

# jurídica

Nº  
252

Martes 26 de mayo de 2009 • Año 6 SUPLEMENTO DE ANÁLISIS LEGAL DE *EL PERUANO*



## Ciencia vs. Derecho

● E. KEYCOL ARÉVALO SILVA 3, 4, 5 y 6

ILUSTRACIÓN: TITO PIQUÉ

**2** ● Arbitraje popular

● RAFAEL JAMES TAPIA QUIROZ

**7** ● Pruebas de oficio en el nuevo CPP

● JUAN R. HURTADO POMA

**8** ● Boletín electrónico *Contratando*

# Arbitraje popular

## OPINIÓN

RAFAEL JAMES  
TAPIA  
QUIROZ

Abogado



El arbitraje popular no es una clase de arbitraje, es una expresión del programa impulsado por el Estado, denominado *Arbitra Perú*, con la finalidad de promover el acceso a la jurisdicción arbitral, como alternativa a la resolución de conflictos y para fortalecer un sistema de justicia más rápido y eficiente.

### D. LEGISLATIVO N° 1071

Según la actual norma sobre arbitraje, el D. Leg. N° 1071, las clases de arbitraje no sistematizadas pero que se desprenden de la misma, son:

- 1) Por el número de árbitros: arbitraje ad hoc (un solo árbitro) y arbitraje institucional (Tres o más, mediante una institución arbitral).
- 2) Por la calidad del árbitro y aplicación de la norma: arbitraje de derecho (abogado, resuelve con sujeción a la norma) y arbitraje de conciencia (persona natural –resuelve por su leal saber y entender–).
- 3) Por territorialidad: arbitraje nacional o del Estado peruano y arbitraje internacional.
- 4) Por la especialidad: arbitraje estatutario y arbitraje sucesorio.

### EL ARBITRAJE POPULAR

Se da en consonancia con la Primera Disposición Final de dicha norma, la cual declara de interés nacional el acceso al arbitraje para la solución de controversias de todos los ciudadanos. Para tal efecto, el Ministerio de Justicia (Minjus) quedó encargado de la creación y promoción de

mecanismos que incentiven el desarrollo del arbitraje a favor de todos los sectores, así como de ejecutar acciones que contribuyan a la difusión y uso del arbitraje en el país, mediante la puesta en marcha de programas. En consecuencia, el arbitraje popular es conducido por el Minjus para favorecer el acceso de las mayorías a este medio de solución de controversias, a costos adecuados.

En este sentido, el arbitraje popular se da mediante un proceso, por el cual dos partes deciden someter su discusión ante un tercero neutral que brindará una solución imparcial y definitiva al conflicto. Para ello, el Minjus ha implementado un Centro de Arbitraje Popular, denominado *Arbitra Perú*, cuya sede se encuentra en este ministerio.

### ARBITRA PERÚ

El Centro de Arbitraje Popular *Arbitra Perú* tiene por finalidad tramitar las controversias que se sometan a su jurisdicción derivadas del derecho de propiedad, posesión, de los derechos y obligaciones contractuales, responsabilidad contractual y extracontractual y toda clase de controversias de libre disposición que las partes decidan acordar, siempre que su estimación económica no sea superior a veinte (20) Unidades Impositivas Tributarias (UIT). Cualquier pretensión mayor a la estimada, se derivará a cualquier otro centro de arbitraje, en donde los costos son más onerosos.

"El arbitraje popular se da mediante un proceso por el cual, dos partes deciden someter su discusión ante un tercero neutral".

En verdad, este programa constituye un esfuerzo por parte del Estado de permitir el acceso a la justicia a través de otra vía, como es la arbitral, figura poco apreciada por ser aún no muy conocida, empero, que, en la actualidad, se encuentra en auge, mayormente, en los casos referidos a las pretensiones de índole comercial y de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, cuyo acceso es muy frecuente, ya que en la mayoría de contratos con el Estado se inserta la cláusula arbitral.

Es así que el programa facilita una vía accesible en costos y promueve la inserción de cláusulas de arbitraje en los contratos que se celebren entre las partes y si no lo hubiera, facilita la celebración de un convenio arbitral que obligaría a las partes a recurrir a la jurisdicción arbitral mediante los centros de Arbitraje Popular, entre ellos los del Ministerio de Justicia, siempre y cuando se halla expresado en el convenio arbitral la sujeción a un

centro de arbitraje popular.

La denominación del término "popular" denota una intencionalidad acorde con uno de los objetivos del programa, que es el conseguir que el acceso a la jurisdicción arbitral, tenga carácter masivo, permitiendo que las personas que demandan del servicio de justicia, tengan mayores facilidades de acceder a un centro de arbitraje, en este caso, a *Arbitra Perú*, por los bajos costos que ofrece, promoviendo de esta manera que las personas interesadas no vean en la onerosidad del proceso un obstáculo para acceder a la jurisdicción arbitral.

Debe quedar claro que las partes con pretensiones de hasta 20 UIT, no necesariamente están obligadas por ley a recurrir a un centro de arbitraje popular, lo harán siempre y cuando lo hayan pactado en el convenio arbitral, caso contrario pueden recurrir a cualquier centro de arbitraje que las partes consideren pertinente. ♦



# Ciencia vs. Derecho

## CRÍTICA

E. KEYCOL  
AREVALO  
SILVA



Abogada por la UIGV. Cursante de maestría en Derecho, en su alma máter.

