe respetar los derechos fundamentales y los puede citar como premisa normativa en sus considerandos. En cuanto abordamos el tema de control de valoración de la prueba, suponemos la existencia de una sentencia que la contiene, y, por tanto, ese control se realiza sobre ella. El control ordinario que se puede ejercer es mediante los recursos impugnatorios, por excelencia el de apelación, mediante el cual se puede cuestionar la incorrecta valoración del acervo probatorio. El tribunal superior en apelación cuenta con amplios márgenes de corrección sobre la sentencia de primera instancia (Vilela Carbaja, 2009), ello incluye la valoración de la prueba en su contenido constitucionalmente protegido y en su contenido extramuros. En esta instancia, al interior del proceso ante la justicia ordinaria, no representa un desafío de interés ni siquiera el determinar si el agravio que plantea el apelante se refiere al contenido constitucionalmente protegido o no. Basta con que el recurrente alegue una incorrecta valoración de la prueba para que el tribunal superior esté habilitado para analizar el fondo de la controversia.

No obstante, en el presente trabajo no hemos abordado el supuesto más amplio de control que es la apelación o incluso por vía casación como lo sostiene el profesor Jordi Nieva (Nieva Fenoll, 2010), sino que hemos puesto de relieve el supuesto en que la violación al derecho fundamental a la prueba se ha consumado en todas las fases de la justicia ordinaria. En este escenario es que nos preguntamos si la infracción a la valoración de la prueba puede ser objeto de control mediante los procesos constitucionales. La razón por la

cual se ha optado por este enfoque reside en que la impugnación que se sustenta en una incorrecta valoración probatoria que toca el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la prueba, se diluye en la justicia ordinaria y especialmente en la apelación donde el juzgador superior tiene amplios márgenes de control a diferencia del juez constitucional que deberá revisar con rigor si existe o no infracción a norma constitucional.

Se ha identificado a la valoración como parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la prueba, y se ha verificado donde se materializa la valoración de la prueba. No obstante, si se lee con atención lo dicho por el Tribunal Constitucional en el famoso caso de Giuliana Llamuja, este señala expresamente que “el hábeas corpus no puede reemplazar la actuación del juez ordinario en la valoración de los medios de prueba”. Hace esta precisión en el literal “c” respecto a las deficiencias en la motivación externa. Sin embargo, deja la puerta abierta como parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la motivación que las premisas estén justificadas de modo lógico al indicar que el juez constitucional sí puede “controlar el razonamiento o la carencia de argumentos constitucionales”. Pone el ejemplo de la sentencia en donde se ha identificado un daño, pero no se ha justificado por qué se atribuye a determinada persona. En este caso, el juez no da razones para justificar la responsabilidad del sujeto, sino que únicamente ha justificado la presencia del daño.

Si los procesos constitucionales proceden contra la violación o amenaza de derechos *iusfundamentales*, y el derecho a la prueba que contiene a la valoración de la prueba tiene rango constitucional, entonces la conclusión necesariamente será que sí es posible controlar la valoración de la prueba en sede constitucional mediante amparo y hábeas corpus. No obstante, los juzgados constitucionales, salas superiores y el propio Tribunal Constitucional, están plagados de demandas de hábeas corpus y amparo improcedentes por cuestionar la valoración de las pruebas. Por todas citamos la sentencia recaída en el Exp. N° 08459-2013-PHC/TC, en cuyo fundamento jurídico 5 señaló:

“Que al respecto, cabe destacar que el Tribunal Constitucional viene subrayando en reiterada jurisprudencia que los juicios de culpabilidad o inculpabilidad, **la valoración de las pruebas** penales y su suficiencia, así como la apreciación de los hechos imputados, no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho a la libertad personal, toda vez que son aspectos propios de la jurisdicción ordinaria que no compete a la justicia constitucional [Cfr. [RTC 02245-2008-PHC/TC](#), [RTC 05157-2007-PHC/TC](#), [RTC 00572-2008-PHC/TC](#) y [RTC 00656-2012-PHC/TC](#), entre otras]. En el mismo sentido, la correcta aplicación de la norma penal es un aspecto de mera legalidad que compete resolver de manera exclusiva a la justicia ordinaria y no al juez constitucional [Cfr. [RTC 01024-2011-PHC/TC](#)]” (Sentencia del Tribunal Constitucional, 2014).

