"AÑO DE LA PROMOCIÓN DE LA INDUSTRIA RESPONSABLE Y DEL COMPROMISO CLIMÁTICO"

UNIVERSIDAD NACIONAL DE HUANCAVELICA

(Creada Por Ley N° 25265)

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

TESIS SOBRE:

"LA FIANZA PERSONAL IRREGULARMENTE OBTENIDA ANTE EL NOTARIO PUBLICO ES ADMITIDA Y VALORADA PARA EL OTORGAMIENTO DE LA LIBERTAD PROVISIONAL POR EL JUEZ DEL PRIMER JUZGADO PENAL DE HUANCAVELICA, DURANTE EL AÑO 2013"

PARA OPTAR EL TITULO DE ABOGADO

PRESENTADO POR EL BACHILLER:
JESUS ANGEL ONOCC FLORES

ASESOR:
Mtro. VICTOR ROBERTO MAMANI MACHACA

HUANCAVELICA - 2014

Universidad Nacional de Huancavelica
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

ACTA DE SUSTENTACION DE TESIS

En los ambientes transitorios de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Residencia Estudiantil de la UNH – Paturpampa a los 17 horas del día 12 de Agosto de 2014 siendo las ...., se reunieron el Jurado Calificador designado conformado por:

Presidente: Mg. Esteban Eustaquio Flores Apaza

Secretario: Mg. Zacarias Reymundo Lopa Ingo

Vocal: Mg. Luis Alberto Luna Hernandez

Designados mediante Resolución de Consejo de Facultad N° ......-2014-RCF-FDYCCPP-UNH del ...154-2014.

Proyecto de Investigación:

la Fianza Personal irregularmente extendida ante el notario público es admitido y valorada para el otorgamiento de la libertad provisional por el juez del primer juzgado penal de Huancavelica, durante el año 2013.

Cuya autor es:

Jesus Angel Unocc Flores

A fin de proceder a la evaluación, se invito al público presente y a la sustentante abandonar el recinto; y luego de la correspondiente deliberación por parte del jurado, se llego a al siguiente resultado:

APROBADO (X) POR......MAYORIA......

DESAPROBADO ( )

Es conformidad a lo actuado, suscribimos al pie con nuestras firmas.

PRESIDENTE

SECRETARIO

VOCAL

ÍNDICE

DENOMINACIONES	Pág.
Portada	I
Índice	II
Dedicatoria	IV
Agradecimiento	V
Resumen	VI
Abstract	VIII
Introducción	IX
CAPITULO I: EL PROBLEMA	14
1.1. Planteamiento del problema	14
1.2. Formulación del problema	20
1.3. Objetos de la Investigación	21
1.3.1. Objetivo general	21
1.3.2. Objetivos específicos	21
1.4. Justificación	21
1.5. Importancia	22
CAPITULO II: Marco Teórico	23
2.1. Antecedentes de la investigación	23
2.2. Bases teóricas	26
Historia de notarios	26
El notario en el Perú	34
Origen histórico de la pruebas irregular	39
2.3. Marco conceptual y definiciones	48
2.4. Marco Jurídico	105
2.4. Hipótesis	125
2.5. Variables	125
2.6. Operacionalización de variables	125
CAPITULO III: Metodología de la Investigación	126
3.1. Ámbito de estudio	126
3.2. Tipo de investigación	126

3.3. Nivel de investigación	126
3.4. Método de investigación	126
3.5. Diseño de investigación	127
3.6. Población, muestra y muestreo	127
3.7. Técnicas e instrumentos de recolección de datos	127
3.8. Procedimiento de recolección de datos	128
3.9. Técnicas de procesamiento y análisis de datos	128
CAPITULO IV: Resultados	129
4.1. Presentación de resultados	129
4.1.1. Análisis de la variable independiente la fianza personal obtenida ante el Notario Público	130
4.1.2. Análisis de la variable dependiente otorgamiento de la libertad provisional por el Juez del Primer Juzgado Penal de Huancavelica	134
4.2. Discusión	135
Conclusiones	136
Recomendaciones	137
Bibliografías	138
Anexo	140

A mis padres, por la dedicación, el esfuerzo, el amor y apoyo incondicional que realizaron en toda mi carrera profesional.

AGRADECIMIENTO

El presente trabajo de tesis primeramente me gustaría agradecerte a ti Dios por bendecirme para llegar hasta donde he llegado, porque hiciste realidad este sueño anhelado.

A la UNIVERSIDAD NACIONAL DE HUANCAVELICA por darme la oportunidad de estudiar y ser un profesional.

A mi Asesor de tesis, Mtro. VICTOR ROBERTO MAMANI MACHACA por su esfuerzo y dedicación, quien con sus conocimientos, su experiencia, su paciencia y su motivación ha logrado en mí que pueda terminar esta investigación.

También me gustaría agradecer a mis profesores durante toda mi carrera profesional porque todos han aportado con un granito de arena a mi formación y sus enseñanzas.

De igual manera agradecer a mis Jurados como Mag. ZACARÍAS RAIMUNDO LAPA INGA, Mag. ESTEBAN EUSTAQUIO FLORES APAZA, Mag. LUIS ALBERTO LUNA HERNÁNDEZ por su labor de revisión minuciosa.

Asimismo agradecer al Dr. LAURO LAPA RIVERA Decano de la Faculta de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Huancavelica.

Son muchas las personas que han formado parte de mi vida profesional a las que les encantaría agradecerles su amistad, consejos, apoyo, ánimo y compañía en los momentos más difíciles de mi vida. Algunas están aquí conmigo y otras en mis recuerdos y en mi corazón, sin importar en donde estén quiero darles las gracias por formar parte de mí, por todo lo que me han brindado y por todas sus bendiciones.

Para ellos: Muchas gracias y que Dios los bendiga.

RESUMEN

"LA FIANZA PERSONAL IRREGULARMENTE OBTENIDA ANTE EL NOTARIO PUBLICO ES ADMITIDA Y VALORADA PARA EL OTORGAMIENTO DE LA LIBERTAD PROVISIONAL POR EL JUEZ DEL PRIMER JUZGADO PENAL DE HUANCAVELICA, DURANTE EL AÑO 2013"

El información de la investigación fue ¿Cómo influye la obtención irregular de la fianza personal escrita legalizada por un Notario Público para el otorgamiento de libertad provisional, en el Primer Juzgado Penal de Huancavelica, durante el año 2013?, de ahí que la presente investigación ha sido centrada en la influencias de un documento irreal utilizada, en el Primer Juzgado Penal de Huancavelica ocurridas durante el año 2013.

La investigación se utilizó el tipo de investigación Jurídico descriptivo, se arribó al nivel de investigación descriptivo – explicativo, se utilizó el método inductivo – deductivo y en particular el método descriptivo que describe la realidad existente; con un diseño de investigación de corte transversal en el tiempo, utilizándose para tal propósito como técnica el análisis documental y como instrumento la ficha de registro de datos.

La muestra se obtuvo aplicando el muestreo estratificado y para la selección de los elementos de la muestra para cada circunstancia observada (cuadernos de libertad provisional) en donde realmente utilizaron documento consistente una declaración jurada, la misma ha sido un requisito para la tramitación y la obtención de un beneficio penitenciario como es una libertad provisional, documento que no tendría una real contenido, sin embargo ésta declaración jurada debidamente legalizada por el Notario Público serviría para dicha obtención de una libertad ambulatoria de un reo en cárcel.

Se analizaron los datos ya sea de forma cuantitativa y cualitativa. Los datos cuantitativos se organizaron en una matriz de tabulación (hecha en Excel o SPSS). El análisis de los datos se efectuó sobre esta matriz, la cual ha sido guardada en un archivo que contiene todos los datos recopilados. Los datos cualitativos se han organizado en archivos de documento (hechos en

Word u otro semejante). Se realizó un análisis categórico, de tablas y gráficos de frecuencias simples y múltiples.

Para la contratación de hipótesis, se ha empleado la prueba de proporciones de la distribución la normal y para la hipótesis general la prueba de Chi cuadrado, en ambos casos con un nivel de significación de 5%, nivel de confianza 95% y un margen de error 5%. Se realizó la confrontación de las hipótesis específicas como también la hipótesis general, donde se rechazaron las hipótesis nulas y en consecuencia se dio una aceptación a las hipótesis alternativas que son: **(H_1)(Ha):** La no ejecución de libertad provisional es a lo más en un 30%, pero no por haber revisado el documento como la declaración jurada sino es por falta de otros requisitos; **(H_2) (Ha):** el Juez no adoptó mayoritariamente un adecuado criterio subjetivo en cuanto a su autenticidad o veracidad del documento que consiste en una declaración jurada; **(Ha):** Existe por lo menos un 80% de la ejecución de la libertad provisional sin tomar la importancia del contenido de la declaración jurada, por lo tanto viene a ser una inadecuada actuación por parte del Juez del Primer Juzgado Penal de Huancavelica durante el año 2013.

Se determinó en la investigación que el Juez Penal no adoptó mayoritariamente un adecuado criterio subjetivo en la ejecución de libertad provisional; lo cual, es realmente alarmante para la sociedad peruana, si esto ocurre en el Distrito Judicial de Huancavelica, entonces llevamos también a la conclusión en este resumen que también ocurrirá en todos los Distritos Judiciales del Perú.

ABSTRACT

"PERSONAL BOND irregularly OBTAINED BEFORE THE NOTARY PUBLIC ARE ADMITTED AND PRICED FOR THE GRANTING OF PROVISIONAL FOR FREEDOM FIRST COURT JUDGE CRIMINAL HUANCAVELICA DURING THE YEAR 2013"

The research information was How does the irregular collection of personal bail written legalized by a Notary Public for granting bail in the First Criminal Court of Huancavelica, in 2013?, Hence the present investigation been focused on the influence of an unreal document used in the First Criminal Court of Huancavelica occurred during 2013.

The type of descriptive research Legal research was used, was reached at the level of descriptive - explanatory, the inductive method was used - in particular deductive and descriptive method to describe the existing reality; with a research design cross section in time, using for this purpose as documentary analysis technique and an instrument the tab data.

The sample was obtained using stratified sampling and the selection of the sample items for each observed circumstances (notebooks probation) where actually used document consisting of an affidavit, it has have been a requirement for processing and obtaining benefit of a prison as parole is a document that would have no real content, however this affidavit duly authenticated by the Notary Public that serve to obtain a freedom of movement of an inmate in prison.

Data either quantitatively and qualitatively analyzed. Quantitative data were organized in a matrix tabulation (made in Excel or SPSS). The data analysis was performed on this matrix, which has been saved in a file that contains all data collected. Qualitative data have been organized into document files (done in Word or similar). A categorical analysis, charts and graphs of single and multiple frequencies was performed.

For contracting hypothesis, we have used the proportion test normal distribution and to the general hypothesis Chi-square test, in both cases with a significance level of 5%, 95% confidence level and a margin of Error 5%. (H1) (Ha): the confrontation of specific hypotheses as well as the general hypothesis, where the null hypothesis is rejected and therefore an acceptance on alternative hypotheses are they gave was performed the non-execution of bail is to over 30%, but not for

reviewing the document and affidavit but for lack of other requirements; (H2) (Ha): Judge not overwhelmingly adopted an appropriate subjective judgment as to its authenticity or veracity of the document is an affidavit; (Ha): There exists at least 80% of the execution of bail without taking the importance of the content of the affidavit therefore becomes inadequate action by the Judge of the First Criminal Court of Huancavelica during year 2013.

It was established during the investigation that the criminal judge not overwhelmingly adopted a subjective test in the proper execution of probation; which is really alarming to Peruvian society, whether this occurs in the Judicial District of Huancavelica, then we also conclude this summary also occur in all judicial districts of Peru.

INTRODUCCIÓN

Uno de los objetivos y razones de las Universidades Públicas y Privadas, vienen a ser las investigaciones científicas; dentro de este contexto, nos permitidos manifestar que durante el que hacer jurídicos sea como estudiante de Derecho y el asesor en su condición de Abogado litigante hemos observado una serie de irregularidades que ocurren dentro del Órgano jurisdiccional, al expresar en esta manera estamos refiriendo al Poder Judicial.

En efecto las irregularidades que realmente afectan a la sociedad sean en forma directa o en forma indirecta; de tantos las que hemos observado es precisamente como es que los Magistrados, para nuestro caso específicamente el Primer Juzgado Penal de Huancavelica, y su Secretario de Juzgado no observan de manera absoluta el contenido de los requisitos para la otorgación de un beneficio del reo en cárcel como es la libertad provisional; para ser más directo uno de los requisitos viene a ser la "fianza personal", esto se manifiesta mediante una declaración jurada, requisito esencial como es la CAUCIÓN ECONÓMICA.

Es cierto que algunos reo en cárcel son pudientes económicamente, pero hay ciertas personas que no cuentan con fondos económicos ya que sus condiciones económicas son paupérrimas, ante esta situación se franquea la ley que pueden presentar mediante una declaración jurada por un tercero una "fianza persona" por concepto de caución económica; y el requisito es que esta declaración jurada debe estar debidamente legalizada la firma ante el Notario Público o Juez de Paz en los casos que permiten la ley.

Pero, esto no quiere decir, que el reo en cárcel de condición económica baja, que sorprenda o engañe al Poder Judicial presentando una declaración jurada totalmente irreal; es decir, que no reflejan a su verdadero contenido; y la esencia de este mal, nace exactamente ante la presentación del documento ante el Notario Público; porque, el Juez Penal para otorgar la libertad provisional exige que el reo en cárcel presente una declaración jurada que contenga una "fianza personal" a falta de liquidación en

efecto del dinero; entonces algún familiar debe garantizar con sus bienes o ingresos económicos que cuenta; es donde redacta un documento que se denomina una declaración jurada. Al ser llevado ante el Notario Público, este funcionario público no les interesa revisar el contenido o de que se trata, sino pese de ser un alto funcionario que da la fe o la autenticidad de los documentos, simplemente verifica la persona a través del documento como es DNI; y luego, como si fuera una verdadera que serviría como requisito para la obtención de la libertad provisional "legaliza" la firma del recurrente; entonces llegamos a la conclusión como es que nace de esta forma un documento fraudulenta, precisamente de los manos de un Notario Público.

Nuestra propuesta, es que como vienen actuando los reos en cárcel y los notarios y los jueces que no revisan la autenticidad deben hacerlos de manera minuciosa para otorgar primero los notarios debe interesar el contenido del documento por el cual está declarando y no simplemente legalizar la firma. De esta forma estaremos evitando la utilización de los documentos fraudulentos en la obtención de la libertad provisional.

La forma como se ha detallado, pues significa un problema, como volvemos a expresar que surge cuando el hombre utiliza las pruebas prohibidas en su afán de triunfar en el proceso judicial, es así, que en hoy en día, nada ha cambiado de los usos de mecanismos de manera fraudulenta como vienen el uso de los documentos que no reflejan a la certeza, sino que son exactamente elaboradas bajo simulación de la verdad; es donde, se radica la prueba prohibida; esto es exactamente como engañar a la buena fe de los magistrados que despachan en sus Juzgados Penales correspondientes, muchas veces por la ligereza que revisan verdaderamente si son documentos verdaderos.

Esto son los hechos que nos impulsa hacer la investigación y precisamente tiene por finalidad de realizar una investigación, para esclarecer y luego proponer como evitar el uso de las pruebas prohibidas, porque, día y días observamos como presentan uno de los documentos como requisito esencial de parte formal los litigantes para obtener la libertad provisional; en este caso estamos refiriendo que cuando una persona carente de la economía, exige que debe presentar al Juzgado Penal la Declaración Jurada sobre la existencia de garantías reales.

Esta forma de actuar no solamente está en manos del reo en cárcel, sino básicamente está en manos de filtro es el funcionario público como el NOTARIO PÚBLICO, es donde debe incluso redactar la declaración acreditando de manera fehaciente con un documento que refleja la real otorgamiento de "fianza persona"; por ejemplo si una persona garantiza con su terreno para construir una casa, mínimamente debe llevar su escritura pública, y la inscripción de este inmueble ante los Registros Público, o sea una copia literal original o legalizada para su credibilidad del Notario Público, solo así, podrá corregirse estas irregularidades que vienen actuando todas las personas que son interesados en la obtención de una libertad provisional del reo en cárcel.

Para otros estudiosos la presentación documentos que no son reales, son considerados como pruebas prohibidas que estarían siendo utilizados en un trámite judicial, la misma que no es tomada en consideración por parte de los operadores jurídicos cuando realmente para el Derecho Penal y Procesal Penal el camino o vía para convertir en verdad procesal lo que es una verdad histórica, pues los hechos podían haber ocurrido de una determinada manera, pero los mismos tenían que ser acreditados en el proceso penal a través de la prueba.

Así mismo sin temor alguno podemos manifestar que para resolver el conflicto sometido a una investigación de un proceso penal, los operadores procesales y, de manera especial el juzgador, necesariamente deben recurrir al manejo y valoración del material probatorio acopiado, resultando inimaginable el funcionamiento del sistema de administración de justicia sin dicha actividad. Este material probatorio, sin embargo, debe respetar los derechos y garantías del procesado pues, sólo de este modo, la resolución del conflicto serán legítimas dentro del Estado Constitucional de Derecho. Es en este sentido que se afirma que la prueba actuada en el proceso debe ser lícita y regular, descartándose la prueba ilícita.

En lo manifestado, muchas veces el juzgador debe enfrentar situaciones en las que, dentro del marco del proceso judicial, se encontrará con un material probatorio obtenido con vulneración de derechos fundamentales, o derivado de aquel, de tal manera que deberá decidir si acoge o no dicho material, las mismas que, si se usan indiscriminadamente, podrían resultar peligrosas desde el punto de vista de las garantías procesales del imputado y el respeto a los derechos fundamentales que

tienen que ver directamente con conquistas históricas del ser humano frente a la acción ilimitada del Estado y de sus agencias procesales.

De allí que la presente investigación se proponga contribuir al análisis y estudio crítico de la cuestión, con miras a lograr su cabal comprensión y, como consecuencia de ello, permitir el aporte de criterios dogmáticos – procesales que ayuden a nuestros operadores a resolver eficazmente los problemas de esta naturaleza que se presenten en el ámbito de los casos concretos, pero utilizando documentos que contengan un contenido auténtico o real o un documento de contenido verdadero; siendo así, con esta investigación pues queremos atacar la actual sistema de forma de actuar el Funcionario Público como el Notario Público no debe limitarse a legalizar la firma sino debe verificar también el contenido del documento que está legalizando, esto para evitar el uso de documentos con los contenidos irreales.

CAPÍTULO I: EL PROBLEMA

1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA:

Se sabe que el proceso penal es el camino o vía para convertir en verdad procesal lo que es una verdad histórica, pues los hechos podían haber ocurrido de una determinada manera, pero los mismos tenían que ser acreditados en el proceso penal a través de la prueba. Sólo nos resta agregar y por nuestra parte que solamente podemos llegar a la verdad procesal a través de la prueba irregular.

Igualmente, para resolver el conflicto sometido a una investigación de un proceso penal, los operadores procesales y, de manera especial el juzgador, necesariamente deben recurrir al manejo y valoración del material probatorio acopiado, resultando inimaginable el funcionamiento del sistema de administración de justicia sin dicha actividad. Este material probatorio, sin embargo, debe respetar los derechos y garantías del procesado pues, sólo de este modo, la resolución del conflicto serán legítimas dentro del Estado Constitucional de Derecho.

Es en este sentido que se afirma que la prueba actuada en el proceso debe ser lícita y regular, descartándose la prueba irregular. En el contexto descrito, muchas veces el juzgador debe enfrentar situaciones en las que, dentro del marco del proceso judicial, se encontrará con un material probatorio obtenido con vulneración de derechos fundamentales, o derivado de aquel, de tal manera que deberá decidir si acoge o no dicho material, las mismas que, si se usan indiscriminadamente, podrían resultar peligrosas desde el punto de vista de las garantías procesales del imputado y el respeto a los derechos fundamentales que tienen que ver directamente con conquistas

históricas del ser humano frente a la acción ilimitada del Estado y de sus agencias procesales.

De allí que la presente investigación se proponga contribuir al análisis y estudio crítico de la cuestión, con miras a lograr su cabal comprensión y, como consecuencia de ello, permitir el aporte de criterios dogmáticos – procesales que ayuden a nuestros operadores a resolver eficazmente los problemas de esta naturaleza que se presenten en el ámbito de los casos concretos.

La presente investigación se desarrollará dentro del ámbito del Derecho Procesal Penal. Consiguientemente, utilizaremos las categorías e instrumentos conceptuales de esta disciplina jurídica, tales como la prueba, carácter e importancia de la prueba, su concepto jurídico procesal, la relación entre prueba y verdad, objeto, órgano, medio y fuente de prueba.

Asimismo, el análisis del modelo de proceso penal diseñado por la Constitución Política del Estado y la relación entre prueba y Ley Fundamental, nos obliga, en cierta medida, a recurrir a categorías conceptuales propias del Derecho Constitucional ya que necesariamente abordaremos someramente el examen de los derechos fundamentales que eventualmente son vulnerados a través de la obtención o incorporación de la prueba irregular de la fianza personal.

Teniendo en cuenta la naturaleza jurídica del tópico materia de investigación es indudable la necesidad de recurrir a criterios dogmáticos de la doctrina y, los que desde una legítima toma de posición, podamos aportar nosotros. En este orden de ideas, resulta necesario elaborar un estudio teórico detallado y sustentado que nos permita arribar a conclusiones fundamentadas en relación con los objetivos planteados por la investigación.

Con alguna frecuencia se suele pensar que el tratamiento de la prueba ilícita está vinculado únicamente con el proceso penal. Tal orientación supone una indebida reducción del problema, pues, como debe entenderse, la adquisición y valoración de la prueba concierne a los diversos sectores del ordenamiento jurídico procesal y no

exclusivamente a la parcela penal[1]. Aun cuando referido a materia distinta de la que aquí se estudia, parece pertinente citar lo expresado por GORPHE en el sentido que "nuestro sistema de pruebas depende, en principio, de la naturaleza del hecho que haya de ser probado, y no de la índole de la jurisdicción ante la cual se deba sustanciar el caso."[2] Al respecto, es sintomático que nuestro Tribunal Constitucional se haya pronunciado sobre la cuestión concerniente a la prueba ilícita en una acción de amparo derivada de un asunto laboral[3].

La problemática de la prueba ilícita está estrechamente relacionada con la que concierne a los DERECHOS FUNDAMENTALES. Esto tiene que ver con el hecho de que lo que determina la ilicitud de la prueba es precisamente la vulneración de DERECHOS FUNDAMENTALES EN SU OBTENCIÓN. La primacía de la Constitución, en la que generalmente se reconocen los derechos fundamentales, es algo que actualmente casi no se discute. En tal sentido, algunos prefieren seguir refiriéndose a la existencia de un efecto irradiante de las normas constitucionales hacia el resto del ordenamiento jurídico.

En cambio, otros como ZAGREBELSKI, sostienen que "ya no puede pensarse en la Constitución como centro del que todo derivaba por irradiación a través de la soberanía del Estado en que se apoyaba, sino como centro sobre el que todo debe converger; es decir, más bien como centro a alcanzar que como centro del que partir."[4] De cualquier modo, la referencia a la Constitución es obligatoria cuando se trata de la prueba ilícita. La primacía de los derechos fundamentales da origen a la prohibición de valoración probatoria de prueba ilícita y, en tal sentido, debe entenderse que aquella deriva de la vigencia de la Constitución, concretamente de la regulación de los derechos fundamentales.

Las sociedades de nuestro tiempo reclaman del Estado la garantía cierta de niveles adecuados de seguridad frente al crecimiento sostenido de los índices de criminalidad,

---

[1] Del mismo parecer, GÁLVEZ MUÑOZ, Luis, La ineficacia de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales, Thomson – Aranzadi, Navarra, 2003, p. 65. No obstante, el autor citado sostiene que el ámbito natural de la regla de exclusión es el proceso penal.

[2] GORPHE, FRANCOIS, Apreciación judicial de las pruebas, Editorial Temis S.A., Santa Fe de Bogotá, 1998, nota al pie Nro. 2, p. 13. Con la expresión citada, el autor se refiere a la prueba constituida y a la reglamentación legal de las pruebas.

[3] Expediente Nro. 1058-2004/AA/TC, caso Rafael García Mendoza vs. Serpost S.A.

[4] ZAGREBELSKI, Gustavo, El derecho dúctil, Editorial Trotta, Madrid, 1995, p. 14.

150

muchas veces, llega a poner en jaque al propio Estado. La criminalidad, que han traspasado las fronteras de los países para convertirse en fenómenos de alcance internacional, adopta formas de ataque cada vez más violentas. Como contrapartida, actualmente se viene produciendo una sistemática mengua de los derechos civiles y una cada vez más permisiva limitación de los derechos fundamentales, fenómeno que pretende desmontar las garantías penales y procesales penales del Estado de Derecho que han significado grandes sacrificios y siglos de evolución para la humanidad. Adicionalmente, la globalización, a la par que genera beneficios económicos para las sociedades industrializadas, plantea serios problemas para los países subdesarrollados.

En este marco, como perspicazmente señalamos que los derechos fundamentales que nacieron como derechos de alcance universal, pasan a ser catalogados como derechos de ciudadanía, pasando ésta a convertirse en presupuesto de los mismos derechos fundamentales. En tal sentido, la elaboración del concepto de "ENEMIGO" en el derecho penal, para referirse a aquellos individuos a los que legalmente se pretende otorgar un trato penal de no – personas y a quienes se les niega la aplicación de las garantías sustantivas y procesales del derecho penal liberal debido a una supuesta condición de enemigo de la sociedad, se enmarca dentro de la línea precedentemente descrita. De este modo, es posible sostener que la flexibilización de la regla de exclusión de la prueba ilícita y la elaboración de numerosas excepciones a la misma, podrían ser expresiones del derecho penal del enemigo, en tanto avances de una forma autoritaria de derecho procesal penal. Al respecto, ZAFFARONI ha escrito que "en la medida en que legitime (el derecho penal) el trato como enemigos de algunas personas, renuncia al principio del estado de derecho y con ello acuerda espacios de avance del poder punitivo sobre todos los ciudadanos y abre el espacio al estado de policía"[5].

En efecto, el problema surge cuando el hombre de Derecho utiliza las pruebas prohibidas en su afán de triunfar en el proceso judicial, es así, que en hoy en día, nada ha cambiado de los usos de mecanismos de manera fraudulenta como vienen el uso

[5] ZAFFARONI, Eugenio Raúl, El enemigo en el derecho penal, Edit, Buenos Aires, 2006, p. 169 (el paréntesis es nuestro). Más adelante confirma que "el principio del estado de derecho – como principio ideal – no admite la legitimación de ninguna excepción, pues ésta importa su neutralización como instrumento orientador de la función del derecho penal en la dialéctica que opera en el interior de todo estado de derecho real o histórico con el estado de policía" (op. cit., p. 189).

de los documentos que no reflejan a la certeza, sino que son exactamente elaboradas bajo simulación de la verdad; es donde, se radica la prueba prohibida; esto es exactamente como engañar a la buena fe de los magistrados que despachan en sus Juzgados Penales correspondientes, muchas veces por la ligereza que revisan verdaderamente si son documentos verdaderos.

Ahora nuestra investigación precisamente tiene por finalidad de realizar una investigación, para esclarecer y luego proponer como evitar el uso de las pruebas irregulares, porque, día y días observamos como presentan uno de los documentos como requisito esencial de parte formal los litigantes para obtener la libertad provisional; en este caso estamos refiriendo que cuando una persona carente de la economía, exige que debe presentar al Juzgado Penal la Declaración Jurada sobre la existencia de garantías reales.

Igualmente sabemos que las Declaraciones Juradas deben ir debidamente legalizadas por un Notario Público, entonces uno concurre a la Notaría llevando documento ya redactada, solo para legalizar la misma; una vez estando en la Oficina del Funcionario Público que da fue, no les importa el contenido, sino simplemente comprueba los datos de la persona quién aparece en la Declaración Jurada, para ello solicita DNI, luego legaliza el documento, asunto terminado; vale decir, que el Funcionario Público como el Notario Público, no les interesa el contenido, solo les interesa datos de la persona; es donde nace la prueba irregular; y este documento es adjuntado como requisito para obtener la libertad provisional, también el Juez, confiándose en el Notario Público tiene por admitida dicho documento y las incorpora al cuaderno de libertad provisional y con ello otorga la libertad solicitada.

Este hecho pasa en los Juzgados Penales de Huancavelica, así como en todos los Juzgados Penales del Perú; vale decir, esto es un fenómeno que viene ya desarrollando años y años como costumbre y nos son subsanados por simple dejadez de los propios Magistrados, porque permiten así las cosas que sucedan en las tramitaciones de las libertades provisionales.

Aquí demostramos solamente un ejemplo: que una persona "A" se encuentra privado de su libertad ambulatoria durante el proceso judicial por un delito de carácter bagatela

148

y solicita cuya libertad ambulatoria, pero carece para realizar el pago por concepto de caución económica en efectiva; pero, existe la norma que autoriza, en caso de la carencia económica puede presentar una Declaración Jurada de FIANZA PERSONAL; ahora la que presta dicho garantía mayormente es cónyuge o algún familiar cercano del procesado privado de libertad y pongamos sea la esposa, quién redacta una fianza personal mintiendo o falseando que tiene un inmueble de 400 m2 en la zona urbana y la misma que está valorizado en S/. 80,000.00 Nuevos Soles, con este dato lleva el documento a la Notaría sin mayores problemas solo legaliza la FIRMA DE LA OTORGANTE de la garantía, más no interesa cuya veracidad si existe o no cuyo inmueble declarada por la esposa del procesado privado de libertad. Es donde nace un irregular obtención de la prueba, porque está falseando la verdad, porque en el fondo cuyo inmueble no existe, este hecho no correcto que siga funcionando en el mundo jurídico, sino debe cambiar de manera correcta, es donde nuestra preocupación para realizar el presente investigación, porque nuestra intención solicitar las modificaciones de las funciones de la Notaría Pública y sugerir a los Magistrados del Poder Judicial que tengan mayores cuidados en la revisión de los requisitos en la recepción de los medios probatorios para resolver las controversias o las solicitudes en sus Despachos Judiciales.

HECHOS OCURRIDOS EN LOS BENEFICIOS DE LA LIBERTAD PROVISIONAL

En principio, la libertad provisional hace referencia a medidas restrictivas de derechos fundamentales; permitiendo dejar fuera de consideración las acciones de los particulares que afectan a un derecho fundamental, causando su lesión o violación. El régimen de las medidas restrictivas de los derechos fundamentales tiene diversos componentes, tales como la determinación de los supuestos en los que las medidas pueden adoptarse, la forma y los efectos de su adopción, etcétera. El ordenamiento establece, dentro de los límites constitucionales, medidas restrictivas de derechos fundamentales por diversas causas. Con cierta arbitrariedad podría hacerse esta clasificación:

a. **Medidas restrictivas** que tienen por causa la imposición de una pena, de una medida de seguridad o el establecimiento de una consecuencia accesoria, todo ello en virtud de la comisión de un delito.

142

b. **Medidas que tienen por causa actuaciones** para prevenir la comisión de delitos y para su investigación y enjuiciamiento.

c. **Medidas restrictivas** cuya causa (de previsión por la norma y de adopción en el caso concreto) no está relacionada con la ley penal.

De estas tres clases de medidas nuestra atención se centrará en la figura que contrarresta los efectos de la segunda clase de estas medidas. En principio, si bien es cierto nuestro sistema procesal penal está regido por el Código de Procedimientos Penales de 1940 (Ley No. 9024), también es cierto que son los artículos 182 al 188 del Código Procesal Penal de 1991 (D. Leg. No. 638) los que regulan la libertad provisional. Así, el artículo 182° del Código Procesal Penal (C.P.P.) señala lo siguiente: ***"El procesado que se encuentra cumpliendo detención podrá solicitar libertad provisional, cuando nuevos elementos de juicio permitan razonablemente prever que:***

a) La pena privativa de libertad a imponérsele no será mayor de cuatro años, o que el inculpado esté sufriendo una detención mayor a las dos terceras partes de la pena solicitada por el Fiscal en su acusación escrita.

b) Se haya desvanecido la probabilidad de que el procesado eluda la acción de la justicia o perturbe la actividad probatoria.

c) Que el procesado cumpla con la caución fijada o, en su caso, el insolvente ofrezca fianza personal".

Asimismo, los demás artículos regulan los siguientes tópicos:

Artículo 183°.- La Caución.

Artículo 184°.- Solicitud.

Artículo 185°.- Resolución y Apelación.

Artículo 186°.- Reglas de Conducta.

Artículo 187°.- Revocación de la Libertad Provisional.

Artículo 188°.- Devolución de la Caución.

1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA:

¿En quién influye la obtención irregular de la fianza personal escrita legalizada por un Notario Público para el otorgamiento de libertad provisional, en el Primer Juzgado Penal de la Corte Superior de Justicia de Huancavelica, durante el año 2013?

1.3. OBJETIVO: GENERAL Y ESPECÍFICO:

1.3.1. OBJETIVO GENERAL:

Determinar si el Primer Juzgado Penal de la Corte Superior de Justicia de Huancavelica, viene otorgando la Libertad Provisional, a sola observancia simulada de la fianza personal escrita y legalizada por Notario Público, durante el año 2013.

1.3.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS:

- Indagar sobre la problemática de la obtención irregular de la fianza personal escrita por el otorgante.
- Analizar si la fianza personal legalizada por Notario Público y posteriormente admitida por el Primer Juzgado Penal de la Corte Superior de Justicia de Huancavelica constituye suficiencia para el otorgamiento de la Libertad Provisional.

1.4. JUSTIFICACIÓN:

Tal como ha sido esbozado en las líneas precedentes, el tema a investigar reviste importancia a la luz del estado de la cuestión, puesto que la problemática descrita comprende un gran número de procesos penales, básicamente en el momento de otorgamiento de la libertad provisional, como es que los Magistrados confían ciegamente la legalización de la firma por parte de los Notarios Públicos a las Declaraciones Juradas de Fianza Personal.

Las mismas con el presente investigación serán desenmascarados para su radicación de la pruebas irregulares, porque no es justo que los procesados puedan obtener de manera irregular sus libertades ambulatorias; lo cual pues realmente nos impulsa realizar el presente investigación y será útil para la sociedad, porque vamos a resolver un mal que vienen practicando en la actualidad los Notarios Públicos y Jueces Penales de Huancavelica.

Por otro lado, también se justifica, que el presente investigación será útil en el aspecto académico, porque van a quedar las copias de la investigación en la biblioteca de

nuestra Casa Superior, en la biblioteca de la Municipalidad Provincial de Huancavelica y la Biblioteca del Poder Judicial de Huancavelica.

1.5. IMPORTANCIA:

La investigación tiene la importancia, por cuanto soluciona un problema latente que azota a la ciudadanía en nuestro pueblo huancavelicano, así como en toda la extensión del Perú, solamente por los descuidos de un funcionario público como es el Notario Público, es donde genera este mal uso de los documentos; esto lo queremos demostrar o desmascarar públicamente esto con una finalidad que no hagan o actúen en esta forma; deben hacer sus funciones de manera correcta y que sean legales los documentos que pasen por sus manos de estos funcionarios; y, por otro lado esta investigación es importante, porque tendrá un carácter académico, ya que todos los estudiantes de nuestra casa superior en primer lugar harán el uso y el estudio en su quehaceres académicos como son las elaboraciones de las investigaciones y de igual modo serán publicados en las páginas de web de la Universidad Nacional de Huancavelica y serán visualizados a nivel nacional.

CAPITULO II: MARCO TEÓRICO

2.1. ANTECEDETENES DE LA INVESTIGACIÓN

2.1.1. BIBLIOTECA DE LA UNH

Se ha concurrido a la biblioteca de la UNH de nuestra localidad, y se ha tenido revisado la misma, que no se ha encontrado ninguna clase de investigación acerca de este problema.

2.1.2. BIBLIOTECAS A NIVEL NACIONAL

TESIS DE MAESTRIA

AUTOR DE LA INVESTIGACIÓN:

Hamilton Castro Trigoso

TÍTULO DE TESIS:

"Criterios para la determinación de la prueba ilícita en la jurisprudencia penal peruana".

TIPO DE INVESTIGACIÓN:

La investigación será de carácter descriptivo - explicativo por la función principal de sus variables, orientadas a describir, explicar, determinar y dar a conocer las particularidades y características de las categorías jurídicas vinculadas con el tema, a la vez que su funcionamiento en la realidad social; así como también orientada a explicar objetivamente las relaciones teórico-normativas y de eficacia de la normatividad vinculada con el tema.

CONCLUSIONES:

Debido al insuficiente conocimiento respecto de la prueba ilícita, en los procesos penales conocidos por el subsistema de juzgamiento de delitos de terrorismo los operadores procesales no han desarrollado suficientemente criterios para la admisión o exclusión en el proceso del material probatorio que afecta derechos fundamentales de los procesados.

143

La doctrina nacional y el Tribunal Constitucional no han desarrollado de manera orgánica criterios respecto de la prueba ilícita. Sin embargo, en la sentencia del caso "Rafael García Mendoza contra SERPOST S.A. (1058-2004-AA/TC) ha fijado dos cuestiones fundamentales: primero, que la actividad probatoria y el descubrimiento de la verdad no pueden lograrse a cualquier precio, pues en tal cometido es exigible el respeto y observancia de los límites establecidos por la Constitución, es decir, los derechos fundamentales, y, segundo, que la prueba obtenida con vulneración de los derechos fundamentales no puede ser utilizada para incriminar a una persona y, por tanto, carece de efectos legales. Este fallo es hasta ahora el más importante pronunciamiento de nuestro Tribunal Constitucional, el mismo que podría marcar el inicio de un desarrollo más orgánico y sistemático de la cuestión a nivel de la jurisprudencia constitucional en nuestro país. En el mismo sentido, en la doctrina se aprecia un creciente interés por la problemática de la prueba ilícita.

Las excepciones a la regla de exclusión aplicables por los juzgadores deben ser expresamente reguladas por el legislador, por ser ello más adecuado a nuestra realidad jurídico – procesal, en tanto que el principio de proporcionalidad podrá ser aplicado en el caso concreto cuando la prueba haya sido regularmente obtenida y el juzgador tenga que optar entre valores o bienes constitucionalmente protegidos, de igual o superior rango.

2.1.3. BIBLIOTECAS EXTRANJERAS

TESIS DOCTORAL

Universidad Autónoma de Barcelona – España

AUTOR DE LA INVESTIGACIÓN:

Manuel Alcaide Gonzáles

TÍTULO DE TESIS:

"Aporte: La Exclusary Rule de EEUU., y la prueba ilícita penal de España".

CONCLUSIONES:

LA EXCLUSIONARY RULE O REGLA DE EXCLUSIÓN.

Esta institución procesal fue una creación de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América siendo su primer precedente el caso, Boyd vs US, resuelto en 1886.

142

La citada resolución prohibió la utilización de toda prueba que hubiese sido obtenida de forma ilícita por un agente de la autoridad federal. En EE.UU. y de forma paralela fue conformándose la denominada doctrina de los frutos del árbol envenenado.

Ésta surge por primera vez en 1920, a partir de unas intervenciones telefónicas ilegales, pero no se acuña esta expresión hasta 1939.

Es sabido que esta doctrina otorga la nulidad de las pruebas que se derivan de otras directas obtenidas de modo inconstitucional, produciendo una especie de efecto dominó en su validez valorativa por el juzgador.

En España, el reconocimiento jurisprudencial de la prueba ilícita llegó casi cien años después que en EEUU. Sucede en 1984 cuando el Tribunal Constitucional en su Sentencia de 29 de noviembre de 1984(STC. 114/1984) valiéndose de un caso laboral común se pronuncia sobre la prueba ilícita. Ya en esta primera Sentencia se cita profusamente jurisprudencia norteamericana, de lo que se infiere una significativa inspiración doctrinal del Tribunal Constitucional de España en el Tribunal Supremo Federal de EEUU.

RAÍCES Y FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES. EEUU.

Uno de los temas centrales que han generado enfrentados debates en torno a la exclusionary rule ha sido la cuestión de la búsqueda de sus raíces y fundamentación constitucional.

Si examinamos el texto constitucional de EE.UU., puede deducirse que la regla de exclusión no tiene apoyo literal en la Constitución estadounidense ni en ninguna de las Constituciones de los cincuenta estados federados.

La regla es una opción a disposición del tribunal, el cual tiene que sopesar, por una parte, los costes que conlleva su aplicación en la exclusión de pruebas relevantes, y por otra, su utilidad disuasiva en la prevención de futuros abusos.

En suma en EEUU., históricamente la regla de exclusión ha operado sobre la base de tres clases de razones, que a menudo convergen: la tutela del derecho fundamental, el efecto disuasorio o deterrent effect sobre los agentes de la policía y la idea de "integridad judicial" de la Constitución, que impide basar una resolución en elementos inconstitucionales. Pero existen directrices actuales para no aplicar la regla que se hallan en la línea de proteger a la sociedad y favorecer la seguridad de los ciudadanos en contra de garantizar los derechos fundamentales. Este motivo de inaplicación de la regla resulta cada vez más imparable y evidente.

Prueba de ello es la reciente modificación de las históricas advertencias de Miranda de 1966, en Sentencia del Tribunal Supremo Federal de 1 de Junio de 2010 que consagra una interpretación restringida de aquellos conocidos derechos Miranda o "Miranda warnings", relativos a la lectura de derechos a detenidos, imputados y acusados.

2.2. BASES TEÓRICOS

2.2.1. HISTORIA DE NOTARIOS

En la presente investigación es básicamente hacemos una descripción de historia de la misma por cuanto, el tema centra en las actuaciones del notario, es donde nace el ilícito prueba La función notarial, como herramienta del Derecho, ha venido acompañando al hombre desde hace miles de años. Conforme las sociedades han evolucionado a través del tiempo, la función notarial se ha ido modificando y especializando, hasta llegar a la forma actual por la cual la conocemos, aunque no siempre haya gozado de las características que mantiene en la actualidad.

El Notario ha caminado un largo trecho en el camino de la historia, siempre de la mano de las sociedades que han visto en él ineficiente y necesario aliado del Derecho, del Orden Público y de la vida social en armonía. Dentro de ese caminar, emprendió viaje en los barcos que lo trajeron a Las Américas, a ese nuevo mundo lleno de retos y de riqueza. Así es como la función notarial llega al Perú, en medio de la aventura de la gesta conquistadora emprendida por los españoles en estas tierras.

El presente trabajo busca, a través de documentos históricos e investigaciones previas realizadas tanto por historiadores como por hombres de leyes, el trazar una línea directa entre el escribano de la Conquista, pasando por el Virreinal, hasta llegar a nuestro actual Notario republicano. Dicho camino nos permitirá encontrar diferencias y similitudes entre cada estadio de la función notarial en el Perú, para así poder entendernos sólo de donde viene, sino a donde se dirige en estos tiempos de desmaterialización del Derecho y digitalización de nuestro entorno.

A pesar de no haber indicios acerca de la existencia del notariado desde las tribus primitivas, es indudable que esta institución tiene sus orígenes en los albores de la vida socialmente organizada del hombre. El notariado en sus inicios no se consideraba como figura jurídica, de tal modo que ni siquiera contaba con fe pública; ésta la adquirió a través del tiempo y por meras necesidades. Quienes ejercían esta función

eran consideradas como personas que eran capaces de leer y escribir y que auxiliaban al rey o a algún funcionario de un pueblo para redactar textos.

En los tiempos remotos del antiguo Egipto, Palestina, Grecia y Roma ya se encuentra al más lejano ancestro del Notario actual bajo el nombre de Escriba, cuando los códigos más antiguos, como el de Hamurabi y el del Manú, aún si hallarse definida la función notarial, está probado que ya existía el Escriba porque se le haya precisamente, como elemento esencial de la organización Jurídica y administrativa de los reinos.

Según el profesor Julio Bardallo, la Historia del Notariado, tiene las siguientes épocas:

a) Época Pre-notarial. Como exponente de esta época, están los egipcios, los hebreos, los griegos y los romanos.

b) Época Evolutiva. Con la Alta y Baja Edad Media.

c) Época Moderna. A partir del siglo XVIII hasta nuestros días.

ÉPOCA PRE-NOTARIAL.

Respecto a la época pre-notarial, hay que tratar ineludiblemente acerca del **Escriba**. Este vocablo proviene del latín ***Scriba***, utilizado desde muy antiguo, en los albores de la historia universal, para designar una clase de funcionarios con cierta cultura general y específica que los distinguía del común y les aseguraba privilegios y consideraciones especiales. Resulta difícil dar una definición genérica de "escriba", pues su institución varía según los países y aún, dentro de éstos, según las épocas.

En Egipto, por ejemplo, su quehacer más generalizado parece haber sido las funciones contables y la confección de documentos escritos. En Palestina su arraigo y predicamento deviene de la condición de doctor e intérprete de la Ley, pero en sí, gozaban de alta consideración, llegando a desempeñar cargos directivos en la conducción del gobierno. El Escriba es siempre un funcionario público y el lugar destacado que ocupa dentro de la organización social y política lo es, más que por su jerarquía honorífica, por la eficacia práctica de su ministerio, de su función, vinculada a la autenticidad de las convenciones, y a la actividad de los hombres en orden al patrimonio y al desenvolvimiento de la economía tanto individual, privada, como estatal.

EGIPTO.

Puede decirse que en la sociedad típicamente clasista de los faraones, en las civilizaciones del Nilo, los Escribas fueron los únicos que, provenientes de las clases plebeyas, desheredadas, consiguieron, merced a su oficio, elevarse un poco sobre la mísera condición de sus semejantes. Sabido es que en el Egipto las clases inferiores, las no privilegiadas, vivieron en el sometimiento y la esclavitud, sobrellevando una existencia dura.

El conocimiento que los Escribas tenían de la escritura y de los números, logrado a base de inteligencia y pacientes estudios, los tornaba útiles, acercándolos necesariamente a las clases superiores y ganándoles privilegios y consideraciones. La escritura egipcia, era difícil y para dominarla se necesitaban pacientes estudios y larga práctica, realizándose el aprendizaje en los templos, al lado de los sacerdotes, casta muy privilegiada que hacía de intermediaria entre los hombres y los dioses.

El Escriba sabía leer, llevar cuentas y escribir. Se lo encontraba en todas partes, al servicio del rico particular, ya en el establecimiento del comerciante, ya en las granjas, ya en los palacios del Faraón. Era contramaestre o ingeniero, recaudador de contribuciones, sacerdotes o general, que según Malet "Le acompañaban negros armados de varas de palmera, que hacían ejecutar sus órdenes".

Los Escribas en el Egipto no constituían una clase social, como erróneamente afirman algunos autores, pues los había de todo nivel social, tanto de la nobleza como del pueblo pero indudablemente ser Escriba era el único medio para elevarse socialmente.

En conclusión en la civilización egipcia el Escriba era una especie de delegado de los colegios sacerdotales que tenía a su cargo la redacción de los contratos.

HEBREOS.

El Escriba entre los hebreos tiene el carácter de doctor e intérprete de la Ley. Como maestro de la ley mosaica, tuvieron a la vez una misión religiosa así como la de los oficiales públicos. Varios autores concuerdan que el primer Escriba fue Esdras.

En este pueblo tan impregnado del sentido religioso, resulta casi imposible distinguir entre la ley civil y el precepto teológico. En la ley mosaica a los Escribas se les denominaba SOFER (escribir). Como en Egipto, en un comienzo tuvieron funciones de

secretarios y actuarios, administradores de reparticiones públicas, instructores del ejército y en otras funciones delicadas.

Los judíos conocieron tres clases de Escribas: los de la Ley, cuyas decisiones recibían con respeto; los del pueblo, que eran los magistrados de éste; y, los comunes, que ejercían funciones notariales o de secretarios del Sanhedrin.

En Palestina la función primordial del Escriba es la interpretación de la ley por medio de los Libros Sagrados. Según el Talmud "el que olvida un precepto enseñado por un escriba, debe perder la vida".

