

La prueba de los hechos institucionales en el proceso penal (Publicado en la Revista Gaceta Penal y Procesal Penal, Tomo 71, Lima, 2015)

César Augusto Nakazaki Servigón
Abogado, Socio del Estudio Sousa & Nakazaki.
Profesor de Derecho Penal, Procesal Penal y Ética
Profesional de la Universidad de Lima y la
Academia Nacional de la Magistratura¹

1.- Planteamiento del problema.

En la actividad probatoria que se realiza en los procesos penales se aprecia un serio déficit en la consideración de las distintas clases de hechos que forman el objeto y tema de prueba.

La falta de diferenciación de los hechos procesales determina que Fiscales acusen y Jueces condenen violando la garantía procesal constitucional de presunción de inocencia al “probarse” los hechos sin emplear los medios de prueba previstos en la ley; es decir, se declara culpable a un ser humano y se le imponen penas, sin que existan pruebas.

Demostraré que es ilegal la práctica judicial de probar, por ejemplo, la existencia de una renta; o una modificación presupuestal indebida, con pericias contables.

La causa de la ilegalidad; desconocer los hechos institucionales y cómo se prueban.

2.- La garantía procesal constitucional de la presunción de inocencia y las reglas de valoración probatoria.

Una de las principales garantías que un Estado Social y Democrático de Derecho ofrece al ciudadano, para que en el uso del poder punitivo o *ius puniendi* jamás sea instrumentalizado o cosificado, es la presunción de inocencia.

¹ Como ya es costumbre desde hace más de tres años, en este artículo es mi colaborador Exson Vilcherrez Ato; quien me asiste eficientemente en la actividad académica y profesional.

Para poder valorar pruebas en el proceso penal es necesaria una correcta operación probatoria; así lo exige el respeto a la garantía procesal constitucional de la presunción de inocencia.

La garantía procesal constitucional de la presunción de inocencia tiene el siguiente fundamento normativo:²

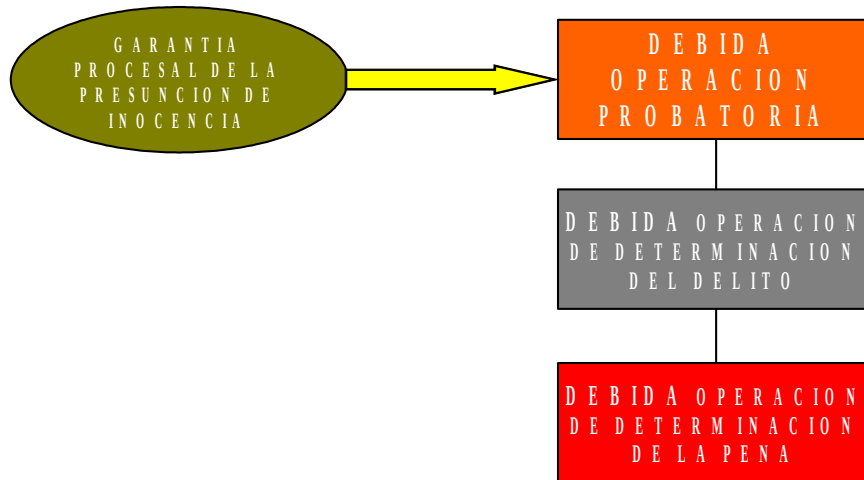
FUNDAMENTO NORMATIVO DE LA GARANTIA PROCESAL DE LA PRESUNCION DE INOCENCIA

- Artículo 11 inciso 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.
- Artículo 14 inciso 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- Artículo XXVI primer párrafo de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.
- Artículo 8 inciso 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- Artículo 2 inciso 24 párrafo e de la Constitución Política de del Perú.

La garantía procesal constitucional de la presunción de inocencia funciona en el proceso penal, o si se prefiere se respeta, realizando una debida operación de valoración de la prueba, que incluso es la llave para poder aplicar correctamente la ley penal:³

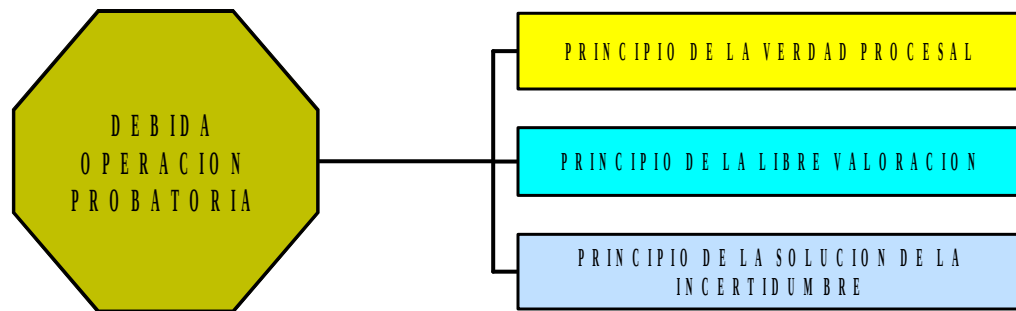
² César Augusto NAKAZAKI SERVICÓN, La valoración de la prueba pericial en el proceso penal, en Anuario 2013 - Alerta Informativa, Página 148, Estudio Loza Ávalos, Lima, Mayo 2013.

³ Ídem.



7 8

La debida operación probatoria exige la observancia de los siguientes principios:^{4 5 6}



El artículo 283 del Código de Procedimientos Penales de 1940 consagra al sistema de libre apreciación de la prueba a través de la fórmula “criterio de conciencia”; los

4 César SAN MARTÍN CASTRO, Derecho Procesal Penal, Volumen II, 2º edición, Páginas 895 y 896, GRIJLEY, Lima, 2003.

5 Carlos CLIMENT DURÁN, La Prueba Penal, 2º edición, Tomo I, Página 72 y siguientes, Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2005.