En este punto pareciera que nos hemos encontrado con supuestos contradictorios en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Por un lado, rechaza demandas constitucionales por pretender que se valoren las pruebas en sede constitucional, y por otro lado reconoce a la valoración de la prueba como parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la prueba que a su vez forma parte del contenido implícito del derecho al debido proceso. Aunque líneas arriba ya se ha puesto el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la valoración de la prueba conforme al TC, volvemos a citar la sentencia recaída en el Exp. N° 03271-2012-PA/TC, en cuyo fundamento jurídico 13, se ha señalado como contenido constitucionalmente protegido del derecho a la prueba en relación a la valoración de la prueba, indicando que:

“Ahora bien, tal derecho importa una doble exigencia al juzgador: (i) no omitir la valoración de los medios probatorios aportados por las partes al proceso dentro del marco del respeto a los derechos fundamentales y a lo establecido en las leyes pertinentes; y, (ii) la exigencia de que dichos medios probatorios sean valorados debidamente con base en criterios objetivos y razonables. Por tanto, la omisión injustificada de la valoración de una prueba aportada por las partes comporta una

vulneración del derecho fundamental a la prueba y, por ende, del derecho al debido proceso” (Sentencia del Tribunal Constitucional, 2013a).

Existen dos posibles respuestas: el TC tiene un concepto errático de la naturaleza *iusfundamental* de la prueba; o que existen zonas de la valoración de la prueba que tienen protección constitucional y otras que no. El TC reconoce que la valoración de la prueba es una actividad que únicamente puede ser realizado por el juez de la justicia ordinaria. Ello implica que el juez constitucional jamás podrá subrogarse en juez ordinario y valorar positiva o negativamente las pruebas actuadas en el proceso. Por lo tanto, el resultado de la valoración de la prueba no es pasible de control constitucional, será siempre competencia exclusiva del juez de la justicia ordinaria.

Pero observamos que el máximo intérprete de la norma fundamental sí acepta el control de las reglas de valoración que el juez emplea para valorar la prueba, se acepta un control formal del mismo exigiendo que exista la valoración de la prueba y que obedezca a criterios objetivos y razonables. Esto significa que existe un margen de configuración legal y un contenido constitucionalmente protegido del derecho a la valoración de la prueba que sí se puede tutelar mediante los procesos constitucionales.

Cuando se señala que no se puede omitir la valoración de la prueba, se está dando por sobreentendido que se sabe que hubo valoración de la prueba por parte del juzgador. La única manera de enterarnos que esta operación tuvo lugar es mediante la motivación de la resolución judicial. De allí que cuando se señala el derecho a valorar la prueba siempre, el control se realiza sobre las razones escritas en la resolución, estamos ante el control de la valoración de la prueba mediante la motivación. Siempre que no exista valoración de la prueba, obviamente se habrá vulnerado la motivación de las resoluciones judiciales, y por tanto estaremos ante un control indirecto de la valoración de la prueba mediante el cuestionamiento de la motivación de la resolución judicial.

Sin embargo, cuando se reconoce como parte del contenido constitucionalmente protegido de la valoración de la prueba el que sea objetiva y razonable, se está aludiendo a las reglas de la valoración de la prueba, esto es a las reglas de la sana crítica racional, que como ya hemos expuesto, se remiten a las reglas de la argumentación jurídica racional. Conviene pues analizar cada uno de estos dos supuestos con mayor detenimiento.

4.1. *El control indirecto de la valoración de la prueba por ausencia de motivación*

Un primer supuesto de control constitucional de la valoración de la prueba es cuando esta no existe o no se ha motivado. Recordemos que la decisión judicial contiene la valoración de la prueba, y todo ello está plasmado en la motivación. Existe la primera hipótesis en la cual el juez simplemente no realiza la valoración de la prueba, es decir ni siquiera se toma la molestia de pensar si los medios probatorios pueden o no pueden demostrar la veracidad de los hechos y por tanto no los plasma en la sentencia mediante la motivación. En tal caso la valoración de la prueba simplemente no existe, pero debido a que la motivación de las resoluciones judiciales es un derecho fundamental, su ausencia importará la nulidad de la sentencia mediante la activación de un proceso constitucional de la libertad (amparo o *habeas corpus*).

Aunque hemos señalado que la ausencia de motivación de la resolución judicial respecto a la valoración de la prueba permitiría su anulación, se puede ver que había una hipótesis alternativa para explicar la razón por lo cual no se motivó la sentencia. Puede que efectivamente, el juez nunca haya valorado prueba alguna para emitir su fallo, lo cual sería sumamente anormal; y la otra posibilidad es que sí haya valorado la prueba, entendida esta como una

operación mental, pero que no haya plasmado el razonamiento por el cual dio valor positivo o negativa a tal o cual prueba.

Debido a que la valoración se produce en el cerebro del juez y a eso no podemos tener acceso directo, lo que se puede constatar y criticar es que la valoración no aparece escrita en la sentencia, ya sea porque no existe o porque existe, pero no fue materializada de forma escrita. Como vemos, el control de las partes se ejerce sobre la motivación de la sentencia y no sobre la valoración de la prueba misma como operación intelectual del juzgador. Por eso es que consideramos que, en estos casos, estamos ante un control indirecto de la valoración de la prueba porque la infracción es del derecho a la motivación y no infracción a la valoración de la prueba que no sabes si ocurrió o no en la mente del juez.

