

REVISTA

DE INVESTIGACIÓN DE LA

ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA

6

Vol. 4 - n.º 6
enero - junio 2022
Lima, Perú



FONDO
EDITORIAL

Academia de la Magistratura

ISSN: 2707-4056
(en línea)



REVISTA

DE INVESTIGACIÓN DE LA

ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA

6

Vol. 4 - n.º 6 - enero - junio 2022 - Lima, Perú



FONDO
EDITORIAL

Academia de la Magistratura



ACADEMIA DE
LA MAGISTRATURA

REVISTA DE INVESTIGACIÓN

DE LA ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA

Vol. 4, n.º 6, enero-junio, 2022
Publicación semestral. Lima, Perú.
ISSN: 2707-4056 (en línea)
DOI: 10.58581/rev.amag.2022.v4n6

PRESIDENTE

Carlos Giovanni Arias Lazarte
Academia de la Magistratura, Perú

DIRECTOR

Javier Arévalo Vela
Academia de la Magistratura, Perú

EDITORA GENERAL

Nathalie Betsy Ingaruca Ruiz
Academia de la Magistratura, Perú

COMITÉ EDITORIAL

Cuela Ochoa, Marina
Perú

De la Fuente Hontañón, María del Rosario
Perú

Diaz Zegarra, Walter Alfredo
Perú

Guzmán, Julio
Perú

Iriarte Pamo, Nadia Paola
Perú

Mayhua Quispe, Luis Miguel
Perú

Mendoza Valdivieso, Cesar Augusto
Perú

Paz Panduro, Moisés Neil
Perú

Ruiz Hurtado, María del Carmen Victoria
Perú

Tapia Cárdenas, Julio César
Perú

Urbina Linares, Fernando Fabricio
Perú

Yalle Jorges, Doris Margarita
Perú

CONSEJO CONSULTIVO

Juan Manuel De Faramiñan Gilbert
España

CONSULTORES TEMÁTICOS

Naffis Roque Roca

Perú

EQUIPO TÉCNICO

Janina Toro Briceño

Luis Enrique Vega Quiroz

Naffis Roque Roca

Margot Rivas Barzola

ISSN: 2707-4056 (en línea)
DOI: 10.58581/rev.amag.2022.v4n6

© Fondo Editorial de la Academia de la Magistratura, 2022
Jr. Camaná n.º 669, Lima 1, Perú.
Teléfonos: (511) 428-0300 / 428-0265
Web. <https://www.amag.edu.pe>
evega@amag.edu.pe

DIRECCIÓN POSTAL

Jr. Camaná n.º 669, Lima 1, Perú.
revistainvestigación@amag.edu.pe

La versión electrónica de la revista está disponible en:
<https://revistas.amag.edu.pe>

El contenido de los artículos publicados en la Revista de Investigación de la Academia de la Magistratura es responsabilidad exclusiva de los autores.



La Revista de Investigación de la Academia de la Magistratura se encuentra disponible en acceso abierto bajo una Licencia Creative Commons Atribución 4.0 Internacional. Por ello, se puede descargar, compartir y adecuar el contenido citando al autor correspondiente.

Academia de la Magistratura

ÓRGANO RECTOR

Carlos Giovanni Arias Lazarte
Presidente

Jorge Luis Sosa Quispe
Vicepresidente

Zoraida Ávalos Rivera
Consejera

Pablo Wilfredo Sánchez Velarde
Consejero

Antonio Humberto De La Haza Barrantes
Consejero

Javier Arévalo Vela
Consejero

Mariem Vicky De La Rosa Bedriñana
Consejera

Nathalie Betsy Ingaruca Ruiz
Secretaria General

ÓRGANO EJECUTIVO

Nathalie Betsy Ingaruca Ruiz
Directora General

María Del Carmen Barragán Coloma
Directora Académica

Miguel Ángel Dávila Servat
Secretario Administrativo

Presentación

En esta edición de la Revista de Investigación de la Academia de la Magistratura, nos adentramos en los complejos desafíos que enfrenta la magistratura en diversas ramas del derecho, desde las complejidades del derecho civil y penal hasta los intrincados procesos del derecho procesal. A través de un análisis detallado y riguroso, buscamos comprender cómo estos desafíos influyen en la administración de justicia y en el papel crucial que desempeñan los actores judiciales en la sociedad contemporánea.

