

# Inversión de la Carga de la Prueba en Materia Penal

Por: Eduardo Herrera Velarde<sup>1</sup>

*La carga de la prueba, se encuentra en estrecha relación con los derechos que se pueden ejercer dentro del proceso, sin embargo debemos entender que la carga como tal, no es una obligación que implica una sanción, sino el camino para ejercer nuestros derechos.*

*El autor señala diferencias que existen dentro del proceso penal, referido a la carga de la prueba, por ejemplo en el proceso penal el fiscal tiene la carga de la prueba, sin embargo la parte interesada puede colaborar a la dilucidación de la verdad. Otro punto, es que cuando el imputado permanece en silencio no opera una presunción de veracidad como ocurre en el proceso civil, sino que al no demostrarse los hechos alegados, la acusación pierde veracidad.*

## I. Introducción

El tema de la carga de la prueba en materia penal es un asunto que no es pacífico. Esto debido quizá a lo sensible del mismo, o mejor dicho por lo que está detrás de este concepto (inocencia o culpabilidad) o también porque los penalistas no tenemos la estructura mental que tienen los procesalistas civiles. Sin embargo, sea por defecto o por omisión, considero que es un tema que debe merecer un pronunciamiento más cabal y directo por parte de la doctrina autorizada.

Sin darnos cuenta, quienes litigamos en los Tribunales en materia penal estamos dentro de una carrera probatoria que es como el aire (imposible de tocar, ni ver, pero sabemos que existe). Apelando a esa similitud es que tampoco no podemos percibir a que velocidad va esa actividad probatoria, ni en que sentido exacto recorre, pero no cabe duda que la prueba en el proceso penal, o mejor dicho, la actividad probatoria es sumamente dinámica y volátil.

Normalmente se entiende, y es correcto, que el titular de la carga de la prueba es el Fiscal y esto se ve con claridad en el nuevo sistema. A esto agregarle también la participación del acusador particular o parte privada

interesada. ¿ Pero la parte acusadora es la única a la que corresponde probar ? y si esto no es así ¿ cuándo corresponde a la otra probar o descargar ?. Van en lo sucesivo algunos modestos apuntes.

## II. Concepto de carga

Para llegar al concepto de carga es menester diferenciarla de la idea de deber procesal. Considero que la principal diferencia que existe entre carga y deber consiste, en que el no acatamiento de segundo concepto (del deber) trae como consecuencia una sanción procesal concreta estipulada en el catalogo del código adjetivo. En tanto, el no acatamiento, o mejor dicho el no cumplimiento de la carga, si bien tampoco deja incólume la situación, no denota una sanción.

En efecto, como puede verse en el proceso civil, existen hasta 06 deberes procesales condensados en el artículo 109 del Código Procesal Civil <sup>2</sup> . Su no acatamiento implica la imposición de sanciones extra-proceso (es decir no directamente vinculadas a las pretensiones) que son de múltiple naturaleza. Por ejemplo en el caso de la temeridad o mala fe – al parecer, el más importante de los deberes según el Código Procesal Civil – la sanción

1 Eduardo Herrera Velarde es Abogado por la Universidad de San Martín de Porres, Lima – Perú. Además es Magister en Derecho Penal por la Universidad de Santo Tomás – Colombia y por la Universidad de Salamanca en España. También cuenta con estudios de Postgrado en Finanzas y Derecho Empresarial en la Escuela de Administración de Negocios para Graduados en la Universidad Esan. Es egresado del Curso de Dirección Estratégica para la Defensa y Administración de Crisis de la Escuela Superior de Guerra Naval.

2 Artículo 109 del Código Procesal Civil :

« Son deberes de las partes, abogados y apoderados :

1. Proceder con veracidad, probidad, lealtad y buena fe en todos sus actos e intervenciones en el proceso;

2. No actuar temerariamente en el ejercicio de sus derechos procesales;

3. Abstenerse de usar expresiones descomedidas o agraviantes en sus intervenciones;

4. Guardar el debido respeto al Juez, a las partes y a los auxiliares de justicia;

5. Concurrir ante el Juez cuando éste los cite y acatar sus órdenes en las actuaciones judiciales; y

6. Prestar al Juez su diligente colaboración para las actuaciones procesales, bajo apercibimiento de ser sancionados por inconducta con una multa no menor de tres ni mayor de cinco Unidades de Referencia Procesal «.

es estrictamente pecuniaria, llámese pago de costas o multas.

En lo tocante al proceso penal el asunto es mucho más escueto, si cabe el término. Así en el Código de Procedimientos Penales no se dice absolutamente nada, mientras que en el Código Procesal Penal existen referencias no precisas al deber de acudir a las citaciones (sujeción procesal) y al deber de guardar respeto en la actuaciones judiciales; más bien en lo que se hace gala de una extensión evidente, en las atribuciones y derechos intra proceso (reglas de juego) que tiene cada uno de los sujetos procesales. Quizá la diferencia reside, comparando los ordenamientos procesales, el civil y el penal, es que en este último «se permiten más cosas» como por ejemplo mentir, lo que no significa – necesariamente – actuar de mala fe.

Un punto sobre el cual deberíamos tener cuidado, de cara al asunto que estoy tratando de tocar, hablando de deberes procesales y el tema de la carga de la prueba en materia penal, es el que se encuentra en el artículo 109.5 y 6 del Código Procesal Civil que establece la obligación de las partes de «...concurrir ante el Juez cuando éste los cite y acatar sus órdenes en las actuaciones judiciales y prestar al Juez su diligente colaboración para las actuaciones procesales». Este tema cobra notoria relevancia si vemos que no siempre esta obligación es coercitiva en el proceso penal. Es decir, per se, existe una obligación tácita e intrínseca del imputado de colaborar con el proceso, pero en muchos casos, sino en la mayoría, se admite que imputado no colabore con el mismo y que incluso lo obstruya. No hablo de la «obligación» por cierto de la parte agraviada o Ministerio Público de colaborar con el proceso y/o investigación preliminar, que más que una obligación determina «una conveniencia estratégica» de que esto llegue a buen término, aunque claro al Ministerio Público le conviene más – en un sentido principistas – que se respete la legalidad y los preceptos constitucionales que le son inherentes; aunque esto muchas otras veces se confunde ser persecutor del delito con un precepto más alto y crucial que es el que hemos referido.