Otra posibilidad es que el juzgador haga una valoración correcta de las pruebas, pero no la explique suficientemente bien en su fallo. Cuando el juzgador sí ha hecho una correcta valoración de las pruebas que sustentan su decisión, pero no ha plasmado ese proceso intelectual de modo completo en la sentencia, las partes no entienden por qué el juez llegó a creer que el hecho ocurrió o que no ocurrió. En esta situación la falta de completitud del razonamiento judicial escrito en la sentencia, genera un vicio de motivación insuficientes. Pero una vez más, apreciamos que la valoración pudo haber tenido lugar en la mente del juez, pero lo que anula la sentencia no es el acierto o desacierto en la valoración probatoria, sino en su argumentación escrita en la resolución judicial. Seguimos ante un control indirecto de la valoración de la prueba.

Al ser el derecho a la motivación un derecho distinto al derecho a la prueba y su valoración, tenemos que entender que la valoración de la prueba no puede controlarse en sentido estricto desde este prisma. De hecho, habiendo entendido que la motivación únicamente exige la expresión de razones, cuando el juez expresa razones respecto a la valoración de la prueba se cierra la posibilidad de cuestionarla en sede constitucional. Nadie puede activar un proceso constitucional señalando infracción al derecho fundamental a la

motivación por no haberse motivado la valoración de las pruebas cuando el juzgador ha escrito en la sentencia las razones por las cuales dio valor o no a las pruebas actuadas en el proceso. Ya sea que la valoración realizada sea correcta o incorrecta, en ambos casos estaría motivada.

Ello plantea el riesgo de la existencia de valoraciones probatorias materialmente incorrectas pero motivadas, y que, al ser motivadas, se vuelven irrevisables mediante un proceso constitucional por infracción a la motivación. En este sentido, la valoración de la prueba quedaría como una actividad únicamente sagrada del juez ordinario que no puede ser revisada en sede constitucional dado que donde se manifiesta, en la motivación, ya se han cumplido las exigencias que este derecho impone al juez.

Pero ¿qué ocurre cuando se ha motivado la valoración de la prueba, pero esta es abiertamente incorrecta? Nos preguntamos si sería posible señalar que hay infracción al contenido constitucionalmente protegido del derecho a la prueba porque el juzgador ha hecho una valoración manifiestamente incorrecta. Por ejemplo, si un juez da por acreditado un homicidio porque el imputado ha rendido su declaración en juicio y ha señalado que odiaba al occiso. Esa declaración prueba un sentimiento que había entre el procesado y el agraviado, pero no prueba que le dio una puñalada letal o un disparo. Si el juez señala que esa es la razón de su fallo y lo explica sin apoyarse en ninguna otra prueba, la valoración estará motivada ¿Ya no se puede hacer nada frente a ello? Eso es lo que desarrollaremos a continuación.

4.2. El control constitucional de la valoración de la prueba por falta de objetividad en la valoración de la prueba

La otra parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la valoración de las pruebas, es que dicha actividad tenga base en criterios

objetivos y razonables. Esta doble exigencia, también fue plasmada por el supremo intérprete de la norma fundamental en el EXP N° 01014-2007-HC/TC en cuyo fundamento jurídico 14 cuyo texto señaló:

“Como puede verse, uno de los elementos que forman parte del contenido del derecho a la prueba está constituido por el hecho de que las pruebas actuadas dentro del proceso penal sean valoradas de manera adecuada y con la motivación debida. De lo cual se deriva una doble exigencia para el Juez: en primer lugar, la exigencia del Juez de no omitir la valoración de aquellas pruebas que son aportadas por las partes al proceso dentro del marco del respeto a los derechos fundamentales y a lo establecido en las leyes pertinentes; en segundo lugar, la exigencia de que dichas pruebas sean valoradas motivadamente con criterios objetivos y razonables (*vid.* STC 4831-2005-PHC/TC, FJ 8). Por ello, la omisión injustificada de la valoración de una prueba aportada por las partes, respetando los derechos fundamentales y las leyes que la regulan, comporta una vulneración del derecho fundamental a la prueba y, por ende, del debido proceso” (Sentencia del Tribunal Constitucional, 2007).

Objetivo es aquello que se opone a lo subjetivo, es aquello que no depende del sujeto sino del objeto. Esto implica que no se puede valorar las pruebas en base a criterios subjetivos. Como se puede apreciar, la objetividad está relacionada con la exigencia de generalización que exige la argumentación racional (Alexy, 1997), es decir que el postulado pueda ser aceptado por la generalidad de las personas. Cuando la valoración de la prueba se realiza con criterios que no cumplen con el principio de generalización que plantea el profesor Robert Alexy (Alexy, 1997); de este modo, no son pasibles de ser aceptados por cualquier persona, entonces no estamos ante un criterio objetivo y por tanto la valoración es incorrecta.