Los escribas del Rey, tenían como fin principal autenticar los actos del Rey; los escribas de la Ley, debían interpretar los textos legales; los escribas del pueblo prestaban su ministerio a los ciudadanos que lo requerían redactando las convenciones entre particulares y los escribas del estado ejercían las funciones de secretarios del Consejo de Estado, de los Tribunales y de todos los establecimientos públicos.

EN GRECIA.

En Grecia, no hubo propiamente Escribas, pero por la similitud de algunas de las funciones, puede decirse que hicieron sus veces aunque sin el sentido religioso. Los LOGOGRAFOS (de logo: palabra, y grafo: grabar, escribir), hacían los discursos y alegatos ante los tribunales; escribían, asimismo todos los documentos y datos que les solicitaba el público. Aristóteles en el año 360 a.c. ya hablaba de los oficiales encargados de redactar los controles a quienes los consideraba necesarios en una ciudad bien organizada.

La función notarial predominó sobre la registradora, a diferencia de lo que sucedía en Roma. En Grecia los notarios asumieron directamente la función registradora, tanto para los contratos celebrados entre particulares, como para las convenciones internacionales. En este pueblo existieron oficiales públicos encargados de redactar los documentos de los ciudadanos, estos oficiales públicos eran los notarios, los cuales tenían diferentes denominaciones, las cuales eran: Apógraphos o Singraphos, a veces eran llamados Mnemones o Promnemones, todos estos nombres eran alusivos a la función escrituraria o a la recordación y constancia de los hechos que la requerían.

137

Los Singraphos eran considerados como verdaderos notarios, cuya principal función consistía en llevar un registro público. Estos sujetos eran muy comunes en la ciudad de Atenas, en la cual no se otorgaba contrato alguno si no se inscribía en Registro Público llevado por ellos. Cada tribu contaba con dos de ellos, los cuales estaban más circunscritos a la familia o gentilicio y gozaban de grandes consideraciones y honores. Los Mnemon, Promnemon o también conocidos como Sympromnemon, se consideraban como los representantes de los precedentes griegos del notario; ya que se encargaban de formalizar y registrar los tratos públicos y las convenciones y contratos privados.

EN ROMA.

Cabe mencionar que el pueblo romano en la antigüedad tuvo un gran desarrollo en lo que a derecho se refiere, a tal grado, que creó su propio sistema jurídico, en el cual se basa nuestro derecho actual. Tan es así, que los romanos tuvieron en su conocimiento conceptos como el de justicia expresado por Ulpiano, que para la materia que estamos estudiando es de vital importancia, ya que el derecho notarial debe en todo momento dar a cada quien lo que le corresponde por derecho.

Justicia: "Constans et perpetua voluntas ius sun cuique tribuendi (la constante y perpetua voluntad de dar a cada quien lo suyo)".

El Maestro Rafael Preciado Hernández en su obra explica el dar a cada quien lo suyo como un valor intrínseco a la persona "y que nos manda dar, atribuir o reconocer a todo ser humano lo que se le debe de acuerdo con su naturaleza, porque no es un criterio convencional sino objetivo; pues se funda en los datos constitutivos de la dignidad personal, que son esenciales al ser humano, y que por esto mismo excluye toda discriminación en el trato a nuestros semejantes, sin razón objetiva suficiente".

Las funciones notariales en su origen romano carecían de la facultad de autenticación, al amparo del poder del imperio que se confiere al Pretor. A lo largo de la existencia del Derecho Romano hubo una multitud de personas a quienes de modo parcial estuvo encomendada la función notarial.

En Roma la función notarial estuvo atribuida y dispersa a multitud de oficiales públicos y privados, pero sin que todas las atribuciones de estas personas se reunieran en una sola.

136

Se conocen cuatro personas que eran los más característicos de la antigua Roma y ejercían funciones del tipo notarial, y eran el escriba, el notarri, el tabularius y el tabellio. Sin embargo el Maestro Giménez-Arnau se refiere a diversos autores quienes hablan de personas conocidas como tabellio, cursor, amanuensiis, cognitor, acturarius, axeptor, logofraphis, numerarius, entre otros.

"Esta variedad de nomenclatura no prueba, en definitiva, sino que la función notarial está dispersa y atribuida a multitud de variados oficiales públicos y privados, sin que originariamente se reúnan todas las atribuciones en una sola persona".

a) **Los Tabularii o Tabularios.-** (oficiales de Censo) Roma fue uno de los pocos países de la antigüedad que se preocupó por la labor estadística; y debido al apogeo y avance en este aspecto se necesitó de éstos. Algunos historiadores afirman que fueron autorizados también para intervenir en la redacción de contratos y actos jurídicos entre particulares.

b) **Los Tabelliones.-** Aparecen en las grandes ciudades, de mayor población, ayudaba al trabajo de los Tabularii, pero ordinariamente se estima que el Tabelión no es sólo el precursor sino el verdadero Notario del Derecho Romano, porque era el que redactaba definitivamente las convenciones fijadas entre las partes, imprimiéndoles carácter de autenticidad, suscribiendo con su firma y estampado el sello o signo en presencia de los testigos y para mayor garantía de la indestructibilidad del documento, lo transcribía ad-acta, conservándolo en depósito en su registro, del mismo modo que las sentencias judiciales. La denominación de Tabelliones es usada en la actualidad en la legislación brasileña para designar a los notarios.

c) **Argentarius.-** especie de bancarios o propietarios de casa de depósito o, funcionarios de éstos, que estaban obligados a llevar registros de las transacciones en que intervenían y autorizados para dar fe de esos actos.

d) **Logographis.-** especie de secretario que tomaba apuntes de los discursos y asambleas; se les relaciona con la función notarial, posiblemente porque fueron los encargados de la conservación y transcripción de dichos apuntes.

135

e) **Notarii.**- (de lo que deriva la actual denominación del Notario). Eran taquígrafos que tomaban notas de las sesiones públicas, de las sentencia, mandatos, de los tribunales.

EPOCA EVOLUTIVA DEL NOTARIADO.- Comprende la Alta y Baja Edad Media; es la época en que se fusionan las diversas formas de notariado antiguo, presentando un aspecto indefinido y confuso, precisamente por la etapa de transición que se atravesaba hacia las formas definitivas que se perfilarían más tarde.

ALTA EDAD MEDIA.

En esta época, debido a tal indefinición y al apogeo de la religión, especialmente la católica, fueron generalmente los frailes quienes desempeñaron la función notarial, habiéndose arraigado la costumbre de acudir a ellos para que intervengan en la redacción de contratos y formalización de actos jurídicos. Por el profundo sentido religioso y el concepto de la moral, como virtud inherente a la fe de aquel tiempo, fueron los representantes de Dios los más indicados para el ejercicio de esta función.

BAJA EDAD MEDIA.

En esta etapa el notariado tiene ya un concepto definido: la función del Notario es más completa y clara como legitimadora, consejera y autenticante, además de entenderla como el arte del buen decir y escribir por la influencia de la corriente renacentista. Italia y España fueron los dos centros de recativación y evolución del campo notarial, constituyendo con el tiempo el origen del notariado moderno de tipo latino.

La corriente renacentista despertó la afición por las artes y las letras; la situación caótica por la pugna entre la cada vez más fuerte, burguesía y la recayente aristocracia feudal, fue propicia para el perfeccionamiento de la función notarial, como ciencia y como arte, destinada a contener y evitar esa situación conflictiva, velar por la buena fe de la óptima actividad comercial traducida en la contratación y el tráfico jurídico.

EPOCA MODERNA DEL NOTARIADO.

Comienza aproximadamente a partir del XVIII de nuestra era. El notariado adquiere su fisonomía y forma actual. Veamos sus precedentes.

134

A partir de Alfonso X, en España, se tiene datos precisos de la implantación del cargo de Notario como funcionario público encargado de escribir y leer las leyes, así como velar por su autenticidad a raíz de la falsificación del Fuero Juzgo.

"Las Siete Partidas" de Alfonso X. Por primera vez trata en forma expresa sobre la institución notarial estableciendo que "los notarios son los que pasan las notas de los privilegios y de las cartas por mandato del Rey o del Chanceller"; que "los Escribas son los que escriben los privilegios e las cartas e los actos del Rey, y los que escriben las cartas de las vendidas de las compras e de los pleitos e las posturas que los homes ponen entre si en las ciudades e en las Villas". Es decir, se usan los términos "Notario y "Escriba" que más tarde daría origen a la palabra "Escribano", ambos con cargos similares en aquel entonces, aunque el notario era el encargado de la autenticación de los documentos del Rey y responsable de la fehaciencia de la legislación, es decir era el secretario del Rey; en cambio de Escriba era un hombre que de acuerdo al fuero o instancia a que pertenecía se dedicaba a la redacción de los documentos de la administración pública.

A partir del Siglo XIV, puede hacerse ya la diferencia específica de estos funcionarios, en la siguiente forma:

a) **Notarios.-** Secretarios del Rey, investidos de alta dignidad, generalmente con categoría de Ministros, cuya función era transcribir y velar por la autenticidad de las leyes y demás dispositivos reales, así como los documentos oficiales del rey.

b) **Escribanos Reales.**- Nombrados directamente por el rey, previo examen rendido ante las Reales Audiencias, con la función exclusiva de actuar como depositarios de la fe pública, redactando y autorizando los contratos en los que intervenía la corona.

c) **Escribanos de otros oficios.**- entre los que podemos citar a los Escrianos de Cámara de las Chancillerías y Audiencia; del Juzgado, de los alcaldes, de los jueces de provincias, etc.

d) **Escribanos Públicos.**- tenían a su cargo la contratación entre particulares.

133

e) **Definición de Oficio.**- esta palabra deriva del latín Officium, significa: cargo, ministerio, profesión o función que desempeña una persona en una entidad pública.

2.2.2. EL NOTARIADO EN EL PERÚ.

EN LA ÉPOCA INCAICA Y PREINCAICA

Algunos autores mencionan que hubo cierta forma de notariado, con misión similar a la del viejo mundo; concitando mayor atención a los cronistas, algunos de los cuales afirman haber encontrado, al llegar al imperio incaico, Escribanos Reales y Escribanos del Pueblo, con funciones parecidas a los de la península. Pero para apreciar el valor y grado de certeza de las crónicas, hay que tener en cuenta que el notariado surge, en la historia, como una institución creada por la sociedad para asegurar y proteger la buena fe de las transacciones y actos entre los hombres como producto de las relaciones entre ellos en pos de mantener la paz social. El dinero es creación genuina de las sociedades en las que predominaba el régimen de la propiedad privada, y existía el comercio como actividad de los particulares, utilizándose el elemento pecuniario para adquirir o transferir los bienes.

En estos pueblos fue indispensable la institución del Notariado para garantizar ese intercambio comercial y asegurar que tal tráfico patrimonial no degenere en el fraude y el engaño. Ahora en la sociedad incaica no predominó la propiedad privada, tampoco existió entre los particulares la actividad comercial con fines de lucro ni hubo el dinero como instrumento de cambio; es decir: no había necesidad de instituir forma específica de notariado por carecer de objeto.

En este pueblo, debido a su organización sui - géneris no hubo necesidad de recurrir al elemento pecuniario como medida del valor económico, tampoco se conoció la transacción comercial de tipo occidental, por lo que no fue preciso buscar alguna institución dedicada exclusivamente a garantizarla.

Existieron indudablemente medios destinados a velar por la firmeza de la fe pública, pero no precisamente con el significado ni concepto de la función notarial, sino formando parte de las labores de administración (de gobierno).

Estos funcionarios eran los QUIPUCAMAYOC, a cargo de la estadística, la contabilidad, el control de los hechos históricos y toda la planificación del Estado,

132

estando también comprendida de manera espontánea algunas actividades de la función notarial, auxiliado por sus quipus, tenía que llevar el control de las actividades y desenvolvimiento del imperio, registrar los actos importantes de la vida del Inca. Llevaba el control estadístico de cuantos iban a la guerra, cuantos morían en ella; de los que nacían y fallecían cada año.

La vasta preparación que se requería para desempeñar tan amplia y difícil función, se daba al Quipucamayoc en los "Yachayhuasi". Aquel funcionario no era empírico, sus actividades requerían amplios conocimientos y mucha dedicación, "pues en todo momento debía estar con los nudos en las manos".

La amplia y dedicada función del Quipucamayoc, respaldada por los estudios que seguía previamente en el Yachayhuasi, evidentemente personificaba la fe pública administrativa; el Inca tenía mucha consideración y confianza en lo que éste certificaba o aconsejaba; de igual manera el pueblo confiaba en los actos públicos realizados con su intervención; encontrando por ello los cronistas españoles, similitud entre su función y la de los escribanos de España.

El padre Bartolomé De las Casas y Cieza de León afirman que la jurisdicción territorial de los quipucamayocs estaba delimitada por la zona geográfica que ocupaba cada ayllu; y en caso de los Quipucamayoc Nobles por la región que se les asignaba; " que los quipucamayocs más modestos debían dar cuenta muy por menudo a los mayores que habitaban en el lugar, indicando el asiento principal de todas las cosas que a su cargo estaban y éstos luego en la suya lo asentaban".

Existen dos clases de quipucamayocs notarios: los del Inca y los del Pueblo, los primeros para ayudar al rey en la tarea de gobernar y los segundos estaban adscritos a un ayllu, a un pueblo más o menos importante, a un valle.

AMPLITUD DE LA FUNCIÓN NOTARIAL EN EL INCANATO.

A pesar de no existir un agente específico de la función notarial debido al predominio de la propiedad comunitaria y a la ausencia de la contratación de tipo occidental, fue necesario instituir formas que garanticen la realización de algunos actos jurídicos como los trueques, la celebración de convenios con pueblos enemigos o tribus sometidas, los actos de la última voluntad etc. Por ejemplo los nobles debían testar ante el Quipucamayoc y expresar los actos de su última voluntad mediante los quipus. Lo que

131

no cabe duda es en lo referente a la intervención del Quipucamayoc en las ferias, que cada cierta temporada se realizaba en las que el trueque de productos, se necesitaba el control y dirección de éste funcionario. Tampoco cabe duda en la actuación que tuvieron los quipucamayoc como representantes del Inca, en la celebración de convenios con pueblos enemigos o vencidos en la incatización de las zonas sometidas.

EN LA CONQUISTA.

Desde el primer momento que los españoles llegaron a América estuvo presente la institución notarial. Quien hizo el acta y dio fe de haber llegado a "las indias" fue Rodrigo de Escobedo, primer escribano que pisó el nuevo mundo. Otro acto de trascendencia importancia notarial es la celebración del contrato de sociedad entre los tres socios de la conquista en 1526.

Los escribanos eran casi siempre hombres que integraban las expediciones sin título alguno. Como menciona José Negri "eran medio soldados y medio letrados, manejando la pluma y la espada con aliento aventurero". Por razones obvias, en este período prima el desorden de la función notarial. Los Escribanos intervenían en lo contractual, en lo civil y penal; su jurisdicción la determinaba el gobernador. Redactaban testamentos, transacciones, actas de fundación de ciudades, escrituras de sociedades, requerimientos, intervenían en los juicios penales, ejecución de sentencias, etc.

En esta época se hizo mal uso de la fé pública, sólo obedecía a los conquistadores y para sus codicias. Entre los casos históricos de intervención de Escribanos tenemos: el rescate de Atahualpa, el reparto, el testamento de Francisco Pizarro. Durante la conquista, paralelamente a los escribanos españoles siguieron actuando los quipucamayoc en todo lo relativo a la población indígena.

EN LA COLONIA.

Restablecida la calma después de las guerras civiles y luego de la tardía reacción violenta de los indios, comenzó la verdadera organización jurídica y administrativa de la colonia. Se permitió la subsistencia de la organización incaica entre los indios, respetando el régimen oriundo, con el fin de desplazarlo gradualmente, pero hasta entonces el quipucamayoc debía intervenir en los inventarios, en el depósito de bienes

130

y otras cosas atendibles por razón de su oficio; su cargo era vitalicio, mientras no esté incapacitado física o moralmente; era elegido por el voto popular.

Tal como se había previsto, en pocas décadas los Quipucamayocs fueron dejando los quipus y adoptando el uso del papel; su actuación se españolizó y gradualmente la organización notarial hispana absorbió a éste. Los escribanos a pesar de que debían de ser nombrados por el Rey, los virreyes y gobernadores nombraron gran número de escribanos, justificando tal actitud con la enorme extensión de las colonias y la necesidad de administrar justicia.

El escribano fue el personaje investido de la fe pública; se le veía al lado de las autoridades de toda índole e instancia, en la dependencia pública y especialmente en actuaciones judiciales, donde dieron lugar a mayores críticas, convirtiéndose en morosos, inmorales y corruptos.

El ejercicio del cargo adquirió carácter comercial; se podía vender o comprar el puesto, quedando por ello siempre en manos de familiares o autoridades de mayores recursos económicos, y estaba orientado a favor de quien más da o quien tiene mayor influencia.

2.2.3. HISTORIA DE DERECHOS DEL HOMBRE Y SU RELACIÓN CON LA LIBERTAD BAJO CAUCIÓN.

Como ya sabemos los derecho del hombre en las épocas antiguas eran desconocidos y existía una gran recelo por su reconocimiento, las épocas obscuras para que los derechos del hombre fueran reconocidos sufrieron lenta y sufridamente los grandes cambios de la historia, desde la edad obscura hasta el inicio del renacimiento y la constitución de los primeros humanistas en el mundo. Muchos dicen y defienden que los franceses no tienen la primicia de ser los primeros guerreros de los derechos del hombre, mas sin en cambio esta no es la clase de trabajo que pretende resolver incógnitas que solo nos crearan más dudas de las que inicialmente tenemos, así que no tomaremos ninguna posición respecto de quienes son los primeros soldados del hombre, y solo nos limitaremos a realizar un análisis de estos derechos e identificaremos la libertad bajo caución desde donde ha estado presente.

La constitución de 1812 obviamente nos referimos a la de Cádiz que estuvo en vigor en México, era un breve reflejo al acta de los derechos del hombre, ya que esta no solo

129

reconocía los derechos del ser humano sino que los clasifico y numero de los artículos 1 al 17, por su parte la constitución de Cádiz de 1812 señalo en su artículo 4 la necesidad de proteger a las leyes justas que protegieran la libertad de los seres humanos y los derechos que la componen. Esto nos sirve para poder referirnos a que la constitución de Cádiz si tiene una infección de la ideología francesa, mas sin en cambio la estructura rígida del gobierno español no podía permitir en esos momentos que una constitución con tintes humanistas pusiera en peligro la estabilidad económica y política del reino ya con movimientos separatistas, que buscaban con frenesí la libertad, también influenciados por liberales como Roseau, Montesquieu, Voltaire, y el mismo Maquiavelo, buscaban sin cesar el brillo de la ruptura del yugo español.

Este autor se refiere que los primeros legisladores del acta constitutiva en su artículo 30 no refirieron más nada solo que la nación estaba obligada a respetar los derechos del hombre y el ciudadano. Los abusos que más adelante vivimos en los años de 1836 con la ley constitucional en su artículo 2 en la que señalaba que se les recetarían los derechos inalienables al hombre siempre y cuando este respetara la religión, en tal caso si alguien era condenado por un delito en contra del fuero eclesiástico este pobre sujeto no tendría derecho ni a lo más elemental de sus derechos humanos.

Es por eso que algunos estudios remarcan que la constitución que sembró fehacientemente las bases de la nueva política Constitucional mexicana fue la constitución de 1857, ya que en su artículo 1 señalaba el gran avance en esta rama que los legisladores habían tenido. Definiendo conceptualmente estos derechos como aquellos que la justicia natural acuerda a todos los hombres

No hay duda que la constitución de los estados unidos es una fuente importante de los derechos humanos pero en relación con la libertad bajo caución que dice?.

En las enmiendas 11 y 18 señalan partes de estas garantías, en la primera la garantía de la libertad si no se ha realizado un acto previo de autoridad competente, y la segunda de no pagar fianzas excesivas. En otros países no se quedan atrás en la república de Uruguay ya desde 1829 se contempla la libertad bajo caución en su artículo 9. Y lo delimita a que solo será en delitos que no tengan pena corporal en chile con su constitución de 1833 en su artículo 12 también señala lo mismo que la Uruguaya, limitando la libertad a delitos que o tuviesen penal corporal alguna, caso curioso en Brasil ya que aun cuando era conocido como el imperio de Brasil es decir

desde su artículo 169 párrafo 9 señala lo más cercano a lo que conocemos de la libertad bajo caución. Es decir previene la contra-garantía de la pena privativa de la libertad mediante la caución, así como las restringe en los casos en los que la ley lo emite señala una pena máxima para gozar de este beneficio de 6 meses o destierro del cantón, Paraguay, Argentina, Perú, Colombia, no hacen en sus primeras constituciones en las cuales se señalan los derechos de los hombres pronunciamiento por la libertad bajo caución.

Como podemos ver en América los derechos humanos no es que llegaren tarde de hechos casos como el de Brasil son impresionantes en razón de que su texto esta adelantado hasta estos tiempos, o en una segunda opción estos tempos no son modernos lo cual los podremos apreciar en el capítulo en donde analicemos el texto constitucional, el texto procesal, y la praxis, en la cual todo parece ser que la constitución ni la ley adjetiva son obligatorias.

2.2.4. EL ORIGEN HISTORICO DE LA PRUEBAS IRREGULAR.

En cuanto a sus orígenes, la ineficacia de las pruebas obtenidas infringiendo derechos o libertades fundamentales tiene clara inspiración en la denominada exclusionary rule, aplicada en los Estados Unidos de América. Se trata de una regla jurisprudencial elaborada por la Corte Suprema de ese país, en virtud de la cual las fuentes de prueba (evidence) obtenidas por las fuerzas del orden público en el curso de una investigación criminal que violenten derechos y garantías procesales reconocidos en las Enmiendas Cuarta, Quinta, Sexta y Decimocuarta de la Constitución, no podrán aportarse ni ser valoradas por el juez en la fase decisoria de los procesos penales federales o estatales, para determinar la culpabilidad o inocencia del acusado. Esta regla fue creada en 1914 en el caso Weeks v. United States, de aplicación restringida a los Tribunales, por lo que hubo que esperar a la resolución del caso Mapp. v. Ohio, 367, US, 643 (1961), fundado en la Decimocuarta Enmienda y en su cláusula del "due process of law", para que la exclusionary rule fuera extensiva a todos los Tribunales Estatales[6].

Esta regla de exclusión constituye para el Tribunal Supremo un importante remedio disuasorio frente a los abusos de la autoridad y, particularmente, de los agentes

[6] ENMIENDAS DE ESTADOS UNIDOS DE AMERICA, Las diez primeras enmiendas (Bill of Rights) fueron ratificadas efectivamente en Diciembre 15, 1791.

policiales en su labor de pesquisa, al punto que sus efectos abarcan tanto la prueba obtenida de manera directa como también la derivada o indirecta, como se dejó en claro en el caso Wong Sun v. United States. Para el caso de EE.UU, la Cuarta Enmienda no se ocupa de la actividad de los particulares, por lo que la exclusión comentada no puede ser aplicada a aquellos casos en que la administración no ha participado en la obtención de las pruebas, aun cuando después haga uso de ellas. Por otra parte, cabe agregar que la exclusión tampoco sería aplicable a los casos de "descubrimiento inevitable" de la prueba, lo que ocurre cuando su obtención, aun cuanto resulte de una actividad ilegal de la policía, constituiría sin embargo una consecuencia necesaria e inevitable del procedimiento de investigación en cuanto tal. Para el caso de EE.UU., la regla solamente es aplicable al proceso penal, no siéndolo en cambio en los procesos civiles o administrativos de deportación, ni en procedimientos sancionatorios civiles en materia de impuestos. Habría que examinar también los casos de Juicios del Jurado y las vistas para la revocación de la libertad condicional. Recordemos que Estados Unidos tiene un sistema de legislación federal que permite encontrar una gran cantidad de fallos que son contradictorios en determinadas materias.

En España, por su parte, el primer reconocimiento legislativo sobre la obtención ilícita de la fuente de prueba y sus consecuencias en el proceso viene dado por el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial –LOPJ–, de 1985, en el que se contiene la regla general sobre esta materia al señalar:"11.1. En todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe. No surtirán efectos las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales".

Esta referencia a las pruebas es coherente a lo declarado por el Tribunal Constitucional en Sentencia dictada en el Recurso 114/84, que marcó duda un hito en el planteamiento y análisis constitucional del conflicto que genera la obtención de la fuente de la prueba con infracción de derechos fundamentales, pronunciándose explícitamente sobre la preeminencia que el ordenamiento jurídico le confiere al sistema de derechos fundamentales que estructura la convivencia social, por sobre la obtención a ultranza (de cualquier manera y por cualquier medio) de la verdad formal que surge del proceso. Más aún, al tiempo de dictarse esta sentencia no existía en el derecho español ninguna fuente legal ni jurisprudencial que pudiese servir de antecedente para fundar el razonamiento contenido en la misma, lo que llevó al TC a

126

recurrir incluso a fuentes extranjeras y a figuras como la exclusionary rule del Derecho estadounidense.

Tal fue la importancia de la STC 114/1984, que su doctrina no solo sirvió de base para la redacción final del art. 11.1 LOPJ. Su influencia en el ordenamiento jurídico español, en efecto, se plasmó también en otras leyes que se han ocupado en el último tiempo de esta figura, entre las que se cuentan las siguientes:

a) El art. 44 de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje, señalaba que "los Jueces de Primera Instancia rechazarán fundadamente la práctica de pruebas contrarias a las leyes...".

b) El art. 90. 1 del texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, aprobado por Real Decreto Legislativo –RDL– 2/1995, de 7 de abril, dispone que "las partes podrán valerse de cuantos medios de prueba se encuentren regulados en la ley... salvo que se hubieran obtenido, directa o indirectamente, mediante procedimientos que supongan violación de derechos fundamentales o libertades públicas".

c) El art. 36 de la Ley Orgánica 5/1995 del Tribunal del Jurado señala por su parte que "...al personarse las partes podrán...b) alegar la vulneración de algún derecho fundamental".

d) Por último, el art. 287 de la Ley de Enjuiciamiento Civil –LEC– 1/2000, de 7 de enero, incorporó explícitamente y por vez primera al ordenamiento procesal civil español una completa regulación sobre la oportunidad y forma de alegar la ilicitud de la fuente de la prueba admitida en el juicio y, a partir de tal reclamación, su eventual exclusión como elemento de convicción en el mismo.

El jurista y procesalista peruano CESAR MARTIN CASTRO en una obra importante de su autoría[7], se refiere al tema específico de ***la prueba ilícita,*** y nos orienta diciendo: "CONCEPTO. Trasladando esta base teórica a la actividad probatoria, aun cuando la terminología no es unívoca, se define por prueba prohibida (así la denominó en 1903 Erns Beling) aquella que se obtiene con infracción de derechos fundamentales, entendiendo por obtención aquella labor tendiente a allegar un resultado probatorio al proceso, esto es tanto la actividad de búsqueda e investigación de la fuente de prueba

[7] Derecho Procesal Penal, Editorial Jurídica Griley, Volumen 1, KLima, 1999.

125

por mecanismos que violan los derechos fundamentales: aplicación a la fuente de un método ilícito y extracción de un resultado que en sí mismo viola un derecho esencial. Es de entender siguiendo a Giovanni Conso que las normas relativas a la prueba son normas de garantía con fundamento constitucional, pues están dirigidas a asegurar la garantía de defensa del acusado (Art. 139.14 Constitución).

Ello viene a significar, apunta Jacobo López Borja de Quiroga, que las prescripciones legales sobre la prueba tienen directo amparo constitucional, y que de ellas se deduce, tanto que solo es posible la realización de las pruebas en la forma expresamente prescrita por la ley, en tanto que ésta sea compatible con los derechos fundamentales, cuanto que su actuación ha de sujetarse a las normas que con tal fin ha de existir.

Erns Beling desde el año 1903 sostenía que el medio de prueba prohibido no puede ser en forma alguno utilizado (el resaltado es nuestro), ni puede ser tenido en cuenta por el juez en la sentencia, pues había que considerarlo como no realizado. Esta posición significa que la prohibición de prueba tiene la misión de tutelar los intereses del individuo frente a la persecución penal del Estado. La violación o vulneración de las reglas sobre la prueba, determinan su exclusión del universo probatorio que debe valorar el juez. Tiene un carácter imperativo" (ob. cit. p. 643 y s.s.).

Nuestra tesis es la de la aplicación plena del principio de exclusión absoluta de la prueba ilícita que convierte en ilícita tanto a la *fuente* como a sus resultados, evitando así darle carta de naturalización a los *frutos del árbol envenenado.*

Los fallos de la Corte Constitucional de Ecuador deberán irse orientando a crear jurisprudencia obligatoria y vinculante en el tema de la *exclusión absoluta de la prueba ilícita,* pues su presencia violenta el derecho de defensa que es un *principio* con preeminencia constitucional pues el Art. 75 que se refiere al derecho a una tutela judicial efectiva, destaca que en ningún caso el ciudadano puede quedar en situación de indefensión, y en ningún caso significa simplemente NUNCA.

Con las recientes reformas del 24 de marzo del 2009 (RO-S- 555) se puede solicitar la celebración de una audiencia oral para efectos de debatir la exclusión de prueba ilícita (Art. 205.2 de las reformas), o puede la misma ser discutida en la audiencia de preparación del juicio (Art. 226.1, n. 4). En caso de no ser atendidos podemos hacer uso del derecho de impugnación mediante el *recurso de apelación*, quedándonos

finalmente la acción extraordinaria de protección prevista en el Art. 94 de la Constitución Política de la República ante la Corte Constitucional.

Un antiguo aforismo latino referido a la prueba y la labor jurisdiccional nos dice Iudex iudicare debet iuxta allegata et probata lo que implica que sólo a través de los hechos alegados y probados en el proceso se podrá llegar a la certeza de una u otra posición y establecer la verdad jurídica.

Según algunos autores el punto de partida de la actividad probatoria, es que las partes acuden ante el órgano jurisdiccional "realizando afirmaciones de hecho, cuya prueba no podrá lograrse sino contando con algo que preexista al proceso", por ejemplo, una persona que vio el hecho, una fotografía, un documento, etc., que son aquellos elementos que podemos llamar fuentes de prueba.

Todo ello ha sido desarrollado por la doctrina en el llamado derecho de prueba y derecho a defensa (que formaría parte de la garantía constitucional a la defensa procesal), el cual contiene la facultad de realizar en el proceso tres actividades fundamentales: efectuar alegaciones, probarlas y contradecir las alegaciones y pruebas de la contraria.

En la medida que las garantías constitucionales forman parte de un sistema normativo, necesariamente han de tener límites que derivan de la necesidad de respetar otros derechos fundamentales. Estos límites se han clasificado en extrínsecos e intrínsecos. Serían límites extrínsecos están dados por los requisitos legales de proposición; e intrínsecos aquellos inherentes a la actividad probatoria. Estos últimos son de tres órdenes: la pertinencia, la utilidad y la licitud.

Podemos señalar que la prueba inútil o inconducente es la que por inadecuación de medio a fin, se puede estimar razonablemente que no alcanzará el resultado previsto. Por su parte es prueba pertinente la que versa sobre los hechos que suponen un elemento inadecuado para la declaración judicial del factum. En sentido amplio se puede señalar que Prueba Ilícita (también llamada "prueba prohibida") es aquella que absoluta o relativamente contra principios y garantías protegidos por el derecho positivo, que recoge además la protección contenida en los tratados internacionales sobre derechos humanos. Algunos tratadistas hablan que una denominación más precisa de ella, no se refiere a prueba ilícita, sino a prueba obtenida por medios ilícitos.

Otro concepto diferente es el de la Prueba Ilegal (también llamada prueba irregular, defectuosa o incompleta), que se da cuando se inobservan las formalidades procesales (violación de regla procesal), que puede ser valorada en la medida que sea subsanada, de lo contrario, tendrá efecto similar a la prueba prohibida, pero con la diferencia, que esta modalidad de prueba ilícita, no genera efecto reflejo, es decir, que su invalidez no alcanza a las que se pudieran deriva de ésta, siempre que obtengan o incorporen lícitamente.

La prueba ilegal implica la inobservancia de meras normas procesales, mientras que la prueba ilícita es aquella obtenida con infracción de normas sustantivas, sean de rango constitucional o legal, que reconocen derechos fundamentales. Es difícil trazar una línea divisoria absoluta entre ambas clases de normas, ya que gran parte de las garantías procesales o derechos fundamentales relativos al proceso penal están incorporados en la misma ley procesal. Por eso es preferible designar como prueba ilegal a la que vulnera disposiciones procesales de carácter meramente formal, esto es, aquellas establecidas para la ritualidad del proceso (por ejemplo, las que fijan plazos para la práctica de determinadas actuaciones), y reservar la expresión prueba ilícita para los casos en que hay infracción de garantías procesales. En nuestro país la distinción entre prueba ilegal y prueba ilícita tienen un interés más bien teórico, esto porque hay casos en que las formalidades se imponen para permitir al afectado por el proceso penal el ejercicio de derechos fundamentales.

Entonces la única consecuencia práctica sería que la sanción de la prueba irregular es la nulidad, en tanto que la de la prueba ilícita es su exclusión o inexistencia dentro del proceso. La prueba ilícita o prueba ilegal o prohibida, podrían por tanto considerarse sinónimas, si se les entiende como la prueba que ha sido originalmente obtenida mediante la violación de derechos constitucionales o utilizados contra lo que señala la Ley.

La exclusión de las pruebas obtenidas con infracción a derechos o garantías fundamentales tiene su antecedente en la denominada exclusionary rule, aplicada en los Estados Unidos. Se trata de una regla de elaboración jurisprudencial de la Corte Suprema de ese país, en virtud de la cual las evidence (fuentes de prueba) obtenidas por en el curso de una investigación penal que vulneren derechos y garantías procesales reconocidos en la IV, V, VI y XIV Enmienda de la Constitución Federal, no podrán ser aportadas ni valoradas por el juez en la fase decisoria de los procesos

122

penales federales o estatales, para determinar la culpabilidad o inocencia del acusado. Esta regla fue creada en 1914 en el caso "Weeks vs United Status". No obstante ello también pueden citarse los casos "Rochin vs. California" y "Elkins vs United States. Esta regla tuvo aplicación restringida a los Tribunales Federales hasta que "Mapp vs Ohio" fundado en la XIV Enmienda y en su cláusula "due process of law" para que la exclusionary rule fuera extensiva a todos los Tribunales Estatales. Doctrinariamente se habla de la doctrina del fruto del árbol venenoso y la regla de la exclusión. Esta última es la exclusionary rule y la primera se refiere a su extensión. Según la regla de exclusión no puede aceptarse como válido que se utilicen pruebas directamente relacionadas con otros elementos de prueba ilícitos, para sustentar una posición contraria a la del imputado o acusado en un procedimiento.

La doctrina internacional ha ido introduciendo algunas excepciones a la regla general de exclusión de pruebas derivadas. Entre estas podemos encontrar, i) la excepción de atenuación, que afirma que el vínculo prueba derivada - prueba principal es muy débil y por lo tanto no afecta el debido proceso; ii) la excepción de la fuente independiente, referida a que el conocimiento que dio lugar a la obtención de la prueba derivada es uno completamente diferente al que dio lugar a la obtención de la prueba principal; iii) la excepción del descubrimiento inevitable, en virtud del cual la prueba derivada en todo caso habría sido encontrada por otra vía; iv) la excepción del acto de voluntad propia, según la cual, cuando una prueba es obtenida por la decisión libre de una persona, se rompe el vínculo con la prueba principal.

La doctrina del fruto del árbol venenoso o árbol emponzoñado (fruit of the poisonous tree doctrine), que prima en el sistema norteamericano cuando el procedimiento inicial es violatorio de garantías constitucionales, esa ilegalidad se va a proyectar a todos los actos que resulten consecuencia de este. Así se prohíbe valorar todas las pruebas derivadas de la prueba ilícitamente obtenida. Esto fue consagrado en el caso "Silverthone Lumbre Co. Vs United States" por la Corte de los Estados Unidos en el año 1920. Fue en 1939 con el caso "Nardone vs. United States" donde la corte utilizó por primera vez la expresión "fruit of the poisonous tree", en la oportunidad el Juez Frankfurter determinó que la no-exclusión de la prueba "mediata" podía significar fomentar los mismos métodos considerados contradictorios con pautas éticas y destructivos de la libertad personal.

121

Si ha de evitarse todo efecto en el proceso de los materiales probatorios o informaciones que han sido obtenidos de modo irregular, igualmente deberá proscribirse la admisión de informaciones o materiales obtenidos gracias a la previa irregularidad acaecida.

En Perú una sentencia de la Corte de Apelaciones asume esta teoría al señalar que "...siendo declarada ilegal una detención, toda la prueba obtenida en razón de dicho acto es ilícita, por obtenerse con inobservancia de garantías constitucionales, debiendo quedar excluida del juicio oral, corriendo igual destino los elementos probatorios que se hayan obtenido en forma derivada...".

En igual sentido la Corte Suprema ha señalado que "SEXTO. Que el recurso en esta parte mira más allá aún. Partiendo de la base de la ilicitud de la prueba inicial, siguiendo la doctrina de los "frutos del árbol envenenado" acuñada por los fallos de los tribunales Norteamericanos, pretende que se le dé el mismo trato a la prueba obtenida posteriormente por la policía investigadora del delito que hasta ahora se ha hecho caudal. Sin embargo, estos sentenciadores no concuerdan en ello. En efecto, como ya se ha dejado establecido, el resto de los elementos probatorios fueron logrados cuando el hecho ya se había válidamente judicializado, cuando se encontrada controlada la actividad policial por un Juez de Garantía competente, y obrando además premunidos de las órdenes e instrumentos legales correspondientes. En tal caso no se divisa la derivación directa de este actuar con la anterior, por ende, no puede ser esta una razón más para considerar conculcadas garantías constitucionales y legales del imputado.

A juicio de Ordóñez esta tesis de causalidad de los elementos de prueba ilícitos que la jurisprudencia norteamericana ha denominado como "tesis del fruto del árbol envenenado", ha sido asumida por parte de la doctrina internacional (como J. Maier, J.I. Cafferata, De Marino), como "regla de exclusión o la doctrina de la fuente independiente.

Finalmente debemos señalar que se debe considerar a la doctrina del fruto del árbol envenenado como una extensión de la regla de exclusión. Podríamos encontrar un fundamento ético en la exclusión de prueba ilícita, consistente en afirmar que el Estado no debe aprovecharse de las actuaciones irregulares o ilícitas producidas por los órganos dependientes de él.

120

El antiguo derecho romano desarrolló un principio general del derecho que es claramente aplicable a la prueba ilícita: "nemo ex delictio conditionem suma melioren facere potest". Consecuentemente se sostiene que la norma de que la prueba obtenida ilícitamente no pueda aprovechar a su autor, "tiene su raíz en un profundo sentido de justicia, sin el cual no se puede concebir el derecho y es en virtud de ello que nadie puede constituirse un derecho con su propio delito.

Por esto mismo se ha señalado que esta regla tiene una múltiple función a) función disuasiva, de la futura conducta de las autoridades, en especial de las policiales; b) función protectora, de la integridad del sistema judicial y de su reputación; c) función garante del respeto de las reglas de juego en un Estado de Derecho; d) función aseguradora, de la confiabilidad de la prueba para demostrar la verdad real; y e) función reparadora, de la arbitrariedad cometida en contra del procesado.

ANTECEDENTES HISTÓRICOS: LA SENTENCIA MIRANDA.

El 13 de marzo de 1963, Miranda fue arrestado por secuestro y violación. Fue identificado por la víctima. Interrogado durante dos horas por dos oficiales, firmó una confesión que decía que la declaración que rindió fue dada voluntariamente con *"pleno conocimiento de mis derechos legales entendiendo que cualquier declaración que yo haga puede ser usada en mi contra*". La confesión se admitió como evidencia, sobre las objeciones que hizo su abogado defensor y los oficiales testificaron sobre una confesión verbal anterior. El jurado lo encontró culpable y fue sentenciado de 20 a 30 años.

En su apelación, la Suprema Corte de Arizona sostuvo que los derechos constitucionales de Miranda, no fueron violados al obtenerse su confesión y se confirmó su convicción. Para llegar a ésta decisión, al Corte enfatizó que Miranda no había solicitado específicamente un consejo legal. Miranda entonces apeló a la Suprema Corte de los Estados Unidos y en una decisión de 5 a 4 la convicción fue rechazada. La mayoría de la Corte especifico los requerimientos y procedimientos que deben seguir los interrogatorios de un sospechoso.

919

2.3. MARCO CONCEPTUAL Y DEFINICIONES

2.3.1. EL NOTARIO PÚBLICO

Para evitar la crisis en la administración del naciente Estado, siguieron en vigencia las leyes españolas, especialmente la "Novísima Recopilación" y la "Compilación de Indias".

No les tenían respeto, por eso Simón Bolívar en 1825 promulgó un decreto para que tengan respeto y consideración.

En 1836 entraron en vigencia los efímeros Códigos Civil y de Procedimientos Judiciales de Santa Cruz. Ninguno de éstos define al Escribano, pero sí se refieren a sus funciones como depositarios de la fe pública en los contratos.

En 1831 se dicta un decreto, estableciendo que todos los que estaban actuando como Escribanos, presenten sus títulos habilitantes antes sus respectivas Cortes de Justicia, en un término de un mes, vencido el plazo quedaban inhabilitados definitivamente y sus oficios fueron declarados vacantes.

En 1845, otro decreto que establecía que "todo pretendiente a escribano, a más de saber perfecta ortografía y tener buena letra española, acreditar haber estudiado gramática, aritmética y lógica."

El Código de Enjuiciamientos en Materia Civil de 1852, habla que el escribano público necesita ser obligatoriamente graduado de bachiller en Derecho.

Durante los primeros años de la vida republicana, se fue reduciendo la variedad de escribanos que hubo en la colonia; los sucesivos dispositivos tuvieron la tendencia a reducir las clases de escribanos a fin de legislar y controlar mejor su actuación. El código de enjuiciamientos civiles de 1852 tiene gran importancia porque redujo específicamente a cuatro las clases de escribanos; y designó exclusivamente a los Escribanos Públicos la función notarial, así como estableció normas precisas y más estrictas para la admisión al oficio.

Esos cuatro son:

a) Escribanos de Cámara.

b) Escribanos Públicos o de Instrumentos.

c) Escribanos de Estado o de actuación.

d) Escribanos de Diligencias.

Este Código divide los actos de los Escribanos en: Actos de Registro y fuera de Registro, entre los primeros: testamentos, contratos, escrituras públicas en general; y entre los segundos: inventarios judiciales y extrajudiciales, poderes fuera de registro, legalización de documentos, certificaciones, etc.

Se estableció la visita anual que debían hacer los jueces de primera instancia a los escribanos públicos con el fin de controlar el buen ejercicio del cargo. Los escribanos públicos que infringían la ley eran sancionados severamente.

Éste código tiene mucha importancia en el Notariado porque por primera vez, designa en forma concreta al agente que debe ejercer la función notarial bajo el nombre de Escribano Público; prevé con bastante minuciosidad los requisitos y pautas necesarias para la celebración de las escrituras públicas; establece en forma precisa los requisitos para tener acceso a la función, así como las sanciones que iban desde la multa y amonestación hasta la destitución sin perjuicio de la acción penal a que hubiere lugar.

En 1867 se dispuso que en cada capital de provincia debía haber por lo menos un escribano; en las capitales de departamento no más de seis; y en Lima, 10.

En 1886 se prohíbe ejercer la abogacía a los escribanos, salvo tratándose de causa propia o de familiares.

En 1889 se utiliza el término NOTARIO o ESCRIBANO de REGISTRO.

2.3.2. CONCEPTO DE LIBERTAD PROVISIONAL

La definición legal de la libertad provisional gira en torno a la precisión de los requisitos para que proceda esta figura, los cuales, se circunscriben tanto en la teoría del fin de la pena (ej: la no imposición de una pena privativa de la libertad mayor a cuatro años), la teoría de la probabilidad (ejemplo: la probabilidad que el imputado eluda o no la acción de la justicia) y la teoría de la sustitución de medidas que inciden en los derechos de los procesados (ej: el pago de una caución). Sin embargo, a partir de esta definición podemos indicar lo siguiente:

117

a) La falta de conexión de los requisitos de procedencia de la libertad provisional con la teoría del delito y la de los mecanismos penales alternativos, así como, con la política criminal en materia de privación de libertad, cuya ratio es prevenir la comisión de delitos, así como, la investigación y enjuiciamiento de éstos.

b) La falta de conexión entre el Código Procesal Penal y el Código de Ejecución Penal en materia de internos por razón de la aplicación de medidas que tienen, por causa, actuaciones para prevenir la comisión de delitos, y para su investigación y enjuiciamiento.

Sin embargo, la doctrina peruana no ha advertido tales factores problemáticos; esto se advierte en las definiciones que juristas han elaborado, circunscribiendo a resaltar su finalidad o el cumplimiento de los requisitos legales de su procedencia.

ASÍ, JOSÉ GARCÍA SALAZAR Y HERNÁN ÑOPO ODAR, siguiendo el criterio esbozado en la exposición de motivos del anteproyecto del Código de Procedimientos Penales de 1940, indican que esta figura procesal viene a llenar una de las más importantes funciones en el proceso penal, al permitir que el inculpado, que cumple con los requisitos de ley, a quien la prisión puede acarrearle graves e irreparables daños de orden físico o psíquico, permanezca en libertad mientras se investiga su participación en el delito.

SILFREDO H. VIZCARDO, apunta que, existe un factor económico; el procesado estando en libertad puede trabajar para contribuir a su propio sostenimiento y al de las personas que dependan de él; asimismo, constituye un alivio económico para el Estado, al descargarse del sostenimiento de un considerable número, que son los más, de inculpados que poblarían considerablemente los establecimientos penales de la República, con el consiguiente desembolso económico en alimentación, vestido, medicinas y personal de vigilancia que necesariamente tendría que ser aumentado, como ampliados los locales que ocupan los internos.

GARCÍA RADA, por su parte, acota que, la libertad provisional opera cuando las presunciones se han desvanecido y el delito lo permite o no se acredita malicia en su ejecución. Es medida intermedia entre la prisión y la libertad. El inculpado sale de la cárcel, pero con limitaciones que recortan su libertad ambulatoria: residir en determinada ciudad y casa y no cambiaría sin conocimiento del juez.

116

CUBAS VILLANUEVA precisa que la libertad provisional es una medida contra cautelar; es una institución que tiene por finalidad hace cesar la medida de detención (medida cautelar), por la que, se considera que tiene una regulación de medida contra cautelar. (4) Mario Chichizola señala que, en sentido estricto llámese libertad provisional a la que se ordena cuando no procede prisión preventiva; y se denomina excarcelación a la libertad caucionada que hace cesar la prisión preventiva antes vigente".

SAN MARTÍN CASTRO indica que el objeto de la libertad provisional es poner fin a la privación de la libertad del inculpado, para dar lugar a que se le impongan medios de aseguramiento más benignos, siendo sólo una excarcelación transitoria que busca evitar se produzcan efectos perniciosos con una prolongada excarcelación.

En lo que respecta a la doctrina comparada, **JUAN SILVA** acota que la libertad provisional es un status intermedio entre la detención y la libertad incondicional cuya duración se extiende hasta que se determine la responsabilidad del procesado; pero se encuentra siempre presente la posibilidad de que aún antes pierda dicho derecho por una causal de revocatoria.

GIMENO SENDRA señala que la libertad provisional es una medida cautelar que puede adoptar el juez contra un imputado por la presunta comisión de un delito leve o que, siendo grave, no concurre peligro de fuga, por la que, mediante la obligación temporal de comparecencia ante el juzgado y la adopción, en su caso, de otras cautelas o contra cautelas, se pueda razonablemente asegurar su presencia el día de la celebración del juicio oral.

GÓMEZ COLOMER afirma que: la libertad provisional es la última medida cautelar personal a estudiar, consistente en una limitación de la libertad mediante la imposición de obligaciones específicas, de cumplimiento eventualmente garantizando por la prestación de fianza.