En el caso de la carga, el no cumplimiento de la misma implica que quien no la ejerce, simplemente pierde la posibilidad de usarla con lo que ello podría implicar (ver disminuidas o anuladas sus posibilidades de ganar el proceso). Por ejemplo, en el caso de la impugnación, esta se encuentra sujeta a la observancia de ciertos requisitos como el tiempo oportuno para su presentación, es decir lo que conocemos comúnmente como plazo. Dentro de este supuesto – el de la impugnación y su plazo – aquella parte que no cumple con esa carga, pierde su derecho a impugnar y con ello – dependiendo de la condición de la resolución cuestionada – la probable pérdida del proceso.

De lo antes expuesto, se puede concluir que en realidad, la carga denota la vinculación a un derecho procesal y condicionado al cumplimiento de ciertos requisitos. Sin embargo, dudo que la carga equipare al derecho en sí, pero sí guarda mucha relación con aquel. Tal vez lo más propio es pensar que el derecho siempre está detrás de la carga; por ejemplo en la impugnación, es el derecho a

la instancia plural o en la propia carga de la prueba, es el derecho a probar. En suma, puedo afirmar que la carga es el requisito conlleva al ejercicio del derecho de parte en el proceso.

### III. ¿Cómo se acondiciona el concepto de carga de la prueba al proceso civil ?

La idea de carga de la prueba en el proceso civil se resume en lo establecido por el artículo 196 del Código Procesal Civil que a la letra indica :

« Salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos».

El primer aspecto que llama la atención de este enunciado legal es que la carga de la prueba – por regla general – corresponde a quien afirma los hechos. Y esta titularidad de la carga de la prueba, dentro de la lógica de contradicción con la que opera el proceso civil, se extiende a su vez a quien contradice los hechos; es decir, - finalmente – se extiende a la parte que alega, argumenta o sostiene algo a su favor dentro de esa dinámica. Por fuera quedan los casos de, por ejemplo, allanamiento o reconocimiento de la pretensión (artículo 323 y siguientes del Código Procesal Civil).

La excepción a la regla antes mencionada se hace patente en las presunciones. Como bien se sabe, las presunciones son enunciados que el Derecho en general ha establecido como referentes fundamentales. En algunos casos son inamovibles, a las que se les denomina también como presunciones legales absolutas o iure et iure y que se encuentran previstas en el artículo 278 del Código Procesal Civil mientras que en otro caso son movibles, siendo conocidas como presunciones legales relativas o iuris tantum, recogidas por el artículo 279 del mismo cuerpo legal.

Dentro del tema que nos interesa, es particularmente relevante lo que ocurre con las presunciones legales relativas que, como señalé anteriormente, pese a ser referentes del Derecho pueden ser objeto de argumentación o probanza en contrario. La dinámica en ese sentido opera como sigue : 1) existe una presunción enunciada normativamente, por ejemplo la relacionada a los efectos de la rebeldía (artículo 461 del Código Procesal Civil), 2) quien pretende desvirtuar o contradecir que esa presunción opera en su caso, debe proponer (ofrecer) las pruebas que así lo sostengan. En el supuesto de no lograr esa finalidad de destruir la presunción, esta recobrará su fuerza inicial y se convertirá en certeza. Pongo este ejemplo porque grafica de buena forma cómo funciona la carga de la prueba y su inversión que es el tema central de este ensayo.

### IV. ¿Cómo se acondiciona el concepto de carga de la prueba al proceso penal ?

En el proceso penal por excelencia, y por disposición legal contenida en el artículo 14 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, la carga de la prueba recae, valga la redundancia, en el Ministerio Público. No existe

explicación normativa que nos diga porque el Ministerio Público tiene esa condición, pero debe entenderse, por aplicación de la lógica del proceso civil, que es porque es el accionante, el que alega los hechos.

Siendo ello así se llega a la idea de que al ser el Fiscal quien afirma la comisión de un delito en la concurrencia de hechos acaecidos en la realidad, es su deber probarlo. El Código de Procedimientos Penales no tiene una disposición expresa al respecto y deja ese vacío en la norma de la Ley Orgánica del Ministerio Público que he citado. No obstante el Código Procesal Penal en su Título Preliminar, artículo IV – ya dentro de un esfuerzo de integración positiva – refiere que el titular de la acción penal es el Ministerio Público, quien además «tiene el deber de la carga de la prueba».

Ante lo dicho anteriormente cabría preguntarse ¿qué rol le queda a la parte o actor civil? Aquí existe felizmente una continuidad de criterios entre los dos cuerpos normativos (me refiero al Código de Procedimientos Penales y Código Procesal Penal), pues ambos le atribuyen a la parte o actor civil – según las denominaciones de uno u otro código – la tarea conjunta con el Fiscal de ofrecer pruebas tendientes a esclarecer el delito, es decir colaborar con la pretensión punitiva ya que no debe olvidarse que su esencia es perseguir el pago de la reparación civil, a tenor de lo mencionado por el artículo 98 del Código Procesal Penal. Hablando del ejercicio de la acción privada, será el directamente ofendido quien – en exclusividad – ejercerá tanto la titularidad de la carga de la prueba del delito como de la pretensión civil.

Sin perjuicio de lo anotado, pese a su condición de colaborador, al sujeto agraviado que luego se podrá convertir – potestativamente – en actor o parte civil, le corresponde el principal impulsor de las denuncias o conocimiento de noticias criminales en la realidad.

No obstante lo mencionado, existen dos señas particulares que deben relevarse en este tema de la carga de la prueba en materia procesal penal. La primera la encontramos en la propia condición del Ministerio Público. Si bien se reconoce que, como ya he reiterado, es el titular de la carga y por lo tanto primer interesado en lograr la condena al ser también titular de la acción penal y persecutor del delito, no menos cierto es que – por encima de todo ello – tiene la noble función de velar por la legalidad (artículo 159.1 de la Constitución Política y artículo 1º de la Ley Orgánica del Ministerio Público), de manera que si, por ejemplo, en un proceso cualquiera advierte que su posición de acusador no tiene fundamento, deberá hacerlo saber mediante los medios procesales correspondientes. Esto se da en casos de pedido de sobreseimiento, retiro de acusación, etc.