Los criterios subjetivos con aquellos que atañen a percepciones del juzgador que no son parte de la realidad sino de su sentir incompatible con el principio de generalización. En este supuesto se está vulnerando directamente el

derecho a la prueba en su vertiente de valoración pues la misma se ha realizado de modo arbitrario por ser subjetivo. En este escenario el juez sí motiva, incluso respetando las reglas de la lógica, pero lo hace desde un punto de vista subjetivo y por tanto inconstitucional. De allí que una valoración de la prueba basada, por ejemplo, en que la víctima es mujer y por tanto dice la verdad, es una valoración no basada en criterios objetivos sino subjetivos y por tanto inconstitucional. Este es un primer supuesto que identificamos pasible de control constitucional de la valoración de la prueba.

Así las cosas, la valoración subjetiva de la prueba es una infracción al contenido constitucionalmente protegido del derecho a la prueba que a su vez está contenido en el derecho al debido proceso recogido en el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú. La infracción al debido proceso permite la procedencia de los procesos constitucionales de hábeas corpus y amparo contra la resolución judicial firme que ha infringido este derecho conforme al artículo 5 del código procesal constitucional, permitiendo un control constitucional de la valoración de la prueba cuando esta está basada en referencias subjetivas.

4.3. El control constitucional de la valoración de la prueba por irrazonabilidad

La segunda hipótesis viene dada por la irrazonabilidad de la valoración de la prueba. Para que se entienda que se ha realizado una valoración probatoria irrazonable, tenemos como parámetro las reglas de valoración de la llamada sana crítica racional: las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos. Esto no puede ser identificado con los supuestos de motivación defectuosa, pues nuevamente caeríamos en un control indirecto de la valoración de la prueba.

Irrazonable por tanto será aquella valoración, que, pese a ser motivada, contenga un problema de logicidad no en las razones expuestas sino en la inferencia misma. Si la ilogicidad acontece en las razones expuestas estaremos ante un problema de motivación y no de valoración de la prueba. Por ejemplo, un juez puede señalar que un procesado falsificó su placa de rodaje y que por tanto pretendía evitar que lo identifiquen como la persona que transportó al sicario. A partir de la falsificación de la placa, se puede inferir que el procesado buscó ocultar su identidad, pero no necesariamente se puede inferir que buscaba evitar dar a conocer que transportó a un sicario; para demostrar este segundo dato se necesitarán otras pruebas so pena de quebrantar el principio de identidad de las premisas expuestas. Que haya transportado a un sicario, a un empresario, a un narco o a un médico, es algo que cae dentro del campo de las conjeturas, pero que no obedece a la lógica de la prueba que exige la inferencia directa a partir del medio de prueba.

Una inferencia que infringe las reglas de la lógica constituye infracción directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho a la prueba en su manifestación de valoración contenidos en el derecho al debido proceso. Hemos identificado un segundo supuesto de control directo de la valoración de la prueba cuando la inferencia valorativa es ilógica.

Existe también el supuesto en que el juzgador contradice los conocimientos científicos al momento de valorar la prueba. Cuando esto ocurre, por ejemplo, si el juez señala que el demandado no es el padre a pesar que el examen de ADN dice lo contrario, se está ante una valoración irrazonable porque una de las manifestaciones de la sana crítica racional es la valoración por medio de los conocimientos científicos.

Esto mismo ocurre con las máximas de la experiencia, estas deben ser entendidas como reglas que el juzgador aplica por ser evidentes ante los ojos de cualquier persona que tenga ante sí el mismo fenómeno. Cuando lo que se menciona como máxima de la experiencia es tan raro que no sería compartido ordinariamente por el común de las personas, ya no se estaría aplicando una máxima de la experiencia sino una experiencia particular y por

tanto sería irrazonable valorar la prueba en esos términos. Como se puede apreciar, empleamos como criterio para determinar la irrazonabilidad las exigencias expuestas sobre el discurso racional.

4.4. Los procesos constitucionales de la libertad como guardianes del derecho a la prueba

Lo único que queda por señalar es que dentro de los procesos constitucionales que nos presenta nuestro ordenamiento positivo, específicamente nuestro nuevo código procesal constitucional de la ley N° 31307 en vigencia desde el día 24 de julio de 2021, corresponde a los llamados procesos constitucionales de la libertad la protección del derecho a la prueba cuando se vulnera su manifestación de valoración de la prueba. Estos dos procesos son el amparo y el *habeas corpus*.

En la medida que la valoración de la prueba se plasma en la sentencia, el control constitucional siempre se realizará bajo los alcances del artículo 9 del nuevo código procesal constitucional, dado que siempre se planteará contra una resolución judicial. Esto tiene una implicancia final. Todas las infracciones al contenido constitucionalmente protegido de la valoración de la prueba deberán ser manifiestos para que proceda la demanda constitucional. Por manifiesto debemos entender aquello que no admite argumento en contrario.