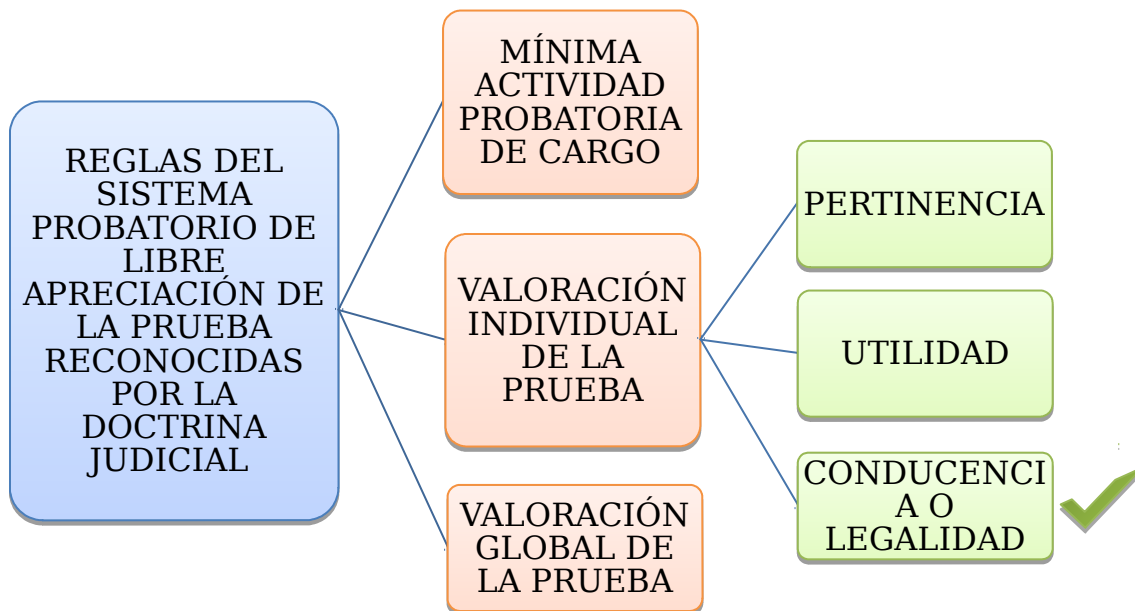
6 Jordi FERRER BELTRÁN, La valoración racional de la prueba, Página 91 y siguientes, Marcial Pons, Madrid, España, 2007.

7 Michele TARUFFO, Simplemente la verdad, Página 184 y siguientes, Marcial Pons, Madrid, España, 2010.

8 César Augusto NAKAZAKI SERVIGÓN, La valoración de la prueba, Obra citada, p. 148.

artículos 158 inciso 1 y 393 incisos 1 y 2 del Código Procesal Penal del 2004 con la fórmula “reglas de la sana crítica”^{9 10 11}

La Corte Suprema de Justicia ha definido el significado del sistema probatorio de libre apreciación o sana crítica; como un juicio racional y lógico de los jueces en el que se tiene que comprobar si la prueba de cargo quebró la presunción de inocencia a través de las siguientes reglas de funcionamiento:¹²



3.- El objeto y el tema probatorio.

9 César SAN MARTÍN CASTRO, Obra citada, Páginas 715 a 720.

10 Domingo GARCÍA RADA, Manual de Derecho Procesal Penal, 8ª edición, Páginas 299 y 300, SESATOR, Lima, Perú, 1984.

11 José Antonio NEYRA FLORES, Manual del Nuevo Proceso Penal y Litigación Oral, Página 560, Idemsa, Lima, 2010.

12 Ejecutorias supremas: del 7 de marzo de 1974 expedida en la Causa # 1429-93-B; del 3 de octubre de 1988 expedida en la Causa # 472-88; del 14 de febrero de 1994 expedida en la Causa # 3101-93; del 13 de septiembre de 1995 expedida en la Causa # 2392-94-B; del 14 de enero de 1999 expedida en la Causa # 4588-98; y del 16 de abril del 2002 expedida en la Causa # 4439-2001. Ver César SAN MARTÍN CASTRO, Obra citada, Tomo II, páginas 899 y 900. Casación N° 01-2008-La Libertad, Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, 15 de Febrero del 2008.

En el derecho probatorio se distingue el objeto y el tema de prueba; el primero es abstracto, se refiere a todo hecho que puede ser probado; el segundo es concreto, lo que debe ser probado en el proceso en función de los hechos introducidos por las partes, en las afirmaciones que forman la pretensión o la resistencia.^{13 14}

4.- La libertad probatoria.

Si bien es cierto que en el proceso penal existe libertad probatoria; en cuanto a la utilización de los medios de prueba, hay una precisión: los hechos objeto del proceso pueden establecerse con cualquier medio de prueba, pero no mediante cualquier procedimiento, “libertad de medios no implica libertad de procedimiento”; lo contrario significaría arbitrariedad judicial y afectación de las garantías procesales constitucionales de las partes.¹⁵

El maestro argentino José **CAFFERATA NORES** afirma que la libertad de medios de prueba “no significa arbitrariedad en el procedimiento probatorio, pues a éste se le concibe como una forma de asegurar y controlar la autenticidad, la seriedad y la eficacia de la prueba y los derechos de las partes.”¹⁶

Agrega el principal representante de la Escuela de Córdoba que cada prueba seguirá el procedimiento establecido por la ley, y “cuando se quiera optar por un medio no previsto, se deberá utilizar el procedimiento señalado para el medio expresamente regulado que sea analógicamente más aplicable, según la naturaleza y las modalidades de aquél, respetando sus formas y bajo sus mismas sanciones”.¹⁷

5.- Los tipos de hechos procesales.

13 Mercedes FERNÁNDEZ LÓPEZ, Prueba y presunción de inocencia, Página 48, IUSTEL, Madrid, España, 2005.

14 César Augusto NAKAZAKI SERVICÓN, El trastorno bipolar como causa de inimputabilidad: a propósito de la prueba del dolo y la determinación de la culpabilidad penal, Páginas 396, en Revista Peruana de Ciencias Penales N° 24, Instituto de Derecho Penal - IDEMSA, Lima, 2012.