La situación antes graficada no ocurre en el proceso civil, pues en ese contexto siempre hay que esperar una sentencia que ponga fin a la controversia y dilucide la incertidumbre. Claro, siempre existe la posibilidad de que se produzca un desistimiento o una transacción entre las partes, pero en el proceso penal – a diferencia

de lo que ocurre aquí – el Fiscal tiene un deber que pasa por reconocer eventualmente, en respeto a la legalidad, que no hay delito o no se pudo probarlo.

Quizá la situación antes descrita se advierte con más claridad en la etapa preliminar en donde el Fiscal tiene facultad resolutoria y actúa – técnicamente – con más neutralidad que cuando es parte ya en el proceso propiamente dicho.

La otra particularidad a la cual me refería anteriormente y que no existe tampoco en el proceso civil es que, a diferencia de lo que ocurre con el demandado, el imputado no está obligado a probar nada, por lo que incluso manteniéndose inactivo podrá verse favorecido. Recordemos que en el proceso civil cuando el demandado no contradice los términos de la demanda opera, en virtud de lo normado por el artículo 461 del Código Procesal Civil, una presunción de veracidad acerca de los hechos expuestos como sustento de la pretensión, de manera que existen muchas posibilidades que el demandado rebelde termine perdiendo la litis.

En el proceso penal esta rebeldía concebida como la no respuesta a un hecho alegado en fundamento de la pretensión no existe y no causa, obviamente, los mismos efectos que en el proceso civil pues no se le puede pedir al imputado que pruebe un hecho negativo pues eso constituiría un absurdo (¿cómo se prueba que un hecho no sucedió?).

Hablando de la casuística, podrá convenirse en que existen casos en los que es perfectamente posible que el imputado pruebe, por vía colateral, que estuvo ejecutando un hecho distinto el mismo día del evento criminal (lo que se conoce como «coartada»), pero en sí, en pureza, la de probanza de un hecho negativo es imposible.

Como dije, la parte imputada no tiene obligación de probar, incluso se le reconoce el derecho a mentir, guardar silencio y contradecirse como señala Leone :

*« El juez no puede sacar, del llamado comportamiento procesal del imputado, decisivos elementos de juicio, desdeñando consideración de que libertad de defensa es también libertad de mentir y de contradecirse...el comportamiento procesal del imputado, en sustancia, puede valer en orden a la valoración de la sinceridad o no de una deducción defensiva, pero no puede constituir el fundamento de una responsabilidad ». <sup>3</sup>*

Sin embargo, si bien existe, como refiere la glosa anterior, el derecho a mentir y contradecirse, cabría cuestionarse si – en ese orden – existe el derecho también a obstaculizar la obtención de pruebas o si una conducta como esta insertada en el proceso, podría valorarse como perjudicial a la situación jurídica del imputado, como lo abordaré más adelante.

La carga de la prueba en materia procesal penal opera, como vemos, en forma totalmente distinta a la del

proceso civil. Así, existe una imputación criminal que es la que el Ministerio Público tiene que probar hasta llegar a la certeza, ello en colaboración con la parte o actor civil. Pero si el Ministerio Público no logra su cometido al 100 % e incluso si solo llega al 99.9 % tendrá que verificarse una absolución. Frente a ello, y para agregar mayor complejidad al asunto, el imputado puede además mentir, callar, huir y claro está también defenderse ofreciendo pruebas a su favor.

## V. Momentos de la prueba

Aunque es clara la diferencia de regulaciones entre el Código de Procedimientos Penales y el Código Procesal Penal, puedo concluir en que existen también claramente definidos los distintos momentos de la prueba en el proceso penal peruano. Este pequeño análisis nos ayudará en lo sucesivo del presente ensayo como lo veremos luego.

Para no ser abundante en el tema, puedo distinguir hasta cuatro momentos de la prueba en el procedimiento penal, a saber :

- a) Ofrecimiento : este es un acto exclusivo de la parte. En el procedimiento penal está ceñido al Ministerio Público, a la parte o actor civil y al imputado.
- b) Admisión : acto a cargo del Juzgador y en la etapa preliminar a cargo del Ministerio Público. Como ya he soslayado, en el Código de Procedimientos Penales no existe, salvo en el juicio oral, una etapa definida e identificable, coyuntura que como vemos en la realidad puede motivar desorden e incluso indefensión. Este momento está relacionado a las categorías de permisión y pertinencia. Es decir que estén permitidos (no prohibidos) y tengan vinculación a lo que es materia de proceso.
- c) Actuación : este momento también está a cargo del Juzgador y en su caso del Ministerio Público. Existen casos de medios de prueba que su actuación es concomitante a su valoración como el caso de los documentos. Existen también otros casos en que la actuación depende del consentimiento de quien detenta la prueba, tal es el caso por ejemplo de la extracción de muestras de sangre del imputado <sup>4</sup>.

No hay que confundir con otros casos que si bien requieren un consentimiento previo pueden ser obtenidos finalmente y actuados por métodos o formas coactivas sin vulnerar ningún derecho. Me

refiero al supuesto de los documentos que están en poder del imputado. En dicha situación el Juzgador requerirá de una exhibición y ante la negativa podrá ser absolutamente viable una ejecución forzada en virtud de lo normado por el artículo 2.6 de la Ley No 27379 <sup>5</sup>.

- d) Valoración : podría discutirse si este es un momento de la prueba o en realidad no <sup>6</sup>. Sin embargo esta actividad que realiza siempre quien juzga guarda relación al examen propiamente dicho de la prueba, como previa a la emisión de la resolución correspondiente.

Ahora bien, visto esto de los momentos de la prueba (o de la actividad probatoria como quiera llamarse), es oportuno preguntarse ¿ cómo operaría la carga de la prueba en este contexto ?