En consecuencia, siempre que se plantee violación al contenido constitucionalmente protegido del derecho a la prueba respecto a su valoración, la infracción debe ser manifiesta. Como resultado, conforme al artículo 7 del nuevo código procesal constitucional, procederán los procesos constitucionales de amparo y *habeas corpus* contra resoluciones judiciales por encontrarnos ante sentencias que vulneran el derecho al debido proceso del

inciso 3 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú cuyo contenido implícito encierra el derecho a la prueba y su valoración. Una sentencia emanada de un proceso que no ha sido regular por violar el derecho a la prueba, es un proceso irregular pasible de ser anulado mediante un proceso constitucional de la libertad (Castillo Córdova, 2004).

CAPÍTULO 3: CONSECUENCIAS

Las principales consecuencias de la implementación de la propuesta serían que la valoración de la prueba solo será invocada como sustento de demandas constitucionales cuando se haya afectado el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la prueba en los supuestos ya señalados. Con esto se estaría optimizando la nitidez con la que se define el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la prueba, específicamente respecto a su valoración, que forma parte del contenido implícito del debido proceso contenido en el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú

Los beneficios que traen acoger la propuesta interpretativa que aquí se propone sobre los márgenes contenido constitucionalmente protegidos del derecho a la prueba y específicamente a su valoración, vienen dados por un menos número de demandas constitucionales improcedentes por pretender una revaloración de las pruebas; así como de menos declaraciones judiciales de improcedencia de la demanda basadas en el inciso 1 del artículo 5 del Código Procesal Constitucional incorrectamente dictadas.

V. CONCLUSIONES

1. Hemos observado que la variable independiente, esto es el control constitucional que se ejercita mediante los procesos constitucionales que se desarrollan dentro de la denominada justicia constitucional para lograr la protección del contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales. Este contenido se puede determinar caso por caso bajo ciertas pautas con las cuales se evidencia que los derechos fundamentales tienen un contenido constitucionalmente protegido y un desarrollo a nivel legislativo que no es pasible de control en la justicia constitucional.
2. La valoración de la prueba es un derecho fundamental que forma parte del contenido implícito del debido proceso recogido en el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú, por tanto, tiene un contenido constitucionalmente protegido. Este contenido constitucionalmente protegido del derecho a la prueba tiene a su vez tres manifestaciones, siendo la última de ellas la valoración de la prueba. Esta conclusión es compartida por el Tribunal Constitucional peruano en su jurisprudencia.
3. La valoración de la prueba es una operación mental que realiza el juzgador mediante la cual infiere la veracidad de las afirmaciones de las

partes desde los medios probatorios que se actúan en el proceso bajo una serie de principios que rigen la actividad probatoria. Esta actividad forma parte del razonamiento probatorio. En tanto la valoración de la prueba es un proceso mental, se materializa en la motivación de la prueba. La motivación es en donde se plasma la valoración de la prueba, pero no es la valoración misma, sino su exteriorización escrita.

4. Aunque la valoración solo se materializa en la motivación, son dos fenómenos diferentes y por tanto es incorrecto tratarlos como supuestos equivalentes teniendo en cuenta que toda la actividad judicial queda escrita en la sentencia. De allí que se debe diferenciar con nitidez el derecho a la motivación, como derecho del justiciable a recibir por escrito las razones en las que se apoya el fallo; y la motivación que es la operación mental que queda registrada en la motivación.
5. De este modo, concluimos que la valoración de la prueba sí puede ser controlada a través de los procesos constitucionales de amparo y *habeas corpus* bajo dos tipos de infracción: indirectamente mediante la motivación, cuando no se haya plasmado el razonamiento que tuvo el juez para valorar la prueba o lo hizo de modo deficiente; y directamente cuando la misma se ha realizado contrariando las reglas de la valoración de la prueba, lo que ocurre cuando esta actividad se realiza manifiestamente:
 - a) En base a criterios subjetivos
 - b) Siendo manifiestamente ilógica
 - c) Violando el principio de universalidad
6. Fuera de estos supuestos, no es posible entender que existe violación al contenido constitucionalmente protegido del derecho *iusfundamental* a la prueba y su valoración, cayendo en supuestos de control ajenos al constitucional exclusivos de la justicia ordinaria. Por lo tanto, queda un margen de la valoración de la prueba que no es pasible de control constitucional. Este margen está constituido por aquellos casos en donde

el juez explica las razones por las que valoró en determinado sentido, y este sentido no es manifiestamente contrario a las reglas de la valoración.

VI. RECOMENDACIONES

En sintonía con las conclusiones a las que se han arribado, recomendamos la utilización de estos procesos constitucionales de amparo y *habeas corpus* alegando violación al derecho a la valoración de la prueba en su contenido constitucionalmente protegido recogido implícitamente en el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú, solo cuando dicha operación haya sido realizada de modo subjetiva o irrazonable en el proceso seguido por la justicia ordinaria.