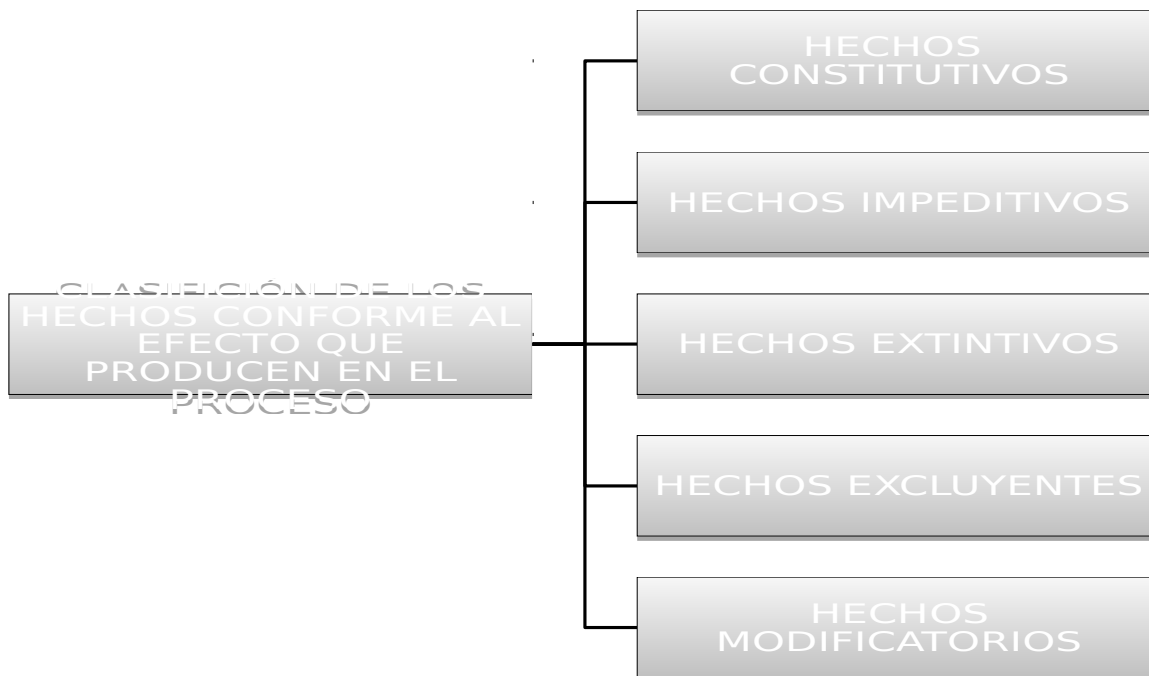
15 César SAN MARTÍN CASTRO, Obra citada, Tomo II, Página 813.

16 José Ignacio CAFFERATA NORES, La Prueba en el Proceso Penal, 4° edición, Página 32, Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1998.

17 Ídem.

El objeto del proceso penal, por tanto el de prueba; está formado por diversos tipos de hechos; los cuales exigen el que se consideren dos clasificaciones.

En la teoría del proceso se distinguen los hechos en función de los efectos que surten en el proceso: **a) hechos constitutivos; b) hechos impeditivos; c) hechos extintivos; d) hechos excluyentes; e) hechos modificativos.**^{18 19}



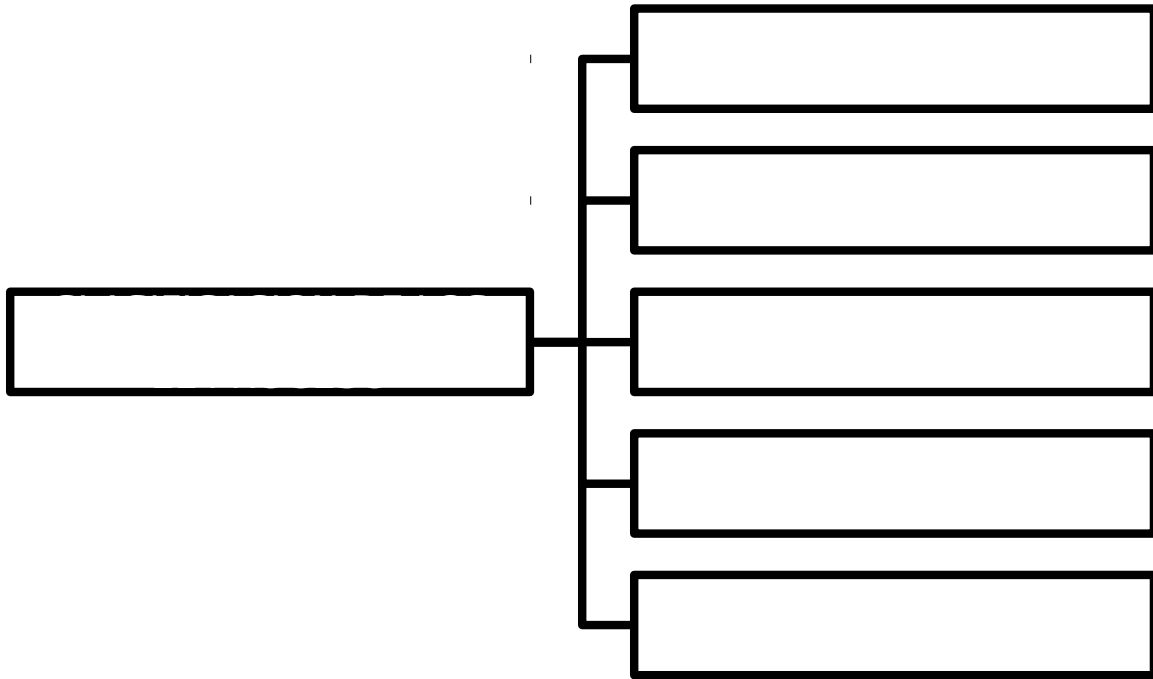
Esta clasificación es fundamental para distribuir carga de la prueba en el proceso penal; esta se entiende le corresponde al Ministerio Público, pero sólo respecto de los hechos constitutivos del delito; los hechos impeditivos, una causa de justificación, deben ser probados por la parte que los postula, la defensa.

Otra clasificación de los hechos fundamental para la operación probatoria, es la que los diferencia a partir de su determinación normativa. Michele **TARUFFO**, máximo exponente de la teoría de la prueba, señala que “es el derecho el que define y determina lo que en el proceso constituye <el hecho>”.²⁰

18 Mercedes FERNÁNDEZ LÓPEZ, Obra citada, Páginas 48 y 49.

19 César Augusto NAKAZAKI SERVICÓN, El trastorno bipolar, Obra citada, Página 396.

20 Michele TARUFFO, La prueba de los hechos, Página 89 y siguientes, Editorial Trotta, Madrid, España, 2002.



6.- Los hechos institucionales y su prueba.