En materia procesal civil, como ya hemos visto, la carga de la prueba corresponde a quien alega un hecho, de manera que se trata de una dinámica de traslado, si hay contradicción obviamente. Por ejemplo, A es el demandante y en ese contexto afirma que B le debe dinero. A, en ese supuesto, es el titular inicial de la carga de la prueba, pues tendrá que probar que B efectivamente le debe dinero. En caso A aporte pruebas de su afirmación, B tendrá que, si estima conveniente contradecir, probar que no le debe o que no le debe tal cantidad. Dentro de esta hipótesis figurativa, B será también en su oportunidad, titular de la carga de la prueba. Claro, por una cuestión de orden solo existen una oportunidad en que se da ese traslado para cada uno, porque sino podríamos correr el absurdo de repetir eternamente la dinámica

En materia procesal penal la situación no varía ya que también esta dinámica se da en el momento del ofrecimiento al igual que en el proceso civil. Sin embargo, dada la naturaleza del proceso penal esta carga – y la dinámica del traslado – es distinta.

En efecto, como primer punto hay que tener presente – siempre - que el momento de la postulación u ofrecimiento en el proceso penal es abierto cuando es favor del imputado. Esto le agrega un toque especial a este tema. Siendo ello así, podría darse perfectamente la eventualidad de ofrecer una prueba minutos antes del acto de lectura de sentencia, de manera que podría afirmarse que – en materia procesal penal – existe una carga permanente a favor del imputado pues no hay límites de postulación de medios de prueba.

4 En el Código Procesal Penal esta situación está regulada por el artículo 211.1 que a la letra menciona :

«El Juez de la Investigación Preparatoria, a solicitud del Ministerio Público, puede ordenar un examen corporal del imputado para establecer hechos significativos de la investigación, siempre que el delito esté sancionado con pena privativa de libertad no mayor de cuatro años. Con esta finalidad, aún sin el consentimiento del imputado, pueden realizarse pruebas de análisis sanguíneos, pruebas genético-moleculares u otras intervenciones corporales, así como exploraciones radiológicas, siempre efectuadas por un médico u otro profesional especializado. La diligencia está condicionada a que no se tenga fundadamente un daño grave para la salud del imputado, para lo cual si resulta necesario se contará con un previo dictamen pericial»

En mi criterio, existe un aspecto más que cuestionable en este tipo de actuaciones en la hipótesis – totalmente posible – de que el imputado se niegue a la extracción de sangre. El cuerpo normativo en ese caso acepta una ejecución forzada. Desde esa perspectiva, en mi criterio como repito y siguiendo el razonamiento del artículo respectivo, esto se equipara a la extracción forzada de la verdad, pues se facultad como lo veremos más adelante.

5 En el Código Procesal Penal estos casos se encuentran regulados por el artículo 218 y siguientes.

6 SAN MARTIN CASTRO separa, por ejemplo, la valoración de otros momentos, reconociendo a la proposición, admisión y recepción. SAN MARTIN CASTRO, César. Derecho Procesal Penal. Tomo II. Editora Jurídica Grijley. Págs. 817 – 820.

7 En estos casos hay que exceptuar la etapa de juzgamiento en donde impera la preclusión. Sin embargo tengo que manifestar mis resistencias a la preclusión cuando se trata de una prueba que, directamente, pueda salvar al imputado de una condena injusta, obviamente sin caer en la posibilidad de dilatar el caso.

Resumiendo, la titularidad de la carga de la prueba en materia procesal penal es de quien acusa, es decir de la Fiscalía apoyada por la parte o actor civil. Al imputado se le reconoce una facultad (no obligación) de probar su inocencia. Pero tomando en cuenta que el proceso penal y su esencia, se concede a favor del imputado las más amplias condiciones para ejercitar su defensa, verificándose en ese contexto que la carga no es estática ni preclusiva<sup>7</sup>.

A modo de aclaración respecto a lo dicho anteriormente, es evidente que al imputado se le conceden también las más amplias posibilidades de ganar la litis: primero, porque se le tiene que probar culpabilidad al 100 % (en caso de probarse solo un 99.99 % se debe absolver); segundo, porque puede ofrecer pruebas en cualquier momento y sin limitaciones y; tercero, porque tampoco se le puede obligar a decir la verdad, e incluso puede mentir o callar.

## VI. ¿ Puede funcionar la inversión de la carga de la prueba en materia procesal penal ?

Sobre este punto, habiendo dejado más o menos claro cómo se opera la carga de la prueba, hay que determinar cómo funciona su inversión.

La inversión que se da naturalmente en el proceso civil, guarda relación estrecha con lo que se conoce como principio de disponibilidad y facilidad probatoria; es decir con quién tiene (posee) la prueba y, por lo tanto, acceso fácil a la misma.

Álvaro Luna Yerga entiende el principio de disponibilidad y facilidad probatoria del modo siguiente :

*« La disponibilidad probatoria consistiría en que una de las partes posee en exclusiva un medio de prueba idóneo para acreditar un hecho, de tal modo que resulta imposible a la otra acceder. El principio de facilidad exige tener en cuenta las dificultades de una de las partes respecto a la práctica de un medio probatorio, mientras que a la otra resulta más fácil o cómoda »<sup>8</sup>.*

Esta situación de facilidad y disponibilidad, como vemos, es la que marca el primer supuesto de inversión de la carga de la prueba.

Linares Avilez, pone a reglón seguido, un ejemplo que grafica en modo por demás claro esta primera situación :

*« ...imaginemos por un momento que Tomás era Juez y que los discípulos plantearon una petición para que declare la resurrección de Cristo, es claro que a la luz de los hechos que narra la Biblia, Tomás quedó convencido de lo que alegaban los discípulos al comprobar mediante una inspección las heridas de Jesús, y determinar que en realidad todo era como le habían indicado los discípulos, es decir, que Cristo había muerto crucificado y luego resucitado. En estas*

*circunstancias el sistema de resolución de conflictos funcionó perfectamente, pues los demandantes (los discípulos) pudieron acreditar con la participación de Jesús los hechos que sostenían su pretensión.*

*Ahora bien, imaginemos que al igual que en el ejemplo anterior, Tomás es el Juez y los discípulos demandan que se declare que Jesús resucitó, emplazando a éste último con su pedido, pero Jesús en vez de admitir los hechos y colaborar aportando pruebas que los acrediten, contradice la pretensión de los discípulos y alega que no murió en la Cruz y que por tanto no ha habido resurrección alguna »<sup>9</sup>.*

En el caso ejemplificado, que obviamente es una situación hipotética, Jesús tiene la disponibilidad y facilidad sobre la prueba, que es su propio cuerpo. De esa manera, la inversión de la carga opera sobre quien tiene precisamente esa disponibilidad y por ende facilidad.