BARONA VILLAR, por su parte, precisa que la libertad provisional supone una situación intermedia entre la prisión provisional y el normal estado de libertad ciudadana del no inculpado. Esta libertad provisional es una medida cautelar restrictiva de la libertad encaminada a garantizar la presencia del imputado en el proceso y los fines del proceso mismo. Por tanto, si bien supone una limitación de libertad, ésta es menos intensa y grave que la prisión provisional.

115

POR OTRO LADO, ORTELLS RAMOS añade que la libertad provisional es una medida cautelar que consiste en una limitación de la libertad del imputado, mediante la imposición al mismo de obligaciones específicas, cuyo cumplimiento debe ser, en su caso, garantizado por una caución. Asimismo, Pires de Lima indica que la libertad provisional en Derecho penal, es un status intermedio entre la detención y la libertad incondicional que puede obtener el inculpado primario durante la etapa de la investigación, o también el mismo status de la "libertad limitada.

De estas definiciones podemos advertir que, cierto sector de la doctrina nacional y extranjera le denomina a la libertad provisional como libertad limitada, en el sentido que el imputado goza de este derecho, pero bajo ciertas reglas de conducta impartidas por el juzgador y además que, si en el transcurso de la investigación judicial o instrucción aparecen pruebas que aumentan la responsabilidad penal del procesado, agravando su situación jurídica, esta libertad puede ser revocada. Por otro lado, algunas legislaciones como la española, la libertad provisional se regula primero como una medida cautelar, es decir, para salvaguardar los fines del proceso o posteriormente en el curso de la causa.

AL RESPECTO, MORENO CATENA indica que: "Es una medida que adopta el juez de la investigación cuando entiende que hay motivos bastantes para considerar a una persona responsable de la comisión de hechos delictivos y no procede decretar su internamiento en prisión". Para nosotros, la libertad provisional es el mecanismo por el cual, pretende, a través del cumplimiento de determinados requisitos teleológicos – racionales según pronunciamiento del Órgano Jurisdiccional, enervar los efectos jurídicos de una medida restrictiva del derecho fundamental (libertad ambulatoria) en las actuaciones de prevención, investigación y enjuiciamiento de delitos. Es decir: **LA LIBERTAD PROVISIONAL COMO MECANISMO ES ENTENDIDA COMO MEDIDA CONTRA CAUTELAR; ES DECIR, ES UN INSTRUMENTO A FAVOR DEL IMPUTADO – DETENIDO (PREVENTIVAMENTE) A FIN DE PODER RECUPERAR EL EJERCICIO DE SU LIBERTAD AMBULATORIA.**

La libertad provisional responde a requisitos teleológicos – racionales, los cuales, están presentes en el artículo 182 del C.P.P.; sin embargo, consideramos que también debería estar incluido el grado de participación del agente del delito, el cual, será tratado más adelante. Al señalar la característica de teleológico, es porque se entiende que los presupuestos de la libertad provisional persigue un fin, el cual, si bien es cierto, consiste en la recuperación de la libertad ambulatoria por parte del detenido –

solicitante, también es cierto, que su finalidad puede, además, presentarse como la ponderación del interés justicia punitiva – derechos fundamentales (ejemplo: libertad, presunción de inocencia, humanidad, etc.). Asimismo, lo racional implica una argumentación *nomológica* del porqué de tales requisitos o presupuestos para la dación de la libertad provisional.

La libertad provisional se traduce en la enervación de los efectos del mandato de detención; es decir, no es un recurso impugnatorio, sino que, por su función teleológico – racional, es la resultante del análisis ponderativo entre el merecimiento de ser detenido con la no restricción *innecesaria* de derechos fundamentales.

FINALIDAD DE LA LIBERTAD PROVISIONAL

La libertad provisional llena una de las más importantes funciones en el proceso penal, al evitar que, agentes primarios a quienes la prisión puede ocasionarle daños muy graves, permanezcan encarcelados mientras se investiga su responsabilidad. Así mismo evita a quienes se atribuya graves responsabilidades, cuando éstas disminuyan o desaparezcan sigan sufriendo en forma indebida la cárcel por todo el tiempo indispensable para terminar la instrucción. De tal modo, que no deja de significar un ahorro para el Estado al despoblar de los centros penitenciarios un número considerable de detenidos y cuyo sostenimiento le corresponde al gobierno.

La libertad provisional queda sujeta a las exigencias que la ley procesal penal establece y también a la apreciación que tenga el Juzgador sobre el delito cometido y sobre el imputado. Por ende, su finalidad conforme lo hemos expresado, está orientada a favorecer a los procesados primarios, cuya personalidad no revela las aptitudes para el delito ni condiciones para cometer futuras infracciones punibles. Puede suceder que la condición del imputado cambie dentro del proceso penal, ya sea por ejemplo, porque se aportaron nuevas pruebas que excluyen su responsabilidad. En este caso el Juez penal podrá ordenar la libertad incondicional del imputado o también puede ocurrir, que las nuevas pruebas disminuyan la responsabilidad penal del procesado, en este caso se podrá solicitar y tramitar la libertad provisional.

Es por ello, que un letrado debe evaluar luego que se haya dictado la detención de su patrocinado y que se hayan actuado actos de investigación o de prueba, si le conviene solicitar la libertad incondicional o provisional, ya que un error en la elección de la libertad que se solicita, significaría la declaración de Improcedencia de parte del Juzgado Penal. En suma, su finalidad como medida contra cautelar es la de lograr la

113

libertad ambulatoria del imputado, pero en forma limitada o restringida, puesto que, al quedar sometido aún al proceso, se le adopta para asegurar su comparecencia en el proceso, así como, el normal desarrollo de la investigación y el cumplimiento de la pena que eventualmente se imponga, y está sometida al principio de provisionalidad.

LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCIÓN

La libertad bajo caución se encuentra contemplada constitucionalmente en el artículo 20 párrafo primero en donde a la letra dice: Inmediatamente que lo solicite, el juez deberá otorgarle la libertad provisional bajo caución, siempre y cuando no se trate de delitos en que, por su gravedad, la ley expresamente prohíba conceder este beneficio. En caso de delitos no graves, a solicitud del Ministerio Público, el juez podrá negar la libertad provisional, cuando el inculpado haya sido condenado con anterioridad, por algún delito calificado como grave por la ley o, cuando el Ministerio Público aporte elementos al juez para establecer que la libertad del inculpado representa, por su conducta precedente o por las circunstancias y características del delito cometido, un riesgo para el ofendido o para la sociedad.

El monto y la forma de caución que se fije, deberán ser asequibles para el inculpado. En circunstancias que la ley determine, la autoridad judicial podrá modificar el monto de la caución. Para resolver sobre la forma y el monto de la caución, el juez deberá tomar en cuenta la naturaleza, modalidades y circunstancias del delito; las características del inculpado y la posibilidad de cumplimiento de las obligaciones procesales a su cargo; los daños y perjuicios causados al ofendido; así como la sanción pecuniaria que, en su caso, pueda imponerse al inculpado.

Sin menoscabo de los fines sociales de preservar el proceso, garantizar la ejecución de la pena y asegurar la integridad del ofendido y la tranquilidad social, y con el fin de obtener un equilibrio entre las citadas garantías y la prisión preventiva -que constituye una excepción justificable a las mismas, tratándose de los procesados por delitos sancionados con pena privativa de libertad-, el Poder Constituyente estableció la garantía de libertad provisional bajo caución, que se debe otorgar a toda persona que cumpla con los requisitos previstos en el artículo 20, fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Amparo en revisión 1028/96. Carlos Mendoza Santos. 13 de enero de 1998. Unanimidad de diez votos. Ausente: Mariano Azuela Buitrón. Ponente: Humberto Román Palacios. Secretario: Manuel Rojas Fonseca.

112

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el veintitrés de marzo en curso, aprobó, con el número XX/1998, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a veintitrés de marzo de mil novecientos noventa y ocho.

Lo anterior robustece el sentido de que estamos ante una garantía de libertad, y no solo de seguridad jurídica aun cuando esto lo abarcaremos en el capítulo correspondiente, pero es necesario que desde estos momentos aclaremos esos pequeños puntos que pueden ser dudas más adelante.

Si bien es cierto que el texto constitucional que ahora vemos pare ser congruente con la realidad, este a sufrido diversos cambios de hecho el texto original del constituyente de 1917 el cual se presentó en proyecto de discusión el día 2 de enero de 1917 en el teatro Iturbide , en esa fecha en uso de la palabra el C. Secretario Fernando Lizardi, diputado por Guanajuato señalo al presentar el texto del artículo "...contiene el proyecto tres grandes innovaciones plausibles en el más alto grado: prohíbe que se obligue a declarar a l acusado en su contra por medio de la incomunicación o por cualquier otro medio, fija el máximo del termino dentro del cual debe pronunciarse la sentencia en los juicios del orden criminal y pone la libertad bajo fianza ala alcance de todo acusado cuando el delito que se el imputa no tiene señalada una pena mayor de 5 años.

El texto constitucional que el constituyente 1917 contemplaba que la fianza debería ser de hasta 10 mil pesos cantidad que debía entregarse al juez y en donde en el caso de no tenerla se podía contar con la fianza o la hipoteca.

Sin embargo los antecedentes de este artículo se derivan desde los artículos 209, 291,296 de la constitución de Cádiz de 1812, así como del artículo 30 del decreto constitucional de Apatzingán de 1814 entre otras que en un trabajo más amplio abarcaremos.

En la época prehispánica los procesos judiciales fueron en términos generales, tomando en cuenta la existencia de jueces honestos, honorables y con aparato jurídico ágil racionales. Recordemos que los juicios se iniciaban por una acusación o demanda y eran procesos sencillos, las partes llegaban ante el Juez y de manera oral exponía sus pretensiones y un abogado Tepantato los asesoraba y auxiliaba cobrando en ése momento. Todas las diligencias se llevaban a cabo ante os ojos de un escribano o pintor diestro quien buscaría tomar especial registro sobre las cosas. Las pruebas más usadas eran la documenta, testimonial, confesional, indiciaria y el juramento religioso, y

111

en el caso de contradicción el Careo. En asuntos civiles los documentos eran en papel maguey, pieles de venado.

La prueba testimonial en materia penal era definitiva, los testigos ante el juramento por la diosa tierra daban su atesto. Los Jueces que retardaban los pleitos podían ser castigados si no se resolvía de manera definitiva en los 80 días y obviamente el que resolvía era el Tlatoani.

En la época colonial ante el gran retroceso por la influencia de la época oscura europea, entre las más destacadas estructuras españolas destacaba un sistema jurídico europeo lento, perezoso e ineficaz. En relación con los juicios del orden criminal, el acusado obtenía su libertad bajo fianza a través de la fianza carcelera, y se les otorgaba a quien no tuvieran una pena corporal, el fiador era llamado carcelero o comentarios ya que tomaba la responsabilidad y custodia del reo.

Los abusos a los que san sometidos los implicados se hizo costumbre, los tormentos para obtener la confesión derivaron en que ésta prueba era la Reina. Los acusados podían presentar pruebas para elaborar su defensa, podían contar con un abogado que debía ser examinado por la audiencia para ser admitido con previos 4 exámenes de pasantía después del bachiller, la audiencia fijaba los aranceles y los abogados concertaban con los clientes el pago de los honorarios. Los juicios coloniales eran breves, existían recursos como la apelación pero ante una confesión arrancada a la tortura no podía existir más que un juicio rápido.

Una de las primeras garantías que se le dan al reo es en la Constitución de Apatzingán de 1814 con el principio contemplado en el artículo 30 de que todo ciudadano se reputa inocente mientras no se declara culpable. Con Agustín de Iturbide en 1822 en el reglamento provincial político del Imperio mexicano señalaba que nunca sería arrestado el que quede de fiador en los casos en que la Ley no prohíba admitir la fianza; y que éste recurso quedara expedito para cualquier estado del proceso.

En la Constitución de 1824 con las Leyes Constitucionales de la República Mexicana sancionadas en 1836 se hablaba de la declaración preparatoria y se sancionó la tortura.

En los proyectos de Constitución de 1842 ya se hablaba de las reglas para la confesión, se refrendaba el derecho del inculpado para que pudiere saber quién le acuse y viere las constancias, tenía derecho a estar en los interrogatorios y a preguntar lo necesario en su defensa. El segundo proyecto del mismo año robusteció en relación

110

de que ninguna constancia será secreta para el reo. Se robusteció el principio de la defensa y la publicidad en uno de sus principios máximos.

DEFINICIÓN DE LA LIBERTAD BAJO CAUCIÓN. Y SU RELACIÓN CON EL DERECHO INTERNACIONAL.

Antes de aunar a la definición de la libertad bajo caución, debemos analizar si en verdad la libertad bajo caución es una garantía constitucional, la es pro ser un derecho inalienable o por es solo hecho de estar insertada en el texto constitucional.

Para poder contestar a esta pregunta que pareciera tonto, pero créame lector, que dista mucho de serlo, deberemos de analizar, las garantías de libertad, qué son y quienes la conforman.

Para poder andar en las garantías de libertad e identificar a que garantía pertenece la libertad bajo caución recurriremos a los constitucionalistas, y como no comenzar citando a uno de los grandes el maestro IGNACIO BURGOA ORIHUELA. quien define a la libertad en tres otras tantas que le mismo hace define la libertad objetiva o social como la que el hombre tiene para realizar los fines trascendentales que deba conseguir, esta libertad viene de la intención del hombre de buscar la felicidad y aun cuando el maestro no señala en que radica esa felicidad lo cual nos deja con la idea de que es muy ambiguo el termino felicidad, si este no era debidamente delimitado, mas sin embargo se puede apreciar en la mayoría de constitucionalistas que la libertad en concepto es que la libertad proviene de los derechos conocidos como de libertades clásicas de primera generación y según TARCISO NAVARRETE en relación de que las libertades clásicas son aquellas que se conocen como:

a) Libertad de expresión

b) Libertad de reunión

c) Libertad de derechos políticos

Y según el autor la libertad se contempla. en los artículos 16,7,3,11,24,123,27,5,9,35 de la constitución política de los estados unidos mexicanos, como podemos apreciar no se encuentra el 20 constitucional pero porque?. Si tomamos en cuenta lo que refiere el artículo 7 de la convención americana sobre derechos humanos.- toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales, nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano en la constitución política de los estados partes o por las leyes dictadas conforme a estas.

De lo anterior podemos decir que en efecto al mencionar la libertad física creemos que habilita la hipótesis de que dentro de las garantías de libertad se encuentra la libertad bajo canción y esto es robustecido por el artículo 9 del pacto internacional de derechos civiles y políticos, el cual refiere como condición sine qua non para ser privado de la libertad física el estar arreglado el proceso conforme a las leyes procesales.

2.3.3. LA PRUEBA ILÍCITA EN EL SISTEMA ACUSATORIO

Un sistema jurídico es ampliamente condicionado por la estructura y conformación de un Estado y de forma más específica por el sistema político y la ideología que lo nutre. Así las cosas, no es extraño advertir que en la antigüedad los procesos estaban dotados de la prevalencia de los intereses del 'Estado' -detrás de él los intereses de sus regidores- sobre las condiciones particulares del individuo. A ello hay que sumar una tendencia temporal de asimilar intereses religiosos con los del poder político, simbiosis que descansaba en la *teoría del origen divino del poder.*

JORGE ARENAS SALAZAR que '... A la caída del Imperio Romano se presenta de nuevo una tendencia vigorizada en todo el hemisferio occidental, no uniforme por implementar el sistema religioso primitivo...', el cual operaba por un sistema de *ordalías* o *juicios de Dios*, una forma de prueba ritual en el cual el resultado de la certeza se obtenía generalmente por la imposición de pruebas físicas a las que la persona era sometida. Eran comunes entonces pruebas con agua fría o caliente, la hoguera, hierros candentes e inclusive los duelos. Lo cual sin duda, determinaba una gran pertinencia del azar y de tal modo desvirtuaba el convencimiento de la inferencia mental y en consecuencia, de la lógica y la razón. Ya que un juez no analizaba las evidencias, sino que más bien estaba siempre sometido al resultado de los hechos materiales.

También, se recordará la intrusión de la Iglesia Católica en el sistema de justicia y su más nefasto aporte a través de la inquisición, instituida por el Papa Lucio III en 1184 en su bula Ad abolendam contra la herejía cátara; pero más definida en 1.231 por el Papa Gregorio IX, con los Estatutos Excommunicamus; y con un paso más temerario en 1.252 cuando el Papa Inocencio IV, dio autorización a la *tortura como procedimiento regular.* En 1542 el papa Pablo III conformó el muy conocido *Santo Oficio.* Es notorio entonces, que el medio más socorrido para llegar a la verdad fue la tortura en todas sus formas. Dando ejemplo de que un simple ejercicio de definición de la disidencia o la diversidad, con el título de blasfemo o

hereje, justificaba establecer una verdad ya preestablecida por una denuncia anónima, a través de los más absurdos vejámenes a la dignidad humana.

El mencionado recurso a la tortura y una gran variedad de condiciones inhumanas e irrazonables, es lo que llevó a que en 1.764 CESARE BECCARIA escribiese su obra 'De los delitos y de las penas' y en particular que dedicara el canon XII a su crítica. Aquí por ejemplo la describe como una 'crueldad', anotando la plena vigencia de la dignidad del procesado: '...A un hombre no se lo puede llamar culpable antes de la sentencia del juez, ni la sociedad puede negarle su protección pública, sino cuando se haya decidido que ha violado los pactos con que se la otorgó.

Así las cosas, uno de los triunfos de las revoluciones democráticas fue una revisión del poder del gobernante y su relación con el sistema de justicia, y la inclusión de derechos humanos en las constituciones liberales. Así refiere PEDRO PABLO CAMARGO: '...Para la teoría liberal, el Estado de derecho se rige por la Constitución, norma suprema y marco de la seguridad jurídica. Los derechos y libertades fundamentales son el Límite del poder omnímodo del Estado y la carta de los gobernados...". Circunstancia que tiene un elevado impacto en las garantías procesales, de tal modo, por ejemplo, la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1.789, establece una serie de garantías penales concernientes a la legalidad de los delitos y de las penas, derecho a la intimidad y debido proceso.

De tal forma, la noción de la relación íntima entre Constitución y garantías individuales fue un avance que sin duda nutrió también el proceso penal, avance determinado no sólo por el valor de dichas garantías, sino también por la división de poderes, hasta el punto que la citada Declaración de los Derechos del Hombre en su artículo 16 anotó que: 'Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no esté asegurada, ni la separación de los Poderes determinada, no tiene Constitución.'. Pero, como se verá al desarrollar este proyecto fue hasta el siglo XX que la noción de *Estado de derecho* que se perfila en expresiones como las precedentes líneas del constitucionalismo clásico, llega a niveles de justicia material y otro redimensionamiento de las relaciones entre el Estado y el individuo. Esta síntesis denota como una aproximación a garantías particulares como las relativas al derecho probatorio, están nutridas por el contexto de los derechos consagrados

por la Constitución y la aspiración de justicia que la sociedad se plasma en torno a ella.

2.3.4. EXIGENCIAS CONSTITUCIONALES DEL PROCESO PENAL.

Un sistema procesal no puede dejar de ser visto como un subsistema integrante de un todo; lo mismo que cada conjunto de normas que pretenda constituirse como una especialidad dentro del derecho. En este agrupamiento de subsistemas el elemento subordinado está dotado de un fuero de atracción que condiciona el contenido de sus componentes. De tal manera, cada uno de ellos, como en el caso de las normas jurídicas, contará de cierta autonomía, pero sometido siempre al poder del elemento superior subordinante. Ya que las instituciones jurídicas tienen entre sus varias particularidades un hilo conductor común que las subordina y que a la vez las dota de validez, los subsistemas tendrán expectativas de validez y vigencia en cuanto no contraríen y desarrollen el espíritu del Gran Todo.

Es esta la estructura condicionante de la Carta Política, que determina la validez material y formal de las leyes de orden inferior y que presenta la trascendencia del efecto de la evolución en el sistema de fuentes, y muestra el efecto y función de la Constitución en el esquema jurídico de una nación. Dicho de otro modo, la Constitución es condición de validez material y formal del orden jurídico y, por ello, cualquier verificación y examen de un cuerpo normativo -V. gr. el proceso penal debe partir del marco conceptual que la Constitución Política le determina.

2.3.5. DECLARACIÓN JURADA

Se denomina declaración jurada a la manifestación personal, verbal o escrita, donde se asegura la veracidad de esa misma declaración bajo juramento ante autoridades administrativas o judiciales. Como consecuencia se presume como cierto lo señalado por el declarante hasta que se pueda acreditar lo contrario.

La institución de la declaración jurada ha sido establecida por diversos sistemas jurídicas, tanto de *Common law* como del Derecho continental, en gran parte para dar rapidez a ciertos trámites legales, sustituyendo transitoriamente a la presentación de documentos escritos o testimonios de terceros, mediante una presunción *iuris tantum* (que admite prueba en contrario).

La importancia de la declaración jurada se halla en el hecho que permite abreviar procedimientos tanto ante autoridades judiciales como administrativas, y al mismo

106

tiempo genera una responsabilidad legal para el declarante en caso que la declaración jurada resulte ser contraria a la verdad de los hechos que se acrediten posteriormente, equiparando la declaración jurada con un efectivo juramento o promesa de decir la verdad. Este último elemento puede tener consecuencias a nivel penal en los ordenamientos jurídicos que consideran al perjurio (o violación de juramento) como un delito, o en los países que imponen castigos penales o administrativos para quien formula cualquier declaración falsa ante ciertas autoridades.

En la mayoría de sistemas jurídicos que la aceptan, la declaración jurada es un elemento determinado sólo para algunos supuestos específicamente previstos en la norma jurídica, para evitar una utilización excesiva que eventualmente pueda generar situaciones de abuso de derecho. Una declaración jurada se diferencia de la declaración simple en que ésta última genera una responsabilidad menor para el declarante que miente a la autoridad, y porque la declaración simple no suele generar una *presunción de veracidad* sino sólo una formulación de posiciones personales.

¿Cómo hacer una declaración jurada?

Una declaración es un documento de carácter legal, que permite al usuario exponer por escrito una serie de intenciones y también permiten facilitar el proceso administrativo de muchos de los trámites legales que requieren de este tipo de documentación. En el artículo que se muestra a continuación, se exponen los conceptos y la definición de estos documentos, así como pautas para desarrollarlos.

¿Qué es una declaración jurada?

La declaración jurada es una declaración de conceptos que se establece en varios sistemas jurídicos con el objetivo habitual de agilizar algunos trámites legales que sustituyen de manera transitoria a la presentación de documentos o a la audiencia de alegatos de terceros.

¿Para qué sirven estos documentos?

Una declaración jurada permite acortar el tiempo habitual que conlleva los procedimientos administrativos en un juzgado. Este documento otorga una responsabilidad legal a la persona que declara, por lo que de manera obvia, el contenido del documento debe ceñirse al compromiso que se establece bajo juramento. De lo contrario, al igual que una declaración de carácter oral, el hecho de demostrarse la no veracidad del testimonio, puede acarrear consecuencias penales.

¿Cuándo se utiliza una declaración jurada?

Este tipo de documentos, son aceptados en la gran parte de sistemas jurídicos establecidos y conllevan un carácter probatorio sólo en algunos supuestos que están establecidos en la norma jurídica.

La declaración jurada tiene un carácter de menor responsabilidad que una declaración bajo juramento. Es decir, la responsabilidad del declarante en caso de perjurio, es menor, si la declaración jurada se encuentra documentada por escrito.

Este tipo de documentos se asumen por el juzgado como un relato de los hechos expuestos desde el punto de vista del declarante, que si bien, es cierto que está obligado a decir la verdad, no conlleva el mismo peso de presunción de verdad que una declaración oral ante un jurado.

TIPOS DE DECLARACIONES JURADAS

Dependiendo del objetivo, se establecen modelos para declaración juradas de beneficios, de ingresos, de patrimonio e incluso declaraciones juradas de responsabilidad. Lo mejor para hacer una carta de declaración jurada de estos tipos, es contar con la ayuda de un profesional en leyes, que ayuden a redactar el trabajo por escrito, obteniendo así, un impacto legal, que permita validar el documento.

Las declaraciones de responsabilidad o de cualquier tipo, llevan incluido clausulas legales, como el ejemplo que se muestra:

2.3.6. PRUEBAS IRREGULARES:

En la obtención se ha infringido la legalidad ordinaria y/o practicada sin las formalidades legalmente establecidas para la obtención y práctica de la prueba, esto es, aquellas cuyo desarrollo no se ajusta a la previsión o al procedimiento previsto en la ley. Desde una concepción amplia de prueba ilícita, la prueba irregular o defectuosa no es una categoría distinta de la prueba ilícita, sino una modalidad de ésta última. En todos aquellos supuestos en que la ley procesal disciplina la forma de practicar una determinada prueba, la infracción de dicha normativa deberá producir, salvo los supuestos excepcionales, la inadmisibilidad e ineficacia del medio de prueba defectuoso practicados.

2.3.7. FIANZA PERSONAL:

Se llama fianza a aquella garantía que principalmente busca asegurar el cumplimiento efectivo de una obligación, en tanto, el término es empleado, mayormente, con dos sentidos, como garantía real o como garantía personal.

Se trata de una garantía mediante el cual, el fiador se obliga en forma solidaria, lisa y llanamente, como si fuera el propio deudor, a responder por la deuda que garantiza. El fiador responde con todo su patrimonio, o sea, que le pueden embargar inmuebles, o bienes registrables, o el sueldo (hasta el 20%) o cuentas bancarias, si son de conocimiento del acreedor. Antes de poner el gancho, preferible cortarse la mano.... después las deudas se hacen una bola de nieve con los intereses y se convierten en un karma.

En Argentina, suele suceder que en los avisos clasificados de los periódicos, se venden garantías, es decir, si no tienes garante por ejemplo, para arrendar un inmueble, estas personas te firman, y te cobran un mes de alquiler. Es una práctica non- sancta y a veces no sirve ya que, para alquilar, el locador requiere una garantía "propietaria" es decir, que la persona que sale de garante o fiador, debe ser propietario de un inmueble en la ciudad. Aparte, al solicitar informe en el Registro de la Propiedad, con un informe especial, el Nº5, se informa sobre la cantidad de veces que se ha solicitado informe sobre las condiciones de dominio y titularidad de un inmueble determinado, y si dicho inmueble ha tenido más de una consulta, es probable que la garantía sea comprada.

La fianza es cuando una de las partes se hubiere obligado accesoriamente por un tercero y el acreedor de ese tercero aceptase su obligación accesoria. De donde resulta que la fianza es un contrato, pues exige un acuerdo de voluntades entre el fiador y el acreedor, cuyo crédito es garantido. O sea que su finalidad es garantizarle al acreedor su crédito. Ya que por el contrato de fianza una parte se obliga a pagar o cumplir por un tercero, en el caso de que éste no lo haga.

No se requiere en cambio, el consentimiento del deudor afianzado, aunque él es por lo común el principal interesado en la fianza, ya que sin ella la otra parte no se avendrá a contratar. Y no interesa su consentimiento ni su misma oposición, porque la relación obligatoria se establece entre fiador y acreedor. Es verdad que eventualmente, si el fiador paga, el deudor resultará obligado frente a él; pero esta es la consecuencia de todo pago por otro, haya o no fianza, de tal modo que ésta no agrava en modo alguno sus obligaciones.

Promesa de fianza: por el artículo 1986, hemos dicho que la fianza es un contrato que exige consentimiento entre el fiador y el acreedor. Pero el artículo 1987, agrega que también puede constituirse la fianza como acto unilateral antes de que sea aceptada por el acreedor. Esta aparente contradicción ha sido explicada por Acuña Anzorena,

recurriendo a la fuente, que es Freitas. Él agrega que habrá fianza como acto unilateral, antes de su aceptación por el acreedor, cuando fuera legal o judicial. La fianza queda así en claro. La fianza exige siempre consentimiento del acreedor, a menos que ella sea legal o judicial, en cuyo caso este consentimiento es innecesario.

Como principio general hay que aceptar que, para otorgar fianzas, basta la capacidad para contratar. Pero esta regla general está sujeta a las excepciones establecidas en el art 2011, según el cual no pueden ser fiadores:

a) Los menores emancipados aunque tengan licencia judicial y aunque la fianza no exceda de quinientos pesos. La prohibición es rigurosa.

b) Los administradores de bienes de corporaciones en nombre de las personas jurídicas que representaren. Al hablar de corporaciones el Código alude a las personas jurídicas de derecho público y a los establecimientos de utilidad pública, es decir, a las que no persiguen fines de lucro, sino sólo de bien común. En cambio, las personas jurídicas y sociedades lucrativas pueden prestar fianzas.

c) Los tutores, curadores y todo representante necesario en nombre de sus representados, aunque sean autorizados por el juez.

d) Los administradores de sociedades, si no tuvieren poderes especiales. Esto significa que las sociedades pueden ser fiadoras; pero sus administradores no pueden prestar fianzas a su nombre si no tienen poderes especiales.

e) Los mandatarios a nombre de sus constituyentes, si no tuvieren poderes especiales.

f) Los que tengan órdenes sagradas, cualquiera sea su jerarquía, a no ser por sus iglesias, por otros clérigos, o por personas desvalidas.

Uno de los dos cónyuges puede ser fiador de las obligaciones contraídas por el otro, porque el contrato de fianza se concierta entre el cónyuge y el tercer acreedor. Pero no puede afianzar al tercero que contrata con su propio cónyuge, porque sería un contrato gratuito.

Todas la obligaciones pueden ser afianzadas, sean civiles o naturales, accesorias o principales, deriven de un contrasto de la ley o de un hecho ilícito: cualquiera sea el acreedor o deudor y aunque el acreedor sea persona incierta; tampoco importa si el

102

valor de la deuda es determinado o indeterminado, líquido o ilíquido, inmediatamente exigible o a plazo condicional, tampoco importa la forma del acto principal.

Pero se exigen algunas precisiones:

a) Obligaciones futuras: la fianza puede ser otorgada en garantía de una obligación futura, y en tal caso el fiador se compromete a una cierta cantidad de dinero, o ilimitada, por el total de la obligación.

b) Al hablar de obligaciones futuras, la ley no sólo se refiere a las que eventualmente puedan surgir del contrato actual, sino también a las que el afianzado pueda contraer en el futuro. Si bien el crédito futuro puede ser incierto, y de cantidad indeterminada, la fianza debe tener siempre un objeto determinado (art.1989) es decir, debe constar claramente cuál es la obligación que se garantiza.

c) Por otra parte, el fiador de obligaciones futuras puede retractar la fianza, mientras no haya nacido de la obligación principal.

d) Obligaciones nacidas de un hecho ilícito: según en art.1993, pueden afianzarse inclusive las obligaciones cuya causa sea un hecho ilícito. Así como consecuencia de un delito o cuasidelito, el culpable es condenado a pagar una suma de dinero a la víctima, esta obligación puede ser afianzada. Distinta es la hipótesis de que se pretenda afianzar hechos ilícitos futuros. Así el contrato de fianza sería nulo.

CLASES DE FIANZAS

Régimen legal: la fianza es, por lo común, el resultado de la libre contratación de las partes, pero a veces ella es impuesta por la ley. La primera se llama fianza convencional; la segunda legal o judicial y la aceptación del fiador no corresponde al acreedor sino al juez.

Desde otro punto de vista la fianza puede ser civil o comercial.

A. Fianza Convencional

Fianza simple y solidaria: el fiador goza de los beneficios de excusión, y si existiese varios fiadores, de división de la deuda entre ellos (art.2004); el acreedor puede dirigirse directamente contra el fiador sin necesidad de ejecutar los bienes del deudor principal y puede demandar por el total a cualquiera de los fiadores. Pero la solidaridad

no quita a la fianza el carácter de obligación accesoria y no hace al fiador deudor directo de la obligación principal.

Fianza solidaria. Solamente en los siguientes casos:

a) cuando así se hubiese estipulado en el contrato

b) cuando el fiador renunciare al beneficio de excusión

c) cuando el acreedor fuese la hacienda nacional o provincial

EFECTOS DE LA FIANZA

Entre Fiador Y Acreedor, Obligaciones y derechos del fiador.- El fiador desempeña el papel de garante del deudor principal; por consiguiente, cuenta con los siguientes recursos: podrá exigir que previamente el acreedor dirija su acción contra el obligado principal y tiene derecho a intervenir en ese juicio; si los fiadores son varios, sólo está obligado a pagar su parte, como si se tratara de una obligación simplemente mancomunada; puede oponer todas las excepciones que podría oponer el deudor principal. Nos ocuparemos de estos recursos en los números siguientes. En principio, el fiador está obligado en la misma forma que el deudor principales decir, en especie; pero podrá limitarse al pago de los daños y perjuicios cuando la obligación principal consista en la entrega de un cuerpo cierto o un hecho personal del deudor.

Beneficio de excusión. Concepto y efectos.- Se llama beneficio de excusión al derecho que tiene el fiador de oponerse a hacer efectiva la fianza en tanto el acreedor no haya ejecutado todos los bienes del deudor. Este derecho encuentra su justificación en la razón de ser de la fianza, que consiste en proporcionar al acreedor más firmes perspectivas de satisfacción de su crédito contra el deudor principal, pero sin desplazar definitivamente a este último de su obligación.

La excusión de todos los bienes del deudor no tiene el carácter de una condición previa ineludible para el acreedor. Él puede iniciar su acción directamente contra el fiador sin necesidad de demostrar que previamente se dirigió contra el deudor principal; pero se expone a que el fiador paralice su acción invocando este beneficio que funciona como excepción dilatoria, y que debe oponerse en la oportunidad que las leyes procesales señalen para éstas o cuanto más, al contestar la demanda.

100

A diferencia de lo que exigen casi todas las legislaciones extranjeras, el fiador puede oponer el beneficio de excusión sin necesidad de indicar los bienes del deudor que pueden ser embargados.

El acreedor debe demostrar no sólo que ha demandado al deudor principal, sino también que ha seguido todos los debidos procedimientos judiciales para ejecutar y vender sus bienes, y que tales procedimientos han resultado infructuosos sea total o parcialmente. Pero si no existen en los registros públicos bienes a nombre del deudor principal, al acreedor le bastará con acreditar dicha circunstancia y con probar que ha interpelado infructuosamente al deudor.

Opuesto al beneficio de excusión, el acreedor deberá proceder contra los bienes del deudor principal. Si la venta de los bienes del deudor principal no alcanzare a cubrir todo el crédito, el acreedor no podrá negarse a aceptar dicha suma o pretexto de que se trata de un pago parcial y sólo podrá reclamar del fiador el saldo que todavía quedare por cubrir.

Supuesto del acreedor negligente.- Si el acreedor es remiso o negligente en la excusión y el deudor cae entretanto en la insolvencia, cesa la responsabilidad del fiador. La solución es equitativa, porque si el acreedor hubiera puesto en el negocio la debida diligencia, habría podido cobrar su crédito del deudor. No sería justo que su pasividad perjudicara al fiador.

Pero la ley confiere al fiador otro recurso más para defenderlo de la inacción del acreedor. Desde que la deuda principal se ha hecho exigible, puede intimar el acreedor para que proceda contra el deudor y cesará su responsabilidad por la insolvencia sobrevenida durante el retardo. Aquí ni siquiera será necesario demostrar la negligencia del acreedor; basta con que no haya iniciado la ejecución inmediatamente después del requerimiento del fiador y que durante esa demora sobrevenga la insolvencia del deudor principal.

Supuesto de deudores principales solidarios. Cuando varios deudores principales se han obligado solidariamente y uno solo de ellos ha dado fianzas, el fiador no solo tendrá derecho a que se excusen previamente los bienes del afianzado, sino también todos los de los otros codeudores. Es otra consecuencia del carácter subsidia-rio de la fianza. Solo cuando los deudores principales, no han pagado, puede el acreedor dirigir su acción contra el segundo.

Fiador del fiador.- Si el fiador hubiera dado a su vez otro fiador en garantía de sus obligaciones de afianzamiento, éste último goza del beneficio de excusión respecto del deudor principal y del primer fiador. Es decir, el acreedor deberá ejecutar en primer término al deudor principal, luego al primer fiador y recién entonces está en condiciones de dirigir su acción contra el segundo.

Casos en que el fiador carece del beneficio de excusión:

a) cuando renunció expresamente a este beneficio

b) Cuando la fianza fuese solidaria

c) Cuando se obligó como principal pagador

d) Cuando como heredero sucedió al principal deudor

e) Si el deudor hubiese quebrado

f) Cuando el deudor se halle ausente de su domicilio al cumplirse la obligación

g) Cuándo el deudor no pueda ser demandado judicialmente dentro de la república, porque la ejecución de sus bienes presta en este caso graves dificultades y dilataciones.

h) Cuando la obligación afianzada fuese puramente natural

i) Cuando la fianza fuese judicial

j) Cuando el acreedor fuere de hacienda nacional o provincial

k) Cuando los bienes del deudor se hallen fuera de la Provincia o capital donde el juez ejerza jurisdicción.

l) Si los bienes del deudor hubieran sido embargados por otro acreedor

m) Si el cobro del crédito dependiera de alguna manera de otro juicio.

n) Cuando la fianza fuere mercantil.

Beneficio de división. Concepto y efectos: si hubiera dos o más fiadores de una misma deuda, ésta tendrá que ser dividida entre ellos por partes iguales, aplicándose el régimen de las obligaciones simplemente mancomunadas. El beneficio de división no

98

funciona de pleno derecho, le fiador interesado debe oponerlo cuando se le reclame más de lo que le corresponde.

Excepciones que puede oponer el fiador: Principio: el fiador puede oponer todas las excepciones propias o personales, y todas las que podría oponer el deudor principal, con la sola salvedad de la que se funden en la incapacidad de hecho de éste. La renuncia que el deudor principal hiciere, de las excepciones de que puede valerse, tales como la prescripción de la deuda, la nulidad o rescisión de la obligación o toda otra causa de liberación, no impide al fiador oponerla. El deudor no puede agravar por un hecho suyo las obligaciones del fiador. Si, se beneficia con las ventajas que hayan obtenido el deudor, tales como un nuevo plazo, una remisión parcial de la deuda.

2.3.8. LA PRUEBA ILÍCITA:

La prueba será ilícita cuando es adquirida con violación de los derechos fundamentales. Es por esto que TERESA ARMENTA escribe: "...La prueba ilícita existe cuando la lesión de un derecho fundamental ha provocado la obtención de la fuente o medio de prueba. Dicha lesión se circunscribe, para valorarse como ilícita, a los derechos fundamentales.

Si existe consenso en algún tema sobre la obtención de prueba mediando la violación de derechos fundamentales, es en no ponerse de acuerdo a la hora de denominarlo; algunos la llaman prueba prohibida, otros prueba ilícita, prueba irregular, prueba ilegítima, prueba ilegítimamente obtenida, prueba irregularmente obtenida, etc. El objeto del trabajo no es explicar cada una de ellas sino partir de un concepto razonable que de sustento al trabajo.

Por ello debemos separar en dos los conceptos que sobre este tema se tienen, así por un lado hablaremos de prueba prohibida en sentido amplio y prueba prohibida en sentido restringid:

Sin embargo existen autores que con pequeñas divergencias, aceptan esta postura doctrinal, pues en esencia también entienden la prueba prohibida como una vulneración amplia, entre ellos tenemos a: **Silva Melero** señala que Prueba Prohibida es *aquella que atenta contra la dignidad de las personas, es decir contra la dignidad humana*; **Montón Redondo,** indica que prueba prohibida es *aquella que se encuentra afectada por una conducta dolosa en cuanto a la forma de obtención,*

97

es decir, aquella que ha sido obtenida de forma fraudulenta a través de una conducta ilícita; **Devis Echandía,** para quien prueba ilícita (prohibida) *es aquella que está expresa o tácitamente prohibida por la ley o atenta contra la moral y las buenas costumbres del respectivo medio social o contra la libertad de la persona humana o violan sus derechos fundamentales que la Constitución y la ley ampara;* **DÍAZ CABIALE y MARTIN MORALES** refieren que tiene que darse un nexo de causalidad entre ambos. La obtención de la fuente de prueba tiene que ser el resultado de lesionar el derecho fundamental, como el menoscabo del derecho a la integridad física para obtener la confesión de una persona. La característica que define la prueba ilícitamente obtenida es que la lesión del derecho fundamental se provoca para poder obtener una fuente de prueba que de otra manera seria muy dudoso que se lograra.

El término a utilizar también es importante, por ello debemos recordar que se discute la prohibición que un Estado pretenda imponer una pena mediante un proceso espurio, inicuo o sin previo procedimiento penal. Por esta razón MIXÁN MÁSS asume el concepto de "prohibido" que emplea un sector de la doctrina. PELLEGRINI GRINOVER refiere que la prueba es prohibida siempre que sea contraria a una específica norma legal o a un principio de derecho positivo.

Entre los llamados derechos procesales constitucionales tenemos el de ser informado de la acusación formulada, a la defensa de letrado, a no declarar contra uno mismo, a no confesarse culpable, a no declarar por razones de parentesco o secreto profesional.

Entonces siguiendo este concepto restringido cabría hablar, por descarte, de la violación que no infringe la Constitución sino una ley ordinaria, una garantía establecida en el Código Procesal Penal a la cual se llamaría prueba ilícita o irregular.

EFECTOS DE LA PRUEBA PROHIBIDA.

La diferencia existente entre prueba prohibida e ilícita (o irregular) no sólo es conceptual sino también en cuanto a sus efectos ya que la valoración de cada una dependerá si en el caso concreto se ha violado algún derecho fundamental o si se ha violado alguna otra norma. Primero trataremos los efectos de la prueba prohibida y luego de la prueba ilícita o irregular.

96

Como admite la mayoría de la doctrina, lo que se produce es la inutilizabilidad de aquella prueba, es decir no se admitirá en el proceso y en caso de ser admitida no podrá valorarse posteriormente en la sentencia.

Es decir, en el primer caso lo que se busca es la no incorporación de la fuente de prueba que se consiguió violando derechos fundamentales, por ello la mejor forma de conseguir que esas "pruebas" no surtan efecto es impidiendo que entren a la causa y si ya han sido incorporadas a la misma, forzando a que salgan de ella, es decir procediendo a su exclusión material.

MIXÁN MÁSS refiere como fuente de exclusión a la inadmisión de la fuente de convicción o de la fuente de prueba, si se advierte de inmediato (*ab initio*) que su obtención o su incorporación al proceso se pretende a través de un medio de carácter prohibido.

En cambio la vulneración de derechos no fundamentales tiene por efecto la nulidad, pero además si son circunstancias accidentales del acto (acto irregular) o de defectos que permiten su subsanación (acto anulable) no son procesalmente ineficaces.

No se produce aquella inutilizabilidad sino una nulidad de acto procesal pues como dice **FERNADEZ ENTRALGO** - refiriéndose la legislación española - : "las prueba irregulares o defectuosas deben reconducirse al ámbito de aplicación del artículo 283. 3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que prevé la nulidad de lo actuado cuando se haya prescindido total o absolutamente de las normas esenciales del procedimiento establecido por ley o cuando se hayan infringido los principios de audiencia, asistencia y defensa, siempre que efectivamente se haya producido indefensión y que en tales casos, la ineficacia de los actos de prueba derivaría.

La violación de estas normas se da en los casos de defecto en la notificación de la resolución, la no asistencia del secretario judicial, las extralimitaciones de la policía, los defectos de incorporación de las actas de cintas o trascripción a la causa, falta de contradicción procesal en la incorporación de esas pruebas como material probatorio, etc.

El Nuevo Código Procesal Penal del 2004 en su Título Preliminar artículo VIII inciso 2º acoge la exclusión de la prueba prohibida al excluir los efectos de esta cuando viola el contenido esencial de los derechos fundamentales, además de su redacción

se puede inferir que acepta la teoría del árbol prohibido de origen estadounidense cuando dice: "Carecen de efecto legal las pruebas obtenidas directa o indirectamente con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona".

Y al igual que otros países, cuyo sistema es de orientación euro continental, éste cuerpo positivo le da una fundamentación a la prueba prohibida- basada en el lugar preferente que ocupan los derechos fundamentales en nuestro sistema jurídico.

Pero no se crea que esta teoría tenga su origen en nuestro sistema, pues anterior al reconocimiento de ella, en EE. UU. Se había desarrollado en base a su jurisprudencia.

ORIGEN DE LA TEORÍA DE LA PRUEBA PROHIBIDA EN EE.UU.

La regla de exclusión tiene como antecedentes -según FIDALGO GALLARDO- las sentencias inglesas Wilkes VS Wood y Entick VS Carrington. De 1763 y 1765 respectivamente.

Se debe tomar en cuenta que en Inglaterra desde los siglos XV al XVIII se realizaban registros domiciliarios por razones de Estado, por lo cual el agente estatal designando tenía el amplísimo poder de registrar cualquier lugar, confiscar toda clase de publicaciones y objetos considerados ofensivos para el Estado; y arrestar a cualquier persona (autor, impresor o editor) considerada sospechosa del delito investigado.

El caso Entick VS Carrington es una investigación penal por el mismo delito, donde el afectado (Entick) interpuso una demanda civil por intrusión ilegítima en su intimidad, pero en este caso, los agentes habían actuado conforme al precedente Wilkes VS Wood.

Por ello la argumentación de Entick se centró en que la autorización confería el poder de confiscar documentos privados que podrían contener información personal incriminatoria. Eso haría que las consideraciones en las que se basó Wilkes tuvieran que adaptarse al nuevo caso, pues esa peculiaridad de la autorización provocaría, siempre según la argumentación del demandante, que fuese de aplicación la regla de derecho común que prohibía la autoincriminación forzada.

El tribunal estima la demanda resultando un claro antecedente del privilegio contra la autoincriminación forzada contenida en la quinta enmienda.

En Estados Unidos también existe un antecedente por un acción civil, más no penal, en una dudosa interpretación de la quinta enmienda, en el curso de un registro aduanero donde se descubrió la introducción fraudulenta de mercancías en el país sin pagar los correspondientes impuestos lo cual era penado con multa, encarcelamiento e incautación a través de un procedimiento civil especial de confiscación.

LA TEORÍA DEL FRUTO DEL ÁRBOL PROHIBIDO.

Entre la violación al derecho fundamental que produce la prueba prohibida y ésta, existe una relación de causalidad donde la violación al derecho fundamental es la causa y la prueba prohibida es el efecto.

A su vez existen otros elementos probatorios que se han obtenido gracias a que se obtuvo la prueba prohibida, por ejemplo a raíz de la confesión, del sindicado como autor de un hurto, realizada bajo torturas se obtiene la dirección donde se encuentra lo hurtado y así se realiza un allanamiento encontrándose efectivamente en el lugar las posesiones de los agraviados. En este caso la inicial relación de causalidad se extiende a esta nueva prueba, es decir a la prueba derivada de la prueba prohibida teniendo como efecto la inutilizabilidad de la misma.

En este sentido apunta **FIDALGO GALLARDO** "la doctrina del fruto del árbol envenenado (prohibido) descansa sobre un argumento relacional: para considerar una determinada prueba como fruto del árbol envenenado (prohibido) hay que establecer la conexión entre ambos extremos de la cadena lógica: esclarecer cuando la ilegalidad primera es condición *sine qua non* y motor de la obtención posterior de las pruebas derivativas, que no hubiesen obtenido de no mediar la ilegalidad originaria".

La Corte Suprema estadounidense acepta que los frutos del árbol envenenado (prohibido) no son únicamente prueba de tipo material objetos tangibles, sino también las de tipo lógico e intelectual declaraciones, información, etc. que permiten seguir líneas de investigación que conduzcan a nuevas pruebas.

En este caso el tribunal se pronuncia en el siguiente sentido: "La esencia de una provisión que prohíbe la obtención de material probatorio de una cierta manera no es sencillamente que el material probatorio adquirido de esa manera no sea utilizado ante la corte sino que no sea utilizado en absoluto".

Por esta sentencia los materiales probatorios obtenidos lícitamente, pero como consecuencia del aprovechamiento de la información contenida en materiales probatorios obtenidas previamente en violación de derechos constitucionales del acusado, están igualmente viciados y deben ser inadmitidos.