¿Genética? ¿Pruebas biológicas? ¿ADN? ¿Derecho? ¿Filiación? Al parecer, conceptos fáciles de explicar. Empero, en la teoría quizá no sean tan fáciles de entender como, así tampoco, de aplicar en el derecho. Nosotros creemos que la ciencia y el derecho deberían penetrarse y asistirse mutuamente para que estén al servicio y en beneficio del hombre y de la sociedad, en búsqueda de una justicia eficiente y eficaz, basada en la verdad científica, que no debería estar alejada de los preceptos morales de quienes acuden y se amparan en ella con el fin de obtener la materialización de sus pretensiones jurídicas.

En este contexto, encontramos un problema en las relaciones e intereses jurídicos de filiación, en cuanto a los beneficios, ventajas, certezas y sustento para obtener derechos y obligaciones en el vínculo filial de padres e hijo.

No obstante lo apuntado, ya existe legislación sustentada en la certeza científica de la prueba de ADN para determinar la paternidad y la maternidad, según sea el caso. Sin embargo, no se han considerado situaciones que pudieran estar fuera de este marco legal, donde se ampare al padre legal que en muchos casos no es el padre biológico, así como se ampara al hijo, no sólo en los casos de impugnación de paternidad para atacar la presunción legal que pesa sobre el padre del hijo concebido dentro del matrimonio, sino, también, para negar la paternidad después de haberse consumado esta presunción cuando no se tenía libre acceso a esta irrefutable prueba científica.

El presente trabajo trata de explicar cómo el derecho está tratando, aun cuando le falta mucho por hacer, de ponerse al nivel de las pruebas genéticas, tal como se han dado las últimas leyes sobre el reconocimiento de paternidad y maternidad en el Perú, desde 1999. Sin embargo, empíricamente, se pueden estudiar y analizar muchos casos en que la ley ha dejado de lado, desconocida e ignorada la exigencia de esta prueba para beneficio del padre legal que descubre que no es el padre biológico del hijo que la ley le obligó a reconocer y tratar como tal.

En este sentido, consideramos que existen algunos vacíos en esta legislación, vulnerando el principio de igualdad ante la ley de dos personas adultas (padre e hijo), donde ya no existe, desde luego, el "interés superior del niño". Además, donde el adelanto científico de la prueba de ADN no puede ser exigida por este padre, que se encuentra envuelto en un conflicto moral, de dignidad y amor propio por el engaño sufrido y la reacción negativa del hijo a someterse a ella. Es más, la mayor injusticia y contradicción jurídica se da cuando el resultado de la prueba arroja que el padre legal no es realmente el padre biológico, habida cuenta de que la ley señala la irrevocabilidad del reconocimiento, tanto personal como legal, tal como lo señala el artículo 395 del Código Civil.

## GENÉTICA Y SUS AVANCES

"La genética es la ciencia que se ocupa del estudio de la variación y de la herencia de todos los organismos vivos" ([1]), es decir, por medio de ella podemos conocer la herencia transmisible de padres a hijos, por poner un ejemplo.

En 1990, un grupo de científicos tomó la encomiosa tarea de descubrir nuestro mapa genético, la misma que nos llevaría a encontrar, en un futuro no muy lejano, cura para ciertas enfermedades, desde el momento en el cual



"El derecho está tratando, aun cuando le falta mucho por hacer, de ponerse al nivel de las pruebas genéticas, tal como se han dado las últimas leyes."

conozcamos qué gen es el que causa la misma o, en su defecto, poder saber desde la concepción qué enfermedades estaríamos propensos a sufrir de acuerdo con nuestra cadena genética. Fue entonces que, en 2003, este grupo de científicos descubrió cerca de 3,000 millones de letras que encierran el llamado genoma humano. Éste no es otra cosa que el "estudio del enlace de los caracteres hereditarios sobre los cromosomas

(cartografía genética), la descripción y la manipulación de las moléculas de ADN (cartografía física) y el estudio de la expresión de esos caracteres (cartografía génica)", según el doctor Charles Auffray. ([2])

Desde entonces, sabemos qué genes son los causantes del tan temido cáncer de mama, de colon, la acondroplasia, la fibrosis quística, la rinitis pigmentosa y otras enfermedades de carácter cardíaco.

Conocer, entonces, toda nuestra constitución genética es realmente importante, porque nos va a permitir, algún día no muy lejano, reemplazar algún gen nuestro, causante de enfermedad, por uno sano. Aquí comienza el dilema de la llamada "manipulación genética" y los grandes detractores que tiene sobre el mismo, embarcándonos en problemas que están entre la moral

y el conservadurismo legal de la que todavía nuestra legislación es presa, sin importar que la propia Constitución en su artículo 2° señala que “Toda persona tiene derecho: 1. A la vida, a su identidad, a su integridad física y a su libre desarrollo y bienestar. ...”