El segundo supuesto va vinculado a la vigencia de las presunciones. Por ello, ante la existencia de una presunción, corresponde a la parte «afectada» desbaratar su contundencia, acreditando que en su caso concreto esa presunción no opera. Por cierto, es lógico entender que esta dinámica de traslado de carga de la prueba funciona solo con aquellas presunciones identificadas como relativas. En el caso de las presunciones absolutas, como las contenidas en los artículos 2012 o 361 del Código Civil, no cabría – y lo sostengo en condicional – prueba en contrario.

Al respecto, separándome un poco del punto central, cabría preguntarse si es suficiente – por ejemplo – el presumir que una persona conoce la norma como elemento inescindible de la antijuridicidad. En ese sentido, y más en países como el nuestro, cabría cuestionarse si es posible afirmar con certeza que – más allá de las ficciones jurídicas – todos los peruanos conocen todas las normas solo por su publicación en el diario oficial. La respuesta nos llevará quizá a sostener que, como todo en la vida, las presunciones son también relativas.

Valga decirlo para tener un punto de partida claro : en materia penal, según lo refiere la mayoritaria doctrina, no sería posible – nuevamente en condicional - la admisión de la inversión de la carga de la prueba. Existen en ese sentido, más de una opinión.

Rojas Vargas, por ejemplo, al tratar el tema del delito de enriquecimiento ilícito indica que, ante la evidencia inicial que justifica el delito o su hipótesis de tipificación que «no es un problema de inversión de carga de la prueba, por cuanto es un deber del sujeto público rendir cuentas y poner en evidencia la pulcritud y lícita procedencia de sus activos »<sup>10</sup>.

San Martín Castro por su parte, citando a Carlos Climent Durán, nuevamente en el análisis del delito de enriquecimiento ilícito sostiene que «en consecuencia, es

8 LUNA YERGA, Álvaro. Regulación de la carga de la prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Working paper No 165. Octubre 2003. En : [www.indret.com](http://www.indret.com).

9 LINARES AVILEZ, Daniel. Reflexiones sobre la prueba dinámica. En : [www.linaresabogados.com](http://www.linaresabogados.com)

10 ROJAS VARGAS, Fidel. Delitos contra la administración pública. Editora Jurídica Grijley. Pág. 620.

*correcta la presunción legal que obliga al imputado, en su caso, a tener que probar la licitud de sus ingresos o gastos, porque si no lo hace así se concreta la presunción de que ha cometido delito de enriquecimiento ilícito*«. <sup>11</sup>

A mayor abundancia, hay que tener presente lo mencionado por la sentencia No 2.486/2001 del 21 de diciembre de 2001 emitida en la Casación No 761/2000 del Tribunal Supremo español, que por estos lares cobró notoriedad al ser inspiración de una sentencia vinculante :

*« La valoración como indicio de la ausencia de una explicación alternativa por parte del acusado, de la acreditación de la falsedad de sus manifestaciones o de su manifiesta inverosimilitud, no implica invertir la carga de la prueba ni vulnera al principio nemo tenetur, siempre que exista otra prueba indiciaria constitucionalmente válida, suficiente y convincente acerca de la participación en el hecho del acusado ».*

Las dos opiniones doctrinales glosadas, como la sentencia del Tribunal Supremo español sitúan el fundamento de la inadmisibilidad de la inversión de la carga de la prueba en la vigencia de la presunción de inocencia bajo el siguiente razonamiento : no puede admitirse la inversión de la carga de la prueba porque se presume – salvo prueba en contrario – que el imputado es inocente. Asumir esa inversión como válida, implicaría, según ese razonamiento, desconocer la existencia de esa presunción obligando al imputado a acreditar algo a lo que no está obligado, degenerando el proceso penal y sus principios inspiradores.

Dentro de la composición del proceso penal peruano y más con la vigencia del nuevo Código Procesal Penal, el imputado no formula una contestación formal a la imputación (no sucede como en el proceso civil que existe una oportunidad para contestar la demanda); sin embargo si existe una necesidad de dar explicaciones satisfactorias ante la atribución de un hecho delictivo. Estas explicaciones que, en teoría se originan en su primera declaración y van extendiéndose a lo largo del proceso hasta el interrogatorio en el juzgamiento oral, constituyen el eje central de la defensa del imputado.

Siendo ello así, podrían darse dos alternativas ante una imputación : la primera que el imputado acepte los cargos supuesto en el cual se pasará a dar ejecución a alguna de las formas de conclusión anticipada del proceso, en tanto que la segunda opción es que el imputado rechace los cargos, hipótesis en la que el proceso deberá concluir hasta expedirse la sentencia o algún otro pronunciamiento que ponga fin a la instancia. Dentro de esta segunda hipótesis, cabe perfectamente la posibilidad de que el imputado, rechazando inicialmente los cargos, termine por aceptarlos.

No existe, dentro de la vigencia del Código de Procedimientos Penales, ni dentro del Código Procesal Penal, una fórmula para dar explicaciones, aunque en cuanto al último cuerpo de leyes existe un detalle

pormenorizado de la forma en que se desarrolla esta actuación en el artículo 88, pues se entiende – y debería ser la óptimo – que la declaración del imputado sea lo menos restringida posible al tener que ser la finalidad que el dicho del imputado sea espontáneo, es decir que tenga origen en su propia voluntad de decir la verdad. Por esa razón es que no existe un paso y no se le «exige» dar estas explicaciones. No obstante ante una imputación en cualquiera de sus fases, siempre es recomendable, en favor de su situación jurídica, que brinde estas explicaciones. Obsérvese que la doctrina – y no he hecho excepción - habla siempre de explicaciones satisfactorias y allí viene, desde mi óptica, el elemento capital del problema del que se ocupa este ensayo. ¿ Qué sucede si en criterio del juzgador el imputado no da explicaciones y rehúsa a ello ?, ¿ o si estas explicaciones no son satisfactorias ? Como ya he señalado anteriormente, el imputado no tiene la obligación de dar explicaciones; es más, además del derecho al silencio que le es reconocido, derecho que abarca obviamente el no dar explicaciones, el imputado tiene el derecho a mentir con lo que entramos a un supuesto de estar en la posibilidad de distorsionar la explicaciones como su voluntad - o su defensa- le indiquen. Únicamente podrá exhortársele (entiéndase recomendársele) a que diga la verdad. Puede concluirse de ello que no solamente no existe la obligación de dar explicaciones, sino que tampoco existe la obligación que estas sean satisfactorias, dejándose esta calidad (la de satisfactorias) a la evaluación del juzgador.