Como expusimos esta teoría se desarrolla en Estados Unidos, pero también es aplicable a nuestro sistema y con mucha más razón pues como declaran DÍAZ CABIALE y MARTÍN MORALES: "no es posible la existencia de garantía constitucional si se le niega su extensión a la prueba refleja, porque la prohibición del efecto reflejo de la prueba obtenida lesionando derechos fundamentales no es sino una consecuencia más de la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y de su afirmada condición de inviolables, con lo que se pretende otorgar el máximo de protección a los derechos fundamentales.

Sin embargo esta posición radical no pudo ser sostenida –la protección a ultranza de los derechos fundamentales- en la jurisprudencia norteamericana ni tampoco en nuestro sistema muestra de ello son las excepciones que se crearon a la regla.

La mayoría se basa en la jurisprudencia norteamericana y en la falta de nexo causal por el fracaso del efecto disuasorio de la regla de exclusión entre ellas tenemos las excepciones de fuente independiente, ponderación de interés, destrucción de la mentira del imputado, teoría del riesgo, hallazgo inevitable, nexo causal atenuado, excepción de buena fe, prueba ilícita para terceros, conexión de antijuricidad- hemos recogido la mayor cantidad de excepciones que se admiten, es básico en nuestro estudio la referencia al acuerdo plenario sobre prueba prohibida del Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal realizado en Trujillo el día 11 de diciembre del 2004.

Lo que haremos a continuación es separar en dos clases de excepciones: i) aquellas que no presentan una relación de causalidad entre la inicial violación del derecho fundamental y la prueba derivada, pues partimos de que lo importante para nuestro sistema -euro continental- es, a diferencia de la norteamericana basada en el efecto

92

disuasorio, el nexo causal; y ii) los casos en que si se presenta este nexo causal pero que por otros motivos son excluidos, estos últimos a nuestra opinión si son verdaderas excepciones a la teoría del fruto del árbol prohibido.

Casos en que no existe una conexión causal:

a. Fuente independiente.

b. Prueba ilícita para terceros.

c. Error inocuo.

d. Conexión de antijuricidad.

CONEXIÓN DE ANTIJURICIDAD.

A diferencia de las anteriores, esta nace en el sistema euro continental, más específicamente en España con en la sentencia del Tribunal Constitucional Español 81/1998. Se dice que en este caso no basta con la relación natural entre la prueba inconstitucional y la prueba derivada, sino que es necesario que entra ellas exista una "conexión de antijuricidad.

Lo que en realidad se busca es un sustituto a la teoría del árbol prohibido, la conexión de antijuricidad sería como una "puerta" que en el caso concreto decide admitir o no la prueba producida con lesión de derechos fundamentales.

En esta teoría, importante es el juicio de antijuricidad, es decir cuando existirá o no la conexión de antijuricidad entre la prueba originaria y la derivada. La jurisprudencia española señala que se debe tener en cuenta dos factores:

a) Índole y características de la vulneración del derecho en la prueba originaria y su resultado transmite su inconstitucionalidad a la prueba derivada.

b) Necesidades esenciales de tutela que la realidad y efectividad del derecho... exige.

LIMITES AL EFECTO EXTENSIVO DE LA PRUEBA PROHIBIDA

La doctrina considera que estas son verdaderas excepciones porque entre la violación de derecho fundamental y la prueba de ella derivada sí existe nexo de causalidad.

91

PRUEBA PROHIBIDA EN EL MINISTERIO PÚBLICO.

Es indiscutible que, sobre el MINISTERIO PÚBLICO recae la carga de la prueba; obligación que tiene el acusador de probar las afirmaciones, siendo que el denunciado no tiene nada que probar (lógicamente sería un absurdo que quien es denunciado tenga que probar no haber cometido un delito, toda vez que le ampara el principio de inocencia); de ello que la carga de la prueba se define como una facultad o encargo, para demostrar en el proceso la efectiva realización de un hecho que se alega, el mismo que se presenta como relevante para el juzgamiento de la pretensión deducida por el titular de la acción penal, sustento del principio acusatorio.

La labor investigativa del Ministerio Público va estar relacionada fundamentalmente con la obtención de fuentes de prueba, las cuales deberán ser útiles, pertinentes y no prohibidas; de ello que debe tenerse en cuenta lo señalado en las reiteradas Sentencias del Tribunal Constitucional en las que ha señalado el hecho que; siendo la prueba capaz de producir un conocimiento cierto o probable en la conciencia del Juez, éste deberá reunir las siguientes características: (1) Veracidad Objetiva, siendo que debe dar un reflejo exacto de lo acontecido en la realidad por lo que se puede adquirir certeza de idoneidad del elemento probatorio al no haber sido susceptible de manipulación; (2) Constitucionalidad de la Actividad Probatoria, que implica la proscripción de actos que violen el contenido esencial de los derechos fundamentales o que trasgredan el orden jurídico; Utilidad de la Prueba, vinculación directa con el hecho presuntamente delictivo siempre que produzca certeza judicial para la resolución del caso concreto; (3) Pertinencia de la Prueba, siempre que guarde relación directa con el objeto de procedimiento a efectos de ser adecuado para el mismo. Características que deberán ser concurrentes a los medios o fuentes de prueba a efectos de ser considerada prueba válida para su actuación en el proceso penal.

LA PRUEBA es un proceso de verificación de una afirmación determinada; considerando que las pruebas actuadas a lo largo del proceso son importantes, radicando en el hecho que la conjunción de los medios de prueba que causen convicción al justiciable constituirán los fundamentos de la sentencia, luego de haberse realizado la pertinencia, oportunidad e importancia y que permitan dilucidar los hechos.

Debemos considerar que, La prueba en el proceso penal parte de un principio constitucional, el derecho a probar es uno de los componentes elementales del

90

derecho a la tutela procesal efectiva (como lo ha señalado el Tribunal Constitucional en la sentencia del expediente N° 10-2002-AI/TC), constituyendo un elemento implícito del tal derecho; y su salvaguarda está relacionada con la necesidad de que, en cualquier proceso que se lleve a cabo, los actos que lo conforman se llevan a cabo en los cauces de la formalidad y de la consistencia, propias de una adecuado sistema de justicia.

Debiendo en tal sentido tener en consideración que una de las garantías que asiste a las partes del proceso es la de presentar los medios de prueba idóneos que posibiliten crear la convicción en el juzgador de que sus argumentos son correctos; sin embargo, éste mismo se encuentra restringido, y se le relaciona casi exclusivamente con la presunción de inocencia, toda vez que se encuentra orientado por los fines propios de la observancia o tutela del derecho del debido proceso, siendo que los medios probatorios tienen como finalidad verificar los enunciados facticos de la imputación, debiendo partir en el derecho que engloba a la prueba y la tutela procesal efectiva. De ello que la vulneración del contenido constitucionalmente protegido no puede ser identificada con cualquier irregularidad procesal, si es que ella implica una infracción de garantías cardinales y primordiales con las que debe contar todo justiciable, dentro de un Estado Democrático de Derecho.

LA CADENA DE CUSTODIA tiene por finalidad la adecuada preservación de los medios de prueba, consistiendo en el seguimiento que se realiza a efectos de garantizar a la Administración de Justicia que las pruebas presentadas al proceso, son las mismas recolectadas, acreditando su identidad y estado original, condiciones y los cambios hechos en ellos por cada custodio; por lo que los funcionarios son responsables del control y registro adecuado de su actuación directa en el proceso; como ha quedado establecido en la doctrina nacional recogida, en los reglamentos y directivas internas del ministerio público, referidos a la investigación forense como es el reglamento de cadena de custodia de elementos materiales, evidencias y administración de bienes incautados, (aprobado por resolución N° 729-2006-mp-fn del 15 de junio 2006), en el que se ha especificado el hecho que el ministerio público es la entidad encargada de vigilar la adecuada protección de los medios de prueba que deban practicarse durante la investigación, como se colige de la Constitución Política del Estado al ser el Titular de la Carga de la Prueba. Por tanto, la investigación deberá ser realizada con diversas diligencias de carácter procedimental para no que afectan el regular desarrollo del proceso; lo que garantiza una adecuada investigación, afectando

89

de acuerdo al debido proceso a que tiene derecho toda persona sometida a investigación.

LA PRUEBA PROHIBIDA, la constituyen aquellos medios de prueba indebidamente comisados u obtenidos de forma ilícita; ergo, aquellos medios de prueba que constituyen una evidente VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES, como es el caso de las INTERVENCIONES TELEFÓNICAS; debiendo entender a la intervención como: "las medidas instrumentales que suponen una restricción del derecho fundamental del derecho a las comunicaciones"; toda vez que dicho derecho sólo puede ser ordenado por Juez competente luego de haber realizado el correspondiente juicio valorativo o de idoneidad, en el que se determina si no existe otro medio más moderado a efectos de conseguir un medio de prueba de la misma eficacia; observando que existan indicios razonables de criminalidad contra determinadas o determinadas personas.

En tal sentido, es procedente analizar el alcance que puede tener una medida de intervención telefónica ilícita que obra como prueba de cargo directa; siendo que la ilicitud que fue objeto de su obtención, la afectará como única y exclusiva fuente de generación, por lo que se estaría ante la denominada conexión de antijuricidad y por tanto dicha prueba derivada, quedará afectada por la Ilicitud, así como todas aquellas pruebas que han sido derivadas de ésta, al encontrarse vinculadas directamente con la principal de la cual han sido generadas, es decir la no validez de la "prueba refleja".

Es menester considerar que el derecho a la prueba lleva aparejada la posibilidad de postular, dentro de los límites y alcances de la constitución y las leyes; como lo ha señalado el Tribunal Constitucional (STC. 200-2002/AA/TC), está determinado:

Como es de verse, uno de los elementos que forman parte del contenido del derecho a la prueba está constituido por el hecho que las pruebas actuadas dentro del proceso penal sean valoradas de manera adecuada; de lo cual se deriva una doble exigencia de OMITIR la valoración de aquellas pruebas que son aportadas al proceso sin el respeto a los derechos fundamentales y a lo establecido en las leyes pertinentes; respetando los derechos fundamentales que comporta por ende al debido proceso; por lo que corresponde estimar a dichos medios de prueba como INEFICACES, por lo que no sirven para fundamentar las decisiones judiciales; toda vez que tolerar dichos medios de prueba ocasionaría ir en contra de la finalidad del proceso y de su lógica;

siendo que la finalidad del proceso penal está fundamentada en el DERECHO y este en la RAZÓN.

EXCEPCIÓN DE BUENA FE.

Lo tenemos en el caso León VS EEUU de1984 donde un agente policial realiza un registro con una autorización judicial que el tribunal considera ilícita por falta de motivación. Por lo que el Tribunal Supremo se pronuncia argumentando que se realizó una acción objetivamente inconstitucional de obtención de evidencias, pero el policía lo hizo en la creencia que actuaba dentro de la ley, obrando de buena fe.

DESTRUCCIÓN DE LA MENTIRA DEL IMPUTADO.

Lo vemos en la caso Walder VS. EE.UU, donde el tribunal se pronuncia en el sentido que "la acusación puede aportar al juicio materiales probatorios inconstitucionalmente obtenidos a los solos efectos de poner en duda la veracidad de las afirmaciones del acusado cuando de la disconformidad de la confesión con sus declaraciones anteriores al juicio oral sea patente su intención de cometer perjurio para eludir la acción de la justicia.

Es una excepción ya que esta prueba no puede ser utilizada para fundamentar una sentencia condenatoria, pero si existe el nexo de causalidad entre la prueba original y la derivada. Esta excepción no es aplicable a nuestro sistema porque el imputado no está obligado a declarar la verdad.

Se debe tomar en cuenta que de aceptarse esta teoría se proscribiría la prohibición de admitir elementos probatorios en el proceso, como lo hace el modelo italiano, pues sólo se acogería la inadmisión de la prueba prohibida en el momento de la valoración.

TEORIA DE RIESGO.

Para el pleno jurisdiccional de Trujillo del 2004, esta teoría se justifica en el riesgo a la delación que voluntariamente asume una persona que ante otra hace revelaciones sobre un delito o realiza actividades relacionadas con éste.

Entonces se admite la cámara oculta cuando uno de los interlocutores lo acepta, pues su posterior testimonio es válido.

REAÑO PESCHIERA nos pone un ejemplo sobre las escuchas telefónicas donde refiere que desde la perspectiva de la intangibilidad de los derechos vinculados a la intimidad personal, las grabaciones o escuchas secretas deberán considerarse pruebas lícitas y validas siempre que: Al menos uno de los interlocutores que intervienen en la conversación tenga conocimiento de la grabación. El contenido utilizable de la conversación no pertenezca al ámbito privado o íntimo de los interlocutores grabados (es decir que no sea delito lo grabado subrepticiamente). Lo cual es un claro ejemplo de aplicación de esta teoría. En esta se admite la prueba en la creencia que existe un consentimiento por parte de un interlocutor.

HALLAZGO INEVITABLE.

Se da en el caso Nix VS Williams donde se da validez a una declaración del detenido obtenida ilícitamente, en la que revela donde se encontraban los restos de la víctima asesinada, al entenderse que tales restos se hubieran, inevitablemente, descubierto por los numerosos voluntarios que estaban rastreando la zona en donde se encontraron.

Es una excepción en la medida que realmente existe una conexión causal entre la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales y la derivada, que no se excluye, por la hipótesis (muy discutida) de que se hubiera descubierto también aquellos restos óseos, respetando los derechos fundamentales.

En este caso es incierto lo que posiblemente hubiere hallado de lo que no, pues lo que realmente existió es una violación del derecho fundamental.

NEXO CAUSAL ATENUADO.

Se da en el caso: Wong Su VS EE. UU. Donde se produce una detención ilegal que conlleva a la detención de A, quien acusa a B de haberle vendido droga. Se encuentra droga a B, quien a su vez implica a C; quien es detenido fruto de la ilegalidad inicial. Varios días después de haber salido en libertad bajo fianza C lleva a cabo una confesión voluntaria.

Se argumenta que la confesión, en este caso, es un acto independiente sanador que rompe la cadena con la lesión inicial, pero se debe tener en cuenta que si no se hubiera dado la inicial afectación al derecho fundamental, no se hubiera dado la última prueba, por lo cual aún existe nexo causal.

86

2.3.9. LA CONSTITUCIÓN:

La Constitución es el conjunto de reglas y principios fundamentales del Estado, emanados del Poder Constituyente, que definen los derechos y deberes de gobernantes y gobernados, y establecen la organización y la estructura del gobierno, señalando las facultades de cada institución.

La Constitución actúa como límite para el gobierno ya que fija los límites y define las relaciones entre los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial; también indica las atribuciones, duración y responsabilidad de los magistrados que lo integran. La Constitución establece las bases del gobierno. La Constitución también garantiza al pueblo determinados derechos, los enumera y los hace inviolables. No los crea, sino que los reconoce como propios de los hombres y anteriores al nacimiento de la Constitución, garantiza aquellos derechos que nos son naturales y por el hecho de estar enumerados en la Constitución no pueden ser alterados por las leyes. La Constitución es para todos los piases del mundo, la Ley fundamental de la Nación, o la Nación hecha ley.

2.3.10. DERECHO PENAL:

El derecho penal es una de las ramas del derecho, esto es, del sistema normativo de las relaciones sociales de carácter jurídico, o, lo que es lo mismo, de las relaciones externas de los individuos entre sí o con el Estado.

El derecho penal regula la potestad estatal de castigar, determinando lo que es punible y sus consecuencias. Estas no se agotan hoy en las penas, como sucedía en las leyes antiguas y en las legislaciones clásicas, cuyo único objetivo era el castigo del delincuente. Uno de los aportes fundamentales de la escuela positiva de derecho criminal, fue su valor como incentivo para ampliar los medios jurídicos utilizables por el Estado para luchar contra la delincuencia, agregando a las penas, las medidas de seguridad, también como un medio regulable por el legislador penal y cuya aplicación presupone la comisión de un delito y un debido proceso judicial.

DERECHO PROCESAL PENAL:

El derecho penal no le toca al delincuente ni un pelo (BELING). El derecho procesal penal es el primer y necesario complemento para aplicarlo. Él regula el juicio penal, esto es los procedimientos para declarar que una persona es responsable de un delito y castigarla como tal y, si es el caso, someterla a medidas de seguridad. El derecho

procesal penal hace parte del derecho público. Sus garantías residen en su judicialidad y en el debido proceso: acusación, prueba, defensa y sentencia fundadas en ley (C.N., 18) 6bis. En tanto que el derecho penal corresponde al derecho sustantivo o de fondo, el derecho procesal penal es un derecho adjetivo o de forma. Es, por consiguiente, un derecho accesorio que no tiene otro objeto que la realización del derecho penal.

DERECHO CONSTITUCIONAL:

El derecho constitucional es una rama del derecho público cuyo campo de estudio incluye el análisis de las leyes fundamentales que definen un Estado. De esta manera, es materia de estudio todo lo relativo a la forma de Estado, forma de gobierno, derechos fundamentales y la regulación de los poderes públicos, incluyendo las relaciones entre los poderes públicos y ciudadanos.

2.3.11. LA PRUEBA:

La prueba, en Derecho, es la actividad necesaria que implica demostrar la verdad de un hecho, su existencia o contenido según los medios establecidos por la ley. La prueba recae sobre quien alega algo, ya que el principio establece que quien alega debe probar. El que afirma algo debe acreditar lo que afirma mediante un hecho positivo, si se trata de un hecho negativo el que afirma deberá acreditarlo mediante un hecho positivo.

PRUEBAS EN MATERIA PENAL UNIVERSAL.

Cuando pretendemos abordar la problemática relativa a los medios de prueba en materia penal, surgen cuestiones que requieren ser resueltas para poder entender con mayor precisión este tema, en virtud de la existencia de una serie de términos en torno a la denominación apropiada de los medios de prueba, existen quienes las llaman medios de convicción, mientras para otros son la justificación. En consecuencia para poder iniciar el análisis del tema consideramos conveniente resolver lo siguiente: ¿Qué es la prueba? ¿Qué es un medio de prueba? ¿Cuál es la diferencia entre medio de prueba y prueba?

Por lo que se refiere a la primera pregunta, existen infinidad de opiniones sobre la noción de prueba, para algunos autores, como es el caso de Ovalle Favela, ha sido considerada como "la obtención del cercioramiento del juzgador sobre los hechos cuyo esclarecimiento es necesario para la resolución del conflicto sometido a proceso",

definición poco clara pues el hecho de atribuirle a la prueba la característica de "aclaratoria de hechos" le resta en ese sentido importancia a aspectos como los documentos y a todo aquello que se encuentre alejado de éstos.

El manejo que hace el autor del término "hechos" es amplísimo al comprender no sólo a los acontecimientos humanos y sucesos naturales, sino también a los actos jurídicos; por otra parte, el autor menciona a los medios de prueba y los entiende como "(con que se prueba) los instrumentos y conductas humanas con las cuales se pretende lograr la verificación de las afirmaciones de hecho" idea discutible en torno a los medios de prueba, pues con dicha definición desvincula a éstos de la prueba, al no hacer alusión al cercioramiento del juzgador y limitarse a señalar que tenderán a verificar las afirmaciones, de donde resulta cuestionable si las negaciones detectadas en los argumentos propuestos por las partes no serán objeto de los medios de prueba. Para otros autores, han sido considerados como hechos supuestamente verdaderos, como la razón para creer en la existencia o inexistencia de otros hechos; elemento e instrumento que sirve para convencer al juez; o bien como principio procesal que denota el imperio de buscar la verdad o como una suma de motivos que producen la certeza.

De las anteriores definiciones se desprende un gran dilema, pues surge la pregunta relativa a ¿cómo definir a la prueba?, si es una obtención del cercioramiento de hechos supuestamente verdaderos, actividades, principio procesal, elemento o bien como instrumento. Bien podrían desprenderse una amplia gama adicional de apreciaciones sobre la prueba, pues tal parece que en la doctrina procesal, existe una obstinación por aportar nuevas definiciones sobre la prueba, desestimando en algunos casos las existentes, creando con esto un caos jurídico.

Desde principios del siglo XIX, Bentham estableció dos niveles de distinción al hablar de la prueba (proof), el primero considerado como "el hecho principal", consistente en la existencia o inexistencia de lo que va a ser probado y la otra parte "el hecho probador" el cual es utilizado para demostrar la veracidad o falsedad del "hecho principal", de ahí que toda decisión fundada en una prueba se derive de un proceso de inferencia.

En el mismo orden de ideas, Jesheck considera al respecto que existen en el derecho procesal penal alemán, los conceptos de prueba y justificación, términos que tienen un

alcance y significado muy distinto, por un lado, el primero se refiere a "aquel medio u objeto que proporciona al juez el convencimiento acerca de la existencia de un hecho" y el segundo se aplica no "para convencer al juez sobre la existencia de un hecho, sino, para proporcionarle datos que le hagan constar la probabilidad de que ese hecho ocurrió.

El autor distingue la finalidad de los medios de prueba en el proceso penal y en el proceso civil, por el hecho de que en el civil deben probarse todos los hechos discutidos mientras en el proceso penal, sólo aquellos hechos de importancia para la resolución.

Por otra parte, Víctor Fairén Guillén, establece la necesidad de distinguir entre lo que es fuente de prueba, medio de prueba y la prueba en sí, siendo la fuente de prueba "un concepto metajurídico que corresponde forzosamente a una realidad anterior y extraña al proceso", en tanto que el medio de prueba "es un concepto procesal", y la fuente de prueba "existe aun cuando el proceso no", y para que tenga el carácter de prueba "es necesario que la aportemos en el proceso como medio".

Derivado de las distintas concepciones en torno a la prueba, se derivan las innumerables implicaciones de este concepto, de ahí que para algunos sea "un concepto y un fenómeno metajurídico o, si se quiere jurídico".

La prueba, es constantemente recurrida por todos nosotros en la vida diaria, pues, por ejemplo: las técnicas de cacería consistentes en analizar las huellas en el pasto, las pequeñas ramas rotas, las huellas en la tierra vinculadas con el olor, son una clara "fuente de prueba" de que la pieza de caza ha pasado por ahí. De esta manera, el cazador lleva a cabo la aplicación de silogismos y reglas de valoración de los medios de prueba sin percatarse siquiera de eso, pues lo hace por mero instinto.

EN TORNO A LA NOCIÓN DE MEDIO DE PRUEBA.

La segunda cuestión a abordar es la relativa a los medios de prueba, resulta sorprendente que por lo común se homologa y trata a nivel de sinónimos a la prueba y a los medios de prueba, no obstante que aluden a cuestiones diversas. En ocasiones, suelen confundirse los elementos con que se prueba y la prueba. Cuando nos referimos a los medios de prueba, estamos hablando de la prueba en sí pero utilizada en un determinado proceso judicial, es decir la prueba existe por sí y al ser ofrecida y

admitida dentro de un proceso judicial adquiere el nivel de medio, no siendo medio de prueba sino sólo cuando se cumpla el requisito de ser ofrecida y admitida como tal en un proceso.

Por lo que se refiere a la legislación procesal de los estados pertenecientes a la federación mexicana, casi la totalidad se refiere a los medios de prueba indicando los elementos con que se prueba en un proceso integrándolos en un capítulo del título denominado prueba, de donde se desprende la pregunta relativa a si la presencia de dichos conceptos es meramente fortuita o bien si refieren cosas diversas. En esta tesitura, se reconocen como medios de prueba a: la confesión; la testimonial; el dictamen de peritos; la inspección judicial; la reconstrucción de hechos; la documental; la confrontación; la circunstancial; los careos; y, las llamadas no especificadas.

DISTINCIÓN ENTRE MEDIO DE PRUEBA, PRUEBA Y FUENTE DE PRUEBA.

Al distinguir entre un medio de prueba, la prueba y la fuente de la prueba, estamos referenciando cuestiones que se encuentran en niveles completamente distintos, la fuente de prueba vendrá a ser algo preexistente y extraño al proceso penal, por ejemplo: aquella persona que camina por una calle y de repente escucha una explosión, dobla la esquina y se encuentra con un gran incendio en un edificio, al acercarse un poco más al edificio en llamas escucha que varias personas gritan "estalló una bomba en el edificio", instantes después llega el cuerpo de bomberos, los elementos de seguridad pública y la autoridad encargada de la investigación de los delitos, inician las averiguaciones respecto al incendio y al interrogar a dicho testigo le preguntan si tiene conocimiento respecto de lo sucedido a lo cual el testigo responde "sí lo que sucedió es que unos hombres lanzaron una bomba sobre ese edificio...". A este sujeto, al cual le constan ciertos hechos con relación a la comisión de un delito podemos decir que hasta ese momento es sólo una fuente de prueba.

El medio de prueba, lo podemos entender como un concepto procesal, de existencia posterior a la fuente de prueba, siempre y cuando sea ofrecida la fuente de prueba en el proceso penal, sea aceptada y desahogada (practicada) como tal. Retomando el ejemplo antes citado: pensemos que el testigo referido al cual le constan ciertos hechos es ofrecido como medio de prueba en el proceso penal, sólo podremos entenderlo como tal si es admitida dicha fuente de prueba, de otra manera continuará existiendo pero sólo será una fuente de prueba.

Por último, la prueba existirá en el momento en que se aporta una fuente de prueba como medio en el proceso, es aceptada, preparada, desahogada y valorada conforme al criterio que adopte el titular de un tribunal, de otra manera simplemente será un medio de prueba pero sin valor probatorio y por consecuencia no tendrá el carácter de prueba.

Ejemplo: Si tenemos a un sujeto (A) el cual se encuentra de compras en un supermercado y al momento de seleccionar sus mercancías se percata que enfrente de él se encuentra otro sujeto (B) el cual introduce de manera sumamente discreta, cierta mercancía dentro de su gabardina, retirándose inmediatamente del lugar el sujeto (B) con la mercancía bajo su gabardina y prosiguiendo el sujeto (A) con sus compras, sin embargo después de realizar sus compras es interceptado por ciertos miembros encargados de la seguridad del supermercado, los cuales le explican que tienen una grabación en video en donde sorprenden a un tipo (B) introduciendo cierta mercancía bajo su gabardina, y en el mismo video aparece de igual manera este sujeto (A) que ha hecho su compra normal y no ha cometido ningún delito, solicitándole los encargados de seguridad del mencionado supermercado su colaboración para levantar cargos en contra del sujeto (B), a lo cual accede esta persona (A).

En este caso, diríamos que en el momento en que el sujeto (A) sorprenden al otro (B) robando cierta mercancía, estamos ante la presencia de una fuente de prueba, en el momento que decide colaborar (A) con los miembros del cuerpo de seguridad del supermercado para levantar cargos en contra del sujeto (B), rinde su declaración ante la autoridad investigadora, se consigna al detenido (B) y se ofrece como medio de prueba el testimonio de esta persona (A), al admitirse por el juzgador dicho testimonio, entonces adquiere el carácter de medio de prueba y una vez admitido, preparado, desahogado y valorado entonces es posible que hablemos de una prueba y no antes.

CLASIFICACIONES DE LOS MEDIOS DE PRUEBA.

Nos referimos en plural, en virtud de que no es una sino varias las clasificaciones de los medios de prueba aportadas por la doctrina. En su tratado sobre los medios de prueba, Bentham señalaba la práctica imposibilidad de aludir a una sola clasificación de los medios de prueba, afirmando desde aquel entonces que cualquier propuesta debería contemplar no sólo los medios de prueba conocidos hasta el momento sino los que aún están por venir y en atención a que la significación de cada medio de prueba

es lo suficientemente distinta de cada una, las diversas especies deben ser marcadas con significaciones apropiadas.

Por otra parte, surge el dilema en torno a si debe clasificarse a las fuentes de prueba, los medios de prueba y bien si la clasificación debe recaer sobre la prueba en sí, de ahí que algunos autores como Sentís Melendo, consideren inútil en términos prácticos una clasificación, en virtud de su nula repercusión en el proceso.

En el sentido y alcance del término "fuente de prueba", "medio de prueba" y "prueba", diríamos que la clasificación tiene su origen en las fuentes de prueba, pues queda claro que éstas existen antes del proceso, por ejemplo: cuando en las leyes procesales se señala "será admitido como medio de prueba todo aquello que sea ofrecido como tal", esto nos orilla a deducir que todo lo que se ofrezca como medio de prueba y sea admitido no constituye por ese hecho actividad probatoria, sino sólo una fuente de prueba.

De ahí, que cuando los autores entienden por medio de prueba todo aquello que sea ofrecido como tal mientras no sea contrario a la moral, ni al derecho, debe quedar claro que en estos casos se está pensando en las fuentes de prueba no obstante que se utilice el término medios.

La clasificación más tradicional de las fuentes de prueba es la elaborada por Bentham quien consideraba existen ocho posibles clasificaciones:

a) Primera, contempla a los medios de prueba personales y reales, las primeras son aquellas aportadas por el ser humano y las segundas son generalmente deducidas del estado de las cosas.

b) Segunda, medios de prueba directos e indirectos o circunstanciales, el testimonio se aplica al "hecho principal", la testimonial es el más claro ejemplo de ésta, la circunstancial se refiere a objetos o bien vestigios que permitan acreditar algo, de ahí lo indirecto de este medio probatorio.

c) Tercera, medios de prueba voluntarios y medios de prueba involuntarios, la primera se refiere a aquella llevada al juzgador a la primera solicitud o sin necesidad de solicitud judicial, sin la amenaza o bien sin necesidad de ninguna medida coercitiva.

d) Cuarta, medios de prueba por práctica (deposition) y medios de prueba por documento, este carácter dependerá de la producción de éstos, si surgen como consecuencia y durante el proceso o bien de manera independiente y sin la intención de utilizarlos en él.

e) Quinta, medios de prueba por documentos ocasionales y medios de prueba por documentos pre constituidos, el más claro ejemplo de los primeros son la correspondencia personal, la agenda personal, el diario o cualquier otro documento análogo que no se haya realizado por el autor con la manifiesta intención de utilizarla en un proceso judicial. Por otra parte, si los medios de prueba se produjeron en virtud de un documento auténtico realizado en cumplimiento a ciertas formas legales con el objetivo de ser destinado posteriormente en un proceso, entonces recibe la denominación de medios de prueba pre constituido.

f) Sexta, medios de prueba independiente de cualquier otra causa y medios de prueba dependientes, (borrowed evidence) si se refiere a una declaración judicial rendida en el mismo país o bien en otro, bien pueden ser denominados medios de prueba dependientes.

g) Séptima, medios de prueba originales y medios de prueba derivados, el testimonio sería un medio de prueba original, siempre y cuando sea un testigo presencial y directo de los hechos, pues en caso contrario estaríamos ante medios de prueba derivados. La misma suerte resulta aplicable a los documentos originales y las copias fotostáticas.

h) Octava, medios de prueba perfectos y medios de prueba imperfectos, con la aclaración previa de que la perfección absoluta no es dable de conseguirse ante la imposibilidad de evitar el error de manera plena, debe mencionarse que en esta clasificación la perfección a la que se alude es relativa, en atención a la ausencia de imperfecciones de las que humanamente es posible identificar.

Existen medios de prueba imperfectos por naturaleza, cuando por ejemplo la mente de un testigo lo imposibilita a declarar con apego a la verdad y, por otro lado, existen medios probatorios imperfectos en la forma cuando no se respetan las formalidades a seguirse para tomar la declaración de un testigo.

78

Por otra parte, otros autores han realizado clasificaciones de las fuentes de prueba, tal es el caso de Gómez Colomer y Fenech, para quienes existen medios de prueba personales, reales y materiales.

FINALMENTE, PARA GARCÍA RAMÍREZ, EXISTEN:

a) Artificiales, creaciones del artificio o de la lógica, tales como la deducción o la presunción, y, naturales, son las probanzas que se traducen o representan una concreta e histórica realidad (testigos y documentos).

b) Pruebas de cargo, tienden a comprobar la inculpación, en tanto las de descargo sirven para exonerar al reo.

c) Genérica, demuestra la existencia del delito, y, específica, acredita a los participantes en el ilícito.

d) Directa, en la que el hecho a comprobar puede ser advertido por los sentidos, e, indirecta, en la que no existe relación inmediata entre la prueba y el hecho a probar, sino que éste se esclarece con auxilio de una cadena de inferencias (indicio).

e) Histórica, es la que reproduce el hecho que se trata de probar, y, crítica, es la que permite deducir la existencia de tal hecho o su inexistencia.

f)Personal, recae sobre seres humanos, y, real, que recae sobre cosas u objetos.

g) Pre constituidas, se preparan antes del proceso para acreditar oportunamente los hechos; en el derecho romano se hablaba del apoderamiento de animales u objetos que llevasen las personas que se introducían en el fundo ajeno o que conducían a los animales que efectuaban ese allanamiento, la posesión tenía un propósito probatorio. La prueba constituyente se produce una vez surgido el proceso.

Como puede apreciarse, las anteriores clasificaciones toman claras bases en los postulados de Bentham, propuestos en la segunda década del siglo XIX, época desde la cual se planteaba que podrían realizarse tantas clasificaciones como ópticas o puntos de vista desde los cuales se analicen las fuentes de prueba, la eficacia procesal de estas clasificaciones nos parece nula, pues no cobra mayor relevancia, sino que sólo le encontramos utilidad para efectos meramente docentes.

77

OBJETO DE LA PRUEBA

HECHOS

Al hablar del objeto central de la prueba, hacemos referencia a los hechos, los cuales vendrán a constituir el campo medular de aplicación, en torno a éstos, analizaremos aspectos tales como la admisión en el proceso de hechos del conocimiento privado del juzgador, los hechos notorios y los hechos confesados.

LA ADMISIÓN EN EL PROCESO DE HECHOS DEL CONOCIMIENTO PRIVADO DEL JUZGADOR

Al respecto, es dable mencionar por principio de cuentas que el juez no es una máquina de administrar justicia, sino ante todo un homo sapiens in genere, siendo prácticamente imposible prohibirle pensar y aportar sus pensamientos al proceso judicial.

Por ejemplo: al practicar el juez una inspección judicial en términos de la ley procesal, el juez aporta apreciaciones captadas a partir de su particular concepción, siendo claro que en esos casos el juez no actúa de manera particular sino ligado al proceso y, por consecuencia, ninguna duda cabe respecto al aporte dentro del proceso de ese tipo de hechos y circunstancias.

Sólo en ciertos casos, es posible admitir la entrada directa en el proceso de hechos del conocimiento privado del juez, pero entonces hablamos de que el juez se comportará como un testigo y no como un juez, en este supuesto estamos ante hechos distintos de aquellos que el juzgador tiene conocimiento por su actividad jurisdiccional y en tal virtud debe quedar claro que para poder tener relevancia procesal el juzgador deberá comparecer en calidad de testigo en un proceso.

LOS HECHOS CONFESADOS

Probablemente, cualquiera pensaría que ante la confesión plena de ciertos hechos, la prueba debiese resultar ociosa, llegando a su final el proceso. Sin embargo, surge la problemática relativa a los errores de las partes sobre el reconocimiento de ciertos hechos que otorguen facultad al juez para resolver el proceso dictando su sentencia condenatoria, la cual podría resultar absurda y sospechosa de contener dolo e incluso de haberse maquinado un fraude legal, por lo cual, no resulta ser sano para el

funcionamiento de los tribunales, facultar a los jueces a dictar resoluciones fundados exclusivamente en la confesión, pues pueden parecer cómplices de sucios manejos por parte de individuos o de colectividades.

Al estar en presencia de hechos confesados ante agentes de la policía judicial, puede ser que dicha confesión se encuentre viciada por el hecho de haber sido arrancada por la tortura o la violencia moral o física. Por eso, la confesión ante autoridad distinta del Agente del Ministerio Público o Juez se le resta valor probatorio.

Ahora bien, no obstante que exista la confesión del detenido, acorde con lo establecido por el artículo 285 del Código Federal de Procedimientos Penales, el valor que se le otorgará será el de mero indicio.

En países como Estados Unidos de América e Inglaterra, debemos diferenciar las figuras derivadas de la declaración del acusado denominada: *plea bargain* en sus modalidades de *plea guilty* (culpable) y *plea not guilty* (inocente), sujeto a la circunstancia de que la confesión se realice de manera libre y espontánea, en pleno conocimiento y consciente el confeso de sus implicaciones, hecha personalmente por el acusado y no por su defensor o cualquier otra persona.[21]

Para Lord Parker, en la declaración de culpabilidad (*plea guilty*) se deben observar cuatro principios:

a) El defensor debe tener libertad para brindar a su cliente el mejor consejo el cual puede incluir la recomendación de una declaración de culpabilidad, enfatizando que no debe hacer eso si no ha cometido los hechos del delito imputado.

b) El indiciado debe tener plena libertad de elección sobre su culpabilidad y la declaración que vierta al respecto.

c) Debe haber libertad de acceso entre el abogado y el juez, pero cualquier discusión se realizará ante la presencia del defensor. Por otro lado, la justicia debe tener lugar en una corte abierta, de esta manera se justifican discusiones privadas que necesariamente deben estar limitadas, esto resulta apropiado, por ejemplo, cuando el acusado está manifestando su voluntad de declararse culpable del delito que se le imputa.

d) El juez no debe en ningún momento señalar la sentencia a imponer si es que existe cualquier sugerencia en este sentido, explícita o implícita, respecto a ser diferente si el acusado se declara culpable (pleaded guilty) o bien inocente (not guilty), según sea el caso.

En el caso de Inglaterra, existen al menos diez distintos cursos que pueden tomar la acción en contra del acusado cuando es interrogado respecto a cómo se declara, siete de ellas se consideran declaraciones formales (*pleas*). La práctica recomienda, en todo caso, que el acusado sea llamado ante los estrados de la corte, los hechos de la acusación son puestos ante el juez para un análisis preliminar del derecho y con base en esto el acusado puede declararse culpable o bien inocente.

Con la figura del *plea bargain*, se produce una extraña civilización, si así se pudiera llamar, del proceso penal, directamente encaminado a obtener una economía procesal bajo el manejo de esta fórmula.

HECHOS NOTORIOS

Por lo que respecta a los hechos notorios o del conocimiento general de una comunidad de personas, Calamandrei consideraba que no bastaba el ser conocidos por la generalidad de ciudadanos en un lugar y momento en que se produce la sentencia, no siendo el conocimiento efectivo del hecho lo importante, sino la normalidad del conocimiento por los miembros de un cierto círculo de personas.

La notoriedad de ciertos hechos, se distingue en general, local y del tribunal, pues puede ser que ciertos hechos sean del conocimiento general de una comunidad, de cierta localidad o del tribunal que está conociendo del asunto.

Los hechos notorios no son lo mismo que los hechos evidentes, de los primeros tan sólo se tiene noticia y en cuanto a los segundos constituyen una verdad axiomática, de tal manera que a nivel histórico encontramos hechos evidentes.

Comúnmente, encontramos la palabra inglesa *evidencie*, citada en tratados, artículos y demás publicaciones jurídicas, traducida por algunos con la palabra evidencia, cabe hacerse la aclaración de que no se refiere a evidencia, sino a los medios de prueba directos.

74

Ahora bien, debe tenerse cuidado con los medios de comunicación masiva, que en ocasiones comunican noticias falsas, atribuyendo la calidad de notoriedad a ciertos hechos que son falsos y posteriormente no admiten lo relativo a su falsedad.

La prueba de dichas costumbres, resulta de importancia dada las actuales reformas ocurridas a la legislación penal federal en donde se contempla que tratándose de indígenas, se observarán las prácticas y características que puedan tener como miembros de un grupo étnico o comunidad indígena.

Durante la instrucción, el tribunal que conozca del asunto deberá observar de las circunstancias peculiares del inculpado, allegándose datos para conocer su edad, educación e ilustración; sus costumbres y conductas anteriores; los motivos que lo impulsaron a delinquir; sus condiciones económicas y las especiales en las que se encontraba en el momento de la comisión del delito; la pertenencia del inculpado en su caso, a un grupo étnico indígena y las prácticas y características que como miembro de dicho grupo pueda tener.

En el mismo orden de ideas pero con sentido diferente, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que:

COSTUMBRE CONTRARIA A DERECHO No son de tomarse en consideración los argumentos que invoquen por lo que hace a costumbres que existan en cierta región ni la supuesta idiosincrasia de sus habitantes, para que se convaliden comportamientos delictuosos para repeler agravios, pues ello sería justificar actos de venganza de represión sin que el hecho de punirlos conlleve a los infractores al desprecio público dado que reconocer el derecho de causar daño por ofensas, si no pretéritas, sí evitables por otros medios, equivale a tanto como contrariar la norma de que nadie puede hacerse justicia por su propia mano.

Amparo directo 2656/73. Bartolo Reséndiz Castillo. 16 de agosto de 1974, mayoría de 3 votos, ponente Manuel Rivera Silva, disidente: Ezequiel Burguete Farrera.

FUNCIÓN DE LOS MEDIOS DE PRUEBA EN MATERIA PENAL

La función de los medios de prueba en materia penal podemos entenderla como "obtener la verdad", pero cabe la aclaración que no será la verdad absoluta, sino algunos de sus grados, formal o material, que si bien no es lo mismo se encuentra sumamente aproximado a la verdad subjetiva y verdad objetiva.

El juez como ser humano no puede prescindir de la verdad para dictar sus resoluciones, pero por más esfuerzo que realice sólo podrá obtener una versión subjetiva de la verdad.

LA CARGA DE LA PRUEBA EN MATERIA PENAL

A este respecto, resulta aplicable el principio de que las partes probarán los hechos en que funden su pretensión o bien conforme a los cuales basen su resistencia a tal pretensión. Es decir, la parte acusadora debe acreditar los elementos constitutivos del particular tipo penal imputado al procesado y éste a su vez tratará de demostrar las excluyentes de responsabilidad o bien atenuantes correspondientes.

Existen, por otro lado, algunos autores que niegan la carga de la prueba en materia penal, opinión ante la cual nos oponemos, pues a nuestro entender sí existe efectivamente una carga para cada una de las partes que intervienen en el proceso penal, y esto puede comprobarse a partir de los requisitos contemplados en el artículo 16 constitucional relativos a la acreditación de los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad, como carga de la prueba, para el Ministerio Público si es que pretende obtener una orden de aprehensión.

PRUEBA EN MATERIA PENAL PERUANA

En este ensayo se pretende analizar cuáles son las principales características de la prueba en el nuevo proceso penal, cuáles son los principios que lo sustentan. El Nuevo Código Procesal Penal de 2004, tiene una sección íntegramente dedicado a regular **la prueba o actividad probatoria,** en el Libro segundo II, en la sección II del mencionado texto legal con el título: **La prueba.** Esta normatividad legal sobre la prueba, llega parcialmente a perfilar un modelo acusatorio, en cambio, si llega a perfilar un modelo garantista de la actividad probatoria lo que resulta de suma importancia para la aplicación interpretativa, sistémica y funcional de la prueba penal.

LA PRUEBA EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL

En una situación conflictiva que se presenta en la vida cotidiana es común hablar de pruebas para dilucidar el conflicto social; en un proceso penal pasa lo mismo desde que se tiene la noticia criminal y durante el transcurso de proceso se tiene la idea de buscar pruebas.

En cada etapa procesal; desde la investigación preliminar hasta la sentencia la prueba tiene distintas connotaciones que nos permiten identificar diferentes categorías de pruebas; el jurista Italo - colombiano Martín Eduardo Botero identifica las siguientes categorías: "**Los medios de búsqueda de pruebas**, que son actos investigativos, consentidos a las partes en el curso de las investigaciones preliminares para adquirir las fuentes de prueba; **Las fuentes de prueba** que son elementos adquiridos en el curso de la investigación preliminar que obligan a las partes a demandar su admisión, se forman luego delante del Juez a través de los medios de prueba; **Los medios de prueba** que son instrumentos a través de los cuales las pruebas son aportadas al conocimiento del juez.

Las pruebas que son elementos adquiridos delante del juez en contradicción entre las partes en la audiencia oral y puestos de base de la sentencia"[8], aparte de estas categorías también solemos referirnos como pruebas a otras actividades procesales como la admisibilidad de las pruebas, la pertinencia de las pruebas, la carga de la prueba, la valoración de la prueba entre otros.

A diferencia del Código de 1940 donde hay un tratamiento disperso de la prueba en el Nuevo Código Procesal Penal se sistematiza de algún modo el régimen de pruebas en una sección aparte, pero no obstante el esfuerzo sistemático queda claro que la solución legalista de la prueba es siempre insuficiente.

Esta sistematización legalista lo encontramos en el **Libro segundo II**, en la sección II del Nuevo Código Procesal Penal con el título: **la prueba.** Desde el artículo 155° al artículo 252° del texto legal antes referido; consta de cinco Títulos: título I **preceptos generales**; título II **los medios de prueba**; título III **La búsqueda de pruebas y restricción de derechos**; título IV **la prueba anticipada**; título V **las medidas de protección**.

LOS PRINCIPIOS GENERALES DE LA PRUEBA

En la Sección II Título I (artículo 155° del Nuevo Código Procesal Penal de 2004) están regulados los preceptos generales de la Prueba, es decir, los principios generales que tutelan la prueba, estos son los siguientes:

---

[8] BOTERO, Martín Eduardo. "El Sistema Procesal Acusatorio" Ediciones Jurídicas Andrés Morales. Bogotá 2008, p 287.

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

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

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

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

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

El primer principio resulta de suma importancia porque ha establecido que la prueba no podrá actuarse de cualquier modo, sino, que su actividad está limitada por la Constitución y los Tratados Internacionales; hay aquí una postura meridianamente clara del código respecto a la prueba que está lejos del legalismo; este principio es un indicador claro del tipo de proceso penal garantista que se desea implementar en el Perú.

El Juez italiano Gustavo Zagrebelski señalaba que: "toda concepción de la Constitución trae consigo una concepción de procedimiento, como toda concepción del procedimiento trae consigo una concepción de Constitución"[9].

Existe entre ambos un implicación recíproca: proceso penal y Constitución, de tal forma, que la pertinencia de la prueba su admisión; actuación, valoración, etc., se tiene que moldear conforme a los principios establecidos en la Constitución que en nuestro país, como en todos los países de nuestra cultura se encuentra conforme a la concepción del Estado de Derecho, Social y Democrático, de tal forma, que la actividad probatoria también tiene que reproducir y legitimar este tipo de concepción de Estado.

---

[9] ZAGREBELSKY, Gustavo. ¿Derecho procesal Constitucional?, EN: Revista Peruana de Derecho Procesal IV. Estudio Monroy abogados. Lima 2001.

70

En esta línea garantista se ha consagrado también, en el numeral dos, como un precepto general la exclusión de prueba prohibida, es decir, la invalidez en el proceso penal de la prueba penal obtenida por métodos ilícitos, Klaus Kiedemann precisa que "Todas la pruebas obtenidas con violación de un derecho fundamental, sin base legal explícita será nulas y no podrán considerarse en el momento de valorar la prueba"[10] incluso esta disposición abarca la doctrina de "los frutos del árbol envenenado", doctrina que excluye no únicamente la prueba sino también las pruebas ulteriores derivadas de ella.

De otra parte, se advierte en los dispositivos legales que conforman estos principios generales hay un énfasis en el rol del Juez en la actividad probatoria: en el numeral 2 se menciona que el Juez tiene la facultad para admitir pruebas, luego la de poder realizar un reexamen de la admisión de la prueba en el numeral 4 y lo que es grave para el modelo acusatorio se le da facultades para admitir pruebas de oficio, conforme se puede leer del numeral 3: "la Ley establecerá, por excepción, los casos en los cuales se admitan pruebas de oficio" que concordado con lo establecido por el artículo 385° del texto legal en comentario que dispone: "El Juez Penal, excepcionalmente, una vez culminada la recepción de pruebas podrá disponer de oficio o a pedido de la parte, la actuación de nuevos medios probatorios si en el curso del debate resultasen indispensables o manifiestamente útiles para esclarecer la verdad" queda meridianamente claro que con ello se echa por tierra la imparcialidad del Juzgador, otros códigos en Latinoamérica se han adheridos totalmente con el modelo acusatorio como es el caso del código procesal penal colombiano y chileno que han descartado de plano que los jueces puedan decretar la práctica de pruebas de oficio.