### ADN Y LA APLICACIÓN DE SUS PRUEBAS

ADN, cuyas siglas en español quieren decir ácido desoxirribonucleico, es el componente principal de los cromosomas. En este orden de ideas, sabemos que son los genes los que determinan las características de cada persona, la misma que cuenta con 30 mil, y éstos, a su vez, están compuestos por ADN, el cual contiene toda nuestra información genética.

Gracias al ADN se han llegado a resolver muchos casos que hasta hace algunos años eran un misterio y que hoy, afortunadamente, la ciencia los ha resuelto. Tal es el caso, entre otros, del llamado “Desastre de Waco”, en el que –debido a que las víctimas se encontraban en estado total de descomposición, además de estar incineradas– la Policía especializada en Criminalística tuvo que recurrir a las pruebas de ADN para identificar los cuerpos en el Monte Carmel de la secta Davidiana en Waco. Es obvio que sin los avances científicos de esta prueba, esto hubiera sido imposible. Otro caso, también muy comentado en la prensa internacional, fue el accidente aéreo ocurrido en Bélgica, donde no existían piezas enteras del cuerpo de los fallecidos, debido a lo feroz del accidente, por lo que se realizó la identificación de los que perecieron mediante la extracción de ADN de sus dientes, y cuyas muestras, luego, tuvieron que ser comparadas con las de sus familiares. Sin irnos tan lejos, los restos de las víctimas de las matanzas de Barrios Altos y La Cantuta lograron ser identificados por las diversas pruebas de ADN practicadas y, luego, comparadas con las obtenidas de sus parientes.

En los delitos de violación es posible dar con el asesino a través de las pruebas de ADN obtenidas del semen que es encontrado en el interior de la cavidad vaginal de las víctimas. Lo que nos lleva a creer en la imperiosa necesidad de implementar en nuestro país un “banco de ADN”, tal como existe actualmente en otros países, como

Estados Unidos de América y parte de la Unión Europea. Muestras obtenidas de los delincuentes que han purgado y purgan carcelaría por delitos de violación y homicidio. Con ello, la Policía lograría reducir el universo de sospechosos de la comisión de estos delitos y facilitar la identificación de los culpables. Este esfuerzo criminalístico de la policía científica de contar con este banco de ADN se sustenta en la concepción criminológica de que los autores de estos delitos tienden a la reincidencia una vez que han cumplido con su pena u obtenido su libertad bajo fianza u otras acciones procesales penales.

En el caso que nos ocupa, tema de este trabajo –filiación– la prueba de ADN ha permitido lograr el amparo del derecho a la identificación de muchos niños que no fueron reconocidos por sus progenitores. Creemos, entonces, que dicha prueba es sumamente importante, por todo lo antes expuesto. El gran dilema está en reconocer en esa prueba su verdadera importancia, dado el grado de certeza que tiene (99.99%), y si esa misma garantía científica debe amparar a todos sus actores, por lo que líneas abajo nos encargaremos del correspondiente análisis.

### ADN COMO PRUEBA DE RECONOCIMIENTO POSITIVO DE LA PATERNIDAD

Al margen de diferenciar la filiación matrimonial o extramatrimonial debe quedar claramente establecido que, actualmente, en nuestra legislación ya se permite la prueba de ADN para reconocer la paternidad del nacido que es negado por su progenitor. Esto es, en otras palabras, cuando un sujeto niega extender y reconocer su vínculo de paternidad con el supuesto hijo que le imputa la madre.

Ante la demanda de filiación del hijo negado por el supuesto padre a solicitud de la madre, el juez puede disponer de

“La prueba de ADN ha permitido lograr el amparo del derecho a la identificación de muchos niños que no fueron reconocidos por sus progenitores.”

prueba de ADN para obtener la máxima certeza de la paternidad imputada. Esta prueba opera, única y exclusivamente, para el reconocimiento positivo, vale decir, cuando es en beneficio del hijo negado. Se da esto con la finalidad de responder positivamente a la negativa del supuesto padre demandado que rechaza la prueba impuesta procesalmente, por lo que el juez declara judicialmente la paternidad invocada.

En virtud de lo expuesto, podemos

observar que la prueba de ADN se extiende a favor de la madre demandante y del niño a ser reconocido, empero, ¿qué sucede con el cónyuge (marido) que ante determinados indicios de duda de su paternidad solicita la prueba de ADN para sustentar la impugnación de la misma y destruir la presunción de que “el hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los 300 días siguientes a su disolución tiene por padre al marido” (artículo 361 del Có-



digo Civil) y la demandante se niega a someter al hijo matrimonial a la prueba de ADN alegando que se está vulnerando su dignidad y poniendo en tela de juicio su honorabilidad?

En este contexto, entonces, cabe la siguiente pregunta: ¿ante la negativa de la madre a someter al hijo a la prueba de ADN, el juez podría declarar como no padre biológico al demandante? Creemos que éste es otro vacío de la ley, habida cuenta de que la legislación no menciona nada sobre el particular.

### ADN EN LA IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD

Si bien es cierto que la legislación actual dispone que el padre puede impugnar la paternidad del hijo nacido dentro del matrimonio, no es menos cierto que existe una inoperancia por parte de los juzgadores para aplicar la ley, y negar la paternidad cuando la madre se opone a la prueba de ADN del hijo menor.