Lo expuesto nos lleva a la necesidad de evaluar el impacto en la situación jurídica del imputado que éste no de explicaciones o dándolas incluso, estas no sean satisfactorias. A manera de paréntesis en este caso es importante remarcar que – como dije líneas arriba – la calidad de satisfactorias o no dependerá del grado de convencimiento que cause al juzgador pues éste tiene ante si una situación indiciaria que le indica – siempre teóricamente – que existiría la probabilidad de un delito y que el imputado sería presuntamente su autor o partícipe. Considero entonces, desde esa perspectiva, que el efecto que podría tener el no dar una explicación satisfactoria es más grave pues le conviene estratégicamente despejar la probabilidad sembrada en los indicios, a riesgo de que está probabilidad, con las pruebas de cargo, con el devenir del proceso y la evolución probatoria pueda transformarse en una certeza. Claro, siempre también existirá la opción de que las pruebas de cargo no evolucionen y, no habiéndose vencido a la presunción de inocencia, termine por tener que absolverse al imputado.

Una Ejecutoria Suprema del 05 de mayo de 1977 recaída en el expediente No 3438-95 Cuzco censuró la actuación de la Sala Penal Superior al haber sustentado «...el fallo en que los hechos no han sido debidamente esclarecidos por el acusado, invirtiéndose la carga de la prueba y atentándose de esta manera contra la seguridad jurídica que debe primar en todo proceso judicial». Por su parte, la sentencia No 2486/2001 del Supremo Tribunal español ha indicado sobre el particular :

11 SAN MARTÍN CASTRO, César y otros. Delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir. Aspectos sustantivos y procesales. Jurista Editores. Pág. 428.

« Este indicio único, pero de una singular potencia acreditativa, se ratifica cuando concurra con una ausencia total de explicación por parte del contribuyente respecto de los bienes o ingresos detectados o bien se produzca la destrucción por la prueba realizada a instancia de la acusación, de las explicaciones o alegaciones ofrecidas por el acusado para justificar el origen de tales bienes o ingresos (sentencia núm. 1335/1999, de 17 de noviembre). En estos casos se cumplen los requisitos propios de la prueba indiciaria y la condena penal está justificada.

Por el contrario, cuando no exista una explicación alternativa, razonable y plausible, acerca de la procedencia de los bienes o ingresos detectados, aún cuando no esté plenamente justificada, la prueba de cargo resultará insuficiente para fundamentar la condena penal. En consecuencia, en el ámbito penal, a diferencia del fiscal o tributario, el contribuyente no necesita acreditar para obtener su absolución «que dichos bienes o derechos proceden de otros rendimientos del sujeto pasivo o de la reinversión de otros activos patrimoniales del mismo», sino simplemente aportar una explicación alternativa mínimamente razonable o plausible, no desvirtuada por la acusación, pues en tal caso la duda razonable ha de resolverse a favor del acusado».

Se abre aquí entonces un punto de discusión respecto al efecto que ocasiona el no dar explicaciones o que estas no sean, a criterio del juzgador, satisfactorias. Por un lado la Ejecutoria Suprema peruana parece indicar que el no dar explicaciones, no puede ser fundamento para condenar al no superarse por ese sólo hecho la presunción de inocencia. Desde el otro punto de vista, el Tribunal Supremo español sostiene que eso no es así.

Mi posición es que la Ejecutoria Suprema no debe ser interpretada como una prohibición de valorar el hecho de no dar explicaciones (lo que abarca, siempre, el no dar explicaciones satisfactorias). Lo cierto es que lo que censuró en su momento el Supremo Tribunal peruano es que la condena se fundamentó únicamente en la no explicación siendo tal vez el defecto advertido en la estructura del fallo o de falta de motivación, pero no de fondo.

No cabe duda que el valorar como negativa a la conducta del imputado de no dar explicaciones, atenta contra la presunción de inocencia y esta opción – repito, la de no dar explicaciones – está claramente permitida como lo he desarrollado. Se trata como también dije anteriormente, de ingresar a un punto aparte que implica evaluar las pruebas de cargo. Si se pretende que con solo la prueba indiciaria que sustentó el ejercicio de la acción penal, ante la no explicación satisfactoria, se pueda condenar, entonces sí es criticable. Si por el contrario, ha existido una evolución en la tesis de la acusación sustentada con pruebas de cargo idóneas, y el imputado en ese

contexto, no da explicaciones, la condena es – desde mi perspectiva – perfectamente válida. Se trata entonces de situaciones distintas.

Por cuenta aparte corre la conducta procesal del imputado como cuando, por ejemplo, miente; es decir, que el hecho de que el imputado mienta o se contradiga incluso como precisaba Leone, no puede, per se, apoyar una condena indicando que son esos elementos los que sustentan como decisivos la culpabilidad. Los elementos decisivos dicho sea de paso se deben encontrar siempre en la prueba de cargo y podrán fundarse aún más – con el desarrollo de razonamiento que he presentado anteriormente – también en la no rendición de explicaciones satisfactorias o la mentira pero esto no podrá ser crucial para la condena por su solo mérito (o incluso también para la graduación de la pena).

Toca ahora hablar de un aspecto que considero fundamental de cara al tema abordado; me refiero al de la disponibilidad probatoria y el principio de facilidad.