Finalmente se tiene que señalar que comparando estos preceptos generales de la prueba del Nuevo Código Procesal Penal con las características básicas de la prueba en el proceso penal acusatorio sólo hay una adhesión parcial al modelo acusatorio. El profesor ítalo - colombiano Martín Eduardo Botero indica que los caracteres básicos de la prueba en el proceso penal acusatorio son:

a) La carga material de la prueba corresponde a la parte acusadora.
b) Sólo tiene el carácter de prueba las practicadas en el juicio oral, bajo los principios de inmediación, contradicción, publicidad e igualdad.
c) Las pruebas deben haber sido obtenidas por medios lícitos.

[10] TIEDEMANN, Klaus "Constitución y Derecho Penal". Palestra, Lima 2003 p. 181.

d) Las pruebas requieren de cierta entidad, no bastando las conjeturas o las meras sospechas.
e) Existe libertad en los medios de prueba.
f) Existe libre valoración de la prueba.

De estas seis características de la prueba del proceso penal acusatorio, sólo aparece entre los preceptos generales de la prueba el señalado en el numeral 3 respecto a que las pruebas deben haber sido obtenidas por medios lícitos y las mencionadas en el numeral 2,4,5 y 6 no se encuentran taxativamente señaladas en estos preceptos generales, pero si encuentran preceptuadas en esta sección II en los artículos 156,157,158 y 159; mientras tanto, la primera característica sobre la carga de la prueba material de la prueba que corresponde a la parte acusadora, es decir el Ministerio Público, se encuentra preceptuado en el artículo IV del Título Preliminar del Código Procesal Penal, pero no está desarrollada en esta sección, siendo una de las características importantes del modelo acusatorio.

LOS MEDIOS DE PRUEBA

La prueba es aquella actividad de carácter procesal, cuya finalidad consiste en lograr convicción del Juez acerca de la exactitud de las afirmaciones de hecho operadas por los sujetos procesales y los medios de prueba son los instrumentos para lograr esta convicción, están regulados en los artículos 157° al 188° del Nuevo Código Procesal Penal donde se enumera todos los medios probatorios que pueden ser utilizados para acreditar los hechos objeto de prueba.

El artículo 157° establece que los hechos objetos de prueba pueden ser acreditados por cualquier medio de prueba permitido por ley y acorde con el modelo acusatorio admite excepcionalmente, pueden utilizarse otros distintos medios de prueba siempre que no vulneren los derechos y garantías de la persona, así como las facultades de los sujetos procesales reconocidas por la Ley. En el Nuevo Código Procesal Penal se admiten los siguientes medios de prueba:

LA CONFESIÓN

Es definido en el Artículo 160° del Nuevo Código Procesal Penal cuando señala que la confesión debe consistir en la admisión de los cargos o imputación formulada en su contra por el imputado. Es el primer medio probatorio que se regula en el Código no es coherente con el modelo acusatorio.

La confesión es un medio probatorio que pertenece propiamente al modelo inquisitivo, en muchos países ya no es considerado como medio de prueba, sin ir muy lejos en el Código Procesal Penal de Colombia de 2005 no hay este medio probatorio, según lo establecido por el artículo 394° de dicho texto legal adjetivo colombiano, el acusado y coacusado son considerados como testigos y en caso de que ofrecieren declarar en su propio juicio, señala dicho artículo, comparecerán como testigos.

La confesión es un medio probatorio si concurren con otros requisitos, según, Klaus Tiedemann: "La confesión del inculpado deberá también estar sometido a un control judicial efectivo. Esto es lo que exigen prácticamente todas las relaciones provenientes de países con sistema inquisitivo, donde el Tribunal debe buscar la verdad objetiva también en la confesión"[11]. Es decir, que la confesión debe estar acompañado de otras pruebas y no solo contentarse con la confesión del imputado, esta es la posición adoptada por el N.C.P.P. señalando que la confesión por sí mismo no es un medio probatorio, sino, cuando concurren los siguientes supuestos:

a) Esté debidamente corroborada por otro u otros elementos de convicción;

b) Sea prestada libremente y en estado normal de las facultades psíquicas; y,

c) Sea prestada ante el Juez o el Fiscal en presencia de su abogado.

Otra de las características importantes es que la confesión debe ser libre y acordes con los principios constitucionales como es el de la dignidad de las personas se prohíbe, aun con el consentimiento del interesado, métodos o técnicas idóneos para influir sobre su libertad de autodeterminación o para alterar la capacidad de recordar o valorar los hechos.

EL TESTIMONIO

Es el segundo medio probatorio establecido en el Nuevo Código Procesal Penal. Se denomina testigo, según el procesalista José María Asencio Mellado, a: "la persona física, nunca jurídica, tercero ajeno a los hechos, que presta una declaración de conocimiento acerca de aquellos elementos objeto de investigación o enjuiciamiento"[12].

---

[11] TIEDEMANN, Klaus. "Constitución y Derecho Penal". Palestra, Lima 2003 p. 198.

[12] ASENCIO MELLADO, José María. "Derecho Procesal Penal" 2da edición Editorial Tirant lo Blanch. Valencia 2003. p 150.

Estas terceras personas tienen que conocer los hechos objeto de prueba y poseer ciertas cualidades.

Las cualidades están señaladas en el Artículo 162º del Nuevo Código Procesal Penal 2004 que en principio establece que toda persona es, en principio, hábil para prestar testimonio, excepto el inhábil por razones naturales o por impedido por la Ley.

El testigo tiene obligaciones entre las cuales están la de concurrir a las citaciones y de responder a la verdad a las preguntas que se le hagan: Si el testigo no se presenta a la primera citación se le hará comparecer compulsivamente por la fuerza pública.

El artículo 166º del Nuevo Código Procesal Penal establece las características de la declaración de los testigos tiene que versar sobre lo percibido en relación con los hechos objeto de prueba; si es un testigo indirecto debe señalar el momento, lugar, las personas y medios por los cuales lo obtuvo. No se admite al testigo expresar los conceptos u opiniones que personalmente tenga sobre los hechos.

LA PERICIA

Es otra de los medios probatorios que está regulado por el Nuevo Código Procesal Penal es definido por Asencio Mellado como: "un tercero ajeno al proceso que es llamado al mismo para que aporte una declaración de ciencia, que nos de conocimiento sobre los hechos - los cuales no ha conocido directamente por no ser testigo – acerca de materias propias de su oficio, arte o profesión".[13] En este mismo sentido está regulado en el Código en el Artículo 172º que establece que procederá esta prueba siempre que, para la explicación y mejor comprensión de algún hecho, se requiera conocimiento especializado de naturaleza científica, técnica, artística o de experiencia calificada.

Esta labor pericial se encomendará el Laboratorio de Criminalística de la Policía Nacional, al Instituto de Medicina Legal y al Sistema Nacional de Control, así como a los organismos del Estado que desarrollan labor científica o técnica, los que prestarán su auxilio gratuitamente. También podrá encomendarse la labor pericial a Universidades, Institutos de Investigación o personas jurídicas en general siempre que reúnan las cualidades necesarias a tal fin, con conocimiento de las partes.

---

[13] Ibídem p. 164.

Se conceden a las partes señalar sus peritos a lo que el artículo 177° denomina Perito de parte; los sujetos procesales pueden designar, cada uno por su cuenta, los peritos que considere necesarios. El perito de parte está facultado a presenciar las operaciones periciales del perito oficial, hacer las observaciones y dejar las constancias que su técnica les aconseje.

EL CAREO

Conocido en el anterior código como la confrontación es un medio de prueba que procede cuando entre lo declarado por el imputado y lo declarado por otro imputado, testigo o el agraviado surjan contradicciones importantes, cuyo esclarecimiento requiera oír a ambos.

De igual manera, procede el careo entre agraviados o entre testigos o éstos con los primeros. No procede el careo entre el imputado y la víctima menor de catorce años de edad, salvo que quien lo represente o su defensa lo solicite expresamente. Las reglas del careo están reguladas en el artículo 183 del N.C.P.P.

LA PRUEBA DOCUMENTAL

Siempre siguiendo al maestro Asencio Mellado este define la prueba documental como: "Toda representación realizada por cualquier medio - escrito, hablado, visionado, etc. -, de la realidad y que preexiste al proceso y es independiente de él, de manera que se aporta al mismo con fines esencialmente probatorios".[8] Esta prueba no tiene en materia penal la relevancia que si tiene en el proceso civil donde es la prueba reina; en el proceso penal los delitos se comenten buscando desde un principio impunidad, por lo que difícilmente la acción punible se ve documentada de cualquier forma.

En el Artículo 184° del N.C.P.P. se establece que toda prueba documental se podrá incorporar al proceso y quien lo tenga en su poder está obligado a presentarlo, exhibirlo o permitir su conocimiento, salvo dispensa, prohibición legal o necesidad de previa orden judicial. El Fiscal, durante la etapa de Investigación Preparatoria, podrá solicitar directamente al tenedor del documento su presentación, exhibición voluntaria y, en caso de negativa, solicitar al Juez la orden de incautación correspondiente. Se distingue dos clases de documentos: los documentos manuscritos, impresos, fotocopias, fax, disquetes, películas, fotografías, radiografías, representaciones

gráficas, dibujos, grabaciones magnetofónicas y los medios que contienen registro de sucesos, imágenes, voces; y, otros similares.

LOS OTROS MEDIOS DE PRUEBA

Luego de establecido los medios de prueba que son los comunes, resulta novedoso en el Nuevo Código Procesal Penal el desarrollo de otros medios de prueba y los medios de prueba que restringen derechos fundamentales. Entre los primeros tenemos a los siguientes:

El Reconocimiento.- Reconocimientos de personas que sirve para individualizar a una persona, el reconocimiento de voces, sonidos y cuanto pueda ser objeto de percepción sensorial y el reconocimiento de cosas que serán exhibidas en la misma forma que los documentos.

La Inspección Judicial y la Reconstrucción.- Que tiene por objeto comprobar las huellas y otros efectos materiales que el delito haya dejado en los lugares y cosas o en las personas.

Las Pruebas Especiales.- Entre las pruebas especiales que considera el código se describe el levantamiento de cadáver y la preexistencia y valorización que resulta importante en los delitos contra el patrimonio donde deberá acreditarse la preexistencia de la cosa materia del delito, con cualquier medio de prueba idóneo.

La prueba y restricción de Derechos.- La descripción de este tipo de pruebas que restringen derechos fundamentales está descrita en el N.C.P.P. precedido de preceptos generales y se efectúa en casos necesarios para lograr los fines de esclarecimiento del proceso, debiendo procederse conforme a lo dispuesto por la Ley y ejecutarse con las debidas garantías para el afectado. Estas pruebas son:

1. El control de identidad policial
2. La Vídeo vigilancia
3. Las pesquisas
4. La intervención corporal
5. El examen corporal del imputado

6. El examen corporal de otras personas
7. El examen corporal para prueba de alcoholemia
8. El allanamiento
9. La exhibición forzada y la incautación
10. La exhibición e incautación de actuaciones y documentos no privados
11. El control de comunicaciones y documentos privados
12. La interceptación e incautación postal
13. El aseguramiento e incautación de documentos privados
14. El levantamiento del secreto bancario y de la reserva tributaria
15. La clausura o vigilancia de locales e inmovilización.

LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA

Respecto a la valoración de la prueba no está consignada entre los preceptos generales de la prueba, pero si se lo acoge en el artículo 158º del Nuevo Código Procesal Penal que señala: "En la valoración de la prueba el Juez deberá observar las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia y expondrá los resultados obtenidos y los criterios adoptados", de esta manera se adopta el sistema de libre valoración de la prueba, pero con restricciones.

Generalmente sobre la valoración de las pruebas se registra dos modelos principales de la teoría de la prueba que indican cómo debe razonar el juez cuando valora las pruebas. El primer modelo es el de la **teoría legal** (o formal) y el segundo el de **la teoría de la libre valoración** (íntima convicción del juez). La teoría legal se cifra en las disposiciones procesales que prescriben las reglas para valorar las pruebas. Estas reglas aparecen pues consignadas en los textos legislativos.

La **teoría de la libre valoración** ostenta una posición dominante en los sistemas procesales penales contemporáneos acusatorios y es prácticamente exclusiva en lo que concierne al proceso penal. Se denomina así "libre" porque los requisitos de aceptación de las pruebas no aparecen estipulados en disposiciones legales.

La caracterización de la "libre valoración" no significa dar al juez facultades amplias para que falle de acuerdo a su libre conciencia, sino de acuerdo a criterios menos íntimos e intransferibles, pero más objetivos y vigentes socialmente como la lógica, la ciencia o la experiencia común.

Durante un tiempo considerable se hizo una interpretación literal de la expresión libre valoración que magnificaba la libertad incontrolada del juez hasta extremos inauditos en el que se le daba omnímoda y soberana facultad valorativa a las pruebas practicadas, en las que no se admite jerarquía ni preeminencia de unos medios probatorios sobre otros, y mediante la cual, el órgano jurisdiccional puede formar libremente su convicción respecto a los hechos objeto de prueba, sin supeditarla a criterios racionales de sana crítica, lógicos, o cualquier otro que no sea el de su recta e imparcial conciencia.

Sobre la libre valoración de la prueba que también se le conoce como de "íntima convicción" "apreciación en conciencia" o con otra denominación similar el filósofo Juan Igartua Salaverria señala que para entender qué significa la libre valoración de pruebas se tiene que evocar que las normas jurídicas están encuadradas en un contexto triple: lingüístico, sistémico y funcional.

La norma es una entidad lingüística y se encuadran en un sistema jurídico no se le puede dar otro sentido que la haga contradictoria o incoherente con otra u otras normas del sistema; la pertinencia del contexto funcional viene de las relaciones de interdependencia que el sistema jurídico mantiene con la sociedad.

El derecho se crea, se aplica y funciona en un entramado de hechos socio – psíquicos, de relaciones sociales, de condicionamientos económicos, políticos, culturales. Por ello, cuando se interpreta una norma sí tiene relevancia preguntar quién emanó la norma, cuándo, dónde, cómo, para qué, etc. y cuáles son las circunstancias socio históricas en las que adviene su aplicación[14].

La característica principal de la prueba en el Nuevo Código Procesal Penal es su carácter garantista y una adhesión parcial al modelo acusatorio, esta característica garantista se encuentra expresada con meridiana claridad en numeral uno del artículo

[14] IGARTUA, Juan. "Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal". Editorial Tirant lo Blanch. Valencia 1995 p 38.

62

155° del Nuevo Código Procesal Penal sobre los preceptos generales de la prueba, que dispone: "La actividad probatoria en el proceso penal está regulado por la Constitución, los Tratados aprobados y ratificados por el Perú y por éste Código", de tal forma que el proceso probatorio penal se desarrollará en una implicación recíproca de legalidad, constitucionalidad y los Tratados Internacionales.

2.4. MARCO JURÍDICO

DECRETO LEGISLATIVO DEL NOTARIADO

DECRETO LEGISLATIVO Nº 1049

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

POR CUANTO:

El Congreso de la República, de conformidad con el Artículo 104 de la Constitución Política del Perú, mediante la Ley Nº 29157 ha delegado en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar sobre materias específicas con la finalidad de facilitar la implementación del Acuerdo de Promoción Comercial Perú-Estados Unidos y su protocolo de enmienda así como el apoyo a la competitividad económica para su aprovechamiento, encontrándose dentro de las materias comprendidas en dicha delegación la facilitación del comercio; la promoción de la inversión privada; el impulso a la innovación tecnológica, la mejora de la calidad y el desarrollo de capacidades; y la promoción de las micro, pequeñas y medianas empresas;

Que, el desarrollo del comercio y la promoción tanto de la inversión privada nacional como extranjera así como la formalización de micro, pequeñas y medianas empresas deben contar con una seguridad y publicidad jurídicas que permitan garantizar la cognoscibilidad general de derechos inscribibles o de actos con relevancia registral, lo que implica la modernización de instituciones del Estado, así como de los de operadores adscritos o que actúan por delegación de éste, que, dentro del ordenamiento jurídico, garantizan la seguridad de los actos y transacciones inscribibles, siendo necesario por ello dictar la ley correspondiente que conlleve una mejora en el ejercicio y supervisión de la función notarial, por ser el notario el profesional en Derecho autorizado para dar fe pública por delegación del Estado, a los actos y contratos que ante él se celebren; adecuándolo a los últimos cambios tecnológicos para facilitar las transacciones y el intercambio comercial mediante canales seguros;

Con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros; y,

Con cargo a dar cuenta al Congreso de la República;

Ha dado el Decreto Legislativo siguiente

DECRETO LEGISLATIVO DEL NOTARIADO

61

TÍTULO I

DEL NOTARIADO Y DE LA FUNCIÓN NOTARIAL

CAPÍTULO I

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1.- Integración del Notariado

El notariado de la República se integra por los notarios con las funciones, atribuciones y obligaciones que la presente ley y su reglamento señalan.

Las autoridades deberán prestar las facilidades y garantías para el cumplimiento de la función notarial.

Artículo 2.- El Notario

El notario es el profesional del derecho que está autorizado para dar fe de los actos y contratos que ante él se celebran. Para ello formaliza la voluntad de los otorgantes, redactando los instrumentos a los que confiere autenticidad, conserva los originales y expide los traslados correspondientes.

Su función también comprende la comprobación de hechos y la tramitación de asuntos no contenciosos previstos en las leyes de la materia.

Artículo 3.- Ejercicio de la Función Notarial

El notario ejerce su función en forma personal, autónoma, exclusiva e imparcial.

Artículo 4.- Ámbito territorial

El ámbito territorial del ejercicio de la función notarial es provincial no obstante la localización distrital que la presente ley determina.

Artículo 5.- Creación de Plazas Notariales

5.1. El número de notarios en el territorio de la República se establece de la siguiente manera:

a. Una provincia que cuente con al menos cincuenta mil habitantes deberá contar con no menos de dos Notarios.

b. Por cada cincuenta mil habitantes adicionales, se debe contar con un Notario adicional.

5.2. La localización de las plazas son determinados por el Consejo del Notariado. En todo caso, no se puede reducir el número de las plazas existentes.

CAPÍTULO II

DEL INGRESO A LA FUNCIÓN NOTARIAL

Artículo 6.- Ingreso a la Función Notarial

El ingreso a la función notarial se efectúa mediante concurso público de méritos ante jurado calificador constituido según lo dispuesto en el artículo 11 de la presente ley.

60

Las etapas del concurso son: calificación de currículum vitae, examen escrito y examen oral. Cada etapa es eliminatoria e irrevisable.

Artículo 7.- Forma de los Concursos

Los concursos públicos de méritos para el ingreso a la función notarial serán abiertos y participarán los postulantes que reúnan los requisitos exigidos en el artículo 10 de la presente ley.

En caso que el postulante sea un notario en ejercicio, con una antigüedad no menor de tres (3) años y siempre que en los últimos cinco (5) años no tengan sanciones, tendrá una bonificación máxima del 5% de su nota promedio final.

Artículo 8.- Facultad del Estado

El Estado reconoce, supervisa y garantiza la función notarial en la forma que señala esta ley.

Artículo 9.- Convocatoria a Plazas Vacantes

Las plazas notariales vacantes o que sean creadas serán convocadas a concurso bajo responsabilidad por los colegios de notarios de la República, por iniciativa propia, en un plazo no mayor de sesenta (60) días calendario de conocer la vacancia o la creación de la plaza.

En el caso de plaza vacante producida por cese de notario, el concurso será convocado en un plazo no mayor de sesenta (60) días calendario de haber quedado firme la resolución de cese.

Asimismo, a requerimiento del Consejo del Notariado, en un plazo no mayor de sesenta (60) días calendario del mismo, los colegios de notarios deberán convocar a concurso para cubrir plazas notariales vacantes o que sean creadas. Transcurrido dicho plazo sin que se convoque a concurso, el Consejo del Notariado quedará facultado a convocarlo.

Artículo 10.- Requisitos de los postulantes

Para postular al cargo de notario se requiere:

a) Ser peruano de nacimiento.

b) Ser abogado, con una antigüedad no menor de cinco años.

c) Tener capacidad de ejercicio de sus derechos civiles.

d) Tener conducta moral intachable.

e) No haber sido condenado por delito doloso.

f) Estar física y mentalmente apto para el cargo.

g) Acreditar haber aprobado examen psicológico ante institución designada por el Consejo del Notariado. Dicho examen evaluará los rasgos de personalidad, valores del postulante y funciones intelectuales requeridos para la función notarial.

Artículo 11.- El Jurado Calificador

El jurado calificador de cada concurso público de méritos para el ingreso a la función notarial, se integra de la siguiente forma:

a) La persona que designe el Consejo del Notariado, quien lo preside b) El Decano del colegio de notarios o quien haga sus veces.

c) El Decano del colegio de abogados o quien haga sus veces.

d) Un miembro del colegio de notarios designado por su Junta Directiva.

e) Un miembro del colegio de abogados designado por su Junta Directiva.

En los colegios de notarios dentro de cuya jurisdicción exista más de un colegio de abogados, sus representantes ante el jurado calificador serán nombrados por el colegio de abogados más antiguo.

Los miembros a que se refieren los incisos d) y e) no necesariamente serán integrantes de la junta directiva.

El quórum para la instalación y funcionamiento del jurado es de tres miembros.

Artículo 12.- Expedición de Título

Concluido el concurso público de méritos de ingreso a la función notarial, el jurado comunicará el resultado al Consejo del Notariado, para la expedición simultánea de las resoluciones ministeriales a todos los postulantes aprobados y la expedición de títulos por el Ministro de Justicia.

En caso de renuncia del concursante ganador antes de la expedición del título, el Consejo del Notariado podrá asignar la plaza vacante al siguiente postulante aprobado, respetando el orden de mérito del correspondiente concurso.

En caso de declararse desierto el concurso público de mérito para el ingreso a la función notarial, el Colegio de Notarios procederá a una nueva convocatoria.

CAPÍTULO III

DE LOS DEBERES DEL NOTARIO

Artículo 13.- Incorporación al Colegio de Notarios

El notario deberá incorporarse al colegio de notarios dentro de los treinta (30) días de expedido el título, previo juramento o promesa de honor, ante la Junta Directiva. A solicitud del notario dicho plazo podrá ser prorrogado por igual término.

Artículo 14.- Medidas de Seguridad

El notario registrará en el colegio de notario s su firma, rúbrica, signo, sellos y otras medidas de seguridad que juzgue conveniente o el colegio determine, y que el notario utilizará en el ejercicio de la función. La firma, para ser registrada deberá ofrecer un cierto grado de dificultad.

98

Asimismo, el notario está obligado a comunicar cualquier cambio y actualizar dicha información en la oportunidad y forma que establezca el respectivo colegio de notarios. Los colegios de notarios deberán velar por la máxima estandarización de los formatos y medios para la remisión de información a que se refiere el presente párrafo.

Artículo 15.- Inicio de la Función Notarial

El notario iniciará su función dentro de los treinta (30) días, siguientes a su incorporación, prorrogables a su solicitud por única vez, por igual término.

Artículo 16.- Obligaciones del Notario

El notario está obligado a:

a) Abrir su oficina obligatoriamente en el distrito en el que ha sido localizado y mantener la atención al público no menos de siete horas diarias de lunes a viernes.

b) Asistir a su oficina, observando el horario señalado, salvo que por razón de su función tenga que cumplirla fuera de ella.

c) Prestar sus servicios profesionales a cuantas personas lo requieran, salvo las excepciones señaladas en la ley, el reglamento y el Código de Ética.

d) Requerir a los intervinientes la presentación del documento nacional de identidad - D.N.I.- y los documentos legalmente establecidos para la identificación de extranjeros, así como los documentos exigibles para la extensión o autorización de instrumentos públicos notariales protocolares y extraprotocolares.

e) Guardar el secreto profesional.

f) Cumplir con esta ley y su reglamento. Asimismo, cumplir con las directivas, resoluciones, requerimientos, comisiones y responsabilidades que el Consejo del Notariado y el colegio de notarios le asignen.

g) Acreditar ante su colegio una capacitación permanente acorde con la función que desempeña.

h) Contar con una infraestructura física mínima, que permita una óptima conservación de los instrumentos protocolares y el archivo notarial, así como una adecuada prestación de servicios.

i) Contar con una infraestructura tecnológica mínima que permita la interconexión con su colegio de notarios, la informatización que facilite la prestación de servicios notariales de intercambio comercial nacional e internacional y de gobierno electrónico seguro.

j) Orientar su accionar profesional y personal de acuerdo a los principios de veracidad, honorabilidad, objetividad, imparcialidad, diligencia, respeto a la dignidad de los derechos de las personas, la constitución y las leyes.

k) Guardar moderación en sus intervenciones verbales o escritas con los demás miembros de la orden y ante las juntas directivas de los colegios de notarios, el Consejo del Notariado, la Junta de Decanos de los Colegios de Notarios del Perú y la Unión Internacional del Notariado Latino.

l) Proporcionar de manera actualizada y permanente de preferencia por vía telemática o en medios magnéticos los datos e información que le soliciten su colegio y el Consejo del Notariado.

Asimismo suministrar información que los diferentes poderes del Estado pudieran requerir y siempre que no se encuentren prohibidos por ley.

m) Otorgar todas las facilidades que dentro de la ley pueda brindar a la inversión nacional y extranjera en el ejercicio de sus funciones.

n) Cumplir con las funciones que le correspondan en caso de asumir cargos directivos institucionales; y,

ñ) Aceptar y brindar las facilidades para las visitas de inspección que disponga tanto su Colegio de Notarios, el Tribunal de Honor y el Consejo del Notariado en el correspondiente oficio notarial.

CAPÍTULO IV

DE LAS PROHIBICIONES AL NOTARIO

Artículo 17.- Prohibiciones al Notario

Está prohibido al notario:

a) Autorizar instrumentos públicos en los que se concedan derechos o impongan obligaciones a él, su cónyuge, ascendientes, descendientes o parientes consanguíneos o afines dentro del cuarto y segundo grado, respectivamente.

b) Autorizar instrumentos públicos de personas jurídicas en las que él, su cónyuge, o los parientes indicados en el inciso anterior participen en el capital o patrimonio, salvo en aquellos casos de sociedades que se cotizan en la bolsa de valores; así como de aquellas personas jurídicas en las que tengan la calidad de administradores, director, gerente, apoderados o representación alguna.

c) Ser administrador, director, gerente, apoderado o tener representación de personas jurídicas de derecho privado o público en las que el Estado, gobiernos regionales o locales, tengan participación.

d) Desempeñar labores o cargos dentro de la organización de los poderes públicos y del gobierno nacional, regional o local; con excepción de aquellos para los cuales ha sido elegido mediante consulta popular o ejercer el cargo de ministro y viceministro de Estado, en cuyos

casos deberá solicitar la licencia correspondiente. También podrá ejercer la docencia a tiempo parcial y desempeñar las labores o los cargos otorgados en su condición de notario. Asimismo, podrá ejercer los cargos públicos de regidor y consejero regional sin necesidad de solicitar licencia.

e) El ejercicio de la abogacía, excepto en causa propia, de su cónyuge o de los parientes indicados en el inciso a) del presente artículo.

f) Tener más de una oficina notarial.

g) Ejercer la función fuera de los límites de la provincia para la cual ha sido nombrado, con excepción de lo dispuesto en el inciso k) del artículo 130 de la presente ley y el artículo 29 de la Ley Nº 26662; y,

h) El uso de publicidad que contravenga lo dispuesto en el Código de Ética del notariado peruano.

i) La delegación parcial o total de sus funciones

Artículo 18.- Prohibición de Asumir Funciones de Letrado

Se prohíbe al notario autorizar minuta, salvo el caso a que se refiere el inciso e) del artículo que precede; la autorización estará a cargo de abogado, con expresa mención de su número de colegiación.

No está prohibido al notario, en su calidad de letrado, el autorizar recursos de impugnación que la ley y reglamentos registrales franquean en caso de denegatoria de inscripción.

CAPÍTULO V

DE LOS DERECHOS DEL NOTARIO

Artículo 19.- Derechos del Notario

Son derechos del notario:

a) La inamovilidad en el ejercicio de su función.

b) Ser incorporado en la planilla de su oficio notarial, con una remuneración no mayor al doble del trabajador mejor pagado (*), y los derechos derivados propios del régimen laboral de la actividad privada.

c) Gozar de vacaciones, licencias por enfermedad, asistencia a certámenes nacionales o internacionales y razones debidamente justificadas.

d) Negarse a extender instrumentos públicos contrarios a la ley, a la moral o a las buenas costumbres; cuando se le cause agravio personal o profesional y abstenerse de emitir traslados de instrumentos autorizados cuando no se le sufrague los honorarios profesionales y gastos en la oportunidad y forma convenidos.

e) El reconocimiento y respeto de las autoridades por la importante función que cumple en la sociedad, quienes deberán brindarle prioritaria mente las facilidades para el ejercicio de su función; y,

f) El acceso a la información con que cuenten las entidades de la administración pública y que sean requeridos para el adecuado cumplimiento de su función, salvo las excepciones que señala la ley.

Artículo 20.- Encargo del Oficio Notarial

En caso de vacaciones o licencia, el colegio de notarios, a solicitud del interesado, designará otro notario de la misma provincia para que se encargue del oficio del titular. Para estos efectos, el colegio de notarios designará al notario propuesto por el notario a reemplazar.

TÍTULO II

DE LOS INSTRUMENTOS PÚBLICOS NOTARIALES

CAPÍTULO I

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 23.- Definición

Son instrumentos públicos notariales los que el notario, por mandato de la ley o a solicitud de parte, extienda o autorice en ejercicio de su función, dentro de los límites de su competencia y con las formalidades de ley.

Artículo 24.- Fe Pública

Los instrumentos públicos notariales otorgados con arreglo a lo dispuesto en la ley, producen fe respecto a la realización del acto jurídico y de los hechos y circunstancias que el notario presencie.

Asimismo, producen fe aquellos que autoriza el notario utilizando la tecnología de firmas y certificados digitales de acuerdo a la ley de la materia.

Artículo 25.- Instrumentos Públicos Protocolares

Son instrumentos públicos protocolares las escrituras públicas, instrumentos y demás actas que el notario incorpora al protocolo notarial; que debe conservar y expedir los traslados que la ley determina.

Artículo 26.- Instrumentos Públicos Extraprotocolares

Son instrumentos públicos extraprotocolares las actas y demás certificaciones notariales que se refieren a actos, hechos o circunstancias que presencie o le conste al notario por razón de su función.

Artículo 27.- Efectos

54

El notario cumplirá con advertir a los interesados sobre los efectos legales de los instrumentos públicos notariales que autoriza. En el caso de los instrumentos protocolares dejará constancia de este hecho.

Artículo 28.- Idioma

Los instrumentos públicos notariales se extenderán en castellano o en el idioma que la ley permita.

Artículo 29.- Limitaciones en la aplicación

Quedan exceptuadas de lo dispuesto en el artículo anterior las palabras, aforismos y frases de conocida aceptación jurídica.

Artículo 30.- Aplicación de Otros Idiomas

Cuando alguno de los interesados no conozca el idioma usado en la extensión del instrumento, el notario exigirá la intervención de intérprete, nombrado por la parte que ignora el idioma, el que hará la traducción simultánea, declarando bajo su responsabilidad en el instrumento público la conformidad de la traducción.

El notario a solicitud expresa y escrita del otorgante, insertará el texto en el idioma del interesado o adherirlo, en copia legalizada notarialmente, al instrumento original, haciendo mención de este hecho.

Artículo 31.- Forma de Extender un Instrumento Público

Los instrumentos públicos notariales deberán extenderse con caracteres legibles, en forma manuscrita, o usando cualquier medio de impresión que asegure su permanencia.

Artículo 32.- Espacios en Blanco

Los instrumentos públicos notariales no tendrán espacios en blanco. Éstos deberán ser llenados con una línea doble que no permita agregado alguno.

No existe obligación de llenar espacios en blanco, únicamente cuando se trate de documentos insertos o anexos, que formen parte del instrumento público notarial y que hayan sido impresos mediante fotocopiado, escaneado u otro medio similar bajo responsabilidad del notario.

Artículo 33.- Equivocaciones en un Instrumento Público

Se prohíbe en los instrumentos públicos nota riales, raspar o borrar las equivocaciones por cualquier procedimiento. Las palabras, letras, números o frases equivocadas deberán ser testados y se cubrirán con una línea de modo que queden legibles y se repetirán antes de la suscripción, indicándose que no tienen valor.

Los interlineados deberán ser transcritos literalmente antes de la suscripción, indicándose su validez; caso contrario se tendrán por no puestos.

Artículo 34.- Redacción de un Instrumento Público

En la redacción de instrumentos públicos nota riales se podrán utiliza r guarismos, símbolos y fórmulas técnicas.

No se emplean abreviaturas ni iniciales, excepto cuando figuren en los documentos que se inserten.

Artículo 35.- Fechas del instrumento público

La fecha del instrumento y la de su suscripción, cuando fuere el caso, constarán necesariamente en letras.

Deberá constar necesariamente en letras y en número, el precio, capital, área total, cantidades que expresen los títulos valores; así como porcentajes, participaciones y demás datos que resulten esenciales para la seguridad del instrumento a criterio del notario.

CAPÍTULO II

DE LOS INSTRUMENTOS PÚBLICOS PROTOCOLARES

Artículo 36.- Definición

El protocolo notarial es la colección ordenada de registros sobre la misma materia en los que el notario extiende los instrumentos públicos protocolares con arreglo a ley.

Artículo 37.- Registros Protocolares

Forman el protocolo notarial los siguientes registros:

a) De escrituras públicas.

b) De testamentos.

c) De protesto.

d) De actas de transferencia de bienes muebles registrables.

e) De actas y escrituras de procedimientos no contenciosos.

f) De instrumentos protocolares denominados de constitución de garantía mobiliaria y otras afectaciones sobre bienes muebles; y,

g) Otros que señale la ley.

Artículo 38.- Forma de llevar los Registros

El registro se compondrá de cincuenta fojas ordenadas correlativamente según su numeración.

Podrán ser llevados de dos maneras:

a) En veinticinco pliegos de papel emitido por el colegio de notarios, los mismos que se colocarán unos dentro de otros, de modo que las fojas del primer pliego sean la primera y la última; que las del segundo pliego sean la segunda y la penúltima y así sucesivamente; y,

52

b) En cincuenta hojas de papel emitido por el colegio de notarios, que se colocarán en el orden de su numeración seriada, para permitir el uso de sistemas de impresión computarizado.

Artículo 39.- Autorización de los Registros

Cada registro será autorizado antes de su utilización, bajo responsabilidad del notario por el Colegio de Notarios al que pertenece, bajo el procedimiento y medidas de seguridad que éste fije.

Artículo 40.- Foliación de los Registros

Las fojas de cada registro serán numeradas en forma correlativa, respetándose la serie de su emisión.

Artículo 41.- Formación de Tomos

Se formará un tomo por cada diez registros, que deben encuadernarse y empastarse dentro del semestre siguiente a su utilización.

Los tomos serán numerados en orden correlativo.

Artículo 42.- Conservación de los Registros

El notario responderá del buen estado de conservación de los tomos.

Artículo 43.- Seguridad de los Registros

No podrán extraerse los registros y tomos de la oficina del notario, excepto por razones de fuerza mayor o cuando así se requiera para el cumplimiento de la función.

La exhibición, pericia, cotejo u otra diligencia por mandato judicial o del Ministerio Público, se realizará necesariamente en la oficina del notario.

Artículo 44.- Cierre de los Registros

El treinta y uno de diciembre de cada año se cerrarán el registro, sentándose a continuación del último instrumento una constancia suscrita por el notario, la que remitirá, en copia, al colegio de notarios.

Si en el registro quedan fojas en blanco serán inutilizadas mediante dos líneas diagonales que se trazarán en cada página con la indicación que no corren.

Artículo 45.- Extensión de Instrumentos Públicos

Los instrumentos públicos protocolares se extenderán observando riguroso orden cronológico, en los que consignará al momento de extenderse el número que les corresponda en orden sucesivo.

Artículo 46.- Forma de Extender un Instrumento Público

Los instrumentos públicos protocolares se extenderán uno a continuación del otro.

Artículo 47.- Constancia de no conclusión de Instrumento Público

51

Cuando no se concluya la extensión de un instrumento público protocolar o cuando luego de concluido y antes de su suscripción se advierta un error o la carencia de un requisito, el notario indicará en constancia que firmará, que el mismo no corre.

Artículo 48.- Intangibilidad de un Instrumento Público

El instrumento público protocolar suscrito por los otorgantes y autorizado por un notario no podrá ser objeto de aclaración, adición o modificación en el mismo. Ésta se hará mediante otro instrumento público protocolar y deberá sentarse constancia en el primero, de haberse extendido otro instrumento que lo aclara, adiciona o modifica. En el caso que el instrumento que contiene la aclaración, adición o modificación se extienda ante distinto notario, éste comunicará esta circunstancia al primero, para los efectos del cumplimiento de lo dispuesto en este párrafo.

Cuando el notario advierta algún error en la escritura pública, en relación a su propia declaración, podrá rectificarla bajo su responsabilidad y a su costo, con un instrumento aclaratorio sin necesidad que intervengan los otorgantes, informándoseles del hecho al domicilio señalado en la escritura pública.

Artículo 49.- Reposición del Instrumento Público

En caso de destrucción, deterioro, pérdida o sustracción parcial o total de un instrumento público protocolar, deberá informar este hecho al Colegio de Notarios y podrá solicitar la autorización para su reposición, sin perjuicio de la responsabilidad que corresponda.

SECCIÓN PRIMERA

DEL REGISTRO DE ESCRITURAS PÚBLICAS

Artículo 50.- Registro de Escrituras Públicas

En el registro de escrituras públicas se extenderán las escrituras, protocolizaciones y actas que la ley determina.

Artículo 51.- Definición

Escritura pública es todo documento matriz incorporado al protocolo notarial, autorizado por el notario, que contiene uno o más actos jurídicos.

Artículo 52.- Partes de la Escritura Pública

La redacción de la escritura pública comprende tres partes:

a) Introducción.

b) Cuerpo; y,

c) Conclusión.

Artículo 53.- Introducción

50

Antes de la introducción de la escritura pública, el notario podrá indicar el nombre de los otorgantes y la naturaleza del acto jurídico.

Artículo 54.- Contenido de la Introducción

La introducción expresará:

a) Lugar y fecha de extensión del instrumento.

b) Nombre del notario.

c) Nombre, nacionalidad, estado civil, domicilio y profesión u ocupación de los otorgantes; seguida de la indicación que proceden por su propio derecho.

d) El documento nacional de identidad -D.N.I.- y los legalmente establecidos para la identificación de extranjeros.

e) La circunstancia de intervenir en el instrumento una persona en representación de otra, con indicación del documento que lo autoriza.

f) La circunstancia de intervenir un intérprete en el caso de que alguno de los otorgantes ignore el idioma en el que se redacta el instrumento.

g) La indicación de intervenir una persona, llevada por el otorgante, en el caso de que éste sea analfabeto, no sepa o no pueda firmar, sea ciego o tenga otro defecto que haga dudosa su habilidad, sin perjuicio de que imprima su huella digital. A esta persona no le alcanza el impedimento de parentesco que señala esta Ley para el caso de intervención de testigos.

h) La fe del notario de la capacidad, libertad y conocimiento con que se obligan los otorgantes.

i) La indicación de extenderse el instrumento con minuta o sin ella; y,

j) Cualquier dato requerido por ley, que soliciten los otorgantes o que sea necesario a criterio del notario.

Artículo 55.- Identidad del Otorgante

El notario dará fe de conocer a los otorgantes y/o intervinientes o de haberlos identificado.

Es obligación del notario acceder a la base de datos del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil -RENIEC- en aquellos lugares donde se cuente con acceso a Internet y sea posible para la indicada entidad brindar el servicio de consultas en línea, para la verificación de la identidad de los intervinientes mediante la verificación de las imágenes, datos y/o la identificación por comparación biométrica de las huellas dactilares. Cuando el notario lo juzgue conveniente exigirá otros documentos y/o la intervención de testigos que garanticen una adecuada identificación.

El notario que diere fe de identidad de alguno de los otorgantes, inducido a error por la actuación maliciosa de los mismos o de otras personas, no incurrirá en responsabilidad.

49

SECCIÓN SEGUNDA:

DEL REGISTRO DE TESTAMENTOS

Artículo 67.- Definición

En este registro se otorgará el testamento en escritura pública y cerrado que el Código Civil señala.

Será llevado en forma directa por el notario, para garantizar la reserva que la presente ley establece para estos actos jurídicos.

Artículo 68.- Formalidad del Registro de Testamento

El notario observará en el otorgamiento del testamento en escritura pública y el cerrado las formalidades prescritas por el Código Civil.

Artículo 69.- Observaciones al Registro de Testamento

Son también de observancia para el registro de testamentos las normas que preceden en este Título, en cuanto sean pertinentes.

Artículo 70.- Remisión de relación de testamentos

El notario remitirá al colegio de notarios, dentro de los primeros ochos (*) NOTA SPIJ días de cada mes, una relación de los testamentos en escritura pública y cerrados extendidos en el mes anterior.

Para tal efecto, llevará un libro de cargos, que será exhibido en toda visita de inspección.

Artículo 71.- Conocimiento del Testamento

Se prohíbe al notario y al colegio de notarios informar o manifestar el contenido o existencia de los testamentos mientras viva el testador.

El informe o manifestación deberá hacerse por el notario con la sola presentación del certificado de defunción del testador.

Artículo 72.- Traslados de testamentos

El testimonio o boleta del testamento, en vida del testador, sólo será expedido a solicitud de éste.

Artículo 73.- Inscripción del Testamento

El notario solicitará la inscripción del testamento en escritura pública al registro de testamentos que corresponda, mediante parte que contendrá la fecha de su otorgamiento, fojas donde corre extendido en el registro, nombre del notario, del testador y de los testigos, con la constancia de su suscripción.

En caso de revocatoria, indicará en el parte esta circunstancia.

Artículo 74.- El Testamento

48

Tratándose del testamento cerrado el notario transcribirá al registro de testamentos que corresponda, copia literal del acta transcrita en su registro, con indicación de la foja donde corre.

En caso de revocatoria del testamento cerrado transcribirá al registro de testamentos que corresponda, el acta en la que consta la restitución al testador del testamento cerrado, con indicación de la foja donde corre.

SECCIÓN CUARTA:

DEL REGISTRO DE ACTAS DE TRANSFERENCIA DE BIENES MUEBLES REGISTRABLES

Artículo 78.- Registro de Actas de Transferencia de Bienes Muebles Registrables

En este registro se extenderán las actas de transferencia de bienes muebles registrables, que podrán ser:

a) De vehículos; y,

b) De otros bienes muebles identificables y/o incorporados a un registro jurídico, que la ley determine.

Artículo 79.- Observancias del registro de Actas de Transferencia de Bienes Muebles

Son también de observancia para el registro de actas de transferencia de bienes muebles registrables, las normas que preceden en este Título, en cuanto sean pertinentes.

Artículo 80.- Formalidad del Acta de Transferencia

Las actas podrán constar en registros especializados en razón de los bienes muebles materia de la transferencia y en formularios impresos para tal fin.

SECCIÓN QUINTA:

DEL ARCHIVO NOTARIAL Y DE LOS TRASLADOS

Artículo 81.- El Archivo Notarial

El archivo notarial se integra por:

a) Los registros físicos, en soporte de papel o medio magnético, que lleva el notario conforme a ley.

b) Los tomos de minutas extendidas en el registro.

c) Los documentos protocolizados conforme a ley; y,

d) Los índices que señala esta ley.

Artículo 82.- Responsabilidad en la Expedición de Instrumentos Públicos

El notario expedirá, bajo responsabilidad, testimonio, boleta y partes, a quien lo solicite, de los instrumentos públicos notariales que hubiera autorizado en el ejercicio de su función.

Asimismo, expedirá copias certificadas de las minutas que se encuentren en su archivo notarial.

47

Los traslados notariales a que se refiere este artículo podrán efectuarse en formato digital o medios físicos que contengan la información del documento matriz de manera encriptada y segura y que hagan factible su verificación a través de los mecanismos tecnológicos disponibles.

Asimismo el notario podrá emitir un traslado notarial remitido electrónicamente por otro notario e impreso en su oficio notarial, siempre que los mensajes electrónicos se trasladen por un medio seguro y al amparo a la legislación de firmas y certificados digitales.

Las copias electrónicas se entenderán siempre expedidas por el Notario autorizante del documento matriz y no perderán su carácter, valor y efectos por el solo hecho de ser trasladados a formato papel por el notario al que se le hubiere enviado el documento; el mismo que deberá firmarlo y rubricarlo haciendo constar su carácter y procedencia.

Artículo 83.- El Testimonio

El testimonio contiene la transcripción íntegra del instrumento público notarial con la fe que da el notario de su identidad con la matriz, la indicación de su fecha y foja donde corre, la constancia de encontrarse suscrito por los otorgantes y autorizado por él, rubricado en cada una de sus fojas y expedido con su sello y firma, con la mención de la fecha en que lo expide.

Artículo 84.- La Boleta

La boleta expresará un resumen del contenido del instrumento público notarial o transcripción de las cláusulas o términos que el interesado solicite y que expide el notario, con designación del nombre de los otorgantes, naturaleza del acto jurídico, fecha y foja donde corre y la constancia de encontrarse suscrito por los otorgantes y autorizado por él, rubricada en cada una de sus fojas y expedida con su sello y firma, con mención de la fecha en que la expide.

El notario, cuando lo considere necesario, agregará cualquier referencia que dé sentido o complete la transcripción parcial solicitada.

Artículo 85.- El Parte

El parte contiene la transcripción íntegra del instrumento público notarial con la fe que da el notario de su identidad con la matriz, la indicación de su fecha y con la constancia de encontrarse suscrito por los otorgantes y autorizado por él, rubricado en cada una de sus fojas y expedido con su sello y firma, con la mención de la fecha en que lo expide.

Artículo 86.- Expedición de Traslados Notariales

El testimonio, boleta y parte podrá expedirse, a elección del notario, a manuscrito, mecanografiado, en copia fotostática y por cualquier medio idóneo de reproducción.

Artículo 87.- Obligación de Expedir Traslados

Si es solicitado el traslado de un instrumento público notarial y el notario niega su existencia en el registro, el interesado podrá recurrir al Colegio de Notarios respectivo, para que éste ordene el examen del índice y registro y comprobada su existencia, ordene la expedición del traslado correspondiente.

Artículo 88.- Excepción

El notario podrá expedir traslados de instrumentos públicos notariales no inscritos o con la constancia de estar en trámite su inscripción.

Artículo 89.- Designación de Notario para la Autorización de Traslados

Cuando el colegio de notarios esté encargado del archivo designará a un notario autorice los traslados a que se refieren los artículos que preceden.

Artículo 90.- Expedición de Constancia a Solicitud de Parte

A solicitud de parte el notario expedirá constancia que determinado instrumento público notarial no ha sido suscrito por alguno o todos los otorgantes, para los fines legales consiguientes.

Artículo 91.- Índices

El notario llevará índices cronológico y alfabético de instrumentos públicos protocolares, a excepción del registro de protestos que solo llevará el índice cronológico.

El índice consignará los datos necesarios para individualizar cada instrumento.

Estos índices podrán llevarse en tomos o en hojas sueltas, a elección del notario, en el caso de llevarse en hojas sueltas deberá encuadernarse y empastarse dentro del semestre siguiente a su formación.

Asimismo, podrá llevar estos registros a través de archivos electrónicos, siempre y cuando la información de los mismos sea suministrada empleando la tecnología de firmas y certificados digitales de conformidad con la legislación de la materia.

Artículo 92.- Responsabilidad en la Conservación de Archivos

El notario responderá del buen estado de conservación de los archivos e índices.

Artículo 93.- Obligación de Manifestar Documentos

El notario está obligado a manifestar los documentos de su archivo a cuantos tengan interés de instruirse de su contenido.

Esta manifestación se realizará bajo las condiciones de seguridad que el notario establezca.

SECCIÓN TERCERA:

DE LA CERTIFICACIÓN DE ENTREGA DE CARTAS NOTARIALES

Artículo 100.- Definición

45

El notario certificará la entrega de cartas e instrumentos que los interesados le soliciten, a la dirección del destinatario, dentro de los límites de su jurisdicción, dejando constancia de su entrega o de las circunstancias de su diligenciamiento en el duplicad o que devolverá a los interesados.