Esta situación se agrava en los casos en los cuales los hijos fueron reconocidos voluntariamente por el propio padre, mediante el llamado “vicio de consentimiento”, tipificado en la legislación española, tal como lo apunta la tratadista Iciar Cordero, al señalar: “... ¿no es un vicio de consentimiento la creencia errónea de ser padre cuando nace el hijo”... “porque hay un error en su voluntad, es decir tiene la creencia errónea de que la criatura es hijo suyo” ([3]) y/o por sentencia judicial, en virtud de la presunción legal “pater is est quam nuptian demonstrant”, considerando que en el pasado se carecía de pruebas científicas fehacientes como actualmente lo es el ADN y que aunque nuestra legislación no prevé dicha figura, no estamos ajenos a esa realidad.

### INJUSTICIA LEGAL

En este orden de ideas, nos parece injusto que los hijos, hoy mayores de edad, no puedan ser demandados por el padre legal, mas no quizá biológico, porque se encuentra impedido por el mismo Código Civil, el cual señala el carácter irrevocable del reconocimiento, aun cuando la prueba de ADN concluya que el padre legal no es el biológico, tal como lo veremos en el caso que sucintamente presentaremos más adelante.

Si bien es cierto, esta protección legal consagrada casi en todas las legislacio-

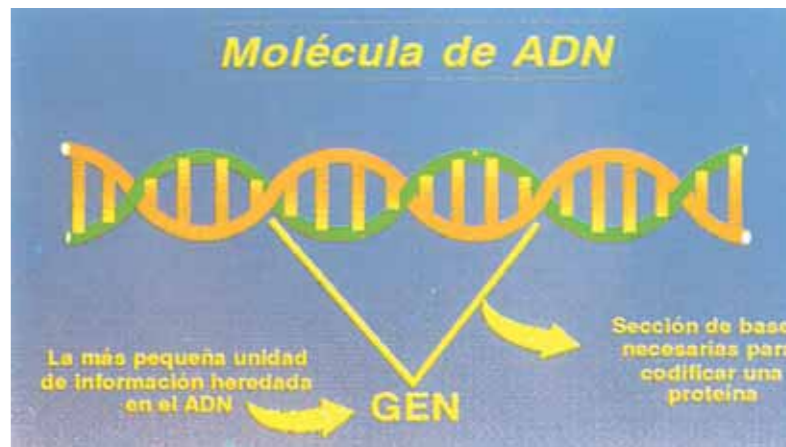
nes se ha dado en defensa del “interés superior del niño”, quien es considerado en esta relación de filiación como el “débil jurídico”, no es menos cierto que se ha proyectado y extendido en el tiempo para todos los hijos aún adquiriendo la mayoría de edad. Como es obvio, esta protección ya no debería darse, habida cuenta que el hijo ya no es un niño, sino un adulto y, por lo tanto, ya no hay tal interés ni débil jurídico a proteger.

Sin embargo, no somos ajenos a los problemas que originarían el conocimiento del verdadero padre biológico respecto del hijo adulto, en relación con su identidad, hállese del nombre, apellidos, derechos patrimoniales y hereditarios, etc. Situación que tendría que ser legislada de manera justa y equitativa para ambas partes, y que, sin duda, tendrá que resolver el derecho, teniendo en cuenta ciertos patrones éticos y morales que no son ajenos al amor propio, a la dignidad de los seres humanos y al derecho de conocer la identidad de nuestros progenitores biológicos, lo cual también debería extenderse como derecho al padre legal de conocer fehacientemente si existe o no vínculo genético con el hijo reconocido.

No obstante lo expuesto, por un lado, en el reconocimiento de la filiación del menor no sólo opera el orden jurídico correspondiente, sino, también, el aspecto moral y social en lo que ha venido a denominarse la paternidad responsable. Y, de otro lado, en la impugnación de la paternidad, de igual manera, se da ambos aspectos –lo jurídico y lo moral–, habida cuenta que cuestionada la paternidad de un niño y, con mayor razón, la de un adulto, la madre en el caso del primero, y el mayor de edad, en el caso del segundo, deberían mostrar interés por saber y/o conocer fehacientemente quién es el padre biológico.

### ANÁLISIS DE LA LEGISLACIÓN ACTUAL SOBRE FILIACIÓN (LEYES N°s 27048 y 28457)

Respecto a la prueba de ADN para los casos de filiación tenemos dos leyes de singular importancia que regulan la misma. De un lado, la Ley N° 27048, que introduce la prueba de ADN en nuestra legislación de familia. Y, de otro lado, la Ley N° 28457, que legisla exclusivamente sobre el reconocimiento de pa-



¿Ante la negativa de la madre a someter al hijo a la prueba de ADN, el juez podría declarar como no padre biológico al demandante?

ternidad de los hijos habidos en relación extramatrimonial.