Si la violación por el contrario solo la valoración de la prueba no ha sido expuesta o ha sido expuesta deficientemente, el proceso constitucional se deberá entablar por violación al derecho a la motivación de las resoluciones judiciales contenido en el inciso 5 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú, mas no por violación al derecho a la prueba.

Si se siguen estos lineamientos que han sido sustentados a lo largo de este trabajo, se logrará en primer lugar, una descarga procesal significativa que abarrotará los juzgados penales con demandas de *habeas corpus* que buscan simplemente un reexamen probatorio pero que no versa sobre el contenido

constitucionalmente protegido del derecho a la valoración de la prueba o a la motivación. En segundo lugar, se evitarán tensiones innecesarias entre jueces y abogados. En tercer lugar, el abogado litigante reclamará su sitio como profesional del Derecho y facilitador de la justicia entre el justiciable y el juez.

Por último, pero no por ello menos importante, se evitará generar falsas expectativas en los justiciables que por su ignorancia llegan a creer que el *habeas corpus* es una continuación del proceso ordinario para revisar pruebas, y así lograr en sede constitucional lo que no se logró durante todo el proceso ante la justicia ordinaria.

Bibliografía

- Aguilera, E. (2020). Una propuesta de aplicación de la epistemología jurídica en la investigación del delito. En A. Aguilera, A. Fuchs Nissim, M. d. Gracia Ramírez, A. J. Giles, M. Á. Muñoz García, P. Paredes Palacios, . . . A. Vieira, J. Ferrer Beltrán, & C. Vázquez (Edits.), *Del Derecho al razonamiento probatorio* (págs. 17-44). Madrid: Marcial Pons.
- Alexy, R. (1993). *Teoría de los Derecho Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Alexy, R. (1997). *Teoría de la argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Alexy, R. (2004). *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes muebles de España.
- Alexy, R. (2010). *La construcción de los derechos fundamentales*. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- Alexy, R. (2011). La doble naturaleza del Derecho. En C. Bernal Pulido, R. Alexy, J.-R. Sieckmann, P. Chiassoni, S. Berteá, C. Bäcker, . . . A. García Figueroa, *La doble dimensión del Derecho*. Lima: Palestra Editores.
- Arazi, R. (2001). *La prueba en el proceso civil*. Buenos Aires: Editorial La Rocca.
- Bachof, O. (2008). *¿Normas constitucionales inconstitucionales?* Lima.
- Barrios Gonzáles, B. (06 de junio de 2020). *Academia virtual de Derecho*.
Obtenido de
http://www.academiadederecho.org/upload/biblio/contenidos/Teoria_de_la_sana_critica_Boris_Barrios.pdf

- BBC. (20 de abril de 2020). *BBC News*. Obtenido de <https://www.bbc.com/mundo/noticias-46352635>
- Bentham, J. (2001). *Tratado de las pruebas judiciales*. Ciudad de México: Editorial Jurídica Universitaria.
- Böckenförde, E. W. (1993). *Escritos sobre Derechos Fundamentales*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft.
- Böckenförde, E. W. (2000). *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Madrid: Trotta.
- Cappelletti, M. (2010). *La jurisdicción de la libertad*. Lima: Palestra editores.
- Carnelutti, F. (1950). *Cuestiones sobre el proceso penal*. Buenos Aires: Editorial Dott.
- Carnelutti, F. (2001). *Cuestiones sobre el proceso penal (Vol. II)*. Ciudad de México: Editorial Jurídica Universitaria.
- Castañeda Otsu, S. Y., Carpio Marcos, E., Espinoza-Saldaña Barrera, E., & Sáenz Dávalos, L. (2005). *Introducción a los Procesos Constitucionales*. Lima: Jurista Editores.
- Castañeda Otsu, S. Y., Castillo Córdova, L., Anaya Barraza, S. E., Abad Yupanqui, S., Blume Fortini, E., & García Roca, J. (2004). *Derecho Procesal Constitucional (Vol. I)*. Lima: Jurista Editores.
- Castillo Córdova, L. (2004). *Hábeas Corpus, Amparo y Hábeas Data*. Lima: ARA Editores.
- Castillo Córdova, L. (2006a). *Comentarios al Código Procesal Constitucional. Tomo II. Proceso de Hábeas Corpus, Proceso de Amparo, Proceso de Hábeas Data (Segunda ed.)*. Lima: Palestra Editores.
- Castillo Córdova, L. (2006b). *Comentarios al Código Procesal Constitucional. Tomo I. Título Preliminar. Disposiciones Generales (Segunda ed.)*. Lima: Palestra Editores.