Artículo 101.- Cartas por correo certificado

El notario podrá cursar las cartas por correo certificado, a una dirección situada fuera de su jurisdicción, agregando al duplicado que devolverá a los interesados, la constancia expedida por la oficina de correo.

Artículo 102.- Responsabilidad del Contenido

El notario no asume responsabilidad sobre el contenido de la carta, ni de la firma, identidad, capacidad o representación del remitente.

Artículo 103.- Registro cronológico de Cartas

El notario llevará un registro en el que anotará, en orden cronológico, la entrega de cartas o instrumentos notariales, el que expresará la fecha de ingreso, el nombre del remitente y del destinatario y la fecha del diligenciamiento.

SECCIÓN CUARTA:

DE LA EXPEDICIÓN DE COPIAS CERTIFICADAS

Artículo 104.- Definición

El notario expedirá copia certificada que contenga la transcripción literal o parte pertinente de actas y demás documentos, con indicación, en su caso, de la certificación del libro u hojas sueltas, folios de que consta y donde obran los mismos, número de firmas y otras circunstancias que sean necesarias para dar una idea cabal de su contenido.

Artículo 105.- Responsabilidad del Contenido

El notario no asume responsabilidad por el contenido del libro u hojas sueltas, acta o documento, ni firma, identidad, capacidad o representación de quienes aparecen suscribiéndolo.

SECCIÓN QUINTA:

DE LA CERTIFICACIÓN DE FIRMAS

Artículo 106.- Definición

El notario certificará firmas en documentos privados cuando le hayan sido suscritas en su presencia o cuando le conste de modo indubitable su autenticidad.

Carece de validez la certificación de firma en cuyo texto se señale que la misma se ha efectuado por vía indirecta o por simple comparación con el documento nacional de identidad o los documentos de identidad para extranjeros.

44

Artículo 107.- Testigo a Ruego

Si alguno de los otorgantes del documento no sabe o no puede firmar, lo hará una persona llevada por él a su ruego; en este caso el notario exigirá, de ser posible, la impresión de la huella digital de aquél, certificando la firma de la persona y dejando constancia, en su caso, de la impresión de la huella digital.

Artículo 108.- Responsabilidad por el Contenido

El notario no asume responsabilidad sobre el contenido del documento de lo que deberá dejar constancia en la certificación, salvo que constituya en sí mismo un acto ilícito o contrario a la moral o a las buenas costumbres.

Artículo 109.- Documento redactado en idioma extranjero

El notario podrá certificar firmas en documentos redactados en idioma extranjero; en este caso, el otorgante asume la plena responsabilidad del contenido del documento y de los efectos que de él se deriven.

SECCIÓN SEXTA:

DE LA CERTIFICACIÓN DE REPRODUCCIONES

Artículo 110.- Definición

El notario certificará reproducciones de documentos obtenidos por cualquier medio idóneo, autorizando con su firma que la copia que se le presenta guarda absoluta conformidad con el original.

Artículo 111.- Facultad del Notario

En caso que el documento presente enmendaduras el notario, a su criterio, podrá denegar la certificación que se le solicita o expedirla dejando constancia de la existencia de las mismas.

SECCIÓN SÉTIMA

DE LA CERTIFICACIÓN DE APERTURA DE LIBROS

Artículo 112.- Definición

El notario certifica la apertura de libros u hojas sueltas de actas, de contabilidad y otros que la ley señale.

Artículo 113.- Formalidad en la Apertura de Libros

La certificación consiste en una constancia puesta en la primera foja útil del libro o primera hoja suelta; con indicación del número que el notario le asignará; del nombre, de la denominación o razón social de la entidad; el objeto del libro; números de folios de que consta y si ésta es llevada en forma simple o doble; día y lugar en que se otorga; y, sello y firma del notario.

Todos los folios llevarán sello notarial.

43

Artículo 114.- Registro

El notario llevará un registro cronológico de certificación de apertura de libros y hojas sueltas, con la indicación del número, nombre, objeto y fecha de la certificación.

Artículo 115.- Cierre y Apertura de Libros

Para solicitar la certificación de un segundo libro u hojas sueltas, deberá acreditarse el hecho de haberse concluido el anterior o la presentación de certificación que demuestre en forma fehaciente su pérdida.

Artículo 116.- Solicitud de Certificación

La certificación a que se refiere esta sección deberá ser solicitada por el interesado o su representante, el que acreditará su calidad de tal ante el notario.

CAPÍTULO IV

DE LOS PODERES

Artículo 117.- Clases de Poderes

Los poderes ante notario podrán revestir las siguientes modalidades:

a) Poder en escritura pública.

b) Poder fuera de registro; y,

c) Poder por carta con firma legalizada.

El notario llevará un índice cronológico que incluya todos los poderes otorgados fuera de registro.

Artículo 118.- Poder por Escritura Pública

El poder por escritura pública se rige por las disposiciones establecidas en la Sección Primera del Título II de la presente ley.

La modificatoria o revocatoria de poder otorgado ante otro notario deberá ser informada por el notario que extienda la escritura pública al notario donde se extendió la escritura de poder.

Artículo 119.- Poder Fuera de Registro

El poder fuera de registro se rige por las disposiciones a que se refiere el artículo anterior, sin requerir para su validez de su incorporación al protocolo notarial.

Artículo 120.- Poder por Carta

El poder por carta con firma legalizada, se otorga en documento privado, conforme las disposiciones sobre la materia.

Respecto a asuntos inherentes al cobro de beneficios de derechos laborales, seguridad social en salud y pensiones, el poder por carta con firma legalizada tiene una validez de tres meses para cantidades menores a media Unidad Impositiva Tributaria.

42

2.4. HIPÓTESIS:

La fianza personal irregularmente obtenida ante el Notario Público es admitida y valorada para el otorgamiento de libertad provisional por el Juez del Primer Juzgado Penal de la Corte Superior de Justicia de Huancavelica.

2.5. VARIABLES:

VARIABLES INDEPENDIENTE (X)

(X1) La Fianza Personal Irregularmente Obtenida Ante El Notario Público.

VARIABLES DEPENDIENTES (Y)

(Y1) El otorgamiento de la libertad provisional por el Juez del Primer Juzgado Penal de Huancavelica.

2.6. OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLES

VARIABLES	DEFINICIÓN CONCEPTUAL	DIMENSIÓN	INDICADORES
Vi. La Fianza Personal Irregularmente Obtenida Ante El Notario Público.	Se llama fianza a aquella garantía que principalmente busca asegurar el cumplimiento efectivo de una obligación, en tanto, el término es empleado, mayormente, con dos sentidos, como garantía real o como garantía personal.	- Ley N° 1049 Ley de Notariado	- Ley N°1049.
Vd. El otorgamiento de la libertad provisional por el Juez del Primer Juzgado Penal de Huancavelica.	La libertad provisional es la última medida cautelar personal a estudiar, consistente en una limitación de la libertad mediante la imposición de obligaciones específicas, de cumplimiento eventualmente garantizando por la prestación de fianza.	- Código Procesal Penal D.S. N°638-1991.	- Artículo 182° - Artículo 183° - Artículo 184° - Artículo 185° - Artículo 186°

CAPITULO III: METODOLOGÍA DE INVESTIGACIÓN

3.1. ÁMBITO DE ESTUDIO:

DELIMITACIÓN ESPACIAL:

La investigación se realizó en el Primer Juzgado Penal de Huancavelica.

DELIMITACIÓN TEMPORAL:

Como delimitación del tiempo de estudio fue del año 2013.

DELIMITACIÓN SOCIAL:

Los Notarios Públicos y Primer Juzgado Penal del Poder Judicial de la Corte Superior de Justicia de Huancavelica.

3.2. TIPO DE INVESTIGACIÓN:

El tipo de investigación empleado fue BASICA O TEORICA, toda vez la investigación se realizó en las Secretarías Penales del Primer Juzgado Penal de Huancavelica, de manera observacional y descriptiva.

3.3. NIVEL DE INVESTIGACIÓN:

El trabajo de investigación es de tipo **DESCRIPTIVO**, ya que se han aplicado los conocimientos obtenidos en las aulas universitarias sobre un tema específico que es la prueba irregular en el proceso penal, a fin de investigar sobre su procedencia y aplicación en la realidad jurídica.

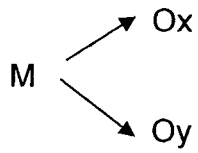
3.4. MÉTODO DE INVESTIGACIÓN:

El método empleado en la investigación fue OBSERVACIONAL. Ya que la investigación debe realizarse observando en forma directa a los Cuadernos de Libertades Provisionales que otorgaron durante el año 2013.

40

3.5. DISEÑO DE INVESTIGACIÓN:

El diseño específico en la verificación de la hipótesis estará orientando por el siguiente esquema:



M: muestra representativa.

Ox: observaciones de la variable "La Fianza Personal Irregularmente Obtenida Ante El Notario Público".

Oy: observaciones de la variable "El otorgamiento de la libertad provisional por el Juez del Primer Juzgado Penal de Huancavelica."

3.6. POBLACIÓN, MUESTRA Y MUESTREO:

a) POBLACIÓN:

Se tomó como población 120 expediente de la 1ra. Secretaria y 2da. Secretaria del Primer Juzgado Penal de la Corte Superior de Huancavelica.

b) MUESTRA:

El tamaño de muestra fue de 50 expedientes judiciales de las Secretarías del Primer Juzgado Penal de la Corte Superior de Huancavelica.

c) MUESTREO:

Para la selección de la muestra se utilizó la técnica del muestreo no probabilístico y será de tipo intencional, de acuerdo a la proporción de expedientes conforme al tipo de delito en la que se aplicó, la determinación como es la fijación de reparación civil en los mismos.

3.7. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS.

Las técnicas utilizadas en la investigación fueron: el **análisis documental**[15] ya que se investigó el resultado de los expedientes mediante las Resoluciones que contienen las Resoluciones Judiciales como instrumento utilizado en la recolección de datos fue la **ficha de registro de datos** la cual cumplió con el objetivo determinado en el proyecto de investigación.

3.8. PROCEDIMIENTO DE RECOLECCIÓN DE DATOS.

La recolección de datos se realizó por medio de varias visitas al Primer Juzgado Penal de Huancavelica, se estableció una comunicación con los operadores jurídicos como son el Juez y secretario de Primer Juzgado Penal, así como se revisó los expedientes del año 2013, aplicándose la ficha de registro de datos, para luego analizar cada una de las Resoluciones Judiciales con los otorgamientos de libertades provisionales. Así mismo se codificó y tabuló los resultados obtenidos para su respectivo análisis estadístico para finalmente analizar e interpretar los cuadros estadísticos.

3.9. TECNICAS DE PROCESAMIENTO Y ANALISIS DE DATOS

Se analizaron los datos ya sea de forma cuantitativa y cualitativa. Los datos cuantitativos se organizaron en una matriz de tabulación (hecha en Excel o SPSS). El análisis de los datos se efectuó sobre esta matriz, la cual ha sido guardada en un archivo que contiene todos los datos recopilados. Los datos cualitativos se han organizado en archivos de documento (hechos en Word u otro semejante). El análisis de datos se efectúa sobre estos documentos.

Se realizó un análisis categórico, de tablas y gráficos de frecuencias simples y múltiples; para la contratación de las dos hipótesis específicas, se ha empleado la prueba de proporciones de la distribución z la normal, y para la hipótesis general la prueba de Chi cuadrado, en ambos casos con un nivel de significación de 5%, nivel de confianza 95% y un margen de error 5%.

Para procesar los datos se utilizara el software de estadística para ciencias sociales SPSS versión 15 y el programa de Excel para tabular los datos.

---

[15] Libro "Metodología de la Investigación Científica" autor Sergio Carrasco Díaz, pagina 275 Y Ander Eg dice: lo fundamental es tener siempre presente la finalidad de la investigación, pues ello permitirá juzgar lo que es apropiado y aprovechable.

CAPITULO IV: RESULTADO

4.1. PRESENTACION DE RESULTADOS

Para la obtención de las conclusiones del trabajo de investigación a partir de los datos recopilados, se han procesado de acuerdo a los objetivos y teniendo en cuenta el diseño de investigación a fin de contrastar estadísticamente la hipótesis de investigación.

Así, mismo en el trabajo de investigación se tuvo como unidades de análisis a 50 expedientes judiciales registrados en los cuadernos de libertades provisionales otorgados en el año 2013, en las secretarias penales 1 y 2 del Primer Juzgado Penal de Huancavelica. Quienes han sido evaluados a través de una encuesta para la variable independiente "la fianza personal obtenida ante el Notario Público" y para la variable dependiente "el otorgamiento de la libertad provisional por el Juez del Primer Juzgado Penal de Huancavelica", que responden a la matriz de evaluación.

Finalmente, la codificación y el procedimiento de los datos se realizaron con el soporte del software estadístico SPSS (paquete estadístico para las ciencias sociales) y la hoja de cálculo Microsoft Excel.

4.1.1. ANALISIS DE LA VARIABLE INDEPENDIENTE LA FIANZA PERSONAL OBTENIDA ANTE EL NOTARIO PÚBLICO

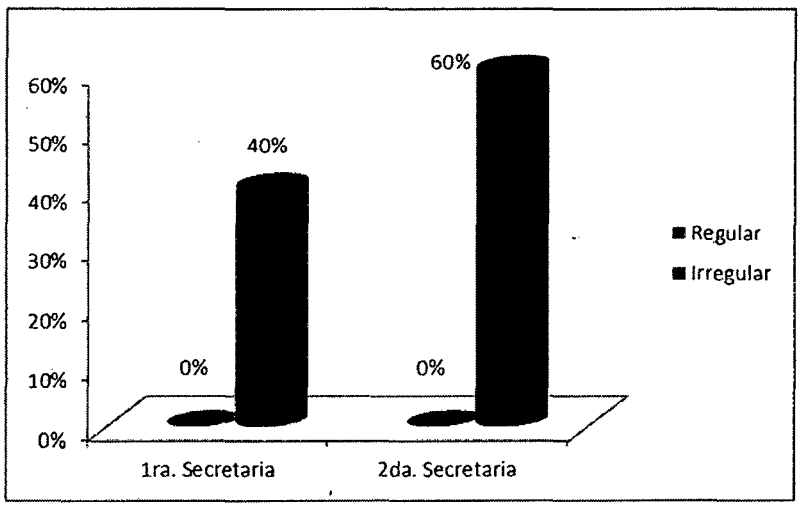
Evaluado los expedientes de la Libertad Provisional en una cantidad de 50 expedientes del Primer y la Segunda secretaria del Primer Juzgado Penal de Huancavelica se han revisado de manera objetiva, para poder determinar cuántas libertades fueron otorgadas con las FIANZAS PERSONALES obtenidas de manera regular e irregular, como detallo a continuación:

Tabla 1: *La Fianza Personal registrado en el Primer Juzgado Penal de Huancavelica el año 2013.*

		FIANZA PERSONAL					
		Irregular		Regular		Total	
		f	%	f	%	f	%
SECRETARIAS	1ra.	20	40,0%	0	0,0%	20	40,0%
	2da.	30	60,0%	0	0,0%	30	60,0%
	Total	50	100,0%	0	0,0%	50	100,0%

Fuente: *Secretarías de juzgado del Primer juzgado penal de Huancavelica.*

Figura 1*: Diagrama de barras sobre la obtención de La Fianza Personal*



De la tabla 1 y figura 1, se observa del total de expedientes revisados en la 1ra. Secretaria del Primer Juzgado Penal son 20 que representan el 40% que contienen fianzas personales obtenidas de manera irregular; así mismo en la 2da. Secretaria del Primer Juzgado Penal son 30 expedientes que representan el 60% que contienen fianzas personales obtenidas irregularmente. Por lo que en el Primer Juzgado Penal en cada una

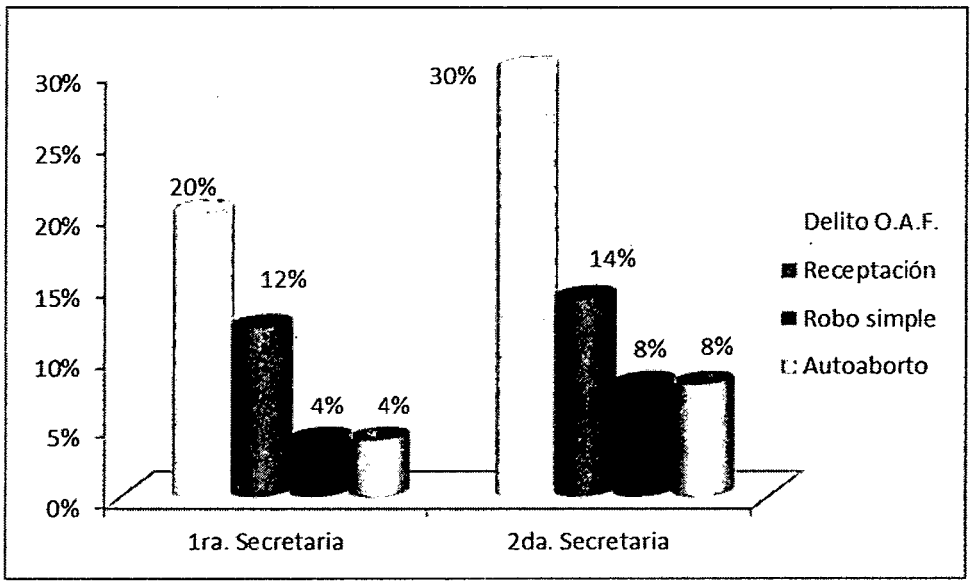
de sus secretarias se registran expedientes con fianzas personales obtenidas de manera irregular al 100% del total.

Tabla 2: *Los tipos de resoluciones – autos de libertad provisional del año 2013.*

		AUTOS									
		Delito O.A.F.		Receptación		Robo simple		Autoaborto		Total	
		f	%	f	%	f	%	f	%	f	%
Secretarias	1ra.	10	20,0%	6	12,0%	2	4,0%	2	4,0%	20	40,0%
	2da	15	30,0%	7	14,0%	4	8,0%	4	8,0%	30	60,0%
	Total	25	50,0%	13	26,0%	6	12,0%	6	12,0%	50	100,0%

Fuente: *Cuadernos de libertad provisional de Secretarías del Primer juzgado penal de Huancavelica.*

Figura 2: *Diagrama de barras sobre tipos de resoluciones – autos de libertad provisional.*



De la tabla 2 y figura 2, se observa del total de expedientes revisados en la 1ra. Secretaria del Primer Juzgado Penal son 20 que representan el 40%, esto obtuve de los cuadernos de libertad provisional dictadas por el Primer Juzgado Penal de Huancavelica en el año 2013 en los 4 delitos que se señalan como son: 20% con delito O.A.F., 12% de receptación, 4% de robo simple y el 4% de autoaborto. Por otra parte en la 2da. Secretaria del Primer Juzgado Penal son 30 expedientes que representan el 60% que se registran en los cuadernos de libertad provisional dictadas por el Primer Juzgado Penal de Huancavelica en

35

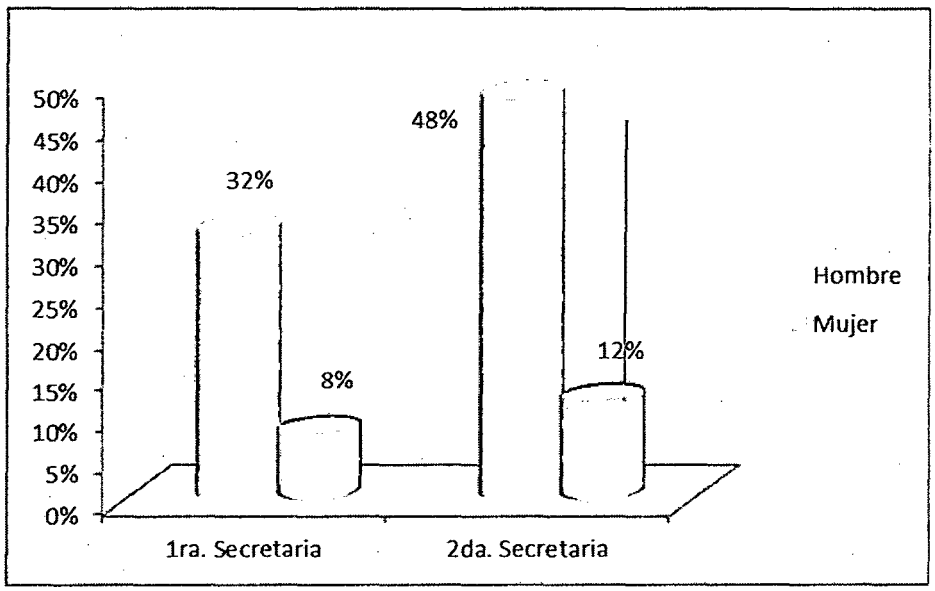
el año 2013, también en los 4 delitos que se señalan como son: 30% con delito O.A.F., 14% de receptación, 8% de robo simple y el 8% de autoaborto.

Tabla 3: Sexo de los que solicitaron la libertad provisional ante el Primer Juzgado penal de Huancavelica, durante el año 2013.

		SEXO					
		MUJER		HOMBRE		Total	
		f	%	f	%	f	%
Secretarias	1ra.	4	8,0%	16	32,0%	20	40,0%
	2da.	6	12,0%	24	48,0%	30	60,0%
	Total	10	20,0%	40	80,0%	50	100,0%

Fuente: *Secretarías de juzgado del Primer juzgado penal de Huancavelica.*

Figura 3: Diagrama de barras sobre sexo de los que solicitaron la libertad provisional.



De la tabla 3 y figura 3, se observa del total de expedientes revisados en la 1ra. Secretaria del Primer Juzgado Penal son 20 de los cuales 4 son de mujeres que representa el 8% y 16 son de hombres que representan el 32% del total. Así mismo en la 2da. Secretaria del Primer Juzgado Penal son 30 expedientes que representan el 60%, de los cuales 6 son de mujeres que representa el 12% y 24 corresponden a hombres que representa el 48% del total. Por lo tanto el 20% del total son mujeres, mientras el 80% son hombres que solicitaron la libertad provisional. Por lo tanto los hombres son los con mayor frecuencia comenten delitos.

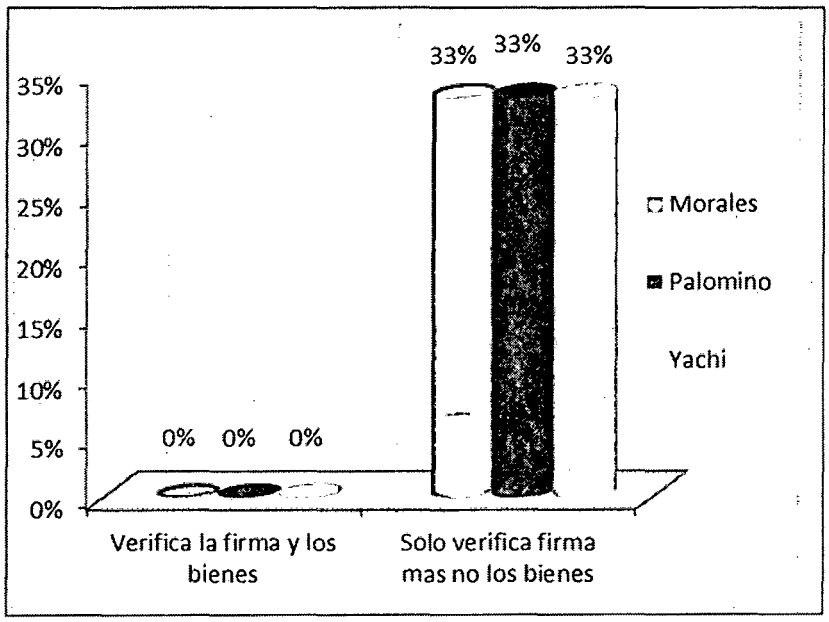
94

Tabla 4: Formas de legalización de las fianzas personales en los notarios de la ciudad de Huancavelica.

		Legalización de la Fianza Personal con					
		Verificación de la firma y los bienes		Solo verificación de la firma mas no los bienes		Total	
		f	%	f	%	f	%
Notaria	Morales	0	0,0%	1	33,3%	1	33,3%
	Palomino	0	0,0%	1	33,3%	1	33,3%
	Yachi	0	0,0%	1	33,3%	1	33,3%
	Total	0	0,0%	3	100,0%	3	100,0%

Fuente: *Encuesta aplicada a Notarios.*

Figura 4: Diagrama de barras sobre Formas de legalización de las fianzas personales



De la tabla 4 y figura 4, se observa del total de Notarios Públicos de la ciudad de Huancavelica, en su totalidad solo verifican la firma y dejan de lado la verificación de los bienes; es decir el 100% de estos Notarios Públicos no verifican la existencia de los bienes con los cuales el garante está avalando como fiador.

4.1.2. ANALISIS DE LA VARIABLE DEPENDIENTE OTORGAMIENTO DE LA LIBERTAD PROVISIONAL POR EL JUEZ DEL PRIMER JUZGADO PENAL DE HUANCAVELICA.

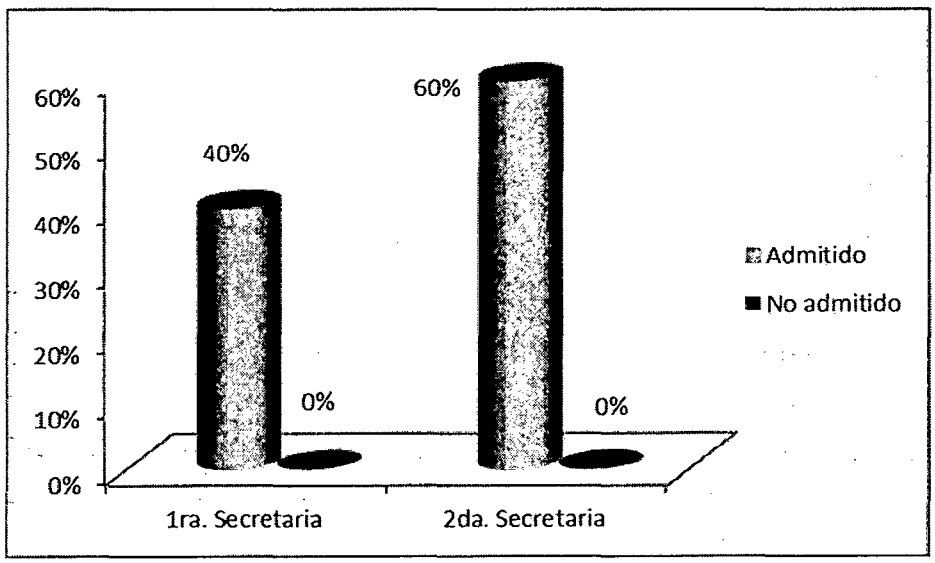
El Primer Juzgado Penal de la Corte Superior de Justicia de Huancavelica, viene otorgando la Libertad Provisional, a sola observancia simulada de la fianza personal escrita y legalizada por Notario Público, durante el año 2013, constituyendo suficiencia para el otorgamiento de la Libertad Provisional, los cuales se pueden observar en los siguiente tablas de todos los casos analizados.

Tabla 5: Otorgamiento de la libertad provisional admitida por el Primer Juzgado penal de Huancavelica, durante el año 2013.

		LIBERTAD_PROVISIONAL					
		Admitido		No admitido		Total	
		f	%	f	%	f	%
Secretarias	1ra.	20	40,0%	0	0,0%	20	40,0%
	2da	30	60,0%	0	0,0%	30	60,0%
	Total	50	100,0%	0	0,0%	50	100,0%

Fuente: *Secretarías de juzgado del Primer juzgado penal de Huancavelica.*

Figura 5: Diagrama de barras sobre sobre el otorgamiento de la libertad provisional admitida.



De la tabla 5 y figura 5, se observa del total de expedientes revisados en la 1ra. Secretaria del Primer Juzgado Penal son 20 que representa el 40% del total fueron admitidos a sola observancia simulada de la fianza personal escrita y legalizada por Notario Público. Del mismo

32

modo en la 2da. Secretaria del Primer Juzgado Penal son 30 expedientes que representan el 60% del total fueron admitidos para el otorgamiento de la libertad provisional a sola observancia simulada de la fianza personal escrita y legalizada por Notario Público del Primer Juzgado Penal de la Corte Suprema de Huancavelica en el año 2013. Por lo tanto las solicitudes presentadas con la fianza personal a sola observancia simulada y legalizada por Notario Público fueron admitidas en totalidad al 100% por el Primer Juzgado Penal de la Corte Suprema de Huancavelica durante el año 2013.

4.2. DISCUSION:

En el Primer Juzgado Penal de la Corte Suprema de Huancavelica durante el año 2013, en la 1ra. Secretaria y 2da. Secretaria se analizaron 20 y 30 expedientes respetivamente sobre expedientes de otorgamiento de libertad provisional los cuales fueron admitidos en un 100% de su totalidad a sola observancia simulada de la fianza personal escrita y legalizada por Notario Público, durante el año 2013. De los cuales la mayoría de los delitos corresponden a los hombres con un 80% y el 20% a las mujeres. Por otra parte los tipos de resoluciones sobre los autos de libertad provisional en el año 2013, corresponden a los 4 tipos de delito como son: por delito O.A.F. con 50%, por receptación con 26%, por robo simple con 12% y autoaborto con 12%.

Los resultados de esta investigación son consistentes con estudios realizado por CASTRO (2011), que debido al insuficiente conocimiento respecto de la prueba ilícita, en los procesos penales conocidos por el subsistema de juzgamiento de delitos de terrorismo los operadores procesales no han desarrollado suficientemente criterios para la admisión o exclusión en el proceso del material probatorio que afecta derechos fundamentales de los procesados. Así mismo, ALCAIDE (2007) corrobora existen directrices actuales para no aplicar la regla que se hallan en la línea de proteger a la sociedad y favorecer la seguridad de los ciudadanos en contra de garantizar los derechos fundamentales. Este motivo de inaplicación de la regla resulta cada vez más imparable y evidente.

CONCLUSIONES

1. En la 1ra. Secretaria y 2da. Secretaria del Primer Juzgado Penal de la Corte Superior de Justicia de Huancavelica se analizaron expedientes sobre el otorgamiento de libertad provisional los cuales fueron admitidos en un 100% de su totalidad a sola observancia simulada de la fianza personal escrita y legalizada por Notario Público, durante el año 2013. La mayoría de los delitos observados en los expedientes analizados corresponden a los hombres con un 80% y a las mujeres con el 20%. Por otra parte los tipos de resoluciones sobre los autos de libertad provisional en el año 2013, corresponden a los 4 tipos de delito como son: por delito O.A.F. con 50%, por receptación con 26%, por robo simple con 12% y autoaborto con 12%.

2. La libertad provisional, es un derecho constitucional; como tal se puede darse en casos cuando nuevos actos de investigación pongan en cuestión la suficiencia de las pruebas que dieron lugar a la medida, cuyos requisitos son: certificado domiciliario expedida por la Municipalidad, certificado de trabajo, documentos del compacto familiar, en caso de los procesados que no tienen posibilidades económicas será presentados la fianza personal.

3. Los Notarios Públicos de la ciudad de Huancavelica en su totalidad no verifican el contenido de la declaración de la fianza personal, sino solo limitan a verificar la firma del otorgante, y por ende los jueces penales, confían ciegamente a la declaración de la fianza personal presentado por el reo en cárcel, porque que se encuentran debidamente legalizados por el Notario Público, pese de ser falso el contenido.

RECOMENDACIONES

1. Los Notarios Público, no pueden limitarse a legalizar documentos privados como son una declaración de fianza personal con el contenido fantasiosa; vale decir, el tercero declaró que es propietario de la Plaza de Armas de Huancavelica. Entonces la recomendación con esta investigación es que los Notarios Públicos deben VERIFICAR PREVIAMENTE la existencia del bien inmueble o mueble de manera objetiva y recién legalizar el documento.

2. Los jueces penales no pueden confiar ciegamente en los documentos consistentes como son la declaración de fianza personal, ya que solo está legalizada la firma y más no el contenido del documento, además de la fianza personal debe solicitar el documento que acredite la existencia del bien.

3. Los jueces para otorgar la libertad provisional, deben exigir la fianza personal pero debidamente acreditada con documento idóneo, para evitar cualquier suspicacia procesal.

BIBLIOGRAFÍA

1. ASENCIO MELLADO, José María. "Derecho Procesal Penal" 2da edición Editorial Tirant lo Blanch. Valencia 2003.

2. BARREIRO, Alberto Jorge. "LA PRISIÓN PROVISIONAL EN LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL". En: La ley, Madrid - España, 1997, Pág. 3.

3. BOTERO, Martín Eduardo. "El Sistema Procesal Acusatorio" Ediciones Jurídicas Andrés Morales. Bogotá 2008.

4. CAFFERATA NORES, José. "LIMITACIÓN TEMPORAL A LA PRISIÓN PREVENTIVA". En: Derecho Penal y Derecho Procesal Penal. Libro Homenaje a Carlos Contreras López, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires - Argentina, 1997, Págs. 221-227. MELERO CANDIL, José María. "DELIMITACIÓN LEGAL DE LA PRISIÓN PROVISIONAL". En: La Ley, Madrid - España, 1999, Pág. 44.

5. Cfr. INSTITUTO PERUANO DE INVESTIGACIÓN CAPACITACIÓN Y ASESORÍA JURÍDICA. "COMENTARIOS AL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES Y AL CÓDIGO PROCESAL PENAL", Lima – Perú, 1999, Pág. 100.

6. Cfr. HUGO VIZCARDO, Silfredo. "LIBERTAD PROVISIONAL". En: Temas Especiales de Derecho Procesal Penal, Editorial IDDELI, Lima – Perú, 1996, Pág. 106.

7. Cfr. GARCÍA RADA, Domingo. "MANUAL DE DERECHO PROCESAL PENAL", s/e, Lima – Perú, 1982, Pág. 136.

8. Cfr. CUBAS VILLANUEVA, Víctor. "EL PROCESO PENAL: TEORÍA Y PRÁCTICA", 3ra. Edición, Editorial Palestra S.A. Lima – Perú, 1998, Pág. 247.

9. Cfr. CHICHIZOLA, Mario. "LA EXCARCELACIÓN", Editorial La Ley, Buenos Aires – Argentina, 1965, Pág. 33.

10. Cfr. SAN MARTÍN CASTRO, César. "DERECHO PROCESAL PENAL", Tomo II, Editorial Grijley, Lima – Perú, 1999, Págs. 895 – 896.

11. Cfr. VIDAL ANDREU, Guillermo. "DETENCIÓN Y PRISIÓN PREVENTIVA". En: Cuadernos de Derecho Judicial. Consejo General del Poder Judicial, Madrid – España, 1996, Pág. 53.

12. Cfr. GIMENO SENDRA, V. / CONDE PUMPIDO TOURON C. / GARBERI LLOBRENGAT, J. "LOS PROCESOS PENALES (COMENTARIOS A LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL CON FORMULARIOS Y JURISPRUDENCIA), Tomo IV, Editorial Bosch, Barcelona – España, 2000, Pág. 268.

13. Cfr. GÓMEZ COLOMER, Juan Luís. "EL PROCESO PENAL ESPAÑOL (PARA AGENTES DE LA AUTORIDAD, CRIMINÓLOGOS Y NO JURISTAS EN GENERAL)", 2da. Edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia – España, 1997, Pág. 380.

14. Cfr. BARONA VILAR, Silvia. "PRISIÓN PROVISIONAL Y MEDIDAS ALTERNATIVAS", Editorial Bosch, Barcelona – España, 1988, Pág. 177.

15. Cfr. MONTERO AROCA, J. "DERECHO JURISDICCIONAL", Tomo III, Editorial Bosch, Barcelona – España, 1989, Pág. 566.

16. Cfr. VIDAL ANDREU, Guillermo. Ob. Cit. Pág. 54.

17. Cfr. MORENO CATENA, Víctor. "DERECHO PROCESAL PENAL", Editorial Tirant le Blanch, Valencia – España, 1990, Pág. 377.

18. Cfr. BARONA VILAR, Silvia. "LA PRISIÓN PROVISICIONAL EN LA LEY ORGÁNICA DEL TRIBUNAL DEL JURADO (COMENTARIOS A LA STC 128/95 DE 26 DE JULIO). En: Rev. General de Derecho, No. 618, Madrid - España, 1996, Pág. 24.

19. Cfr. BOVINO, Alberto. "PROBLEMAS DEL DERECHO PROCESAL PENAL CONTEMPORÁNEO", Editorial Puerto, Buenos Aires - Argentina, 1998, Pág. 139.

20. Cfr. BARRIENTOS PELLECER, Juan. "DERECHO PROCESAL PENAL GUATEMALTECO", Editorial CIJUS, Guatemala, 1996, Pág. 86.

21. IGARTUA, Juan. "Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal". Editorial Tirant lo Blanch. Valencia 1995.

22. TIEDEMANN, Klaus. "Constitución y Derecho Penal". Palestra, Lima 2003

23. ZAGREBELSKY, Gustavo. ¿Derecho procesal Constitucional?, EN: Revista Peruana de Derecho Procesal IV. Estudio Monroy abogados. Lima 2001.

ANEXO

MATRIZ DE CONSISTENCIA

TITULO: "LA OBTENCIÓN IRREGULAR DE FIANZA PERSONAL ESCRITA PARA EL OTORGAMIENTO DE LA LIBERTAD PROVISIONAL, EN EL PRIMER JUZGADO PENAL DE HUANCAVELICA, DURANTE EL AÑO 2013"

PROBLEMAS	OBJETIVOS	HIPÓTESIS	VARIABLES E INDICADORES	INSTRUMENTO	METODO Y DISEÑO	POBLACION Y MUESTRA
PROBLEMA GENERAL: ¿Cómo influye la obtención irregular de la fianza personal escrita legalizada por un Notario Público para el otorgamiento de libertad provisional, en el Primer Juzgado Penal de Huancavelica, durante el año 2013?	**OBJETIVO GENERAL:** **Determinar** la obtención irregular de la fianza personal escrita legalizada por el Notario Público para el otorgamiento de libertad provisional, en el Primer Juzgado Penal de Huancavelica. **OBJETIVOS ESPECÍFICOS:** **Evaluar** la simulación de la fianza personal escrita por el otorgante. **Indagar** la obtención irregular de la fianza personal simulada y legalizada por el Notario Público. **Analizar** la fianza personal simulada, legalizada por un Notario Público, posteriormente admitida para otorgar de la libertad provisional por el Juez del Primer Juzgado Penal de Huancavelica.	La fianza personal irregularmente obtenida ante el Notario Público es admitida y valorada para el otorgamiento de libertad provisional por el juez del primer juzgado penal de Huancavelica.	**VARIABLES INDEPENDIENTE (X)** **(X1)** La obtención irregular de la fianza personal en el otorgamiento de libertad provisional. **VARIABLES DEPENDIENTES (Y)** **(Y1)** Admite y valora la fianza personal irregularmente obtenida, durante el año 2013?	• Análisis de datos: - Encuesta - Cuestionario • Observación	**METODO:** - Descriptivo - Exploratorio **DISEÑO:** - Muestra - Encuesta - Observación	**POBLACIÓN:** Entendida la población o universo como la totalidad de los fenómenos a estudiar en las unidades de población o de muestreo, estas comprenderán todos los expedientes judiciales tramitados por las Secretarías del Primer Juzgado Penal de Huancavelica. **MUESTRA:** Está definida en forma probabilística, debido que, las unidades de muestreo son seleccionadas mediante métodos aleatorios, así como, permite que el tamaño de la muestra se determine por el nivel de precisión requerido. **MUESTREO:** Es la propiedad o características de la población, habiendo considerado para la presente investigación a los Notarios Públicos de Huancavelica y los Magistrados del Poder Judicial de Huancavelica.

92

ENTREVISTA AL NOTARIO PÚBLICO PARA EL TRABAJO DE TESIS

TÍTULO DE TESIS: "LA FIANZA PERSONAL IRREGULARMENTE OBTENIDA ANTE EL NOTARIO PUBLICO ES ADMITIDA Y VALORADA PARA EL OTORGAMIENTO DE LA LIBERTAD PROVISIONAL POR EL JUEZ DEL PRIMER JUZGADO PENAL DE HUANCAVELICA, DURANTE EL AÑO 2013"

Señor Notario Público del Departamento de Huancavelica, la presente entrevista es confidencial y anónima, solo se realiza con fines de investigación. Agradecemos su colaboración y honestidad en el desarrollo de la entrevista.

Para contestar las preguntas escuche con atención:

PREGUNTA Nº 01:

Si verifican la existencia del bien inmueble con la que garantizan la fianza personal para legalizar la firma ante su Despacho:

SI VERIFICARON (0)		NO VERIFICARON (1)	
NO		SI	

PREGUNTA Nº 02:

¿Cuál es la razón fundamental que al momento de legalizar la fianza personal para la obtención de libertad provisional no verificar sobre la existencia o no sobre los bienes con los cuales el garante está avalando como fiador?.

SOLO VERIFICA LA FIRMA (0)		NO VERIFICA LOS BINES (1)	
NO		SI	

	TABULACTON			
N°	SECRETARIA	FIANZA	DELITOS	SEXO
1	1ra. secretaria	Irregular	Delito O.A.F.	MUJER
2	1ra. secretaria	Irregular	Delito O.A.F.	MUJER
3	1ra. secretaria	Irregular	Delito O.A.F.	MUJER
4	1ra. secretaria	Irregular	Delito O.A.F.	MUJER
5	1ra. secretaria	Irregular	Delito O.A.F.	HOMBRE
6	1ra. secretaria	Irregular	Delito O.A.F.	HOMBRE
7	1ra. secretaria	Irregular	Delito O.A.F.	HOMBRE
8	1ra. secretaria	Irregular	Delito O.A.F.	HOMBRE
9	1ra. secretaria	Irregular	Delito O.A.F.	HOMBRE
10	1ra. secretaria	Irregular	Delito O.A.F.	HOMBRE
11	1ra. secretaria	Irregular	Receptación	HOMBRE
12	1ra. secretaria	Irregular	Receptación	HOMBRE
13	1ra. secretaria	Irregular	Receptación	HOMBRE
14	1ra. secretaria	Irregular	Receptación	HOMBRE
15	1ra. secretaria	Irregular	Receptación	HOMBRE
16	1ra. secretaria	Irregular	Receptación	HOMBRE
17	1ra. secretaria	Irregular	Robo simple	HOMBRE
18	1ra. secretaria	Irregular	Robo simple	HOMBRE
19	1ra. secretaria	Irregular	Auto robo	HOMBRE
20	1ra. secretaria	Irregular	Auto robo	HOMBRE
21	2da. secretaria	Irregular	Delito O.A.F.	MUJER
22	2da. secretaria	Irregular	Delito O.A.F.	MUJER
23	2da. secretaria	Irregular	Delito O.A.F.	MUJER
24	2da. secretaria	Irregular	Delito O.A.F.	MUJER
25	2da. secretaria	Irregular	Delito O.A.F.	MUJER
26	2da. secretaria	Irregular	Delito O.A.F.	MUJER
27	2da. secretaria	Irregular	Delito O.A.F.	HOMBRE
28	2da. secretaria	Irregular	Delito O.A.F.	HOMBRE
29	2da. secretaria	Irregular	Delito O.A.F.	HOMBRE
30	2da. secretaria	Irregular	Delito O.A.F.	HOMBRE
31	2da. secretaria	Irregular	Delito O.A.F.	HOMBRE
32	2da. secretaria	Irregular	Delito O.A.F.	HOMBRE
33	2da. secretaria	Irregular	Delito O.A.F.	HOMBRE
34	2da. secretaria	Irregular	Delito O.A.F.	HOMBRE
35	2da. secretaria	Irregular	Delito O.A.F.	HOMBRE
36	2da. secretaria	Irregular	Delito O.A.F.	HOMBRE
37	2da. secretaria	Irregular	Receptación	HOMBRE
38	2da. secretaria	Irregular	Receptación	HOMBRE
39	2da. secretaria	Irregular	Receptación	HOMBRE
40	2da. secretaria	Irregular	Receptación	HOMBRE
41	2da. secretaria	Irregular	Receptación	HOMBRE
42	2da. secretaria	Irregular	Receptación	HOMBRE
43	2da. secretaria	Irregular	Receptación	HOMBRE
44	2da. secretaria	Irregular	Robo simple	HOMBRE
45	2da. secretaria	Irregular	Robo simple	HOMBRE
46	2da. secretaria	Irregular	Robo simple	HOMBRE
47	2da. secretaria	Irregular	Robo simple	HOMBRE
48	2da. secretaria	Irregular	Auto robo	HOMBRE

49	2da. secretaria	Irregular	Auto robo	HOMBRE
50	2da. secretaria	Irregular	Auto robo	HOMBRE

22

UNIVERSIDAD NACIONAL DE HUANCAVELICA
(Creada por ley N° 25265)

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

INFORME FINAL

"LA FIANZA PERSONAL IRREGULARMENTE OBTENIDA ANTE EL NOTARIO PUBLICO ES ADMITIDA Y VALORADA PARA EL OTORGAMIENTO DE LA LIBERTAD PROVISIONAL POR EL JUEZ DEL PRIMER JUZGADO PENAL DE HUANCAVELICA, DURANTE EL AÑO 2013"

PARA OPTAR EL TITULO DE ABOGADO

PRESENTADA POR EL BACHILLER: JESUS ANGEL ONOCC FLORES

Planteamiento del problema

Se sabe que el proceso penal es el camino o vía para convertir en verdad procesal lo que es una verdad histórica, pues los hechos podían haber ocurrido de una determinada manera, pero los mismos tenían que ser acreditados en el proceso penal a través de la prueba. Igualmente, para resolver el conflicto sometido a una investigación de un proceso penal, los operadores procesales y, de manera especial el juzgador, necesariamente deben recurrir al manejo y valoración del material probatorio. Este material probatorio, sin embargo, debe estar dentro del margen legal (regular).

Ahora nuestra investigación precisamente tiene por finalidad de realizar una investigación, para esclarecer y luego proponer como evitar el uso de las pruebas irregulares, porque, día y días observamos como presentan uno de los documentos como requisito esencial de parte formal los litigantes para obtener la libertad provisional; en este caso estamos refiriendo que cuando una persona carente de la economía, exige que debe presentar al Juzgado Penal la Declaración Jurada (fianza personal) sobre la existencia de garantías reales.

Igualmente sabemos que las Declaraciones Juradas deben ir debidamente legalizadas por un Notario Público, entonces uno concurre a la Notaría llevando documento ya redactada, solo para legalizar la misma; una vez estando en la Oficina del Funcionario Público que da fue, no les importa el contenido, sino simplemente comprueba los datos de la persona quién aparece en la Declaración Jurada, para ello solicita DNI, luego legaliza el documento, asunto terminado; vale decir, que el al Notario Público, no les interesa el contenido, solo les interesa datos de la persona; es donde nace la prueba irregular; y este documento es adjuntado como requisito para obtener la libertad provisional, también el Juez, confiándose en el Notario Público tiene por admitida dicho documento y las incorpora al cuaderno de libertad provisional y con ello otorga la libertad solicitada.

EL TRABAJO DE INVESTIGACIÓN DESARROLLADO TIENE COMO OBJETIVO RESPONDER A LA SIGUIENTE INTERROGANTE:

Planteamiento del problema

¿EN QUIÉN INFLUYE LA OBTENCIÓN IRREGULAR DE LA FIANZA PERSONAL ESCRITA LEGALIZADA POR UN NOTARIO PÚBLICO PARA EL OTORGAMIENTO DE LIBERTAD PROVISIONAL, EN EL PRIMER JUZGADO PENAL DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE HUANCAVELICA, DURANTE EL AÑO 2013?

OBJETIVOS

OBJETIVO GENERAL

Determinar si el Primer Juzgado Penal de la Corte Superior de Justicia de Huancavelica, viene otorgando la Libertad Provisional, a sola observancia simulada de la fianza personal escrita y legalizada por Notario Público, durante el año 2013.