Los hechos institucionales son ciertos hechos externos que no están definidos en términos puramente fácticos, sino <jurídicamente condicionados>, es decir, están definidos en relación con el derecho, se tienen que recurrir a conceptos jurídicos para establecer su significado.^{21 22}

Los hechos institucionales son los que crea el Derecho; no existen en la realidad como los hechos objetivos o subjetivos, sino en el orden jurídico; por ejemplo; jurisdicción, orden constitucional; renta tributaria, etc.

Siendo creaciones del Derecho los hechos institucionales, la ley establece su existencia y prueba.

21 Ibídem, Páginas 75 y 76.

22 Jordi FERRER BELTRÁN, Prueba y verdad en el derecho, Segunda edición, Página 49, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005.

Por ejemplo; la condición de condenado de una persona, existe a partir de una sentencia condenatoria firme; se prueba con la sentencia o el registro de la condena.

La regla; el tipo del hecho determina el medio de prueba que se debe emplear para demostrarlo, tiene especial aplicación con los hechos institucionales.



En el proceso penal la demostración de los hechos institucionales exige determinar las leyes, las reglas jurídicas para determinar no sólo la prueba (ad probationem), sino la existencia del hecho (ad solemnitatem).²³

7.- La prueba del hecho institucional renta.

La renta en los procesos penales por delitos tributarios se prueba con pericias contables; demostraremos que ésta no conducente o legal para demostrar este hecho constitutivo del delito.

La renta o tributo a pagar es un hecho institucional, no se puede determinar con cualquier tipo de prueba, sino la exigida por las normas tributarias, en este caso el Código Tributario; es indispensable acudir a sus reglas para fijar cómo se determina, es decir, cómo se prueba el tributo a pagar.

El artículo 1 del Código Tributario define a la obligación tributaria como “el vínculo entre el acreedor y el deudor tributario, establecido por ley, que tiene por objeto el cumplimiento de la prestación tributaria, siendo exigible coactivamente”.

²³ Michele TARUFFO, La Prueba de los Hechos, Página 90, Editorial Trotta, Madrid, España, 2002.

El artículo 2 señala el nacimiento de la obligación tributaria; “cuando se realiza el hecho previsto en la ley, como generador de dicha obligación”.

El artículo 8 define que el contribuyente “es aquél que realiza, o respecto del cual se produce el hecho generador de la obligación tributaria”.

El examen dogmático jurídico de las disposiciones citadas del Código Tributario, permite establecer, que las rentas son los hechos generadores del impuesto a la renta (tributo) realizados por el contribuyente, definidos en la Ley General del Impuesto a la Renta, que dan nacimiento a la obligación tributaria que al ser exigible se convierte en deuda tributaria, y por tanto la condición de deudor tributario.

El artículo 60 establece que el inicio de la determinación de la obligación tributaria comienza con la declaración jurada del contribuyente, pues el artículo 61 señala que está sujeta a fiscalización o verificación por la Administración Tributaria, la que podrá modificarla cuando constate la omisión o inexactitud en la información proporcionada, emitiendo la Resolución de Determinación, Orden de Pago o Resolución de Multa.²⁴

El artículo 75 expresa claramente que concluido el proceso de fiscalización o verificación, la Administración Tributaria emitirá la correspondiente Resolución de Determinación, Resolución de Multa u Orden de Pago, si fuera el caso.

El artículo 76 afirma que la resolución de determinación “es el acto por el cual la Administración Tributaria pone en conocimiento del deudor tributario el resultado de su labor destinada a controlar el cumplimiento de las obligaciones tributarias, y **establece la existencia del crédito o de la deuda tributaria**; de allí que, conforme al artículo 77, entre sus elementos están: *el deudor tributario*; *el tributo* y el período al que corresponda; la base imponible; la tasa; la cuantía del tributo y sus intereses; el carácter *definitivo* o parcial del procedimiento de fiscalización.

La renta, la obligación y la deuda tributaria, esto es, el tributo a pagar, se establece en el proceso administrativo con la emisión de la resolución de determinación que solamente surte eficacia desde que adquieren firmeza. El artículo 101 inciso 1, siempre del Código Tributario, señala como potestad del Tribunal Fiscal conocer y resolver en última instancia administrativa las apelaciones contra las resoluciones de la Administración Tributaria que resuelven reclamaciones interpuestas contra resoluciones de determinación,

24 Artículo modificado por el Artículo 3 del Decreto Legislativo N° 1113, publicado el 05 julio 2012, no aplicable a este caso por el principio constitucional de irretroactividad de la ley tributaria.

resoluciones de multa u otros actos administrativos que tengan relación directa con la determinación de la obligación tributaria.

Según las normas del Código Tributario la renta, la obligación y la deuda tributaria, o sea, el tributo a pagar todavía no tienen existencia jurídica, pues téngase presente que al igual que una sentencia, la resolución de determinación confirmada por el Tribunal Fiscal.

En conclusión; los hechos institucionales: renta, obligación, deuda tributaria, la condición de deudor tributario, esto es el tributo a pagar; en aplicación del principio de conducencia o legalidad solamente puede ser demostrado con un tipo de prueba; el documento público resolución de determinación firme.

Sin la prueba documental, la resolución de determinación firme, el Fiscal no puede acusar y el Juez menos condenar, por el delito de defraudación tributaria, al ser el tributo a pagar un elemento del tipo penal.

“Ocultar, total o parcialmente, bienes, ingresos rentas, o consignar pasivos total o parcialmente falsos para anular o reducir **el tributo a pagar.**”

Habiéndose establecido que el hecho institucional renta, conforme a la regla legal, sólo se puede probar con el documento público resolución de determinación de deuda tributaria firme; resulta sorprende y cuestionable la sentencia de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia en la que erradamente se sostiene que la renta se puede probar prescindiendo del proceso administrativo de determinación de deuda tributaria:²⁵

“**Considerando Tercero:** Si bien se ha producido paralelamente a la investigación judicial, el procedimiento administrativo donde se anuló las resoluciones que establecieron la determinación de lo adeudado; también lo es que esta circunstancia **no enerva el carácter delictuoso de la conducta reprochada**, porque el procedimiento administrativo se circunscribe al quantum de lo adeudado.” (Resaltado del autor)

Esta ejecutoria suprema, por suerte única hasta donde conozco, no sólo es un grave error, desconocimiento grosero del Derecho Tributario, sino que incluso podría configurar delito de prevaricato.