La magistratura se encuentra en un momento crucial, enfrentando una serie de retos que demandan respuestas innovadoras y eficaces. En el ámbito del derecho civil, la evolución de las relaciones familiares y la necesidad de adaptar las leyes a nuevas realidades sociales plantean desafíos que requieren un enfoque sensible y equitativo por parte de los magistrados.

En el ámbito del derecho penal, la protección de los derechos individuales y la lucha contra la delincuencia organizada plantean desafíos que requieren un equilibrio delicado entre el respeto a las garantías fundamentales y la eficacia en la aplicación de la ley. El control penal de las infracciones contra la propiedad intelectual, en particular, se ha convertido en un campo de batalla crucial en la era digital, donde la piratería y la usurpación de derechos de autor plantean desafíos legales y tecnológicos complejos.

En el terreno del derecho procesal, la agilidad y eficiencia en la resolución de conflictos se han convertido en imperativos fundamentales para garantizar una justicia pronta y efectiva. La función conciliadora del fiscal en materia de familia, por ejemplo, busca promover acuerdos que protejan los intereses de los menores y faciliten la resolución de conflictos familiares de manera pacífica y justa. Asimismo, la valoración racional de la prueba pericial en el proceso judicial de declaración de paternidad extramatrimonial es crucial para garantizar la certeza y la equidad en la determinación de la filiación.

En resumen, esta edición de nuestra revista se busca ofrecer una mirada integral a los desafíos que enfrenta la magistratura en la actualidad, destacando la importancia de una justicia imparcial, eficiente y adaptada a las necesidades cambiantes de nuestra sociedad.

Contenido

Presentación

11

Retos de la magistratura en temas de derecho civil

Corresponsabilidad y coparentalidad en la tenencia compartida

JULIA OCHOA ESTRADA

17

Retos de la magistratura en temas de derecho penal

Control penal de las infracciones contra la propiedad intelectual

DAVID TAPIA SANTISTEBAN

33

Imputación objetiva: el principio de desconfianza en aparatos estatales jerarquizados

ERWIN ARTHUR TAYRO TAYRO

47

Política criminal vs. pena efectiva en la lucha contra la violencia familiar

RAMIRO ALVARO PACHECO HUAROTTO

61

2019-2020: la violencia contra las mujeres en Junín. Datos estadísticos, análisis y propuestas

CÉSAR AUGUSTO PROAÑO CUEVA

75

Retos de la magistratura en temas de derecho procesal civil

La función conciliadora del fiscal en materia de familia

GILBER CABANILLAS HERNÁNDEZ

93

Implicancias del liderazgo y celeridad procesal en el despacho judicial de familia

YRMA DENNIS RAMIREZ CASTAÑEDA

107

Valoración racional de la prueba pericial en el proceso judicial de declaración de paternidad extramatrimonial

RAFAEL ENRIQUE SIERRA CASANOVA

127

Retos de la magistratura en temas de derecho procesal penal

La crisis de los principios constitucionales en el sobreseimiento penal

SEGUNDO MÁXIMO LARIOS PERLECHE

141

El deber de esclarecimiento judicial frente al sistema acusatorio adversarial

ANGEL ERNESTO MENDÍVIL MAMANI

155



RETOS de la
magistratura
en temas de
DERECHO CIVIL



ACADEMIA DE
LA MAGISTRATURA

REVISTA DE INVESTIGACIÓN

DE LA ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA

Vol. 4, n.º 6, enero-junio, 2022
Publicación semestral. Lima, Perú.
ISSN: 2707-4056 (en línea)
DOI: 10.58581/rev.amag.2022.v4n6.02



Corresponsabilidad y coparentalidad en la tenencia compartida

Co-responsibility and co-parenting in shared tenure

Julia Ochoa Estrada*

Distrito Fiscal de Lima Norte
(Lima, Perú)

Juochoa@mpfn.gob.pe
<https://orcid.org/0000-0001-7937-5697>

Resumen: Este artículo tiene como objetivo establecer que la tenencia compartida como distribución temporal equitativa de los hijos entre los progenitores separados afecta los principios de coparentalidad y corresponsabilidad, y con ello, el interés superior del niño. Asimismo, tiene como propósito precisar que, a pesar de la crisis familiar, se debe ponderar el derecho de los hijos de mantener comunicación con ambos progenitores. Este proceso solo puede limitarse por razones objetivas que afecten el desarrollo integral de estos. La presente investigación es descriptiva con base en revisión bibliográfica, jurisprudencia y legal, sistematizada con una metodología analítica, tomando en cuenta la observación de casos desde la experiencia profesional. Se plantea como resultado que el arribo a la tenencia compartida, como distribución temporal equitativa, soslaya en gran medida la opinión de los niños, niñas y adolescentes, así como los comportamientos