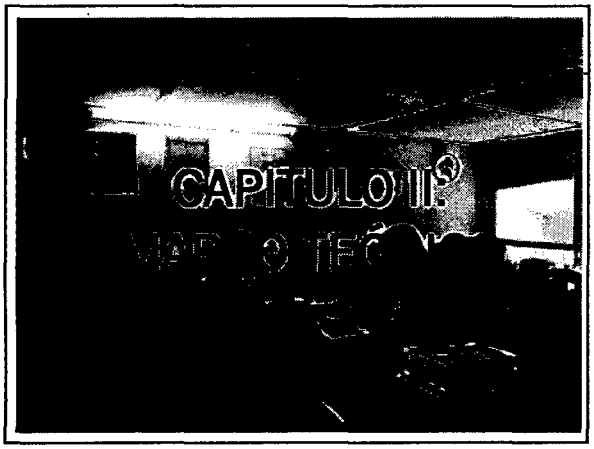
OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Indagar sobre la problemática de la obtención irregular de la fianza personal escrita por el otorgante.
- Analizar si la fianza personal legalizada por Notario Público y posteriormente admitida por el Primer Juzgado Penal de la Corte Superior de Justicia de Huancavelica constituye suficiencia para el otorgamiento de la Libertad Provisional.

Justificación del problema

El tema a investigar reviste importancia a la luz del estado de la cuestión, puesto que la problemática descrita comprende un gran número de procesos penales, básicamente en el momento de otorgamiento de la libertad provisional, como es que los Magistrados confían ciegamente la legalización de la firma por parte de los Notarios Públicos a las Declaraciones Juradas de Fianza Personal.

La presente investigación serán desenmascarados para su radicación de la pruebas irregulares, porque no es justo que los procesados puedan obtener de manera irregular sus libertades ambulatorias; lo cual pues realmente nos impulsa realizar el presente investigación y será útil para la sociedad, porque vamos a resolver un mal que vienen practicando en la actualidad los Notarios Públicos y Jueces Penales de Huancavelica.



Antecedentes internacionales

MANUEL ALCAIDE GONZÁLES, en su tesis titulada: "Aporte: La Exclusary Rule de EEUU., y la prueba ilícita penal de España". Llego a la siguiente CONCLUSIÓN: Es sabido que esta doctrina otorga la nulidad de las pruebas que se derivan de otras directas obtenidas de modo inconstitucional, produciendo una especie de efecto dominó en su validez valorativa por el juzgador.

Antecedente nacional

HAMILTON CASTRO TRIGOSO, en su tesis titulada: "Criterios para la determinación de la prueba ilícita en la jurisprudencia penal peruana". Llego a la siguiente CONCLUSIÓN: Las excepciones a la regla de exclusión aplicables por los juzgadores deben ser expresamente reguladas por el legislador, por ser ello más acecuado a nuestra realidad jurídico - procesal, en tanto que el principio de proporcionalidad podrá ser aplicado en el caso concreto cuando la prueba haya sido regularmente obtenida y el juzgador tenga que optar entre valores o bienes constitucionalmente protegidos, de igual o superior rango.

Bases teórico-científicas

HISTORIA DE NOTARIOS

El Notario ha caminado un largo trecho en el camino de la historia, siempre de la mano de las sociedades que han visto en él ineficiente y necesario aliado del Derecho, del Orden Público y de la vida social en armonía. Dentro de ese caminar, emprendió viaje en los barcos que lo trajeron a Las Américas, a ese Nuevo Mundo lleno de retos y de riqueza. Así es como la función notarial llega al Perú, en medio de la aventura de la gesta conquistadora emprendida por los españoles en estas tierras.

Según el Profesor Julio Bardallo, la Historia del Notariado, tiene las siguientes épocas:

a) Época Pre-notarial. Como exponente de esta época, están los egipcios, los hebreos, los griegos y los romanos.
b) Época Evolutiva. Con la Alta y Baja Edad Media.
c) Época Moderna. A partir del siglo XVIII hasta nuestros días.

EL NOTARIADO EN EL PERÚ.
EN LA ÉPOCA INCAICA Y PREINCAICA

Algunos autores mencionan que hubo cierta forma de notariado, con misión similar a la del viejo mundo; concitando mayor atención a los cronistas, algunos de los cuales afirman haber encontrado, al llegar al imperio incaico, Escribanos Reales y Escribanos del Pueblo, con funciones parecidas a los de la península. Pero para apreciar el valor y grado de certeza de las crónicas, hay que tener en cuenta que el notariado surge, en la historia, como una institución creada por la sociedad para asegurar y proteger la buena fe de las transacciones y actos entre los hombres como producto de las relaciones entre ellos en pos de mantener la paz social.
El dinero es creación genuina de las sociedades en las que predominaba el régimen de la propiedad privada, y existía el comercio como actividad de los particulares, utilizándose el elemento pecuniario para adquirir o transferir los bienes.

EL ORIGEN HISTORICO DE LA PRUEBAS IRREGULAR.

En cuanto a sus orígenes, la ineficacia de las pruebas obtenidas infringiendo derechos o libertades fundamentales tiene clara inspiración en la denominada EXCLUSIONARY RULE, aplicada en los Estados Unidos de América. Se trata de una regla jurisprudencial elaborada por la Corte Suprema de ese país, en virtud de la cual las fuentes de prueba (EVIDENCE) obtenidas por las fuerzas del orden público en el curso de una investigación criminal que violenten derechos y garantías procesales reconocidos en las Enmiendas Cuarta, Quinta, Sexta y Decimocuarta de la Constitución, no podrán aportarse ni ser valoradas por el juez en la fase decisoria de los procesos penales federales o estatales, para determinar la culpabilidad o inocencia del acusado. Esta regla fue creada en 1914 en el caso WEEKS v. UNITED STATES, de aplicación restringida a los Tribunales, por lo que hubo que esperar a la resolución del caso MAPP. V. OHIO, 367, US, 643 (1961), fundado en la Decimocuarta Enmienda y en su cláusula del "Due Process Of Law", para que la EXCLUSIONARY RULE fuera extensiva a todos los Tribunales Estatales.

HIPÓTESIS

La fianza personal irregularmente obtenida ante el Notario Público es admitida y valorada para el otorgamiento de libertad provisional por el Juez del Primer Juzgado Penal de la Corte Superior de Justicia de Huancavelica.

VARIABLES

VARIABLE INDEPENDIENTE:

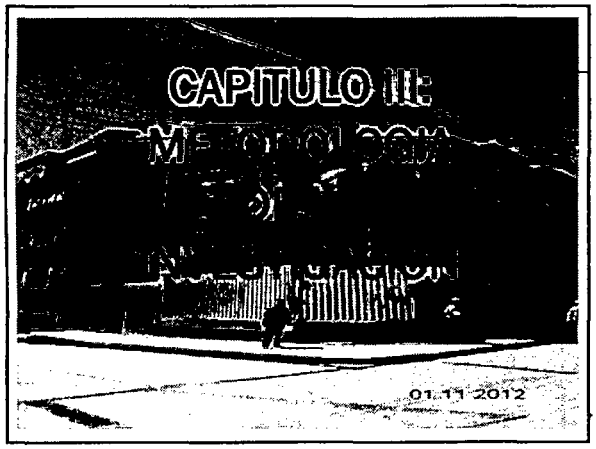
La fianza personal irregularmente obtenida ante el Notario Público.

VARIABLE DEPENDIENTE:

El otorgamiento de la libertad provisional por el Juez del Primer Juzgado Penal de Huancavelica.

Operacionalización de la variable

VARIABLES	DEFINICIÓN CONCEPTUAL	DIMENSION	INDICADORES
VI. La Fianza Personal Irregularmente Obtenida Ante El Notario Público	Es toma fianza a aquella garantía que principalmente busca asegurar el cumplimiento efectivo de una obligación, en tanto, el término es empleado, mayormente, con dos sentidos, como garantía real o como garantía personal	- Ley N° 1049 Ley de fiatariado	- Ley N° 1049.
Vd. El otorgamiento de la libertad provisional por el Juez del Primer Juzgado Penal de Huancavelica.	La libertad provisional es la última medida cautelar personal a estudiar, consistente en una limitación de la libertad mediante la imposición de obligaciones específicas, de cumplimiento eventualmente garantizando por la prestación de fianza.	- Código Procesal Penal 1991.	- Artículo 183° - Artículo 103° - Artículo 184° - Artículo 185° - Artículo 186°



TIPO DE INVESTIGACION

- **Investigación** BASICA O TEORICA, toda vez la investigación se realizó en las Secretarías Penales del Primer Juzgado Penal de Huancavelica, de manera observacional y descriptiva.

NIVEL DE INVESTIGACION:

- **DESCRIPTIVO**, ya que se han aplicado los conocimientos obtenidos en las aulas universitarias sobre un tema específico que es la prueba irregular en el proceso penal, a fin de investigar sobre su procedencia y aplicación en la realidad jurídica.

MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN

El método empleado en la investigación fue OBSERVACIONAL. Ya que la investigación debe realizarse observando en forma directa a los Cuadernos de Libertades Provisionales que otorgaron durante el año 2013.

DISEÑO DE INVESTIGACION

El diseño especifico en la verificación de la hipótesis estará orientando por el siguiente esquema:

DONDE:

M: muestra representativa.

Ox: observaciones de la variable "La Fianza Personal Irregularmente Obtenida Ante El Notario Público".

Oy: observaciones de la variable "El otorgamiento de la libertad provisional por el Juez del Primer Juzgado Penal de Huancavelica."

Población, muestra y muestreo

La población Se tomó como población 120 expediente de la 1ra. Secretaria y 2da. Secretaria del primer juzgado de la Corte Superior de Huancavelica.

El tamaño de la muestra fue de 50 expedientes judiciales de las Secretarías del Primer Juzgado Penal de la Corte Superior de Huancavelica.

El Muestreo aplicado para la selección de la muestra se utilizó la técnica del muestreo no probabilistico y será de tipo intencional, de acuerdo a la proporción de expedientes conforme al tipo de delito en la que se aplicó.

Técnicas e instrumentos de recolección de datos

TECNICA	INSTRUMENTO	CARACTERISTICA
Observación	Ficha de registro de datos	• VALIDEZ: Jueces expertos (C.V.=0.80)
Técnica de fichaje	➢ Fichas bibliografías ➢ Fichas de resumen ➢ Fichas Hemerográficas.	

PROCEDIMIENTO DE VALIDEZ Y CONFIABILIDAD

Se realizó la validez de contenido del instrumento mediante el análisis por criterio de jueces expertos, que implica recibir apoyo de un grupo de profesionales calificados y que hayan realizado estudios o investigaciones en el área de investigación, quienes evaluaron el grado en el cual los reactivos concuerden con los planteamientos del constructor.

TECNICAS ESTADISTICAS PARA EL PROCESAMIENTO DE LA INFORMACION

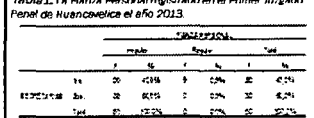
Se tuvo como unidades de análisis que fue de 50 expedientes judiciales de las Secretarías del Primer Juzgado Penal de la Corte Superior de Huancavelica.

La codificación y el procedimiento de los datos se realizaron con el soporte del software estadístico SPSS (paquete estadístico para las ciencias sociales) y la hoja de cálculo Microsoft Excel, cuyos resultados concuerdan exactamente con los procedimientos manuales.

RESULTADO DEL ANALISIS DE LA VARIABLE INDEPENDIENTE "LA FIANZA PERSONAL OBTENIDA ANTE EL NOTARIO PÚBLICO"

ANALISIS DESCRIPTIVO

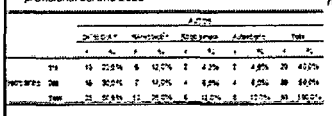
Tabla 1. La Fianza Personal registrado en el Primer Juzgado Penal de Huancavelica el año 2013.



Fuente: Secretarías de Juzgado del Primer Juzgado Penal de Huancavelica.

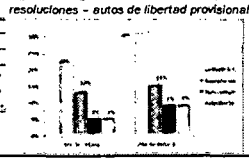
Figura 1.Diagrama de barras sobre la obtención de La Fianza Personal

Tabla 2. Los tipos de resoluciones – autos de libertad provisional del año 2013



Fuente: Cuadernos de libertad provisional de Secretarías del Primer Juzgado penal de Huancavelica

Figura 2. Diagrama de barras sobre tipos de resoluciones – autos de libertad provisional.



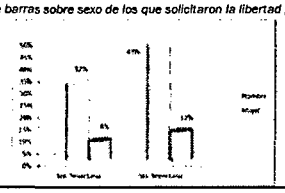
RESULTADO DEL ANALISIS DE LA VARIABLE INDEPENDIENTE "LA FIANZA PERSONAL OBTENIDA ANTE EL NOTARIO PÚBLICO"

Tabla3. Sexo de los que solicitaron la libertad provisional ante el Primer Juzgado penal de Huancavelica, durante el año 2013.

		SEXO					
		MUJER		HOMBRE		TOTAL	
		f	%	f	%	f	%
Sexo	[illegible]	[illegible]	[illegible]	[illegible]	[illegible]	[illegible]	[illegible]
	[illegible]	[illegible]	[illegible]	[illegible]	[illegible]	[illegible]	[illegible]
	Total	[illegible]	[illegible]	[illegible]	[illegible]	[illegible]	[illegible]

Fuente: Secretarías de juzgado del Primer juzgado penal de Huancavelica

Figura 3. Diagrama de barras sobre sexo de los que solicitaron la libertad provisional.



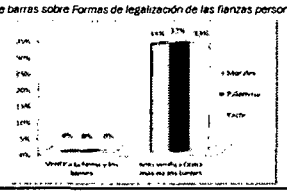
RESULTADO DEL ANALISIS DE LA VARIABLE INDEPENDIENTE "LA FIANZA PERSONAL OBTENIDA ANTE EL NOTARIO PÚBLICO"

Tabla 4. Formas de legalización de las fianzas personales en los notarios de la ciudad de Huancavelica.

		[illegible]					
		[illegible]		[illegible]		Total	
		f	%	f	%	f	%
Notario	[illegible]	[illegible]	[illegible]	[illegible]	[illegible]	[illegible]	[illegible]
	[illegible]	[illegible]	[illegible]	[illegible]	[illegible]	[illegible]	[illegible]
	Total	[illegible]	[illegible]	[illegible]	[illegible]	[illegible]	[illegible]

Fuente Encuesta aplicada a Notarios.

Figura 4. Diagrama de barras sobre Formas de legalización de las fianzas personales



RESULTADOS DEL ANALISIS DE LA VARIABLE DEPENDIENTE "OTORGAMIENTO DE LA LIBERTAD PROVISIONAL POR EL JUEZ DEL PRIMER JUZGADO PENAL DE HUANCAVELICA."

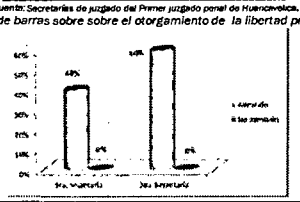
ANALISIS DESCRIPTIVO

Tabla 5. Otorgamiento de la libertad provisional admitida por el Primer Juzgado penal de Huancavelica, durante el año 2013.

		LIBERTAD PROVISIONAL					
		Admitido		No admitido		Total	
		f	%	f	%	f	%
Sexo	[illegible]	[illegible]	[illegible]	[illegible]	[illegible]	[illegible]	[illegible]
	[illegible]	[illegible]	[illegible]	[illegible]	[illegible]	[illegible]	[illegible]
	Total	[illegible]	[illegible]	[illegible]	[illegible]	[illegible]	[illegible]

Fuente: Secretarías de juzgado del Primer juzgado penal de Huancavelica.

Figura 5. Diagrama de barras sobre sobre el otorgamiento de la libertad provisional admitida.

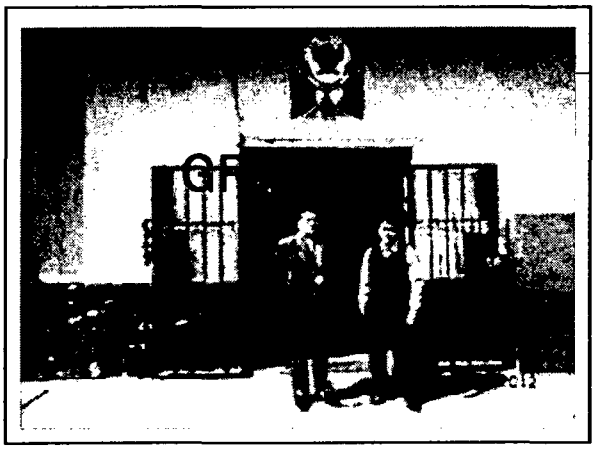


CONCLUSIONES

- En la 1ra. Secretaria y 2da. Secretaria del primer juzgado penal de la corte superior de justicia de Huancavelica se analizaron expedientes sobre el otorgamiento de libertad provisional los cuales fueron admitidos en un 100% de su totalidad a sola observancia simulada de la fianza personal escrita y legalizada por Notario Público, durante el año 2013. La mayoría de los delitos observados en los expedientes analizados corresponden a los hombres con un 80% y a las mujeres con el 20%. Por otra parte los tipos de resoluciones sobre los autos de libertad provisional en el año 2013, corresponden a los 4 tipos de delito como son: por delito O.A.F. con 50%, por receptación con 26%, por robo simple con 12% y autoaborto con 12%.
- La libertad provisional, es un derecho constitucional; como tal se puede darse en casos cuando nuevos actos de investigación pongan en cuestión la suficiencia de las pruebas que dieron lugar a la medida, cuyos requisitos son: certificado domiciliario expedida por la Municipalidad, certificado de trabajo, documentos del compacto familiar, en caso de los procesados que no tienen posibilidades económicas será presentados la fianza personal.
- Los Notarios Públicos de la ciudad de Huancavelica en su totalidad no verifican el contenido de la declaración de la fianza personal, sino solo limitan a verificar la firma del otorgante, y por ende los jueces penales, confían ciegamente a la declaración de la fianza personal presentado por el reo en cárcel, porque que se encuentran debidamente legalizados por el Notario Público, pese de ser falso el contenido.

RECOMENDACIONES

- Los Notarios Público, no pueden limitarse a legalizar documentos privados como son una declaración de fianza personal con el contenido fantasiosa; vale decir, el tercero declaró que es propietario de la Plaza de Armas de Huancavelica. Entonces la recomendación con esta investigación es que los Notarios Públicos deben VERIFICAR PREVIAMENTE la existencia del bien inmueble o mueble de manera objetiva y recién legalizar el documento.
- Los jueces penales no pueden confiar ciegamente en los documentos consistentes como son la declaración de fianza personal, ya que solo está legalizada la firma y más no el contenido del documento, además de la fianza personal debe solicitar el documento que acredite la existencia del bien.
- Los jueces para otorgar la libertad provisional, deben exigir la fianza personal pero debidamente acreditada con documento idóneo, para evitar cualquier suspicacia procesal.



Decreto Legislativo del Notariado

DECRETO LEGISLATIVO Nº 1049

Enlace Web: EXPOSICIÓN DE MOTIVOS PDF.

CONCORDANCIAS: D.S. Nº 010-2010-JUS (TUO del Reglamento del Decreto Legislativo Nº 1049, Decreto Legislativo del Notariado)
D.S. Nº 003-2009-JUS (REGLAMENTO)
D.S. Nº 015-2008-JUS (Aprueban Reglamento del Concurso Público de Méritos para el Ingreso a la Función Notarial)

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

POR CUANTO:

El Congreso de la República, de conformidad con el Artículo 104 de la Constitución Política del Perú, mediante la Ley Nº 29157 ha delegado en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar sobre materias específicas con la finalidad de facilitar la implementación del Acuerdo de Promoción Comercial Perú-Estados Unidos y su protocolo de enmienda así como el apoyo a la competitividad económica para su aprovechamiento, encontrándose dentro de las materias comprendidas en dicha delegación la facilitación del comercio; la promoción de la inversión privada; el impulso a la innovación tecnológica, la mejora de la calidad y el desarrollo de capacidades; y la promoción de las micro, pequeñas y medianas empresas;

Que, el desarrollo del comercio y la promoción tanto de la inversión privada nacional como extranjera así como la formalización de micro, pequeñas y medianas empresas deben contar con una seguridad y publicidad jurídicas que permitan garantizar la cognoscibilidad general de derechos inscribibles o de actos con relevancia registral, lo que implica la modernización de instituciones del Estado, así como de los de operadores adscritos o que actúan por delegación de éste, que, dentro del ordenamiento jurídico, garantizan la seguridad de los actos y transacciones inscribibles, siendo necesario por ello dictar la ley correspondiente que conlleve una mejora en el ejercicio y supervisión de la función notarial, por ser el notario el profesional en Derecho autorizado para dar fe pública por delegación del Estado, a los actos y contratos que ante él se celebren; adecuándolo a los últimos cambios tecnológicos para facilitar las transacciones y el intercambio comercial mediante canales seguros;

Con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros; y,

Con cargo a dar cuenta al Congreso de la República;

Ha dado el Decreto Legislativo siguiente:

DECRETO LEGISLATIVO DEL NOTARIADO

TÍTULO I

DEL NOTARIADO Y DE LA FUNCIÓN NOTARIAL

CAPÍTULO I

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1.- Integración del Notariado
El notariado de la República se integra por los notarios con las funciones, atribuciones y obligaciones que la presente ley y su reglamento señalan.

Las autoridades deberán prestar las facilidades y garantías para el cumplimiento de la función notarial.

Artículo 2.- El Notario
El notario es el profesional del derecho que está autorizado para dar fe de los actos y contratos que ante él se celebran. Para ello formaliza la voluntad de los otorgantes, redactando los instrumentos a los que confiere autenticidad, conserva los originales y expide los traslados correspondientes.

Su función también comprende la comprobación de hechos y la tramitación de asuntos no contenciosos previstos en las leyes de la materia.

Artículo 3.- Ejercicio de la Función Notarial
El notario ejerce su función en forma personal, autónoma, exclusiva e imparcial.

Artículo 4.- Ámbito territorial
El ámbito territorial del ejercicio de la función notarial es provincial no obstante la localización distrital que la presente ley determina.

Artículo 5.- Creación de Plazas Notariales

5.1. El número de notarios en el territorio de la República se establece de la siguiente manera:

a. Una provincia que cuente con al menos cincuenta mil habitantes deberá contar con no menos de dos Notarios.

b. Por cada cincuenta mil habitantes adicionales, se debe contar con un Notario adicional.

5.2. La localización de las plazas son determinados por el Consejo del Notariado. En todo caso, no se puede reducir el número de las plazas existentes.

CAPÍTULO II

DEL INGRESO A LA FUNCIÓN NOTARIAL

Artículo 6.- Ingreso a la Función Notarial
El ingreso a la función notarial se efectúa mediante concurso público de méritos ante jurado calificador constituido según lo dispuesto en el artículo 11 de la presente ley.

Las etapas del concurso son: calificación de currículum vitae, examen escrito y examen oral. Cada etapa es eliminatoria e irrevisable.

Artículo 7.- Forma de los Concursos
Los concursos públicos de méritos para el ingreso a la función notarial serán abiertos y participarán los postulantes que reúnan los requisitos exigidos en el artículo 10 de la presente ley.

En caso que el postulante sea un notario en ejercicio, con una antigüedad no menor de tres (3) años y siempre que en los últimos cinco (5) años no tengan sanciones, tendrá una bonificación máxima del 5% de su nota promedio final.

CONCORDANCIAS: D.S. Nº 015-2008-JUS, Art. 24

Artículo 8.- Facultad del Estado
El Estado reconoce, supervisa y garantiza la función notarial en la forma que señala esta ley.

Artículo 9.- Convocatoria a Plazas Vacantes
Las plazas notariales vacantes o que sean creadas serán convocadas a concurso bajo responsabilidad por los colegios de notarios de la República, por iniciativa propia, en un plazo no mayor de sesenta (60) días calendario de conocer la vacancia o la creación de la plaza.

En el caso de plaza vacante producida por cese de notario, el concurso será convocado en un plazo no mayor de sesenta (60) días calendario de haber quedado firme la resolución de cese.

Asimismo, a requerimiento del Consejo del Notariado, en un plazo no mayor de sesenta (60) días calendario del mismo, los colegios de notarios deberán convocar a concurso para cubrir plazas notariales vacantes o que sean creadas. Transcurrido dicho plazo sin que se convoque a concurso, el Consejo del Notariado quedará facultado a convocarlo.

Artículo 10.- Requisitos de los postulantes
Para postular al cargo de notario se requiere:

a) Ser peruano de nacimiento.

b) Ser abogado, con una antigüedad no menor de cinco años.

c) Tener capacidad de ejercicio de sus derechos civiles.

d) Tener conducta moral intachable.

e) No haber sido condenado por delito doloso.

f) Estar física y mentalmente apto para el cargo.

g) Acreditar haber aprobado examen psicológico ante institución designada por el Consejo del Notariado. Dicho examen evaluará los rasgos de personalidad, valores del postulante y funciones intelectuales requeridos para la función notarial.

CONCORDANCIAS: D.S. N° 015-2008-JUS, Art. 4 y 9

Artículo 11.- El Jurado Calificador
El jurado calificador de cada concurso público de méritos para el ingreso a la función notarial, se integra de la siguiente forma:

a) La persona que designe el Consejo del Notariado, quien lo preside b) El Decano del colegio de notarios o quien haga sus veces.

c) El Decano del colegio de abogados o quien haga sus veces.

d) Un miembro del colegio de notarios designado por su Junta Directiva.

e) Un miembro del colegio de abogados designado por su Junta Directiva.

En los colegios de notarios dentro de cuya jurisdicción exista más de un colegio de abogados, sus representantes ante el jurado calificador serán nombrados por el colegio de abogados más antiguo.

Los miembros a que se refieren los incisos d) y e) no necesariamente serán integrantes de la junta directiva.

El quórum para la instalación y funcionamiento del jurado es de tres miembros.

CONCORDANCIAS: D.S. N° 015-2008-JUS, Art. 12

Artículo 12.- Expedición de Título
Concluido el concurso público de méritos de ingreso a la función notarial, el jurado comunicará el resultado al Consejo del Notariado, para la expedición simultánea de las resoluciones ministeriales a todos los postulantes aprobados y la expedición de títulos por el Ministro de Justicia.

En caso de renuncia del concursante ganador antes de la expedición del título, el Consejo del Notariado podrá asignar la plaza vacante al siguiente postulante aprobado, respetando el orden de mérito del correspondiente concurso.

En caso de declararse desierto el concurso público de mérito para el ingreso a la función notarial, el Colegio de Notarios procederá a una nueva convocatoria.

CAPÍTULO III

DE LOS DEBERES DEL NOTARIO

Artículo 13.- Incorporación al Colegio de Notarios
El notario deberá incorporarse al colegio de notarios dentro de los treinta (30) días de expedido el título, previo juramento o promesa de honor, ante la Junta Directiva. A solicitud del notario dicho plazo podrá ser prorrogado por igual término.

Artículo 14.- Medidas de Seguridad
El notario registrará en el colegio de notarios su firma, rúbrica, signo, sellos y otras medidas de seguridad que juzgue conveniente o el colegio determine, y que el notario utilizará en el ejercicio de la función. La firma, para ser registrada deberá ofrecer un cierto grado de dificultad.

Asimismo, el notario está obligado a comunicar cualquier cambio y actualizar dicha información en la oportunidad y forma que establezca el respectivo colegio de notarios. Los colegios de notarios deberán velar por la máxima estandarización de los formatos y medios para la remisión de información a que se refiere el presente párrafo.

Artículo 15.- Inicio de la Función Notarial
El notario iniciará su función dentro de los treinta (30) días, siguientes a su incorporación, prorrogables a su solicitud por única vez, por igual término.

Artículo 16.- Obligaciones del Notario
El notario está obligado a:

a) Abrir su oficina obligatoriamente en el distrito en el que ha sido localizado y mantener la atención al público no menos de siete horas diarias de lunes a viernes.

b) Asistir a su oficina, observando el horario señalado, salvo que por razón de su función tenga que cumplirla fuera de ella.

c) Prestar sus servicios profesionales a cuantas personas lo requieran, salvo las excepciones señaladas en la ley, el reglamento y el Código de Ética.

d) Requerir a los intervinientes la presentación del documento nacional de identidad - D.N.I.- y los documentos legalmente establecidos para la identificación de extranjeros, así como los documentos exigibles para la extensión o autorización de instrumentos públicos notariales protocolares y extraprotocolares.

e) Guardar el secreto profesional.

f) Cumplir con esta ley y su reglamento. Asimismo, cumplir con las directivas, resoluciones, requerimientos, comisiones y responsabilidades que el Consejo del Notariado y el colegio de notarios le asignen.

g) Acreditar ante su colegio una capacitación permanente acorde con la función que desempeña.

h) Contar con una infraestructura física mínima, que permita una óptima conservación de los instrumentos protocolares y el archivo notarial, así como una adecuada prestación de servicios.

i) Contar con una infraestructura tecnológica mínima que permita la interconexión con su colegio de notarios, la informatización que facilite la prestación de servicios notariales de intercambio comercial nacional e internacional y de gobierno electrónico seguro.

j) Orientar su accionar profesional y personal de acuerdo a los principios de veracidad, honorabilidad, objetividad, imparcialidad, diligencia, respeto a la dignidad de los derechos de las personas, la constitución y las leyes.

k) Guardar moderación en sus intervenciones verbales o escritas con los demás miembros de la orden y ante las juntas directivas de los colegios de notarios, el Consejo del Notariado, la Junta de Decanos de los Colegios de Notarios del Perú y la Unión Internacional del Notariado Latino.

l) Proporcionar de manera actualizada y permanente de preferencia por vía telemática o en medios magnéticos los datos e información que le soliciten su colegio y el Consejo del Notariado. Asimismo suministrar información que los diferentes poderes del Estado pudieran requerir y siempre que no se encuentren prohibidos por ley.

m) Otorgar todas las facilidades que dentro de la ley pueda brindar a la inversión nacional y extranjera en el ejercicio de sus funciones.

n) Cumplir con las funciones que le correspondan en caso de asumir cargos directivos institucionales; y,

CONCORDANCIAS: **D.S. N° 015-2008-JUS, Art. 3**

ñ) Aceptar y brindar las facilidades para las visitas de inspección que disponga tanto su Colegio de Notarios, el Tribunal de Honor y el Consejo del Notariado en el correspondiente oficio notarial.

CAPÍTULO IV

DE LAS PROHIBICIONES AL NOTARIO

Artículo 17.- Prohibiciones al Notario
Está prohibido al notario:

a) Autorizar instrumentos públicos en los que se concedan derechos o impongan obligaciones a él, su cónyuge, ascendientes, descendientes o parientes consanguíneos o afines dentro del cuarto y segundo grado, respectivamente.

b) Autorizar instrumentos públicos de personas jurídicas en las que él, su cónyuge, o los parientes indicados en el inciso anterior participen en el capital o patrimonio; salvo en aquellos casos de sociedades que se cotizan en la bolsa de valores; así como de aquellas personas jurídicas en las que tengan la calidad de administradores, director, gerente, apoderados o representación alguna.

c) Ser administrador, director, gerente, apoderado o tener representación de personas jurídicas de derecho privado o público en las que el Estado, gobiernos regionales o locales, tengan participación.

d) Desempeñar labores o cargos dentro de la organización de los poderes públicos y del gobierno nacional, regional o local; con excepción de aquellos para los cuales ha sido elegido mediante consulta popular o ejercer el cargo de ministro y viceministro de Estado, en cuyos casos deberá solicitar la licencia correspondiente. También podrá ejercer la docencia a tiempo parcial y desempeñar las labores o los cargos otorgados en su condición de notario. Asimismo, podrá ejercer los cargos públicos de regidor y consejero regional sin necesidad de solicitar licencia.

e) El ejercicio de la abogacía, excepto en causa propia, de su cónyuge o de los parientes indicados en el inciso a) del presente artículo.

f) Tener más de una oficina notarial.

g) Ejercer la función fuera de los límites de la provincia para la cual ha sido nombrado, con excepción de lo dispuesto en el inciso k) del artículo 130 de la presente ley y el artículo 29 de la Ley N° 26662; y,

h) El uso de publicidad que contravenga lo dispuesto en el Código de Ética del notariado peruano.

i) La delegación parcial o total de sus funciones

Artículo 18.- Prohibición de Asumir Funciones de Letrado
Se prohíbe al notario autorizar minuta, salvo el caso a que se refiere el inciso e) del artículo que precede; la autorización estará a cargo de abogado, con expresa mención de su número de colegiación.

No está prohibido al notario, en su calidad de letrado, el autorizar recursos de impugnación que la ley y reglamentos registrales franquean en caso de denegatoria de inscripción.

CAPÍTULO V

DE LOS DERECHOS DEL NOTARIO

Artículo 19.- Derechos del Notario
Son derechos del notario:

a) La inamovilidad en el ejercicio de su función.

b) Ser incorporado en la planilla de su oficio notarial, *con una remuneración no mayor al doble del trabajador mejor pagado* **(*)**, y los derechos derivados propios del régimen laboral de la actividad privada.

(*) De conformidad con el Resolutivo 2 de la Sentencia de Expedientes N° 0009, 00015 y 00029-2009-PI-TC, publicada el 30 septiembre 2010, se declara inconstitucional el extremo cuestionado del inciso b) del presente artículo.

c) Gozar de vacaciones, licencias por enfermedad, asistencia a certámenes nacionales o internacionales y razones debidamente justificadas.

d) Negarse a extender instrumentos públicos contrarios a la ley, a la moral o a las buenas costumbres; cuando se le cause agravio personal o profesional y abstenerse de emitir traslados de instrumentos autorizados cuando no se le sufrague los honorarios profesionales y gastos en la oportunidad y forma convenidos.

e) El reconocimiento y respeto de las autoridades por la importante función que cumple en la sociedad, quienes deberán brindarle prioritariamente las facilidades para el ejercicio de su función; y,

f) El acceso a la información con que cuenten las entidades de la administración pública y que sean requeridos para el adecuado cumplimiento de su función, salvo las excepciones que señala la ley.

Artículo 20.- Encargo del Oficio Notarial
En caso de vacaciones o licencia, el colegio de notarios, a solicitud del interesado, designará otro notario de la misma provincia para que se encargue del oficio del titular. Para estos efectos, el colegio de notarios designará al notario propuesto por el notario a reemplazar.

CAPÍTULO VI

DEL CESE DEL NOTARIO

Artículo 21.- Motivos de Cese
El notario cesa por:

a) Muerte.

b) Al cumplir setenta y cinco (75) años de edad. (*)

(*) Inciso declarado inconstitucional por el Resolutivo 2 de la Sentencia de Expedientes N° 0009, 00015 y 00029-2009-PI-TC, publicada el 30 septiembre 2010.

c) Renuncia.

d) Haber sido condenado por delito doloso mediante sentencia firme.

e) No incorporarse al colegio de notarios por causa imputable a él, dentro del plazo establecido por el artículo 13 de la presente ley.

f) Abandono del cargo, por no haber iniciado sus funciones dentro del plazo a que se refiere el artículo 15 de la presente ley, declarada por la junta directiva del colegio respectivo.

g) Abandono del cargo en caso de ser notario en ejercicio, por un plazo de treinta (30) días calendario de inasistencia injustificada al oficio notarial, declarada por la junta directiva del colegio respectivo.

h) Sanción de destitución impuesta en procedimiento disciplinario.

i) Perder alguna de las calidades señaladas en el artículo 10 de la presente ley, declarada por la Junta Directiva del colegio respectivo, dentro de los sesenta (60) días calendario siguientes de conocida la causal.

j) Negarse a cumplir con el requerimiento del Consejo del Notariado a fin de acreditar su capacidad física y/o mental ante la institución pública que éste designe. Esta causal será declarada mediante Resolución del Consejo del Notariado, contra la cual procede recurso de reconsideración; y,

k) Inhabilitación para el ejercicio de la función pública impuesta por el Congreso de la República de conformidad con los artículos 99 y 100 de la Constitución Política.

En el caso de los incisos a), b), c), d) y e) el colegio de notarios comunicará que ha operado la causal de cese al Consejo del Notariado, para la expedición de la resolución ministerial de cancelación de título.

En el caso de los incisos f) g), h), i) y j) el cese se produce desde el momento en que quede firme la resolución. Para el caso del inciso k) el cese surte efectos desde el día siguiente a la publicación de la resolución legislativa en el diario oficial El Peruano.

En caso de cese de un notario en ejercicio, el colegio de notarios, con conocimiento del Consejo del Notariado, se encargará del cierre de sus registros, sentándose a continuación del último instrumento público de cada registro, un acta suscrita por el Decano del colegio de notarios donde pertenezca el notario cesado.

Artículo 22.- Medida Cautelar
Ante indicios razonables que hagan prever el cese del notario por pérdida de calidades señaladas para el ejercicio del cargo, de acuerdo a lo señalado en el artículo 10 de la presente ley y en tanto se lleva adelante el procedimiento señalado en el artículo 21 inciso i) precedente, el Consejo del Notariado mediante decisión motivada podrá imponer la medida cautelar de suspensión del notario. Procede recurso de reconsideración contra dicha resolución, el mismo no suspende la ejecución de la medida cautelar.

TÍTULO II

DE LOS INSTRUMENTOS PÚBLICOS NOTARIALES

CAPÍTULO I

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 23.- Definición
Son instrumentos públicos notariales los que el notario, por mandato de la ley o a solicitud de parte, extienda o autorice en ejercicio de su función, dentro de los límites de su competencia y con las formalidades de ley.

Artículo 24.- Fe Pública
Los instrumentos públicos notariales otorgados con arreglo a lo dispuesto en la ley, producen fe respecto a la realización del acto jurídico y de los hechos y circunstancias que el notario presencie.

Asimismo, producen fe aquellos que autoriza el notario utilizando la tecnología de firmas y certificados digitales de acuerdo a la ley de la materia.

Artículo 25.- Instrumentos Públicos Protocolares
Son instrumentos públicos protocolares las escrituras públicas, instrumentos y demás actas que el notario incorpora al protocolo notarial; que debe conservar y expedir los traslados que la ley determina.

Artículo 26.- Instrumentos Públicos Extraprotocolares
Son instrumentos públicos extraprotocolares las actas y demás certificaciones notariales que se refieren a actos, hechos o circunstancias que presencie o le conste al notario por razón de su función.

Artículo 27.- Efectos
El notario cumplirá con advertir a los interesados sobre los efectos legales de los instrumentos públicos notariales que autoriza. En el caso de los instrumentos protocolares dejará constancia de este hecho.

Artículo 28.- Idioma
Los instrumentos públicos notariales se extenderán en castellano o en el idioma que la ley permita.

Artículo 29.- Limitaciones en la aplicación
Quedan exceptuadas de lo dispuesto en el artículo anterior las palabras, aforismos y frases de conocida aceptación jurídica.

Artículo 30.- Aplicación de Otros Idiomas
Cuando alguno de los interesados no conozca el idioma usado en la extensión del instrumento, el notario exigirá la intervención de intérprete, nombrado por la parte que ignora el idioma, el que hará la traducción simultánea, declarando bajo su responsabilidad en el instrumento público la conformidad de la traducción.

El notario a solicitud expresa y escrita del otorgante, insertará el texto en el idioma del interesado o adherirlo, en copia legalizada notarialmente, al instrumento original, haciendo mención de este hecho.

Artículo 31.- Forma de Extender un Instrumento Público
Los instrumentos públicos notariales deberán extenderse con caracteres legibles, en forma manuscrita, o usando cualquier medio de impresión que asegure su permanencia.

Artículo 32.- Espacios en Blanco
Los instrumentos públicos notariales no tendrán espacios en blanco. Éstos deberán ser llenados con una línea doble que no permita agregado alguno.

No existe obligación de llenar espacios en blanco, únicamente cuando se trate de documentos insertos o anexos, que formen parte del instrumento público notarial y que hayan sido impresos mediante fotocopiado, escaneado u otro medio similar bajo responsabilidad del notario.

Artículo 33.- Equivocaciones en un Instrumento Público
Se prohibe en los instrumentos públicos notariales, raspar o borrar las equivocaciones por cualquier procedimiento. Las palabras, letras, números o frases equivocadas deberán ser testados y se cubrirán con una línea de modo que queden legibles y se repetirán antes de la suscripción, indicándose que no tienen valor.

Los interlineados deberán ser transcritos literalmente antes de la suscripción, indicándose su validez; caso contrario se tendrán por no puestos.

Artículo 34.- Redacción de un Instrumento Público
En la redacción de instrumentos públicos notariales se podrán utilizar guarismos, símbolos y fórmulas técnicas.

No se emplean abreviaturas ni iniciales, excepto cuando figuren en los documentos que se inserten.

Artículo 35.- Fechas del instrumento público.
La fecha del instrumento y la de su suscripción, cuando fuere el caso, constarán necesariamente en letras.

Deberá constar necesariamente en letras y en número, el precio, capital, área total, cantidades que expresen los títulos valores; así como porcentajes, participaciones y demás datos que resulten esenciales para la seguridad del instrumento a criterio del notario.

CAPÍTULO II

DE LOS INSTRUMENTOS PÚBLICOS PROTOCOLARES

Artículo 36.- Definición
El protocolo notarial es la colección ordenada de registros sobre la misma materia en los que el notario extiende los instrumentos públicos protocolares con arreglo a ley.

Artículo 37.- Registros Protocolares
Forman el protocolo notarial los siguientes registros:

a) De escrituras públicas.

b) De testamentos.

c) De protesto.

d) De actas de transferencia de bienes muebles registrables.

e) De actas y escrituras de procedimientos no contenciosos.

f) De instrumentos protocolares denominados de constitución de garantía mobiliaria y otras afectaciones sobre bienes muebles; y,

g) Otros que señale la ley.

Artículo 38.- Forma de llevar los Registros
El registro se compondrá de cincuenta fojas ordenadas correlativamente según su numeración.

Podrán ser llevados de dos maneras:

a) En veinticinco pliegos de papel emitido por el colegio de notarios, los mismos que se colocarán unos dentro de otros, de modo que las fojas del primer pliego sean la primera y la última; que las del segundo pliego sean la segunda y la penúltima y así sucesivamente; y,

b) En cincuenta hojas de papel emitido por el colegio de notarios, que se colocarán en el orden de su numeración seriada, para permitir el uso de sistemas de impresión computarizado.

Artículo 39.- Autorización de los Registros
Cada registro será autorizado antes de su utilización, bajo responsabilidad del notario por el Colegio de Notarios al que pertenece, bajo el procedimiento y medidas de seguridad que éste fije.

Artículo 40.- Foliación de los Registros
Las fojas de cada registro serán numeradas en forma correlativa, respetándose la serie de su emisión.

Artículo 41.- Formación de Tomos
Se formará un tomo por cada diez registros, que deben encuadernarse y empastarse dentro del semestre siguiente a su utilización. Los tomos serán numerados en orden correlativo.

Artículo 42.- Conservación de los Registros

El notario responderá del buen estado de conservación de los tomos.

Artículo 43.- Seguridad de los Registros
No podrán extraerse los registros y tomos de la oficina del notario, excepto por razones de fuerza mayor o cuando así se requiera para el cumplimiento de la función.

La exhibición, pericia, cotejo u otra diligencia por mandato judicial o del Ministerio Público, se realizará necesariamente en la oficina del notario.

Artículo 44.- Cierre de los Registros
El treinta y uno de diciembre de cada año se cerrarán el registro, sentándose a continuación del último instrumento una constancia suscrita por el notario, la que remitirá, en copia, al colegio de notarios.

Si en el registro quedan fojas en blanco serán inutilizadas mediante dos líneas diagonales que se trazarán en cada página con la indicación que no corren.

Artículo 45.- Extensión de Instrumentos Públicos
Los instrumentos públicos protocolares se extenderán observando riguroso orden cronológico, en los que consignará al momento de extenderse el número que les corresponda en orden sucesivo.

Artículo 46.- Forma de Extender un Instrumento Público
Los instrumentos públicos protocolares se extenderán uno a continuación del otro.

Artículo 47.- Constancia de no conclusión de Instrumento Público
Cuando no se concluya la extensión de un instrumento público protocolar o cuando luego de concluido y antes de su suscripción se advierta un error o la carencia de un requisito, el notario indicará en constancia que firmará, que el mismo no corre.

Artículo 48.- Intangibilidad de un Instrumento Público
El instrumento público protocolar suscrito por los otorgantes y autorizado por un notario no podrá ser objeto de aclaración, adición o modificación en el mismo. Ésta se hará mediante otro instrumento público protocolar y deberá sentarse constancia en el primero, de haberse extendido otro instrumento que lo aclara, adiciona o modifica. En el caso que el instrumento que contiene la aclaración, adición o modificación se extienda ante distinto notario, éste comunicará esta circunstancia al primero, para los efectos del cumplimiento de lo dispuesto en este párrafo.

Cuando el notario advierta algún error en la escritura pública, en relación a su propia declaración, podrá rectificarla bajo su responsabilidad y a su costo, con un instrumento aclaratorio sin necesidad que intervengan los otorgantes, informándoseles del hecho al domicilio señalado en la escritura pública.

Artículo 49.- Reposición del Instrumento Público
En caso de destrucción, deterioro, pérdida o sustracción parcial o total de un instrumento público protocolar, deberá informar este hecho al Colegio de Notarios y podrá solicitar la autorización para su reposición, sin perjuicio de la responsabilidad que corresponda.

SECCIÓN PRIMERA

DEL REGISTRO DE ESCRITURAS PÚBLICAS

Artículo 50.- Registro de Escrituras Públicas
En el registro de escrituras públicas se extenderán las escrituras, protocolizaciones y actas que la ley determina.

Artículo 51.- Definición
Escritura pública es todo documento matriz incorporado al protocolo notarial, autorizado por el notario, que contiene uno o más actos jurídicos.

Artículo 52.- Partes de la Escritura Pública
La redacción de la escritura pública comprende tres partes:

a) Introducción.
b) Cuerpo; y,
c) Conclusión.

Artículo 53.- Introducción
Antes de la introducción de la escritura pública, el notario podrá indicar el nombre de los otorgantes y la naturaleza del acto jurídico.

Artículo 54.- Contenido de la Introducción
La introducción expresará:

a) Lugar y fecha de extensión del instrumento.

b) Nombre del notario.

c) Nombre, nacionalidad, estado civil, domicilio y profesión u ocupación de los otorgantes; seguida de la indicación que proceden por su propio derecho.

d) El documento nacional de identidad -D.N.I.- y los legalmente establecidos para la identificación de extranjeros.

e) La circunstancia de intervenir en el instrumento una persona en representación de otra, con indicación del documento que lo autoriza.

f) La circunstancia de intervenir un intérprete en el caso de que alguno de los otorgantes ignore el idioma en el que se redacta el instrumento.

g) La indicación de intervenir una persona, llevada por el otorgante, en el caso de que éste sea analfabeto, no sepa o no pueda firmar, sea ciego o tenga otro defecto que haga dudosa su habilidad, sin perjuicio de que imprima su huella digital. A esta persona no le alcanza el impedimento de parentesco que señala esta Ley para el caso de intervención de testigos.

h) La fe del notario de la capacidad, libertad y conocimiento con que se obligan los otorgantes.

i) La indicación de extenderse el instrumento con minuta o sin ella; y,

j) Cualquier dato requerido por ley, que soliciten los otorgantes o que sea necesario a criterio del notario.

Artículo 55.- Identidad del Otorgante
El notario dará fe de conocer a los otorgantes y/o intervinientes o de haberlos identificado.

Es obligación del notario acceder a la base de datos del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil -RENIEC- en aquellos lugares donde se cuente con acceso a Internet y sea posible para la indicada entidad brindar el servicio de consultas en línea, para la verificación de la identidad de los intervinientes mediante la verificación de las imágenes, datos y/o la identificación por comparación biométrica de las huellas dactilares. Cuando el notario lo juzgue conveniente exigirá otros documentos y/o la intervención de testigos que garanticen una adecuada identificación.

El notario que diere fe de identidad de alguno de los otorgantes, inducido a error por la actuación maliciosa de los mismos o de otras personas, no incurrirá en responsabilidad.

Artículo 56.- Impedimentos para ser testigo
Para intervenir como testigo se requiere tener la capacidad de ejercicio de sus derechos civiles y no estar incurso en los siguientes impedimentos:

a) Ser sordo, ciego y mudo.

b) Ser analfabeto.

c) Ser cónyuge, ascendiente, descendiente o hermano del compareciente.

d) Ser cónyuge o pariente del notario dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad; y,

e) Los que a juicio del notario no se identifiquen plenamente.

f) Ser dependiente del Notariado.