25 SALA PENAL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA, Ejecutoria del 09 de octubre del 2002 RN 3382-2002-LORETO.

Ninguna norma del Código Tributario justifica la afirmación que el proceso administrativo tributario sólo determine el monto de la deuda tributaria; ya se explicó que establece la existencia del hecho imponible; la obligación de pago de impuestos del contribuyente; y la deuda tributaria; no sólo cuánto se debe.

Y lo más terrible de la ejecutoria; desconoce para la prueba del delito, que en el proceso tributario se ha declarado que no existió renta, que no hubo deuda tributaria; ¿cómo declarar la comisión de defraudación tributaria sino ha existido una renta que ocultar? ¿La Corte Suprema condenó por homicidio a una persona por “matar” a Batman; un personaje ficticio!

El documento público resolución de determinación de deuda tributaria no se puede reemplazar con la pericia contable.

Para entender el por qué hay que diferenciar fuente de prueba y medio de prueba.

El gran maestro español Santiago **SENTIS MELENDO**, no creó, pero explicó brillantemente la fundamental distinción entre la fuente y el medio de prueba. La fuente de prueba es un concepto extra jurídico que corresponde necesariamente a una realidad anterior y extraña al proceso, existe con independencia de que llegue a realizarse o no en un proceso judicial. El medio de prueba, en cambio, es un concepto jurídico-procesal; es el mecanismo, el procedimiento para incorporar las fuentes de prueba al proceso.^{26 27 28 29 30 31 32 33 34 35}

26 Edith HERNÁNDEZ MIRANDA, Preceptos generales de la prueba en el proceso penal, Página 11, en La Prueba en el Código Procesal Penal de 2004-Gaceta Penal & Procesal Penal, Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2012.

27 Rubén A. CHAIA, La prueba en el proceso penal, Páginas 87 a 89, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, 2009.

28 Virginia PARDO IRANZO, Obra citada, Páginas 73 a 76.

29 Juan MONTERO AROCA, La Prueba en el Proceso civil, Quinta edición, Páginas 150 a 152, Thomson-Civitas, Navarra, España, 2007.

30 Marcelo Sebastián MIDÓN, Concepto de prueba, jerarquía y contenido del derecho a la prueba, en Tratado de la Prueba, Obra colectiva, Coordinador-Director Marcelo Sebastián Midón, Páginas 51 a 55, Librería de la Paz, 1° reimpresión, Buenos Aires, Argentina, 2007.

31 Eduardo M. JAUCHEN, Tratado de la Prueba en Materia Penal, Páginas 28, 29 y 32, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, Argentina, 2006.

32 César SAN MARTÍN CASTRO, Obra citada, Páginas 812 y 813.

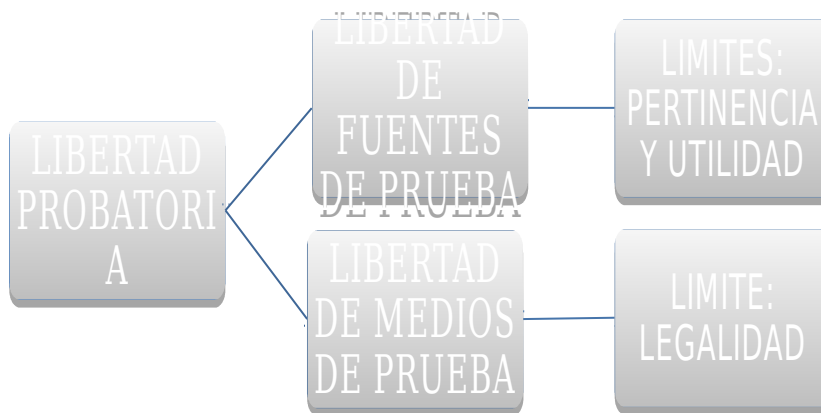
33 José Ignacio CAFFERATA NORES, Obra citada, Páginas 16, 17, y 26.

34 Carolina SANCHIS CRESPO, La prueba por soportes informáticos, Páginas 68 a 72, Tirant lo Blanch, Valencia, España, 1999.

PROCESO



Respecto a las fuentes de prueba la libertad probatoria tiene sólo como límites a la pertinencia o relevancia, y a la utilidad; los medios de prueba están limitados por la legalidad o conducencia.



En la pericia contable que se utiliza en el proceso penal por delito tributario; ¿cuáles son las fuentes de prueba?

Las fuentes de prueba son los hechos institucionales; renta y deuda tributaria; que conforme al principio de legalidad, solamente puede ser incorporado por el medio probatorio documento público, resolución de determinación; no a través del medio de prueba pericial.

No es constitucional por violación a la presunción de inocencia, condenar al acusado por delito tributario “probando” la renta oculta con una pericia contable, cuando la ley exige una resolución de determinación de deuda tributaria firme.

35 Francesco CARNELUTTI, La Prueba Civil, 2º edición, Páginas 67 a 71, Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1982.



El proceso penal por delito de defraudación tributaria en la modalidad de ocultamiento parcial de renta identificado como Expediente N° 7024-2009 seguido ante el Octavo Juzgado Penal Unipersonal de Trujillo, al término del juzgamiento se dictó la sentencia del 7 de diciembre del 2012, en la que acertadamente el Juez estableció que no se podía condenar al acusado sin resolución de determinación de deuda tributaria firme.

La Sala de Apelaciones revocó la sentencia de primera instancia mediante sentencia de vista del 5 de noviembre del 2013 señalando el “triste” argumento que en la Corte Superior de Justicia de La Libertad, se condena con pericia contable, sin necesidad de resolución de determinación de deuda; por cierto sin “obsequiar” una frase para argumentar la prueba del hecho institucional.³⁶

8.- La prueba del hecho institucional modificación presupuestal indebida.

Idéntico problema se produce en el Distrito Judicial de Ayacucho con los procesos penales por delito de malversación de fondos; se formula acusación considerando como prueba de la modificación presupuestal indebida, que forma parte de la acción típica, a la pericia contable; que se demostrará resulta ilegal o inconducente para demostrar este hecho constitutivo del peculado impropio.³⁷

³⁶ Veremos cómo termina el caso, confiando repetir la absolución.