1. La Ley N° 27048, promulgada el 31-12-1998 y publicada el 6-01-1999, modifica los artículos 363, 402, 413 y 415 del Código Civil, incorporando la prueba de ADN en los casos de declaración de paternidad y maternidad, desestimando las presunciones legales que regían para todo hijo nacido dentro del matrimonio y, además, estableciendo la “confesión ficta” para los procesos de filiación extramatrimonial

Si bien es cierto que esta ley está acorde con el adelanto científico y tecnológico de esta moderna prueba que cambia la antigua condición del juez de que es perito de peritos, sobre la base del aforismo “peritus iudex est”, no es menos cierto que muchos jueces y abogados han cuestionado la validez y aplicación de esta prueba en sus sentencias, so pretexto de defender el principio de interés superior del menor, que fue aprobado en la Convención sobre los Derechos del Niño, suscrita por el Perú, el 26-01-1990, luego de haber sido aprobada por Res. Leg. N° 25278, vigente a partir del 2 de setiembre del mismo año.

En efecto, “de acuerdo con la Convención, en todas las medidas que se to-

men, concernientes a los niños, se debe atender el interés superior de éste (art. 3), el derecho del niño a tener un nombre, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos (art. 7, inc. 1), así como el derecho del niño a preservar su identidad (art. 8)”, tal como lo apunta el tratadista y ex magistrado Manuel Jesús Miranda Canales, en su obra *ADN como prueba de filiación en el Código Civil*. Ediciones Jurídicas, Lima, 2007, pp. 142 – 143. ([4])

No obstante esta legalidad, hubo sentencias contradictorias sobre la declaración de paternidad y maternidad, por lo que, con la finalidad de uniformar criterios sobre el particular y en búsqueda de una justicia con predictibilidad, la Corte Suprema ratificó la legalidad de la norma y acogió plenamente la validez de la prueba de ADN, sin que ello tuviera colisión con la protección de los intereses del niño (Pleno Jurisdiccional Nacional de Familia de 1999, acuerdo N° 5, sobre “Declaración de paternidad y maternidad”).

2. La Ley N° 28457, publicada el 8-01-2005, que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial, donde sin duda alguna, queda en evidencia que la prueba de ADN se constituye en la prueba reina en el proceso de esta naturaleza, y en todo momento se resguarda el interés superior del niño y, además, también de la madre, cuando los resultados de la misma concluyen positivamente en la paternidad demandada. Empero, algo más, resulta de singular importancia cuando la negativa del demandado a someterse a la prueba concluye con el reconocimiento judicial de la paternidad.