En un ejemplo concreto, la disponibilidad probatoria en materia penal podría darse cuando el mismo imputado representa la prueba central de un caso por ejemplo en supuestos de delito de violación sexual, en el que hay que extraer muestras corporales para determinar si el imputado es o no el autor. En casos como ese se entiende que la disponibilidad probatoria corresponde al propio imputado, pues él tiene dominio y acceso exclusivo a la prueba. La facilidad probatoria, consistiría entonces en ver si el imputado decide colaborar o no.

Otro tipo de casos se da cuando existe una necesaria investigación de índole documental, en delitos como el lavado de activos en donde buena parte de la prueba es documental, valga la redundancia, y además se encuentra casi siempre en poder del imputado.

Ante esta situación cabría analizar el efecto que podría traer la negativa por parte del imputado de dar acceso (facilidad) a la prueba de la que él dispone en exclusividad.

Nuestro Código Penal, partiendo del aspecto normativo, en su numeral 409-A, sanciona a aquel que «...que mediante el uso de la fuerza física, amenaza, ofrecimiento o concesión de un beneficio indebido, impide u obstaculiza se preste un testimonio o la aportación de pruebas o induce a que se preste un falso testimonio o pruebas falsas...». Se colige entonces de la lectura de este numeral que el reproche está dirigido a un tercero (que no es parte) que posee la prueba requerida en el proceso, llámese de un testimonio por ejemplo. El artículo 405 del mismo cuerpo legal <sup>12</sup> también está centrado a persona distinta del imputado a tenor de lo preceptuado por el siguiente numeral 406 que reconoce la excusa absoluta para este tipo de casos <sup>13</sup>. De ello se infiere entonces que no existe disposición penal que

12 Artículo 405 del Código Penal :

« El que dificulta la acción de la justicia procurando la desaparición de las huellas o prueba del delito u ocultando los efectos del mismo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años...».

13 Artículo 406 del Código Penal :

«Están exentos de pena los que ejecutan cualquiera de los hechos previstos en los artículos 404 y 405 si sus relaciones con la persona favorecida son tan estrechas como para excusar su conducta».

sancione al imputado obstructor cuando – obviamente – este tenga la disponibilidad absoluta. Quizá esta orientación tenga el mismo origen en el que se respalda a su vez la facultad del mismo imputado de mentir, callar o contradecirse.

De lo glosado anteriormente, partimos de la premisa que existe un deber de colaboración de todos los ciudadanos para con el sistema de administración de justicia. No obstante, la situación parece tonarse distinta en cuanto concierne a la suerte del imputado. Si se le permite callar, contradecirse o mentir, bien podría permitirse también que obstruya su propia causa cuando la prueba le resulta de acceso exclusivo<sup>14</sup>. Sin embargo, volviendo al tema, parece también que el Código Procesal Penal lleva una posición contraria: por encima de la negativa del imputado está el acceso a la prueba y la obtención de la verdad. Sorprende esta lógica por cuanto el nuevo modelo privilegia el buen arte de litigar antes que la reconstrucción de la verdad como proceso histórico.

Este razonamiento puede colegirse del artículo 211 del Código Procesal Penal en donde se faculta incluso «sin el consentimiento del imputado» a que se le puede realizar «pruebas de análisis sanguíneos, pruebas genético-moleculares u otras intervenciones corporales». El problema aquí sería de corte práctico en la ejecución propiamente de la diligencia por ejemplo de extracción de muestras de sangre, cuando se tiene la negativa del imputado.

Esa forma de pensar se encuentra también patente en medidas como la exhibición e incautación de bienes (artículo 218 y siguientes) y tiene, al día de hoy, asidero en la Ley No 27379, en el numeral 3 del artículo 2º en el que se faculta al secuestro y/o incautación entre otros.

El límite para obtener la prueba es, sin duda alguna, la confesión forzada que está proscrita por tratados de Derechos Humanos y también tiene residencia en el Código Procesal Penal, en su artículo IX inciso 2º del Título Preliminar<sup>15</sup>. De todo lo antes expuesto, podría válidamente preguntarse que, si está proscrita la confesión forzada ¿por qué entonces obligar al imputado a someterse – también forzosamente – a pruebas que podrían tener el mismo efecto que la confesión? La respuesta podría encontrarse en la necesidad de evitar la impunidad como conducta procesal y estrategia de defensa. Pero desde esa óptica existe una evidente contradicción a la luz de lo dicho anteriormente.

Debo enfatizar que, en mi opinión, no es admisible ningún tipo de prácticas que conlleven a la auto- inculpación, sin que esto involucre, desde luego, dar luz verde a la impunidad descarada y a la obstrucción probatoria.

Situaciones del tipo que nos interesan podrían darse cuando, por ejemplo, el imputado destruya todo el

acervo documentario que tiene en exclusividad sin el cual sería imposible procesarlo y condenarlo. La lucha contra la impunidad que a todas luces debe constituir el norte de nuestro sistema de administración de justicia podría tener salida, bajo la lógica presentada, en inspiraciones como las del modelo estadounidense que sancionan la obstrucción desde toda perspectiva. Así podría tabularse una pena semejante al delito incriminado a quien obstruya su propia causa. Por cierto esa obstrucción debería estar limitada a la obtención de pruebas como las situaciones descritas.

La coyuntura señalada anteriormente indica inequívocamente que la inversión de la carga de la prueba es perfectamente posible en materia penal y, es más, se da frecuentemente sin que nos demos cuenta. Distinto es, vale decirlo, el efecto que tiene, a diferencia de lo que ocurre en materia civil en donde la inversión es contraria a quien no permite el acceso a la prueba a quien se le sanciona. Esto depende del desarrollo o evolución probatoria. Por ello coincido plenamente con Armenta Deu cuando indica que «en el proceso civil corresponde al actor probar los hechos constitutivos y al demandado los impeditivos, extintivos y excluyentes. La incertidumbre sobre los hechos constitutivos perjudicará al actor y la de los restantes al demandado»<sup>16</sup>.

El delito de enriquecimiento ilícito es el mejor ejemplo de esa realidad, contrariamente a lo que opina la mayor parte de la doctrina como Rojas Vargas, a quien he citado líneas arriba.