³⁷ El problema se puede verificar en el Expediente N° 730-2013 actualmente en la Sala de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho, para revisar la sentencia absolutoria, la que si bien es a favor de la defensa, no impide comentar que la Juez recogió el argumento de la no probanza de la afectación de un servicio público, el resultado típico; no trató el argumento de la aprobación de la modificación presupuestal

El presupuesto público, su proceso de ejecución, las modificaciones presupuestales, no son hechos que existen en la naturaleza, son evidentes creaciones del Derecho Presupuestal, por tanto son hechos institucionales.

La modificación presupuestaria y el procedimiento que ha seguido, siendo un hecho institucional no se puede determinar con cualquier tipo de prueba, sino la exigida por la ley.

La aplicación debida o legal de los fondos públicos que se realiza en ejecución del presupuesto está prevista en la Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto, Ley N° 28411, en específico en su Capítulo IV - Ejecución Presupuestaria, Sub Capítulo III -Modificaciones Presupuestarias.

De acuerdo a la LGSNP; artículos 3°, 4° inciso “a”, y 28°; la Dirección General de Presupuesto Público, Órgano del Ministerio de Economía y Finanzas, como la más alta autoridad técnica administrativa en materia presupuestaria, tiene el control presupuestal del gasto público.

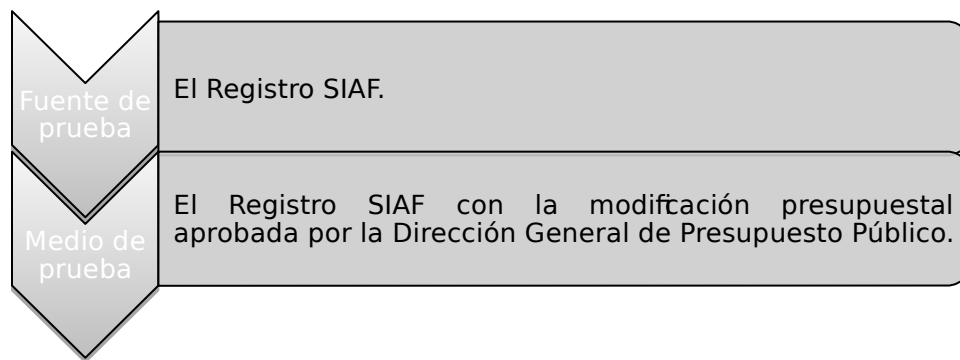
La ejecución del presupuesto y sus modificaciones se realizan informáticamente a través del Sistema Integrado de Administración Financiera a la cargo de la Dirección General de Presupuesto Público.

En un caso de malversación de fondos hay que probar si las modificaciones presupuestarias se realizaron siguiendo el procedimiento establecido en la Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto.

El Registro SIAF es la fuente de prueba y el medio de prueba; se trata de la forma legal que se realice y pruebe si hay una modificación presupuestal aprobada.

Recuérdese el caso único del documento; fuente de prueba y medio de prueba documental, prácticamente resultan lo mismo.

conforme lo exige una correcta operación probatoria, pues sólo si se prueba la acción se analiza el resultado. En el Expediente 01473-2013 actualmente en el Juzgado de Investigación Preparatoria de Huamanga, Corte Superior de Justicia de Ayacucho, en etapa intermedia de control de requerimiento mixto.



Solamente la Dirección General de Presupuesto Público puede establecer si una modificación presupuestaria es errada por no existir saldos de libre disposición.

La única prueba de cargo en un proceso penal cuyo hecho objeto de imputación es una ilegal modificación presupuestal; es la desaprobación de la modificación por parte de la Dirección General de Presupuesto Público, si esta no existe en el proceso penal la imputación no puede mantenerse y menos sustentar una condena.

Una pericia contable no puede demostrar hechos institucionales, menos si prescinde de verificar el SIAF.

Los casos que motivan esta reflexión resultan inconstitucionales por violación a la presunción de inocencia porque continúan a pesar de haberse demostrado que la Dirección General de Presupuesto Público aprobó las modificaciones del presupuesto público del Gobierno Regional de Ayacucho.

9.- La prueba del hecho institucional acto irregular en el ejercicio de la abogacía.

En el proceso penal seguido al ex Ministro de Justicia Aurelio Pastor Valdivieso fue condenado en primera instancia como autor de tráfico de influencias simuladas a partir del audio de un dialogo que sostuvo dentro de la relación abogado cliente con la ex Alcaldesa de la Provincia de Tocache Corina de la Cruz Yupanqui.

La ex Alcaldesa iba a ser vacada por tener una condena confirmada por difamación agravada, por lo que requería que Aurelio Pastor colabore con el abogado que participaba en el caso. Pastor explica que a su criterio, no se produciría la vacancia sino la suspensión, por ser esta la posición asumida por el Jurado Nacional de Elecciones ante casos penales no terminados, pues estaba pendiente el recurso de nulidad ante la Corte Suprema de Justicia; que si se lograría anular la condena porque no se había realizado pericia del audio con las frases difamatorias a pesar que la sentenciada no reconoció su voz, conforme a la jurisprudencia. Indica que se entrevistaría con miembros del JNE para buscar tiempo que

permita avanzar en el procedimiento de recurso de nulidad, que igualmente lo haría con el Fiscal Supremo en lo Penal para tratar de acelerar el dictamen; pues estimaba que al ser inminente la suspensión se trataría que, con la anulación de la sentencia condenatoria, sea lo más corta posible.

Ante comentarios de la cliente sobre si su problema podría ser solucionado con dinero; sobornos; el abogado le dijo que no, explicando que los miembros del JNE eran sus amigos, por lo que sabía que eran personas correctas y por tanto era imposible utilizar dinero; advirtiéndole que si alguien sugería lo contrario, engañaría a la ex Alcaldesa.

El abogado da cuenta de sus visitas; informando que al Presidente del JNE le había solicitado tiempo, todo el plazo legal, y de ser posible más; y al Fiscal Supremo Penal al que convenció para un dictamen rápido y favorable; explicando que el caso tenía tiempo en el despacho fiscal, que había ido al Poder Judicial por breve termino para un informe al JNE; y que respecto al fondo, el Fiscal Supremo tenía un antecedente aplicable, el dictamen en el caso del Periodista Paul Garay Ramírez.