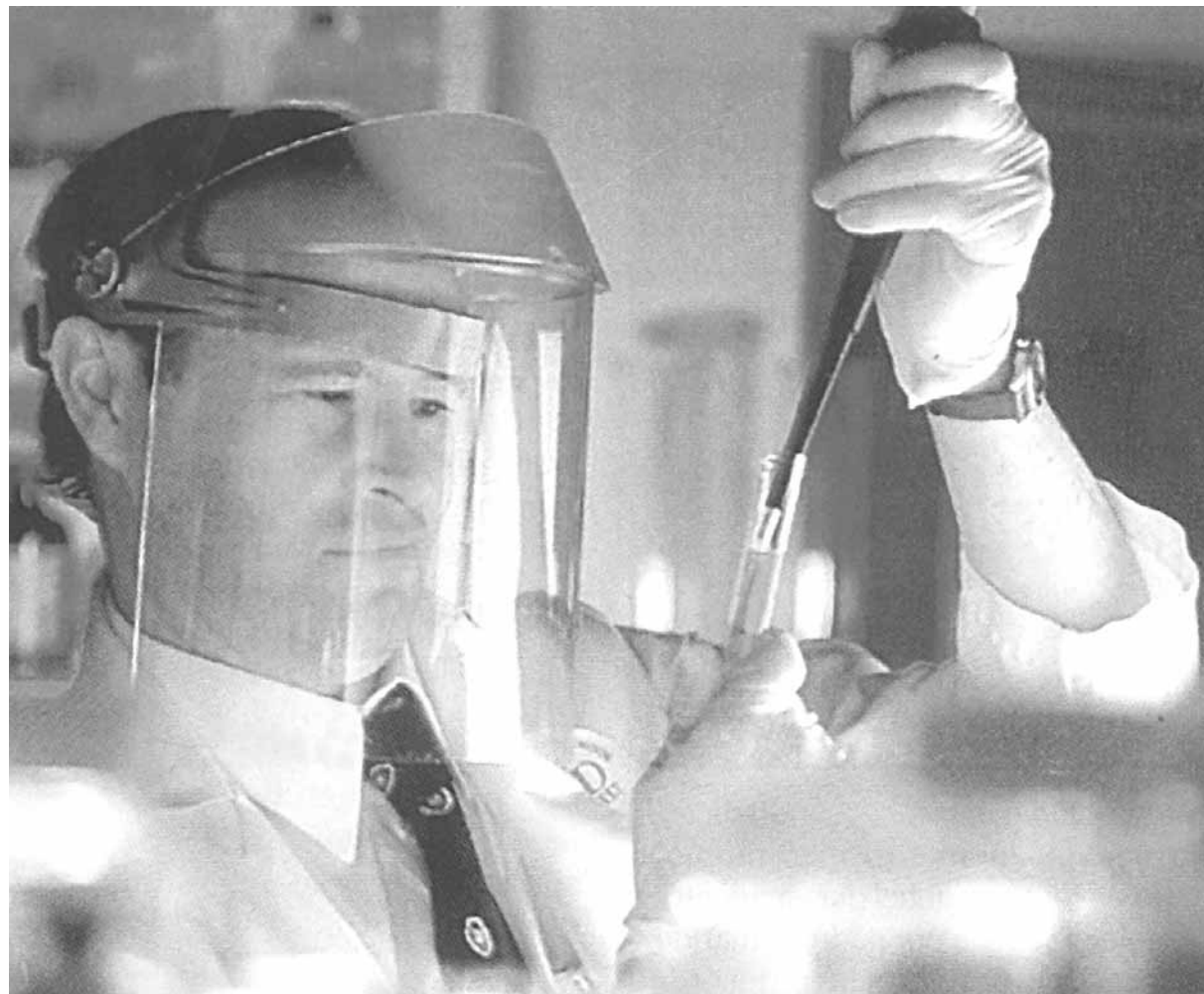
En consecuencia, con esta legis-

lación aparentemente se resuelve los problemas del reconocimiento de paternidad y maternidad, tanto matrimonial como extramatrimonial. Sin embargo, a nuestro juicio, quedan algunos vacíos o lagunas (metátesis, al decir del maestro sanmarquino Francisco Miró Quesada Cantuarias) ([5]) en esta legislación y contradicción de principios jurídicos, sobre todo cuando se refiere a una exigencia de sometimiento de esta prueba a hijos mayores, cuyo vínculo parental genético está con una serie de dudas e indicios razonables que el padre legal no es el padre biológico.

### VACÍOS LEGALES

1. En el caso concreto del hijo nacido dentro del matrimonio, en donde el padre impugna la paternidad y la madre (demandada) se niega a someter al hijo a la prueba de ADN, creemos que la legislación debería aplicar el mismo tratamiento que el que se le impone al padre cuando éste no acude a cumplir con el mandato de someterse a dicha prueba, que declara judicialmente la paternidad. En otras palabras, aquí hay un grave vacío de la legislación, que no considera esta situación impidiendo al juez declarar la no paternidad judicial a favor del demandante.

2. La legislación establece tanto la imprescriptibilidad de la acción de filiación matrimonial como la no caducidad de la acción para declarar la filiación extramatrimonial, lo cual, sin duda, en ambos casos, beneficia al interés superior del niño y, también, obviamente, del adulto por los alcances de la naturaleza de lo dispuesto (artículos 373 y 410 del Código Civil). Consideramos que aquí también hay otro vacío legal, habida cuenta que estos derechos, tanto la imprescriptibilidad como la no caducidad, deberían beneficiar también al padre cuando desee impugnar su paternidad, sobre todo en hijos adultos que fueron reconocidos por presunción o mandato judicial, sin la prueba de ADN. Al respecto, algunas legislaciones, tales como la Europea han modificado su legislación al respecto, declarando la imprescriptibilidad también para los casos de impugnación de paternidad, tal como lo señala el tratadista Diego Espín Cánovas, en el "Libro homenaje a don Antonio Hernández Gil", al afirmar que: "También es imprescriptible la acción para impugnar



"Legislación y contradicción de principios jurídicos, sobre todo cuando se refiere a una exigencia de sometimiento de esta prueba a hijos mayores, cuyo vínculo parental genético está con una serie de dudas e indicios razonables que el padre legal no es el padre biológico."

la legitimidad del hijo (Código Civil Italiano, art. 248)." ([6])

3. De esta forma, podemos apreciar que, además de los vacíos legales estimados, se presenta una serie de con-

tradiciones entre principios jurídicos fundamentales que tendrían que ser objeto de otro estudio más profundo y de carácter eminentemente teórico. Sólo a título de ejemplo, creemos que entre los principios en colisión a favor o en contra del tema tratado, estarían, entre otros, el de la igualdad ante la ley respecto a los derechos civiles (artículo 4 del Código Civil); el de la irretroactividad de la ley (art. III del Título Preliminar del Código Civil: "La ley se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. No tiene fuerza ni efectos retroactivos, salvo las excepciones prevista en la Constitución Política del Perú"); el que "los jueces no pueden dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley. En tales casos, deben aplicar los principios generales del derecho y, preferentemente, los que inspiran el derecho peruano" (Art. VIII del Título Preliminar del Código Civil). ♦

[1] OLIVA VIRGILI, Rafael. *Genética Médica*. Ediciones Universitat. Barcelona, 2004. p. 17

[2] AUFRAY, Charles. *El genoma humano: Una explicación para comprender, un ensayo para reflexionar*. Publicado por siglo XXI, 2004, p. 22

[3] CORDERO CUTILLAS, Iciar. *La impugnación de la paternidad matrimonial*. Publicado por Universitat Jaume I, 2001, pp. 150-152

[4] CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO. En *DERECHO DE MENORES* por CHUNGA LAMONJA, Fermin. Editorial Grijley. 3ra. Edición actualizada. Lima, 1999, pp. 166-167.

[5] MIRÓ QUESADA CANTUARIAS, Francisco. *Ratio Interpretandi. Ensayo de Hermenéutica Jurídica*. Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Fondo Editorial, 2000, p. 35.

[6] AAVV. *Homenaje a Don Antonio Hernández Gil*. Editorial Ramón Areces, 2001, p. 1184.