Particularmente, considero que la inversión de la carga de la prueba es un tema que guarda relación con aceptar la realidad de las cosas. Por supuesto que existe un deber público de «rendir cuentas y poner en evidencia la pulcritud y lícita procedencia de los activos» por parte del funcionario como dice Rojas Vargas en el delito de enriquecimiento ilícito, pero este deber tiene, a no dudarlo, un contenido ético que, como sabemos, no debe tener acogida en materia penal. Cabría preguntarse entonces desde la opinión glosada ¿qué sucede si el imputado no cumple con ese deber? Si no hay sanción esto reafirma que, en realidad, la inspiración de ese deber es claramente ético.

Coincido con Fontán Balestra cuando dice que le parece más sincero aceptar, pese a la sutil distinción de Manzini, que efectivamente existe inversión como hay en otros casos, por ejemplo el de quiebra fraudulenta por disminución no justificada del activo (art. 176.2 CP argentino)<sup>17</sup>.

Volviendo al tema del enriquecimiento ilícito que es conveniente observar de cara al problema planteado en este escrito, San Martín Castro sostiene:

«No es posible... que el tipo penal se construya teniendo en cuenta la no justificación de incrementos

14 Obviamente perjudicaría su situación coercitiva ya que bien podría afirmarse que dificulta la acción de la justicia, pudiendo sostenerse que existe peligro procesal.

15 Artículo IX inciso 2º del Título Preliminar del Código Procesal Penal: «...2) Nadie puede ser obligado o inducido a declarar o a reconocer culpabilidad contra sí mismo, contra su cónyuge, o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad».

16 ARMENTA DEU, Teresa. Lecciones de Derecho Procesal Penal. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. Pág. 268.

17 FONTAN BALESTRA, Carlos. Derecho Penal. Parte Especial. Lexis Nexis. Abeledo-Perrot. Pág. 876.

*patrimoniales de delictivos y con ello se le esté forzando a autoincriminarse y además, se desplace la carga de la prueba de la acusación en clara vulneración de la presunción de inocencia»<sup>18</sup>*

Es claro de esta opinión que la inversión de la carga de la prueba existe en materia penal y no puede negarse. Sin embargo, la naturaleza del penalista le impide aceptarla en real dimensión pues entendemos o suponemos que vulnera la presunción de inocencia. Sobre este tema debo de señalar que se trata, insisto, de cosas distintas.

Un ejemplo más es lo que ciertamente ocurre con el elemento doloso y su probanza en el proceso penal. Severo Gamarra Gomez en una afirmación que considero plenamente válida indica «...en tercer lugar, también compete al acusador probar que el acusado ha actuado con dolo, lo cual se presume en la mayoría de las veces cuando está verificado que los actos practicados por el acusado son conscientes y voluntarios «<sup>19</sup>. Tal vez no nos damos cuenta de que, ese caso, también opera la inversión de la carga de la prueba. El problema insisto está en que los efectos de aquella (de la inversión de la carga de la prueba) en la situación jurídica del imputado. Para esto, pongamos un caso límite para explicar lo que realmente sucede :

A José se le procesa por delito de homicidio con arma de fuego. En el lugar en donde se encontró el cadáver, se halló su billetera, tres testigos lo vieron salir de allí momentos luego de que se oyó un disparo, las huellas digitales que también se hallaron en la escena coinciden con las suyas. En ese contexto existen manchas de sangre que son distintas de las del occiso. Al ser requerido por el Juez para un examen sobre esas manchas, José se niega, así como también a proporcionar sus prendas.

La afirmación antes glosada nos lleva entonces a dos posibles soluciones ante situaciones de inversión de carga de la prueba como las antes descritas : a) se castiga al imputado con una condena cuando evita aquella posibilidad de prueba o b) no se le sanciona de ninguna manera. Dependerá de, como dije, la evolución propia del mismo proceso en una valoración en comunidad probatoria. Luego entonces, si existen suficientes indicios concomitantes, una situación de probanza favorable a la parte de cargo y ya se mermó la presunción de inocencia a pesar de la negativa, no habrá problemas en admitir una condena.

Observemos que esta posición acoge la posibilidad, cierta y real, de que el imputado «*siembre duda razonable*», supuesto en el cual la condena es inviable. Es decir, no puede condenarse a alguien únicamente por su negativa a colaborar sino existen más pruebas.

Pero ¿ qué sucede si el estado de la evolución probatoria es insipiente o si no existe otra prueba que la que tiene el imputado y este no quiere colaborar ? es decir, ¿ qué pasa si no hay más pruebas ? Definitivamente, como dije anteriormente, allí no puede existir condena y no operaría (no tendría efecto negativo alguno) la inversión de la carga de la prueba, pues ciertamente ello si vulneraría la presunción de inocencia. En este tipo de casos, como también lo mencioné anteriormente, habría que estudiar la posibilidad de sancionar vía tipificación de obstrucción, a fin de no hacer de este tipo de situaciones, una arbitrariedad que luego permita impunidad descarada.

El punto central para concluir está aceptar que esta situación de inversión de la carga de la prueba se da, sin que nos demos cuenta, pero distintos son los efectos que esto produzca como lo indiqué. Las soluciones también serán desde luego distintas. ☒

## NOTARIO

*Dr. Jaime A. Murguía Cavero*

### Horario de Atención

De Lunes a Viernes 9:00 am. - 6:15 pm.  
Sábados 10:00 am. - 12:45 pm.

Av. Juan de Arona 707 San Isidro- Lima 27( a una cuadra del puente Corpac)  
Telf: (511)442-0300 Fax: 442-0850  
email: [murguia@notariamurguia.com](mailto:murguia@notariamurguia.com)  
página web: [www.notariamurguia.com](http://www.notariamurguia.com)

<sup>18</sup> SAN MARTIN CASTRO, César y otros. Op. Cit. Pág. 441.

<sup>19</sup> GAMARRA GOMEZ, Severo. Teoría del principio de razón suficiente. En : [www.sisbib.edu.pe/bib.virtualdata/libros/filosofia/logica-juridica/pdf/a02.pdf](http://www.sisbib.edu.pe/bib.virtualdata/libros/filosofia/logica-juridica/pdf/a02.pdf).