- Castillo Córdova, L. (2007). *Los Derechos Constitucionales. Elementos para una teoría general*. Lima: Palestra Editores.
- Castillo Córdova, L. (2008a). *Derechos Fundamentales y Procesos Constitucionales*. Lima: Grijley.
- Castillo Córdova, L. (2008b). *El Tribunal Constitucional y su dinámica jurisprudencial*. Lima: Palestra Editores.
- Copleston, F. (2011). *Historia de la filosofía* (Vol. I). Barcelona: Editorial Planeta.
- Daubert v. Merrel Dow Pharmaceuticals INC., 92-102 (Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica 28 de junio de 1993).
- Daubert vs. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc. (Corte Suprema de Los Estados Unidos de Norteamérica 30 de Marzo de 1993).
- Didier Jr., F. (2015). *Sobre la teoría general del proceso, esa desconocida*. Lima: Raguel ediciones.
- Didier Jr., F., & Pedrosa Nogueira, P. (2015). *Teoría de los hechos jurídicos procesales*. Lima: Ara Editores.
- Donayre Montesinos, C. (2005). *El Hábeas Corpues en el Código Procesal Constitucional*. Lima: Jurista Editores.
- Dworkin, R. (1989). *Los derechos en serio*. Barcelona: Editorial Ariel.
- Dworkin, R. (2012). *El imperio de la Justicia*. Barcelona: Editorial Gedisa.
- Ferrer Beltán, J. (2005). *Prueba y verdad en el derecho* (Segunda ed.). Madrid: Marcial Pons.
- Ferrer Beltrán, J. (2007). *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons.
- Ferrer Beltrán, J. (2022). *Motivación y racionalidad de la prueba*. Lima: Grijley.

- García Belaúnde, D. (2001). *Derecho Procesal Constitucional*. Bogotá: Temis.
- González Granda, P. (2017). La valoración de la prueba. En V. Cortés Domínguez, C. Martín Brañas, P. González Granda, J. Damián Moreno, C. Fidalgo Gallardo, I. Flores Prada, . . . J. M. Ostos, *La prueba* (Vol. I, págs. 131-181). Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Gozaíni, O. A. (2006). *Introducción al Derecho Procesal Constitucional*. Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni.
- Hakansson Nieto, C. (2009). *Curso de Derecho Constitucional*. Lima: Palestra.
- IX Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria, Acuerdo Plenario N° 4-2015/CIJ-116 (Corte Suprema de la República del Perú 02 de Octubre de 2015).
- Landa Arroyo, C. (2004). *Teoría del Derecho Procesal Constitucional*. Lima: Palestra Editores.
- Landa Arroyo, C. (2006). *Estudios sobre Derecho Procesal Constitucional*. Ciudad de México: Porrúa.
- Lessona, C. (2001). *Teoría de las pruebas en derecho civil*. Ciudad de México: Editorial Jurídica Universitaria.
- Maiztegui Marcó, F. (2007). Prueba pericial. En M. S. Midón, R. O. Berizonce, O. A. Gozaíni, F. Maiztegui Marcó, M. E. Jiménez, J. M. Torres Traba, . . . J. C. Vallejos, *Tratado de la prueba*. Argentina: Editorial Librería de la Paz.
- Marinoni, L. G. (2007). *Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva*. Lima: Palestra Editores.
- Midón, M. S. (2007). Principios, máximas y sistemas probatorios. En M. S. Midón, R. O. Berizonce, O. A. Gozaíni, F. Maiztegui Marcó, M. E. Jiménez, J. M. Torres Traba, . . . J. C. Vallejos, *Tratado de la prueba*. Argentina: Librería de La Paz.

- Monroy Gálvez, J. (1996). *Introducción al proceso civil*. Lima: Editorial Temis.
- Monroy Gálvez, J. (2007). *Teoría general del Proceso*. Lima: Palestra Editores.
- Montero Aroca, J., Font Serra, E., Ferrer Bariendos, A., Montón Redondo, A., Ordoño Artes, C., Gómez Colomer, J. L., & Sacristán Represa, G. (2000). *La prueba*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial.
- Moreno Cora, S. (2001). *Tratado de las pruebas civiles y penales*. Ciudad de México: Editorial Jurídica Universitaria.
- Muñoz García, M. Á. (2020). El estándar más allá de duda razonable en el proceso penal: algunas consideraciones críticas. En E. Aguilera, A. Fuchs Nissim, M. d. García Ramírez, A. J. Giles, M. Á. Muñoz García, P. Paredes Palacios, . . . A. Vieira, J. Ferrer Beltrán, & C. Vázquez (Edits.), *Del Derecho al razonamiento probatorio* (págs. 187-212). Madrid: Marcial Pons.
- Neyra Flores, J. A. (2015). *Tratado de Derecho Procesal Penal* (Vol. II). Lima: Idemsa.
- Nieva Fenoll, J. (2010). *La valoración de la prueba*. Madrid: Marcial Pons.
- Ollero Tassara, A. (2007). *El Derecho en teoría*. Pamplona.
- Peláez Bardales, J. A. (2013). *La prueba penal*. Lima: Grijley.
- Pereira Menaut, A. C. (1997). *En defensa de la Constitución. Primera edición peruana*. Piura: Universidad de Piura.
- Pérez Tremps, P. (2006). *Los procesos constitucionales. La experiencia española*. Lima: Palestra.
- Resolución del Tribunal Constitucional, 02126-2013 (Tribunal Constitucional 21 de enero de 2014).
- Rodríguez, C. (1997). *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores.