# ¿Son convenientes las pruebas de oficio en el nuevo Código Procesal Penal?

## CRÍTICA

JUAN R.  
HURTADO  
POMA



Fiscal Provincial Titular de Huaura  
Profesor universitario

Nuestro nuevo sistema procesal penal (2004) vigente en ocho distritos judiciales del país (Huaura, La Libertad, Arequipa, Moquegua, Tacna, Lambayeque, Piura y Tumbes) no sé de qué sistema es: americano, cuasi adversarial o puro, o acusatorio garantista, solo sé que es el sistema penal peruano y que responde a nuestro espacio y tiempo, a nuestra realidad de impartir justicia con todas sus bondades y defectos.

Dentro de esa óptica, pretendemos justificar nuestra respuesta si es conveniente la actuación de "Pruebas de Oficio". Para ello, propongo tres argumentos. Veamos.

### SUSTENTO FILOSÓFICO.

Estamos viviendo la "modernidad líquida" de la que habla Zigmunt Bauman, es decir, aquella informe y transformable, que contrapone a la solidez y perdurabilidad que preciniza la modernidad, la obsesión a la compulsión; la conciencia de que la solución de un problema no resuelve todo, pues ella misma genera otro u otros; la incertidumbre, la precariedad; la inseguridad; la vulnerabilidad; la inestabilidad; la ausencia de puntos fijos; la inquietud; la desconfianza en las instituciones; y hasta uno mismo que prefiere la libertad o la seguridad dependiendo del esta-

do en que estemos; los sistemas procesales no son ajenos a esto, por eso es imposible afirmar en cualquier lugar del universo un sistema procesal puramente inquisitivo o uno exclusivamente acusatorio.

En efecto, por eso, Mirjan R. Damska ("Las Caras de la Justicia y el poder del Estado". Análisis comparado del proceso penal. Editorial Jurídica de Chile, 2000, p. 15, 17 y III.), afirma que el mínimo común denominador de cada sistema es inestable, que el sistema se encuentra en constante cambio; que los rasgos del proceso adversarial pueden ser identificados en la Europa Continental, mientras que en tierras angloamericanas también se perciben bastantes rasgos inquisitivos; y que la fragmentariedad característica de los procesos continentales comienza ya a ser utilizada en algunos países angloamericanos.

Pues bien, nuestro nuevo Código Procesal Penal tiene connotaciones inquisitivas y acusatorias. En ese orden de cosas, nosotros preferimos, por lo menos, un Código democrático, y eso es suficiente. Por ello, tenemos un sistema acusatorio ajustado al Perú, a nuestras necesidades, a nuestra cultura y circunstancias de nuestro Perú profundo y moderno. No es correcto, por tanto, pretender encasillarnos en que esto es "acusatorio" por ser su naturaleza acusatoria o "inquisitivo" o "mixto".

### - No más "operador del derecho o jurídico"

Empero, hay algo más, a la par de ese proceso, también requerimos de "un tipo" de juez (y así nos han for-

mado en la Academia de la Magistratura), es el juez Hermes o Mercurio, el que corresponde al siglo XXI, el gran comunicador, el juez de los derechos humanos de tercera generación, el juez de la fraternidad, el que integra legislación y jurisprudencia, analiza e interpreta y está muy lejos del "mal llamado operador jurídico"; el cual responde al viejo positivismo jurídico que hoy se encuentra en superación. En otras palabras, el juez que relativiza las posiciones, no trabaja con pirámides, ni códigos, ni casos aislados, ni expedientes, cuenta con mucha información, está en el cielo, en el infierno y en la tierra para resolver conflictos, ocupa los vacíos de las cosas, conecta lo vivo y lo muerto, garantiza la justicia y la paz social con justicia y equidad; incrementa su rol protagó-

nico y se encamina resueltamente al impulso oficioso del trámite.

### -Búsqueda de la verdad

Sin duda, hay compromiso con la sociedad y piensa en el futuro de su decisión; por consiguiente, este juez no puede ser un simple operador, ni tampoco mirador o pasivo observador. Tiene que ser dinámico y no puede decir "no estoy para subsidiar al fiscal, ni al abogado del imputado". Tiene que analizar, interpretar y tomar posición para impartir justicia. Por eso, quienes redactaron este corpus iuris pensaron en ello y de ahí la cantidad de normas que culminan y encumbran al juez para realizar "pruebas de oficio", solo en el supuesto necesario, sin que se pueda subsanar errores de los suje-



tos procesales (fiscal o defensa del acusado). El juez, por tanto, debe cumplir su función de “averiguación de la verdad”, solo y únicamente, cuando la “verdad” se le presenta parcial y deformada, por actuación dolosa o bajo culpa inexcusable de cualquiera de los sujetos procesales o de ambos. Solo en esta situación, podría rechazar una teoría del caso que gana con la mentira, con la mejor exposición, con el que es más avisado criollamente hablando.

En suma, el juez debe procurar el valor justicia y el orden justo, con imparcialidad y objetividad; y si el proceso es adversarial, no puede salir de la mesa del proceso, por algo está allí el entender la facultad del juez en el ofrecimiento de pruebas de oficio, por estas razones de orden filosófico a nuestro modesto entender.