Al testigo, cuyo impedimento no fuere notorio al tiempo de su intervención, se le tendrá como hábil si la opinión común así lo hubiera considerado.

Artículo 57.- Contenido del Cuerpo de la Escritura
El cuerpo de la escritura contendrá:

a) La declaración de voluntad de los otorgantes, contenida en minuta autorizada por letrado, la que se insertará literalmente.

b) Los comprobantes que acrediten la representación, cuando sea necesaria su inserción.

c) Los documentos que los otorgantes soliciten su inserción.

d) Los documentos que por disposición legal sean exigibles.

e) Otros documentos que el notario considere convenientes.

Artículo 58.- Inexigencia de la Minuta
No será exigible la minuta en los actos siguientes:

a) Otorgamiento, aceptación, sustitución, revocación y renuncia del poder.

b) Renuncia de nacionalidad.

c) Nombramiento de tutor y curador en los casos que puede hacerse por escritura pública.

d) Reconocimiento de hijos.

e) Autorización para el matrimonio de menores de edad otorgada por quienes ejercen la patria potestad.

f) Aceptación expresa o renuncia de herencia.

g) Declaración jurada de bienes y rentas.

h) Donación de órganos y tejidos.

i) Constitución de micro y pequeñas empresas.

CONCORDANCIAS: D.S. N° 007-2008-TR, Art. 9 (Simplificación de trámites y régimen de ventanilla única)

j) Hipoteca unilateral; y,

k) Otros que la ley señale.

Artículo 59.- Conclusión de la Escritura Pública
La conclusión de la escritura expresará:

a) La fe de haberse leído el instrumento, por el notario o los otorgantes, a su elección.

b) La ratificación, modificación o indicaciones que los otorgantes hicieren, las que también serán leídas.

c) La fe de entrega de bienes que se estipulen en el acto jurídico.

d) La transcripción literal de normas legales, cuando en el cuerpo de la escritura se cite sin indicación de su contenido y están referidos a actos de disposición u otorgamiento de facultades.

e) La transcripción de cualquier documento o declaración que sea necesario y que pudiera haberse omitido en el cuerpo de la escritura.

f) La intervención de personas que sustituyen a otras, por mandato, suplencia o exigencia de la ley, anotaciones que podrán ser marginales.

g) Las omisiones que a criterio del notario deban subsanarse para obtener la inscripción de los actos jurídicos objeto del instrumento y que los otorgantes no hayan advertido.

h) La corrección de algún error u omisión que el notario o los otorgantes adviertan en el instrumento.

i) La constancia del número de serie de la foja donde se inicia y de la foja donde concluye el instrumento; y,

j) La impresión dactilar y suscripción de todos los otorgantes así como la suscripción del notario, con indicación de la fecha en que firma cada uno de los otorgantes así como cuando concluye el proceso de firmas del instrumento.

Artículo 60.- Minutario
En las minutas se anotará la foja del registro y la fecha en que se extendió el instrumento.

Se formará un tomo de minutas cuando su cantidad lo requiera, ordenándolas según el número que les corresponda.

Los tomos se numerarán correlativamente.

Artículo 61.- Autorización de Instrumento Público Posterior al Cese
Si el notario ha cesado en el cargo sin haber autorizado una escritura pública o acta notarial protocolar, cuando aquella se encuentre suscrita por todos los intervinientes, puede cualquier interesado pedir por escrito al colegio de notarios encargado del archivo, que designe a un notario, para que autorice el instrumento público, con indicación de la fecha en que se verifica

este acto y citando previamente a las partes.

Artículo 62.- Designación de Notario que Autorizará Instrumento Público Posterior al Cese.

En el caso de que el notario ha cesado en el cargo y la escritura o acta notarial protocolar no haya sido suscrita por ninguno o alguno de los otorgantes, podrán éstos hacerlo solicitándolo por escrito al colegio de notarios encargado del archivo, para que designe un notario, quien dará fe de este hecho y autorizará la escritura con indicación de la fecha en que se verifica este acto.

Artículo 63.- Transferencia de los Archivos

Transcurridos dos (2) años de ocurrido el cese del notario, los archivos notariales serán transferidos al Archivo General de la Nación o a los archivos departamentales, de conformidad con el artículo 5 del Decreto Ley Nº 19414 y el artículo 9 de su Reglamento.

Artículo 64.- Protocolización

Por la protocolización se incorporan al registro de escrituras públicas los documentos que la ley, resolución judicial o administrativa ordenen.

Artículo 65.- Contenido del Acta de Protocolización

El acta de protocolización contendrá:

a) Lugar, fecha y nombre del notario.

b) Materia del documento.

c) Los nombres de los intervinientes.

d) El número de fojas de que conste; y,

e) Nombre del juez que ordena la protocolización y del secretario cursor y mención de la resolución que ordena la protocolización con la indicación de estar consentida o ejecutoriada o denominación de la entidad que solicita la protocolización.

Artículo 66.- Adjuntos a la Protocolización

El notario agregará los documentos materia de la protocolización al final del tomo donde corre sentada el acta de protocolización.

Los documentos protocolizados no podrán separarse del registro de escrituras públicas por ningún motivo.

SECCIÓN SEGUNDA:

DEL REGISTRO DE TESTAMENTOS

Artículo 67.- Definición

En este registro se otorgará el testamento en escritura pública y cerrado que el Código Civil señala.

Será llevado en forma directa por el notario, para garantizar la reserva que la presente ley establece para estos actos jurídicos.

Artículo 68.- Formalidad del Registro de Testamento

El notario observará en el otorgamiento del testamento en escritura pública y el cerrado las formalidades prescritas por el Código Civil.

Artículo 69.- Observaciones al Registro de Testamento

Son también de observancia para el registro de testamentos las normas que preceden en este Título, en cuanto sean pertinentes.

Artículo 70.- Remisión de relación de testamentos

El notario remitirá al colegio de notarios, dentro de los primeros ochos(*)NOTA SPIJ días de cada mes, una relación de los testamentos en escritura pública y cerrados extendidos en el mes anterior.

Para tal efecto, llevará un libro de cargos, que será exhibido en toda visita de inspección.

Artículo 71.- Conocimiento del Testamento

Se prohíbe al notario y al colegio de notarios informar o manifestar el contenido o existencia de los testamentos mientras viva el testador.

El informe o manifestación deberá hacerse por el notario con la sola presentación del certificado de defunción del testador.

Artículo 72.- Traslados de testamentos

El testimonio o boleta del testamento, en vida del testador, sólo será expedido a solicitud de éste.

Artículo 73.- Inscripción del Testamento

El notario solicitará la inscripción del testamento en escritura pública al registro de testamentos que corresponda, mediante parte que contendrá la fecha de su otorgamiento, fojas donde corre extendido en el registro, nombre del notario, del testador y de los testigos, con la constancia de su suscripción.

En caso de revocatoria, indicará en el parte esta circunstancia.

Artículo 74.- El Testamento

Tratándose del testamento cerrado el notario transcribirá al registro de testamentos que corresponda, copia literal del acta transcrita en su registro, con indicación de la foja donde corre.

En caso de revocatoria del testamento cerrado transcribirá al registro de testamentos que corresponda, el acta en la que consta la restitución al testador del testamento cerrado, con indicación de la foja donde corre.

SECCIÓN TERCERA:

DEL REGISTRO DE PROTESTOS

Artículo 75.- Registro de Protestos

En este registro se anotarán los protestos de títulos valores, asignando una numeración correlativa a cada título, según el orden de presentación por parte de los interesados para los fines de su protesto, observando las formalidades señaladas en la ley de la materia.

Igualmente, en este mismo registro se anotarán los pagos parciales, negación de firmas en los títulos valores protestados u otras manifestaciones que deseen dejar constancia las personas a quienes se dirija la notificación del protesto, en el curso del día de dicha notificación y hasta el día hábil siguiente.

Artículo 76.- Formalidad del Registro

El registro puede constar en libros, o en medios electrónicos o similares que aseguren la oportunidad de sus anotaciones, observando las normas precedentes al presente Título en cuanto resulten pertinentes.

Artículo 77.- Registros separados
Se podrán llevar registros separados para títulos valores sujetos a protesto por falta de aceptación, por falta de pago y otras obligaciones; y por tipo de título valor, expidiendo certificaciones a favor de quienes lo soliciten.

SECCIÓN CUARTA:

DEL REGISTRO DE ACTAS DE TRANSFERENCIA DE BIENES MUEBLES REGISTRABLES

Artículo 78.- Registro de Actas de Transferencia de Bienes Muebles Registrables
En este registro se extenderán las actas de transferencia de bienes muebles registrables, que podrán ser:

a) De vehículos; y,

b) De otros bienes muebles identificables y/o incorporados a un registro jurídico, que la ley determine.

Artículo 79.- Observancias del registro de Actas de Transferencia de Bienes Muebles
Son también de observancia para el registro de actas de transferencia de bienes muebles registrables, las normas que preceden en este Título, en cuanto sean pertinentes.

Artículo 80.- Formalidad del Acta de Transferencia
Las actas podrán constar en registros especializados en razón de los bienes muebles materia de la transferencia y en formularios impresos para tal fin.

SECCIÓN QUINTA:

DEL ARCHIVO NOTARIAL Y DE LOS TRASLADOS

Artículo 81.- El Archivo Notarial
El archivo notarial se integra por:

a) Los registros físicos, en soporte de papel o medio magnético, que lleva el notario conforme a ley.

b) Los tomos de minutas extendidas en el registro.

c) Los documentos protocolizados conforme a ley; y,

d) Los índices que señala esta ley.

Artículo 82.- Responsabilidad en la Expedición de Instrumentos Públicos
El notario expedirá, bajo responsabilidad, testimonio, boleta y partes, a quien lo solicite, de los instrumentos públicos notariales que hubiera autorizado en el ejercicio de su función.

Asimismo, expedirá copias certificadas de las minutas que se encuentren en su archivo notarial.

Los traslados notariales a que se refiere este artículo podrán efectuarse en formato digital o medios físicos que contengan la información del documento matriz de manera encriptada y segura y que hagan factible su verificación a través de los mecanismos tecnológicos disponibles.

Asimismo el notario podrá emitir un traslado notarial remitido electrónicamente por otro notario e impreso en su oficio notarial, siempre que los mensajes electrónicos se trasladen por un medio seguro y al amparo a la legislación de firmas y certificados digitales.

Las copias electrónicas se entenderán siempre expedidas por el Notario autorizante del documento matriz y no perderán su carácter, valor y efectos por el solo hecho de ser trasladados a formato papel por el notario al que se le hubiere enviado el documento; el mismo que deberá firmarlo y rubricarlo haciendo constar su carácter y procedencia.

Artículo 83.- El Testimonio
El testimonio contiene la transcripción íntegra del instrumento público notarial con la fe que da el notario de su identidad con la matriz, la indicación de su fecha y foja donde corre, la constancia de encontrarse suscrito por los otorgantes y autorizado por él, rubricado en cada una de sus fojas y expedido con su sello y firma, con la mención de la fecha en que lo expide.

Artículo 84.- La Boleta
La boleta expresará un resumen del contenido del instrumento público notarial o transcripción de las cláusulas o términos que el interesado solicite y que expide el notario, con designación del nombre de los otorgantes, naturaleza del acto jurídico, fecha y foja donde corre y la constancia de encontrarse suscrito por los otorgantes y autorizado por él, rubricada en cada una de sus fojas y expedida con su sello y firma, con mención de la fecha en que la expide.

El notario, cuando lo considere necesario, agregará cualquier referencia que dé sentido o complete la transcripción parcial solicitada.

Artículo 85.- El Parte
El parte contiene la transcripción íntegra del instrumento público notarial con la fe que da el notario de su identidad con la matriz, la indicación de su fecha y con la constancia de encontrarse suscrito por los otorgantes y autorizado por él, rubricado en cada una de sus fojas y expedido con su sello y firma, con la mención de la fecha en que lo expide.

Artículo 86.- Expedición de Traslados Notariales
El testimonio, boleta y parte podrá expedirse, a elección del notario, a manuscrito, mecanografiado, en copia fotostática y por cualquier medio idóneo de reproducción.

Artículo 87.- Obligación de Expedir Traslados
Si es solicitado el traslado de un instrumento público notarial y el notario niega su existencia en el registro, el interesado podrá recurrir al Colegio de Notarios respectivo, para que éste ordene el examen del índice y registro y comprobada su existencia, ordene la expedición del traslado correspondiente.

Artículo 88.- Excepción
El notario podrá expedir traslados de instrumentos públicos notariales no inscritos o con la constancia de estar en trámite su inscripción.

Artículo 89.- Designación de Notario para la Autorización de Traslados
Cuando el colegio de notarios esté encargado del archivo designará a un notario autorice los traslados a que se refieren los artículos que preceden.

Artículo 90.- Expedición de Constancia a Solicitud de Parte
A solicitud de parte el notario expedirá constancia que determinado instrumento público notarial no ha sido suscrito por alguno o todos los otorgantes, para los fines legales consiguientes.

Artículo 91.- Índices
El notario llevará índices cronológico y alfabético de instrumentos públicos protocolares, a excepción del registro de protestos que solo llevará el índice cronológico.

El índice consignará los datos necesarios para individualizar cada instrumento.

Estos índices podrán llevarse en tomos o en hojas sueltas, a elección del notario, en el caso de llevarse en hojas sueltas deberá encuadernarse y empastarse dentro del semestre siguiente a su formación.

Asimismo, podrá llevar estos registros a través de archivos electrónicos, siempre y cuando la información de los mismos sea suministrada empleando la tecnología de firmas y certificados digitales de conformidad con la legislación de la materia.

Artículo 92.- Responsabilidad en la Conservación de Archivos
El notario responderá del buen estado de conservación de los archivos e índices.

Artículo 93.- Obligación de Manifestar Documentos
El notario está obligado a manifestar los documentos de su archivo a cuantos tengan interés de instruirse de su contenido.

Esta manifestación se realizará bajo las condiciones de seguridad que el notario establezca.

CAPÍTULO III

DE LOS INSTRUMENTOS PÚBLICOS EXTRAPROTOCOLARES

SECCIÓN PRIMERA:

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 94.- Clases de Actas extra - protocolares
Son actas extra - protocolares:

a) De autorización para viaje de menores.

b) De destrucción de bienes.

c) De entrega.

d) De juntas, directorios, asambleas, comités y demás actuaciones corporativas.

e) De licitaciones y concursos.

f) De inventarios; y subastas de conformidad con el Decreto Legislativo Nº 674, Ley de Promoción de la Inversión Privada de las Empresas del Estado.

g) De sorteos y de entrega de premios.

h) De constatación de identidad, para efectos de la prestación de servicios de certificación digital.

i) De transmisión por medios electrónicos de la manifestación de voluntad de terceros; y,

j) De verificación de documentos y comunicaciones electrónicas en general.

k) Otras que la ley señale

El notario llevará un índice cronológico de autorizaciones de viaje al interior y al exterior, el mismo que comunicará en la periodicidad, medios u oportunidad que señale el reglamento, a las autoridades respectivas.

Artículo 95.- Clases de certificaciones
Son certificaciones:

a) La entrega de cartas notariales.
b) La expedición de copias certificadas.
c) La certificación de firmas.
d) La certificación de reproducciones.
e) La certificación de apertura de libros.
f) La constatación de supervivencia.
g) La constatación domiciliaria; y,
h) Otras que la ley determine.

Artículo 96.- Incorporación al Protocolo
Las actas y certificaciones a que se contraen los artículos que preceden, son susceptibles de incorporarse al protocolo notarial, a solicitud de parte interesada, cumpliéndose las regulaciones que sobre el particular rigen.

Son también susceptibles de incorporarse al protocolo notarial los documentos que las partes soliciten.

Artículo 97.- Autorización de Instrumentos Extra - protocolares
La autorización del notario de un instrumento público extra protocolar, realizada con arreglo a las prescripciones de esta ley, da fe de la realización del acto, hecho o circunstancia, de la identidad de las personas u objetos, de la suscripción de documentos, confiriéndole fecha cierta.

SECCIÓN SEGUNDA:

DE LAS ACTAS EXTRAPROTOCOLARES

Artículo 98.- Definición
El notario extenderá actas en las que se consigne los actos, hechos o circunstancias que presencie o le conste y que no sean de competencia de otra función.

Las actas podrán ser suscritas por los interesados y necesariamente por quien formule observación.

Artículo 99.- Identificación del notario.
Antes de la facción del acta, el notario dará a conocer su condición de tal y que ha sido solicitada su intervención para autorizar el instrumento público extraprotocolar.

SECCIÓN TERCERA:

DE LA CERTIFICACIÓN DE ENTREGA DE CARTAS NOTARIALES

Artículo 100.- Definición
El notario certificará la entrega de cartas e instrumentos que los interesados le soliciten, a la dirección del destinatario, dentro de los límites de su jurisdicción, dejando constancia de su entrega o de las circunstancias de su diligenciamiento en el duplicado que devolverá a los interesados.

Artículo 101.- Cartas por correo certificado
El notario podrá cursar las cartas por correo certificado, a una dirección situada fuera de su jurisdicción, agregando al duplicado que devolverá a los interesados, la constancia expedida por la oficina de correo.

Artículo 102.- Responsabilidad del Contenido
El notario no asume responsabilidad sobre el contenido de la carta, ni de la firma, identidad, capacidad o representación del remitente.

Artículo 103.- Registro cronológico de Cartas
El notario llevará un registro en el que anotará, en orden cronológico, la entrega de cartas o instrumentos notariales, el que expresará la fecha de ingreso, el nombre del remitente y del destinatario y la fecha del diligenciamiento.

SECCIÓN CUARTA:

DE LA EXPEDICIÓN DE COPIAS CERTIFICADAS

Artículo 104.- Definición
El notario expedirá copia certificada que contenga la transcripción literal o parte pertinente de actas y demás documentos, con indicación, en su caso, de la certificación del libro u hojas sueltas, folios de que consta y donde obran los mismos, número de firmas y otras circunstancias que sean necesarias para dar una idea cabal de su contenido.

Artículo 105.- Responsabilidad del Contenido
El notario no asume responsabilidad por el contenido del libro u hojas sueltas, acta o documento, ni firma, identidad, capacidad o representación de quienes aparecen suscribiéndolo.

SECCIÓN QUINTA:

DE LA CERTIFICACIÓN DE FIRMAS

Artículo 106.- Definición
El notario certificará firmas en documentos privados cuando le hayan sido suscritas en su presencia o cuando le conste de modo indubitable su autenticidad.

Carece de validez la certificación de firma en cuyo texto se señale que la misma se ha efectuado por vía indirecta o por simple comparación con el documento nacional de identidad o los documentos de identidad para extranjeros.

Artículo 107.- Testigo a Ruego
Si alguno de los otorgantes del documento no sabe o no puede firmar, lo hará una persona llevada por él a su ruego; en este caso el notario exigirá, de ser posible, la impresión de la huella digital de aquél, certificando la firma de la persona y dejando constancia, en su caso, de la impresión de la huella digital.

Artículo 108.- Responsabilidad por el Contenido
El notario no asume responsabilidad sobre el contenido del documento de lo que deberá dejar constancia en la certificación, salvo que constituya en sí mismo un acto ilícito o contrario a la moral o a las buenas costumbres.

Artículo 109.- Documento redactado en idioma extranjero
El notario podrá certificar firmas en documentos redactados en idioma extranjero; en este caso, el otorgante asume la plena responsabilidad del contenido del documento y de los efectos que de él se deriven.

SECCIÓN SEXTA:

DE LA CERTIFICACIÓN DE REPRODUCCIONES

Artículo 110.- Definición

El notario certificará reproducciones de documentos obtenidos por cualquier medio idóneo, autorizando con su firma que la copia que se le presenta guarda absoluta conformidad con el original.

Artículo 111.- Facultad del Notario
En caso que el documento presente enmendaduras el notario, a su criterio, podrá denegar la certificación que se le solicita o expedirla dejando constancia de la existencia de las mismas.

SECCIÓN SÉTIMA

DE LA CERTIFICACIÓN DE APERTURA DE LIBROS

Artículo 112.- Definición
El notario certifica la apertura de libros u hojas sueltas de actas, de contabilidad y otros que la ley señale.

Artículo 113.- Formalidad en la Apertura de Libros
La certificación consiste en una constancia puesta en la primera foja útil del libro o primera hoja suelta; con indicación del número que el notario le asignará; del nombre, de la denominación o razón social de la entidad; el objeto del libro; números de folios de que consta y si ésta es llevada en forma simple o doble; día y lugar en que se otorga; y, sello y firma del notario.

Todos los folios llevarán sello notarial.

Artículo 114.- Registro
El notario llevará un registro cronológico de certificación de apertura de libros y hojas sueltas, con la indicación del número, nombre, objeto y fecha de la certificación.

Artículo 115.- Cierre y Apertura de Libros
Para solicitar la certificación de un segundo libro u hojas sueltas, deberá acreditarse el hecho de haberse concluido el anterior o la presentación de certificación que demuestre en forma fehaciente su pérdida.

Artículo 116.- Solicitud de Certificación
La certificación a que se refiere esta sección deberá ser solicitada por el interesado o su representante, el que acreditará su calidad de tal ante el notario.

CAPÍTULO IV

DE LOS PODERES

Artículo 117.- Clases de Poderes
Los poderes ante notario podrán revestir las siguientes modalidades:

a) Poder en escritura pública.
b) Poder fuera de registro; y,
c) Poder por carta con firma legalizada.

El notario llevará un índice cronológico que incluya todos los poderes otorgados fuera de registro.

Artículo 118.- Poder por Escritura Pública
El poder por escritura pública se rige por las disposiciones establecidas en la Sección Primera del Título II de la presente ley.

La modificatoria o revocatoria de poder otorgado ante otro notario deberá ser informada

por el notario que extienda la escritura pública al notario donde se extendió la escritura de poder.

Artículo 119.- Poder Fuera de Registro
El poder fuera de registro se rige por las disposiciones a que se refiere el artículo anterior, sin requerir para su validez de su incorporación al protocolo notarial.

Artículo 120.- Poder por Carta
El poder por carta con firma legalizada, se otorga en documento privado, conforme las disposiciones sobre la materia.

Respecto a asuntos inherentes al cobro de beneficios de derechos laborales, seguridad social en salud y pensiones, el poder por carta con firma legalizada tiene una validez de tres meses para cantidades menores a media Unidad Impositiva Tributaria.

Artículo 121.- Transcripción de normas legales
Cuando en los poderes en escritura pública y fuera de registro, se cite normas legales, sin indicación de su contenido y estén referidas a actos de disposición u otorgamiento de facultades, el notario transcribirá literalmente las mismas.

Artículo 122.- Modalidades de poder por Cuantía
El uso de cada una de estas modalidades de poder estará determinado en razón de la cuantía del encargo.

En caso de no ser éste susceptible de valuación, regirán las normas sobre el derecho común.

CAPÍTULO V

DE LA NULIDAD DE LOS INSTRUMENTOS PÚBLICOS NOTARIALES

Artículo 123.- Definición
Son nulos los instrumentos públicos notariales cuando se infrinjan las disposiciones de orden público sobre la materia, contenidas en la presente ley.

Artículo 124.- Declaración de Nulidad
La nulidad podrá ser declarada sólo por el Poder Judicial, con citación de los interesados, mediante sentencia firme.

Artículo 125.- Eficacia del Documento
No cabe declarar la nulidad, cuando el instrumento público notarial adolece de un defecto que no afecta su eficacia documental.

Artículo 126.- Aplicación en la Declaración de Nulidad
En todo caso, para declarar la nulidad de un instrumento público notarial, se aplicarán las disposiciones del derecho común.

TÍTULO III

DE LA ORGANIZACIÓN DEL NOTARIADO

CAPÍTULO I

DEL DISTRITO NOTARIAL

Artículo 127.- Definición
Se considera distrito notarial a la demarcación territorial de la República en la que ejerce competencia un colegio de notarios.

Artículo 128.- Número de Distritos Notariales
Los Distritos Notariales de la República son veintidós con la demarcación territorial establecida.

CAPÍTULO II

DE LOS COLEGIOS DE NOTARIOS

Artículo 129.- Definición
Los colegios de notarios son personas jurídicas de derecho público, cuyo funcionamiento se rige por Estatuto Único.

Artículo 130.- Atribuciones y Obligaciones
Corresponde a los colegios de notarios:

a) La vigilancia directa del cumplimiento por parte del notario de las leyes y reglamentos que regulen la función.

b) Velar por el decoro profesional, el cumplimiento del Código de Ética del notariado y acatamiento de la presente Ley, normas reglamentarias y conexas así como el estatuto del colegio.

c) El ejercicio de la representación gremial de la orden.

d) Promover la eficacia de los servicios notariales y la mejora del nivel profesional de sus miembros.

e) Llevar registro actualizado de sus miembros, el mismo que incluye la información establecida en el artículo 14, así como los principales datos del notario y su oficio notarial y de las licencias concedidas, así como cualquier otra información, que disponga el Consejo del Notariado. Los datos contenidos en este registro podrán ser total o parcialmente publicados por medios telemáticos, para efectos de información a la ciudadanía.

f) Convocar a concurso público para la provisión de vacantes en el ámbito de su demarcación territorial y cuando lo determine el Consejo del Notariado, conforme a lo previsto en la presente ley.

g) Emitir los lineamientos, así como verificar y establecer los estándares para una infraestructura mínima tanto física como tecnológica de los oficios notariales. Asimismo generar una interconexión telemática que permita crear una red notarial a nivel nacional y faculte la interconexión entre notarios, entre estos y sus colegios notariales así como entre los Colegios y la Junta de Decanos de los Colegio de Notarios del Perú. (*)

(*) De conformidad con la Cuarta Disposición Complementaria, Transitoria y Final del Decreto Supremo N° 003-2009-JUS, publicado el 05 marzo 2009, la interconexión telemática a que alude el presente inciso, se implementará de manera gradual. En una primera etapa corresponderá a la interconexión entre notarios y su correspondiente colegio. En una segunda etapa se efectuará la interconexión entre los colegios de notarios entre sí, y finalmente entre éstos y la Junta de Decanos de los Colegios de Notarios del Perú. A efectos de lo anterior, los notarios están obligados a brindar todas las facilidades necesarias la interconexión.

h) Absolver las consultas y emitir informes que le sean solicitados por los Poderes Públicos, así como absolver las consultas que le sean formuladas por sus miembros.

i) Establecer el régimen de visitas de inspecciones ordinarias anuales y extraordinarias opinadas e inopinadas de los oficios notariales de su demarcación territorial, siendo responsable de su ejecución y estricto cumplimiento.

j) Autorizar las vacaciones y licencias de sus miembros.

k) Autorizar, en cada caso, el traslado de un notario a una provincia del mismo distrito notarial, con el objeto de autorizar instrumentos, por vacancia o ausencia de notario.

l) Supervisar que sus miembros mantengan las calidades señaladas en el artículo 10 de la presente ley.

m) Aplicar, en primera instancia, las sanciones previstas en la ley.

n) Velar por la integridad de los archivos notariales conservados por los notarios en ejercicio, regulando su digitalización y conversión a micro formas digitales de conformidad con la ley de la materia, asi como disponer la administración de los archivos del notario cesado, encargándose del oficio y cierre de sus registros.

ñ) Autorizar, regular, supervisar y registrar la expedición del diploma de idoneidad a que se refiere el inciso b) del artículo 4 del Decreto Legislativo Nº 681.

o) El cierre de los registros del notario sancionado con suspensión y la designación del notario que se encargue del oficio en tanto dure dicha sanción; y,

p) Ejercer las demás atribuciones que le señale la presente ley, Estatuto y demás normas complementarias.

Artículo 131.- Asamblea General
La asamblea general, conformada por los miembros del colegio, es el órgano supremo del Colegio y sus atribuciones se establecen en el estatuto.

Artículo 132.- de la Junta Directiva y el Tribunal de Honor.
El colegio de notarios será dirigido y administrado por una junta directiva, compuesta por un decano, un fiscal, un secretario y un tesorero. Podrá establecerse los cargos de vicedecano y vocales.

Asimismo, el colegio de notarios tendrá un Tribunal de Honor compuesto de tres miembros que deben ser notarios que no integren simultáneamente la junta directiva, y/o abogados de reconocido prestigio moral y profesional. El Tribunal de Honor se encargará de conocer y resolver las denuncias y procedimientos disciplinarios en primera instancia.

Artículo 133.- Elección de la Junta Directiva y Tribunal de Honor
Los miembros de la junta directiva son elegidos en asamblea general, mediante votación secreta, por mayoría de votos y mandato de dos años. En la misma forma y oportunidad, se elegirá a los tres miembros titulares del Tribunal de Honor, así como tres miembros suplentes que sólo actuarán en caso de abstención y/o impedimento de los titulares.

Artículo 134.- Ingresos de los Colegios de Notarios
Constituyen ingresos de los colegios:

a) Las cuotas y otras contribuciones que se establezcan conforme a su Estatuto.

b) Las donaciones, legados, tributos y subvenciones que se efectúen o constituyan a su favor; y,

c) Los provenientes de la autorización y certificación de documentos, en ejercicio de las funciones establecidas según los artículos 61, 62 y 89 de la presente ley.

CAPÍTULO III:

DE LA JUNTA DE DECANOS DE LOS COLEGIOS DE NOTARIOS DEL PERU

Artículo 135.- Definición
Los colegios de notarios forman un organismo denominado Junta de Decanos de los Colegios de Notarios del Perú, que coordina su acción en el orden interno y ejerce la representación del notariado en el ámbito internacional.

Artículo 136.- Integrantes de la Junta de Decanos
La Junta de Decanos de los Colegios de Notarios del Perú se integra por todos los decanos de los colegios de notarios de la República [1](*) RECTIFICADO POR FE DE ERRATAS, tiene su sede en Lima, y la estructura y atribuciones que su estatuto aprobado en asamblea, determinen.

Artículo 137.- El Consejo Directivo
El consejo directivo estará compuesto por un presidente, tres vicepresidentes, elegidos entre los decanos del Norte, Centro y Sur de la República, un secretario y un tesorero.

Artículo 138.- Fines de la Junta de Decanos
La Junta de Decanos de los Colegios de Notarios del Perú, orientará su acción al cumplimiento de los fines institucionales, promoverá la realización de certámenes nacionales e internacionales para el estudio de disciplinas jurídicas vinculadas al notariado, a la difusión de los principios fundamentales del sistema de notariado latino, pudiendo editar publicaciones orientadas a sus fines, además de cumplir las funciones que la ley, reglamentos y su estatuto le asigne.

Artículo 139.- Ingreso de la Junta de Decanos
Constituyen ingresos de la Junta:

a) Las cuotas y otras contribuciones que establezcan sus órganos, conforme a su estatuto.

b) Las donaciones, legados, tributos y subvenciones que se efectúen o constituyan a su favor.

c) Los ingresos por certificación de firma de notarios y otros servicios que preste de acuerdo a sus atribuciones.

CAPÍTULO IV

DEL CONSEJO DEL NOTARIADO

Artículo 140.- Definición
El Consejo del Notariado es el órgano del Ministerio de Justicia que ejerce la supervisión del notariado.

Artículo 141.- Conformación del Consejo del Notariado
El Consejo del Notariado se integra por los siguientes miembros:

a) El Ministro de Justicia o su representante, quien lo presidirá. En caso de nombrar a su representante, éste ejercerá el cargo a tiempo completo.

b) El Fiscal de la Nación o el Fiscal Supremo o Superior, a quien delegue.

c) El Decano del Colegio de Abogados de Lima o un miembro de la junta directiva a quien delegue.

d) El Presidente de la Junta de Decanos de los Colegios de Notarios del Perú o un miembro del consejo directivo a quien delegue; y,

e) El Decano del Colegio de Notarios de Lima o un miembro de la junta directiva a quien delegue.

El Consejo contará con el apoyo y asesoramiento de un Secretario Técnico, así como el apoyo administrativo que el Ministerio de Justicia le brinde.

Artículo 142.- Atribuciones del Consejo del Notariado
Son atribuciones del Consejo del Notariado:

a) Ejercer la vigilancia de los colegios de notarios respecto al cumplimiento de sus obligaciones.

b) Ejercer la vigilancia de la función notarial, con arreglo a esta ley y normas reglamentarias o conexas, a través del colegio de notarios, sin perjuicio de su intervención directa cuando así lo determine.

c) Proponer los reglamentos y normas para el mejor desenvolvimiento de la función notarial.

d) Aprobar directivas de cumplimiento obligatorio para el mejor desempeño de la función notarial y para el cumplimiento de las obligaciones de los colegios de notarios.

e) Vigilar el cumplimiento del reglamento de visitas de inspección a los oficios notariales por los colegios de notarios.

f) Realizar visitas de inspección opinadas e inopinadas a los oficios notariales, pudiendo designar a personas o instituciones para tal efecto.

g) Resolver en última instancia, como tribunal de apelación, sobre las decisiones de la junta directiva de los colegios de notarios relativas a la supervisión de la función notarial.

h) Resolver en última instancia como tribunal de apelación, sobre las decisiones del Tribunal de Honor de los colegios de notarios relativos a asuntos disciplinarios.

i) Designar al presidente del jurado de los concursos públicos de méritos para el ingreso a la función notarial conforme al artículo 11 de la presente ley;

j) Decidir la provisión de plazas notariales a que se refiere el artículo 5 de la presente ley.

k) Solicitar al colegio de notarios la convocatoria a concursos públicos de méritos o convocarlos, conforme a lo previsto en la presente ley.

l) Recibir quejas o denuncias sobre irregularidades en el ejercicio de la función notarial y darles el trámite que corresponda.

m) Recibir las quejas o denuncias sobre el incumplimiento de las obligaciones por parte de los integrantes de la junta directiva de los colegios de notarios, y darles el trámite correspondiente a una denuncia por incumplimiento de la función notarial.

n) Llevar un registro actualizado de las juntas directivas de los colegios de notarios y el registro nacional de notarios.

ñ) Absolver las consultas que formulen los poderes públicos, así como las juntas directivas de los colegios de notarios, relacionadas con la función notarial; y,

o) Ejercer las demás atribuciones que señale la ley y normas reglamentarias o conexas.

Artículo 143.- Ingresos del Consejo del Notariado
Constituyen ingresos del Consejo del Notariado:

a) Los que generen.

b) El 25% del precio de venta de papel sellado que expendan los colegios de notarios. **(*)**

(*) Inciso declarado inconstitucional por el Resolutivo 2 de la Sentencia de Expedientes N° 0009, 00015 y 00029-2009-PI-TC, publicada el 30 septiembre 2010.

c) El 30 % de lo recaudado por los Colegios de Notarios de la República, por concepto de derechos que abonen los postulantes en los concursos públicos de méritos de ingreso a la función notarial. **(*)**

(*) Inciso declarado inconstitucional por el Resolutivo 2 de la Sentencia de Expedientes N° 0009, 00015 y 00029-2009-PI-TC, publicada el 30 septiembre 2010.

CONCORDANCIAS: D.S. N° 015-2008-JUS, Art. 9

d) Las donaciones, legados y subvenciones que se efectúen o constituyan a su favor; y,

e) Los recursos que el Estado le asigne.

TÍTULO IV

DE LA VIGILANCIA DEL NOTARIADO

CAPÍTULO I

DE LA RESPONSABILIDAD EN EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN

Artículo 144.- Definición
El notario tiene responsabilidad administrativa disciplinaria por el incumplimiento de esta ley, normas conexas y reglamentarias, estatuto y decisiones dictadas por el Consejo del Notariado y colegio de notarios respectivo.

Artículo 145.- Responsabilidades
El notario es responsable, civil y penalmente, de los daños y perjuicios que, por dolo o culpa, ocasione a las partes o terceros en el ejercicio de la función.

Artículo 146.- Autonomía de Responsabilidad
Las consecuencias civiles, administrativas o penales de la responsabilidad del notario son independientes y se exigen de acuerdo a lo previsto en su respectiva legislación.

CAPÍTULO II

DEL RÉGIMEN DISCIPLINARIO

Artículo 147.- Competencia Disciplinaria
La disciplina del notariado es competencia del Consejo del Notariado y el Tribunal de

Honor de los colegios de notarios.

Contra las resoluciones del Tribunal de Honor de los colegios de notarios sólo procede recurso de apelación. Las resoluciones del Consejo del Notariado, agotan la vía administrativa.

Artículo 148.- Garantías del Proceso
En todo proceso disciplinario se garantizará el derecho de defensa del notario, así como todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento, que comprende el derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho.

CAPÍTULO III

DE LAS INFRACCIONES ADMINISTRATIVAS DISCIPLINARIAS

Artículo 149.- Infracciones Disciplinarias
Constituyen infracciones administrativas disciplinarias las siguientes:

a) La conducta no acorde con la dignidad y decoro del cargo.

b) Cometer hecho grave que sin ser delito lo desmerezca en el concepto público.

c) El incumplimiento de los deberes y obligaciones del notario establecidos en esta ley, normas reglamentarias y/o conexas, Estatuto y Código de Ética.

d) El no acatar las prohibiciones contempladas en esta ley, normas reglamentarias y/o conexas, Estatuto y Código de Ética.

e) La embriaguez habitual y/o el uso reiterado e injustificado de sustancias alucinógenas o fármaco dependientes.

f) El continuo incumplimiento de sus obligaciones civiles, comerciales y tributarias.

g) Agredir física y/o verbalmente, así como faltar el respeto a los notarios, miembros de la junta directiva, tribunal de honor y/o Consejo del Notariado.

h) El ofrecer dádivas para captar clientela; y,

i) El aceptar o solicitar honorarios extras u otros beneficios, para la realización de actuaciones irregulares.

CAPÍTULO IV

DE LAS SANCIONES, DEL PROCEDIMIENTO Y LA MEDIDA CAUTELAR

Artículo 150.- Tipos de Sanciones
Las sanciones que pueden aplicarse en el procedimiento disciplinario son:

a) Amonestación privada.

b) Amonestación pública.

c) Suspensión temporal del notario del ejercicio de la función hasta por un máximo de un año.

d) Destitución.

Las sanciones se aplicarán sin necesidad de seguir la prelación precedente, según la gravedad del daño al interés público y/o el bien jurídico protegido. Adicionalmente podrá tenerse en cuenta la existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor, la repetición y/o continuidad en la comisión de la infracción y/o el perjuicio causado.

Artículo 151.- Del inicio del Proceso Disciplinario
La apertura de procedimiento disciplinario corresponde al Tribunal de Honor del colegio de notarios mediante resolución de oficio, bien por propia iniciativa, a solicitud de la junta directiva, del Consejo del Notariado, o por denuncia. En este último caso, el Tribunal de Honor previamente solicitará informe al notario cuestionado a fin que efectúe su descargo en un plazo máximo de 10 días hábiles y en mérito de éste el Tribunal de Honor resolverá si hay lugar a iniciar proceso disciplinario en un plazo máximo de 20 días hábiles.

La resolución que dispone abrir procedimiento disciplinario es inimpugnable, debiendo inmediatamente el Tribunal de Honor remitir todo lo actuado al Fiscal del Colegio respectivo a fin que asuma la investigación de la presunta infracción administrativa disciplinaria.

Artículo 152.- Proceso Disciplinario
En primera instancia, el proceso disciplinario se desarrollará en un plazo máximo de noventa (90) días hábiles, siendo los primeros cuarenta (45) días hábiles para la investigación a cargo del Fiscal, quien deberá emitir dictamen con la motivación fáctica y jurídica de opinión por la absolución o no del procesado y de ser el caso, la propuesta de sanción procediendo inmediatamente a devolver todo lo actuado al Tribunal de Honor para su resolución.

En caso que, el Fiscal haya emitido dictamen de opinión por la responsabilidad del procesado y el Tribunal de Honor hubiera resuelto por la absolución o sanción menor a la propuesta, el Fiscal está obligado a interponer el recurso de apelación.

En segunda instancia el plazo no excederá de ciento ochenta (180) días hábiles.

Los plazos establecidos para el procedimiento disciplinario no son de caducidad, pero su incumplimiento genera responsabilidad para las autoridades competentes.

Artículo 153.- Medida Cautelar
Mediante decisión motivada, de oficio o a solicitud del colegio respectivo o del Consejo del Notariado, el Tribunal de Honor de los colegios de notarios al inicio del procedimiento disciplinario podrá disponer como medida cautelar la suspensión del notario procesado en caso de existir indicios razonables de la comisión de infracción administrativa disciplinaria y dada la gravedad de la conducta irregular, se prevea la imposición de la sanción de destitución. Dicha decisión será comunicada a la junta directiva del colegio respectivo, a fin que proceda al cierre de los registros y la designación del notario que se encargue del oficio en tanto dure la suspensión. En ningún caso la medida cautelar podrá exceder el plazo máximo fijado por la presente ley para el desarrollo del procedimiento disciplinario, bajo responsabilidad de la autoridad competente.

El recurso de apelación no suspende la medida cautelar.

CAPÍTULO V

DE LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DISCIPLINARIA

Artículo 154.- Plazo de prescripción
La acción disciplinaria prescribe a los cinco (5) años, contados desde el día en que se cometió la presunta infracción administrativa disciplinaria. El inicio del proceso disciplinario y/o la existencia de un proceso penal interrumpen el término de la prescripción.

Artículo 155.- Responsabilidad del Notario Posterior al Cese
El proceso disciplinario y la sanción procederán aún cuando el notario haya cesado en el cargo.

Artículo 156.- Registro de Sanciones
Toda sanción se anotará, una vez firme, en el legajo de antecedentes del notario.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS, TRANSITORIAS Y FINALES

Primera.- En tanto no se elijan tribunales de honor en los colegios de notarios, las juntas directivas tendrán competencia para conocer y resolver en primera instancia todas las denuncias y procedimientos disciplinarios, con las atribuciones y responsabilidades correspondientes, hasta la culminación de los mismos.

Segunda.- La Junta de Decanos de los Colegios de Notarios del Perú coordinará con los colegios de notarios de la República la adecuación del Estatuto Único a lo que establece la presente norma.

Tercera.- Quedan sin efecto los concursos [iii](*) RECTIFICADO POR FE DE ERRATAS públicos convocados a la fecha. En un plazo máximo de noventa (90) días todos los colegios deben convocar a concurso público la totalidad de sus plazas vacantes existentes a la fecha, bajo responsabilidad; reconociendo y/o devolviendo los derechos abonados en los concursos dejados sin efecto, a elección de los interesados.

CONCORDANCIAS: D.S. N° 015-2008-JUS, 1ra. Disp. Trans. y Final (Plazo en días hábiles)

Cuarta.- El Consejo del Notariado aprobará las disposiciones que sean necesarias para la implementación gradual de la obligación prevista en el inciso i) del artículo 16 de la presente norma.

Quinta.- En el caso de inscripciones sustentadas en partes o escrituras públicas presumiblemente falsificadas, el notario ante quien supuestamente se habría otorgado dicho instrumento, en un plazo no mayor de tres días hábiles de conocer este hecho, deberá comunicar esta circunstancia al registro público, bajo su responsabilidad, y solicitar una anotación preventiva, que tendrá una vigencia de un año contado a partir de la fecha del asiento de presentación. Si dentro de ese plazo, se anota la demanda judicial o medida cautelar que se refiera a este mismo hecho, dicha anotación judicial se correlacionará con la anotación preventiva y surtirá sus efectos desde la fecha del asiento de presentación de esta última. La interposición de estas acciones judiciales, corresponderá a aquellos que tengan interés legítimo en la nulidad de la inscripción obtenida con el título falsificado.

Vencido el plazo de un año a que se refiere el primer párrafo, sino se hubiera anotado la demanda o medida cautelar, la anotación preventiva caduca de pleno derecho.

Sexta.- En el caso de inscripciones sustentadas en escrituras públicas en las que presumiblemente se habría suplantado al o a los otorgantes, el Notario ante quien se otorgó dicho instrumento, podrá solicitar al Registro Público, bajo su responsabilidad, una anotación preventiva, que tendrá una vigencia de un año contado a partir de la fecha del asiento de presentación. Si dentro de ese plazo, se anota la demanda judicial o medida cautelar que se refiera a este mismo hecho, dicha anotación judicial se correlacionará con la anotación preventiva y surtirá sus efectos desde la fecha del asiento de presentación de esta última. La interposición de estas acciones judiciales, corresponderá a aquellos que tengan interés legítimo en la nulidad de la inscripción obtenida con el título falsificado.

Vencido el plazo de un año a que se refiere el primer párrafo, sin que se hayan anotado la demanda o medida cautelar, la anotación preventiva caduca de pleno derecho.

En lo que resulte aplicable, las disposiciones complementarias primera y segunda se regirán por las disposiciones contenidas en el Reglamento General de los Registros Públicos.

Sétima.- La presentación de partes notariales a los Registros de Predios, de Mandatos y Poderes en las oficinas registrales, deberá ser efectuada por el notario ante quien se otorgó el instrumento o por sus dependientes acreditados.

Luego de la presentación, el notario podrá entregar la guía de presentación a los interesados a fin de que éste continúe la tramitación de la inscripción, bajo su responsabilidad.

Excepcionalmente, a solicitud y bajo responsabilidad de los otorgantes, los partes notariales podrán [iv](*) RECTIFICADO POR FE DE ERRATAS ser presentados y tramitados por persona distinta al notario o sus dependientes. En este caso, el notario al expedir el parte deberá consignar en este el nombre completo y número de documento de identidad de la persona que se encargará de la presentación y tramitación de dicho parte y la procedencia legítima del parte.

La oficina registral ante la cual se presente el título verificará, bajo responsabilidad, que el presentante sea la persona señalada en el parte notarial y la debida procedencia.

Las oficinas registrales en estos casos no admitirán, bajo responsabilidad, la presentación de testimonios y títulos registrales.

Octava.- Deróguese el Decreto Ley N° 26002 - Ley del Notariado y sus normas modificatorias y complementarias, así como todas las normas que se opongan a lo dispuesto en el presente Decreto Legislativo.

Novena.- El presente dispositivo legal entrará en vigencia a partir del día siguiente de su publicación, con excepción del inciso b) de su artículo 21 que entrará en vigencia a partir del primero de enero del 2014.

POR TANTO

Mando se publique y cumpla, dando cuenta al Congreso de la República.

Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los veinticinco días del mes de junio del año dos mil ocho.

ALAN GARCÍA PÉREZ
Presidente Constitucional de la República

JORGE DEL CASTILLO GÁLVEZ
Presidente del Consejo de Ministros

ROSARIO DEL PILAR FERNÁNDEZ FIGUEROA
Ministra de Justicia

---

[i](*) **NOTA SPIJ:**
En la presente edición de Normas Legales del Diario Oficial "El Peruano", se dice "ochos" cuando se debe decir "ocho"
[ii] **FE DE ERRATAS**
Fecha de publicación: 09-07-2008

En el Artículo 136.- Integrantes de Junta de Decanos

DICE:

La Junta de Decanos de los Colegios de Notarios del Perú se integra por todos los decanos de los colegios de notarios de la república (...)

DEBE DECIR:

La Junta de Decanos de los Colegios de Notarios del Perú se integra por todos los decanos de los colegios de notarios de la República (...)

iii **FE DE ERRATAS**

Fecha de publicación: 09-07-2008

En las Disposiciones Complementarias, Transitorias y Finales

DICE:

TERCERA.- Quedan sin efecto los concurso públicos convocados a la fecha (...)

DEBE DECIR:

TERCERA.- Quedan sin efecto los concursos públicos convocados a la fecha (...)

iv **FE DE ERRATAS**

Fecha de publicación: 09-07-2008

En las Disposiciones Complementarias, Transitorias y Finales

DICE:

SÉTIMA.- (...) Excepcionalmente, a solicitud y bajo responsabilidad de los otorgantes, los partes notariales podrán a ser presentados y tramitados por persona distinta al notario o sus dependientes. (...)

DEBE DECIR:

SÉTIMA.- (...) Excepcionalmente, a solicitud y bajo responsabilidad de los otorgantes, los partes notariales podrán ser presentados y tramitados por persona distinta al notario o sus dependientes. (...)