Rosenberg, L. (2017). *La carga de la prueba*. Santiago: Ara Editores.

San Martín Castro, C. (2009). Recursos de apelación y casación penal. En K. Vilela Carbajal, C. San Martín Castro, & y. otros, *Teoría de la impugnación*. Lima: Palestra.

San Martín Castro, C. (2015). *Derecho Procesal Penal. Lecciones*. Lima: Instituto peruano de criminología y ciencias penales.

Sánchez Gavier, S. (2020). Algunas consideraciones sobre la verdad en el proceso y la fuerza motivadora del derecho. En E. Aguilera, A. Fuchs Nissim, M. d. García Ramírez, A. J. Giles, M. Á. Muñoz García, P. Paredes Palacios, . . . A. Vieira, J. Ferrer Beltrán, & C. Vázquez (Edits.), *Del derecho al razonamiento probatorio* (págs. 161-186). Madrid: Marcial Pons.

Schauer, F. (2016). *Positivismo Constitucional*. Lima: Palestra Editores.

Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional, 0005-2007 (Tribunal Constitucional 26 de Agosto de 2008).

Sentencia del Tribunal Constitucional, 010-2002 (Tribunal Constitucional 03 de Enero de 2003).

Sentencia del Tribunal Constitucional, 06712-2005 (Tribunal Constitucional 17 de Octubre de 2005a).

Sentencia del Tribunal Constitucional, 1417-2005 (Tribunal Constitucional 08 de Julio de 2005b).

Sentencia del Tribunal Constitucional, 01480-2006 (Tribunal Constitucional 27 de Marzo de 2006b).

Sentencia del Tribunal Constitucional, 01014-2007 (Tribunal Constitucional 05 de Abril de 2007).

Sentencia del Tribunal Constitucional, 00728-2008 (Tribunal Constitucional 13 de Octubre de 2008).

Sentencia del Tribunal Constitucional, 00655-2010 (Tribunal Constitucional 27 de Octubre de 2010).

Sentencia del Tribunal Constitucional, 01557-2012 (Tribunal Constitucional 04 de Junio de 2012).

Sentencia del Tribunal Constitucional, 03271-2012 (Tribunal Constitucional 13 de mayo de 2013a).

Sentencia del Tribunal Constitucional, 02487-2013 (Tribunal Constitucional 31 de Octubre de 2013b).

Sentencia del Tribunal Constitucional, 08459-2013 (Tribunal Constitucional 04 de Septiembre de 2014).

Sentencia del Tribunal Constitucional, 02045-2016 (Tribunal Constitucional 04 de octubre de 2018).

Sentencia del Tribunal Constitucional, 01470-2016 (Tribunal Constitucional 12 de Febrero de 2019).

Sentencia del Tribunal Constitucional, 01151-2021 (Tribunal Constitucional 17 de agosto de 2021).

Sentencia del Tribunal Constitucional de España, 225/2005 (Tribunal Constitucional de España 12 de septiembre de 2005).

Sumaria Benavente, O. (2013). *Introducción al sistema de la tutela jurisdiccional*. Lima: Ara Editores.

Sumaria Benavente, O. (2017). *La tutela cautelar*. Lima: Pacífico Editores.

Sumaria Benavente, O. (2018). *Teoría de la prueba*. Lima: Instituto Pacífico.

Talavera Elguera, P. (2009). *La prueba en el nuevo proceso penal*. Lima: Academia de la Magistratura.

Taruffo, M. (2008). *La prueba*. Madrid: Marcial Pons.

Taruffo, M. (2012). *Teoría de la Prueba*. Lima: ARA Editores.

Torres Rojas, J. D. (2013). *La legitimación pasiva del habeas corpus en sede fiscal: la espada de Damócles [Tesis de licenciatura no publicada]*. Piura: Universidad de Piura.

Tschadek, O. (1982). *La prueba*. Bogotá: Editorial Temis.

Vilela Carbaja, K. (2009). Medios de impugnación y nulidad procesal. En K. Vilela Carbajal, C. San Martín Castro, V. Baca Oneto, J. Monroy Gálvez, J. Monroy Palacios, & L. Vinatea Recoba, *Teoría de la impugnación*. Lima: Palestra Editores.

Vilela Carbajal, K. (2007). *Nulidades procesales civiles y sentencia firme*. Lima: Palestra Editores.

Vilela Carbajal, K., San Martín Castro, C., Monroy Gálvez, J., Baca Oneto, V., Monroy Palacios, J., & Vinatea Recoba, L. (2009). *Teoría de la impugnación*. Lima: Palestra editores.

William Marbury v. James Madison (Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica Febrero de 1803).