No corresponde aquí presentar íntegramente la defensa del caso, será quizá materia de otro artículo; solamente resaltar que si los hechos objetos del dialogo fueron actos de abogacía y de ejercicio legítimo, se determinaron sin prueba, solo con apreciaciones; por ejemplo se consideró que no era abogacía porque no hubo “apersonamiento” o pidió tiempo más allá del plazo legal.

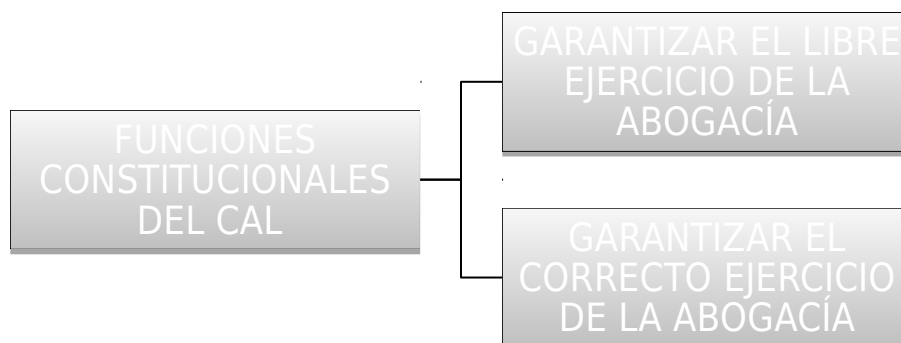
Tratándose de un caso de mala práctica profesional, por qué en el caso de un médico, ingeniero, etc. si sería indispensable acudir a las reglas de la profesión a la *lex artis*, a través de actividad probatoria, incluso acudiendo a los Colegios Profesionales; y en el caso del abogado ¡No!

No podría razonarse que es innecesario porque los jueces son abogados, pues se condenaría con conocimientos privados, lo que prohíbe la garantía de presunción de inocencia.

La abogacía, los actos que abarca su ejercicio profesional, su corrección; son hechos institucionales, su prueba depende de lo que establezca la ley.

El Tribunal Constitucional interpretando el artículo 20 de la Constitución, establece que éste otorga rango constitucional a los Colegios de Abogados, asignándole dos funciones; a) garantizar el libre ejercicio de la abogacía; y b) garantizar el correcto ejercicio de la abogacía. Así lo ha establecido en la STC del 20 de febrero del 2006, proceso de

inconstitucionalidad por el "Caso Colegio de periodistas del Perú", Fundamento Jurídico 9³⁸; y en la STC 11 diciembre del 2006, proceso de amparo por "Caso José Silva Vallejo", Fundamentos Jurídicos 4 a 12.



La Constitución reconoce, conforme al TC, autonomía normativa por la que el Colegio de Abogados establece sus reglas de ejercicio profesional, la *lex artis*; para determinarlas hay que verificar si se trata de un acto de abogacía en un proceso judicial o fuera de este.

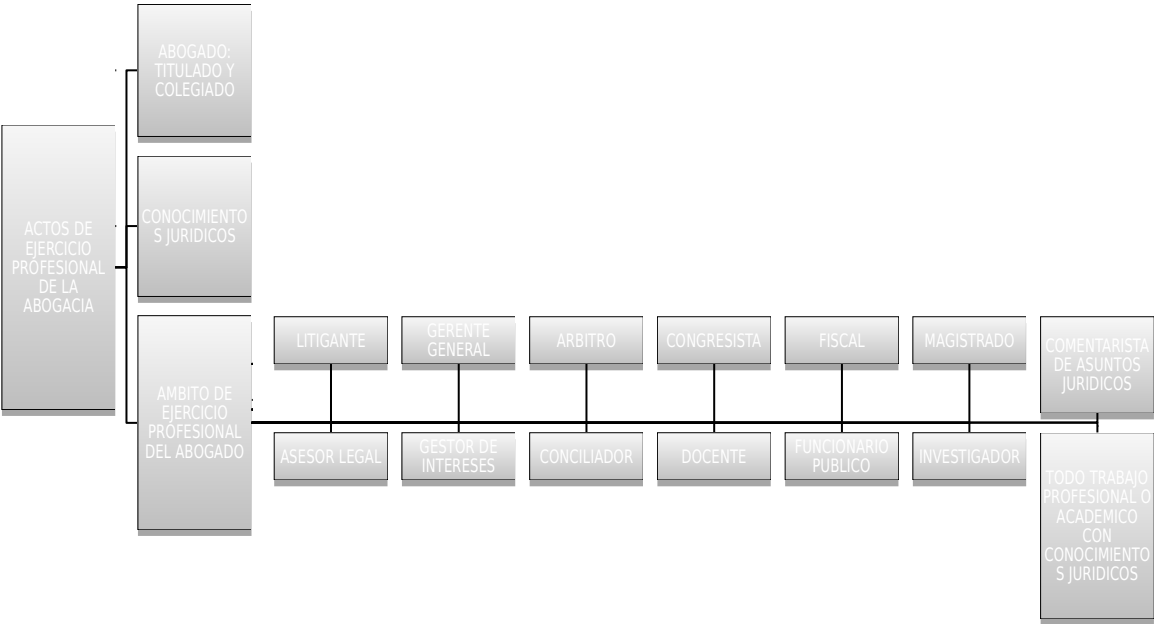


En el proceso comentado se trataría de actos de abogacía en general.

El Código de Ética Profesional rige todos los ámbitos de la abogacía: patrocinio judicial; administrativo; consultoría; asesoría; función jurisdiccional; cualquier otra en la que se necesite título de abogado. (Artículo 1)

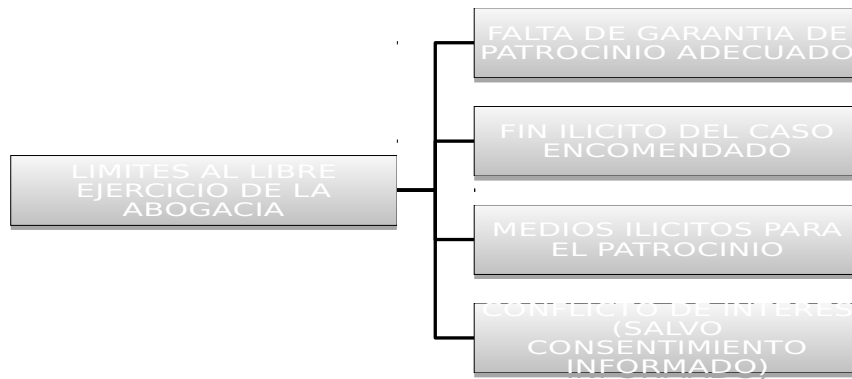
38 PLENO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, proceso de inconstitucionalidad, Exp. 0027-2005-PI/TC.