#### SUSTENTO PROCESAL

Queremos sostener que el “fin del proceso”, pese a la opinión de versados hombres de derecho penal en el país, es resolver el conflicto de orden penal, y para ello se tiene que averiguar y lograr la “verdad”, entendida ésta como “certeza” en las decisiones; es decir, que no debe existir probabilidad, ni verosimilitud, ni duda razonable.

Ahora bien, tenemos una tradición histórica de actuar medios probatorios de oficio, y por ello está en nuestro subconsciente de todos los hombres de derecho del país, por ser pesquisidores por antonomasia, sino echemos un vistazo a todos nuestros ordenamientos procesales (civil, laboral, etc.), en los cuales, siempre, se pretende buscar la verdad, y esto no está mal. En efecto, inclusive en el Proyecto del Código Procesal Penal donde trabajaron maestros como Florencio Mixan Mass, Ricardo Vascónes y Arsenio Oré Guardia, entre otros juristas, establecieron de manera expresa, en el Artículo 65, que si el Ministerio Público (MP) dirige la investigación del delito, su objetivo consiste en alcanzar la “verdad” concreta sobre el caso.

Empero, lo mismo sucede en el nuevo Código de Procesal Penal, en los artículos: 163, 1; 203, 3; 212, 2; 253,

3; 268, 1, c; 268, 2; 287, 1; 295, 1; 297, 2,b; 313, 2, b; 155, 3. y el 385,2. De estas trece normas, todo nuestro proceso desde la etapa de la investigación preparatoria hasta el juicio oral hay la posibilidad de actuar medios probatorios de oficio con fines de averiguación de la verdad, al cual, muchos jueces todavía son reticentes, abdicando a su función establecida con claridad en nuestro ordenamiento procesal penal; quieran o no, el fin del proceso penal peruano es, en suma “la averiguación de la verdad”, que no la ejerzan (o no quieran hacerlo) en la práctica ya responde a otros intereses que no es el momento analizar.

#### SUSTENTO NORMATIVO INTERNACIONAL

El Perú ha ratificado la Convención Americana de San José de Costa Rica, que creó la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y ésta emitió su Reglamento vigente del 1-07-2001. En el artículo 44 habla sobre las “Diligencias probatorias de Oficio”.

De otro lado, el Perú también suscribió el “Tratado de Roma”, vigente en nuestro país desde el 1-07-2002, conocido como “Estatuto de la Corte Penal Internacional”, donde se prevé la orden y práctica de pruebas de oficio durante el juicio, por las Salas de la Corte, tanto en primera como en segunda instancia. Así fluye del artículo VI del Estatuto, a partir del artículo 62. Asimismo, las “Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Penal” (Reglas de Mallorca), que son una guía importante y recomendable. Ellas no prohíben la práctica de pruebas de oficio dispuestas por el juez en el juicio oral, así fluye de los artículos 25 y siguientes.

Finalmente, en el derecho comparado tenemos pruebas de oficio en Italia (Artículo 507 del Código de Procedimiento Penal), en Alemania (Artículo 244 ordinal 2do del Código de Procedimiento Penal), lo mismo sucede con Francia, Paraguay, Venezuela, Colombia. Por último, terminamos diciendo que las pruebas de oficio son necesarias en algún momento, antes que la impunidad o la condena sean injustificadas. ♦

## PUBLICACIONES

# Boletín electrónico *Contratando*

La abogada Elisa Zambra no presenta la primera edición de este boletín electrónico que está dedicado a la Nueva Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento. Subraya la importancia y necesidad de difundir este gran tema de las contrataciones con el Estado, con el fin de que no sólo los abogados podamos acceder a la información, sino facilitar su acceso a todos los involucrados, como pequeñas empresas, funcionarios, ciudadanos, entre otros.

Para ello, en “Contratando” se podrá encontrar análisis y comentarios sobre la nueva legislación en este especialísimo campo. Colaboran los especialistas en la materia, Jorge Danós, Juan Carlos Morón Urbina, Alfredo Bullard, Ricardo Salazar Chávez, entre otros.

Entre el sugestivo material publicado hay una entrevista al doctor Bullard: “Arbitraje en los Contratos de Obra Pública” y los “Puntos de Vista” que expresan los expertos Peter Anders y Juan Salcedo, quienes brindan amplios comentarios y apreciaciones sobre la nueva normativa. El ingeniero Miguel Salinas aborda el tema de los principales cambios en el capítulo de obras.

Así también, hay una infografía que indica los pasos a seguir en el “Trámite del Recurso de Apelación.” Opinión sobre las



modificaciones introducidas en la nueva legislación. Una completa “Historia de la Contratación Estatal en el Perú”, que desarrolla la evolución del Sistema de Contratación Pública en los últimos 30 años.

Finalmente, una opinión sobre “El Valor Referencial en las Contrataciones Públicas”; “Criterios Administrativos” manejados por el Tribunal de Contrataciones del Estado; “Cotizaciones en Línea”, como novedosa forma de obtener cotizaciones; y un “Resumen Legal”, con una nueva presentación ordenada para revisar las normas legales referidas a las Contrataciones del Estado (página web [www.perucontrata.com.pe](http://www.perucontrata.com.pe)). ♦