En el Glosario de Términos del CEP, se define ejercicio profesional: Actividad en la que el abogado utiliza sus conocimientos jurídicos con independencia de si es remunerado o no. Incluye desempeñarse como litigante, asesor legal, gestor de intereses, árbitro, conciliador, congresista, docente, fiscal, funcionario público, magistrado, investigador, comentarista en asuntos jurídicos, y todo aquel trabajo profesional o académico donde el abogado utilice dichos conocimientos.



El abogado tiene la libertad para aceptar todo tipo de causas; debiendo emplear todos los medios lícitos que garantice el debido proceso y el reconocimiento de los derechos del cliente dentro del marco jurídico aplicable. (Artículo 18)

El libre ejercicio de la abogacía o de patrocinio tiene los siguientes límites:



El abogado no debe realizar soborno, en sentido amplio, como medio para patrocinar. Tiene el deber de instruir a su cliente a que no puede incurrir en cohecho; y de renunciar si lo hace. (Artículo 56) Se trata de un deber del abogado en la relación con las autoridades.

El abogado no debe realizar gestiones privadas, es decir, tratar asuntos que patrocina con la autoridad que los conoce, al margen de los medios y procedimientos permitidos por la ley. (Artículo 57) Se trata de un deber del abogado en la relación con las autoridades.

El abogado no debe utilizar medios que representan una injerencia para el ejercicio imparcial e independiente de la autoridad. (Artículo 63)

El artículo 63 del CEP prohíbe la influencia, entendida como injerencia en el ejercicio imparcial e independiente de una autoridad; esto es, procurar que tome una decisión parcializada, o presionada, por la relación con el abogado.



La necesidad de probar hechos institucionales comentados, respetando la libertad constitucional del libre ejercicio de la abogacía³⁹, exige la siguiente operación:

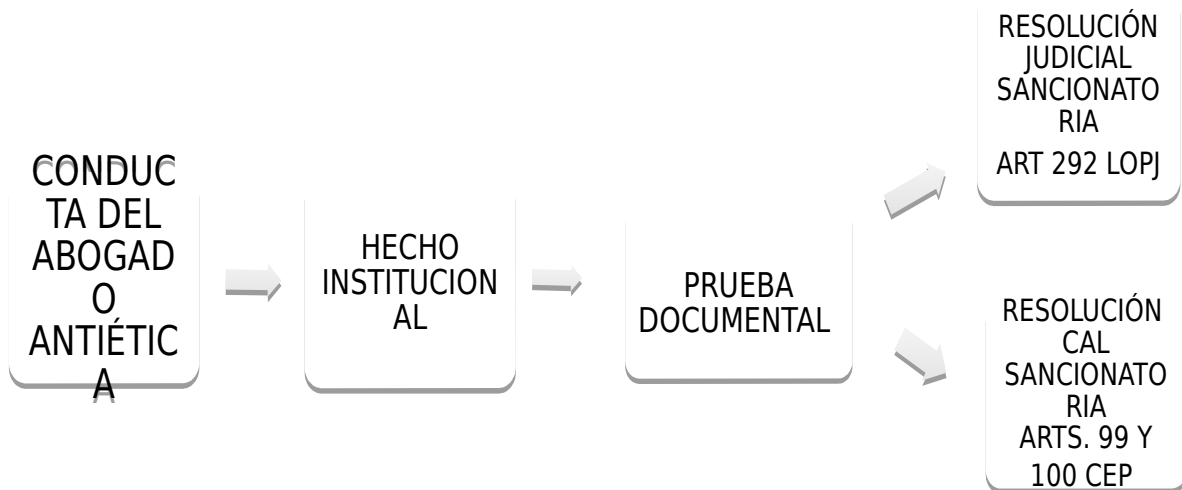


Para realizarla es indispensable determinar cómo la norma jurídica señala que se prueba si un acto es ejercicio de la abogacía, para evitar que a un abogado se le pretenda encarcelar por no apersonarse, sin considerar que en el caso de los gestores de intereses no intervienen en procesos; se presentan ante la autoridad de forma pública, no privada, utilizando conocimientos jurídicos.

O frente al cuestionamiento de pedir tiempo más allá del plazo legal; no se considere el artículo 60 del CEP que prohíbe el abuso del proceso generando dilaciones innecesarias; esto es, si admite las dilaciones necesarias como la una defensa de prescripción de la acción penal.

En caso de procesos judiciales, la conducta procesal indebida, se prueba con un documento público; la resolución judicial; igual con el acto de abogacía indebido fuera de proceso; con la resolución sancionatoria del CAL.

39 El Tribunal Constitucional ha establecido que el derecho al libre ejercicio de la abogacía tiene rango constitucional, siendo su fundamento el derecho al trabajo y el derecho a la defensa de los patrocinados. Así tenemos a la STC del 30 de junio del 2010, expedida en el proceso de amparo por el “Caso Milton Mercado Apaza”, Fundamentos Jurídicos 4 y 10, Exp. N.º 03833-2008-PA/TC.



Si las pericias contables no reemplazan a la prueba que exige la ley; menos los conocimientos privados del juez, o las apreciaciones del fiscal.

10.- Conclusiones.

- A. La garantía procesal constitucional de presunción de inocencia prohíbe demostrar hechos con pruebas ilegales o inconducentes.
- B. El objeto y tema de prueba lo forman diversos tipos de hechos procesales.
- C. Un tipo de hecho procesal son los hechos institucionales.
- D. Los hechos institucionales sólo se demuestran con la prueba establecida en la ley.
- E. En la praxis judicial no se distinguen los hechos institucionales y la forma legal de probarlos.