* Fiscal adjunta provincial de la Segunda Fiscalía Provincial Civil y Familia de San Juan de Miraflores

parentales específicos. Por otro lado, se establece que, desde el enfoque de los principios de coparentalidad y corresponsabilidad, la tenencia compartida debe dosificarse en forma variable o fluctuante en atención al principio mayor del interés superior del niño.

Palabras clave: interés superior del niño, opinión del niño o adolescente

Abstract: This article aims to establish that shared custody as an equitable temporary distribution of children between separated parents, affects the principles of co-parenting and co-responsibility, and with it, the best interests of the child. Likewise, it has the purpose of specifying that the family crisis is stopped, the right of the children to maintain communication with both parents should be weighed, which can only be limited for objective reasons that affect their integral development. A descriptive research is presented based on bibliographic, jurisprudence and legal review, systematized with an analytical methodology, taking into account the observation of cases from professional experience. The result is that the arrival of shared tenure as an equitable temporal distribution largely ignores the opinion of children and adolescents, as well as specific parental behaviors. On the other hand, it is established that from the perspective of the principles of co-parenting and co-responsibility, shared ownership must be dosed in a variable or fluctuating way in attention to the greater principle of the best interests of the child.

Key words: best interests of the child, opinion of the child or adolescent

RECIBIDO: 17/05/2022

REVISADO: 10/06/2022

APROBADO: 30/06/2022

FINANCIAMIENTO: Autofinanciado

1. Introducción

Han transcurrido trece años de la modificación del artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes mediante la Ley n.º 29269, que incorporó en nuestra legislación la tenencia compartida y es por ello necesario realizar el análisis de esta institución en función de su aplicación práctica. Esta figura legal es relevante en el derecho de familia porque está orientada a que los hijos menores de edad, luego de la crisis familiar ocasionada por la separación de sus progenitores, continúen realizando una vida familiar con el goce pleno de todos sus derechos, al mismo tiempo que aquellos continúan cumpliendo con sus obligaciones, participando de la crianza y formación de sus hijos.

La regulación de la tenencia compartida en nuestro país se limita a la disposición legal que otorga al juez la facultad de disponer la tenencia compartida de oficio. Así, la norma deja a criterio de los operadores de justicia disponer la tenencia compartida, y a los justiciables, solicitarla en la forma más conveniente a sus propios intereses.

En la práctica judicial se han advertido sentencias que otorgan la tenencia compartida de los hijos a los progenitores sin un debido análisis de los principios de coparentalidad y corresponsabilidad parental, consagrados en la Convención sobre Derechos del Niño, como las sentencias casatorias n.º 1252-2015-Lima Norte, n.º 4429-2014- Lima y n.º 3740-2014-Cusco. De esta forma, la tenencia compartida, lejos de contribuir a la protección de los derechos de los hijos menores de edad, agudiza la crisis familiar.

Las consecuencias de una inadecuada aplicación de la tenencia compartida son funestas, incluso, en muchos casos, los hijos sometidos a este régimen han sido objeto de violencia familiar por el padre o la madre. Los niños prácticamente son forzados a crecer bajo los enfrentamientos hostiles de los progenitores. Por ello, resulta esencial la debida aplicación de los principios de la coparentalidad y corresponsabilidad en la tenencia compartida, tomando en cuenta de manera insoslayable el principio del interés superior del niño.

2. Antecedentes

Históricamente la tenencia guarda o custodia experimentó cambios en procura del reconocimiento de los derechos de los niños y adolescentes, orientándose al desarrollo integral de los mismos.

Desde épocas muy antiguas del Derecho romano, los progenitores consideraban a sus hijos como parte de su propiedad, pudiendo disponer de ellos de la forma que consideraban más conveniente, incluso disponer de sus propias vidas. Cuando se producía la separación entre los progenitores, no había ningún cuestionamiento de que el padre se quede con sus hijos.

Los cambios en favor de los menores de edad se producen cuando se establece el principio del mejor interés del menor, reconocida por primera vez en la Declaración Universal de los Derechos del Niño en 1959. Se asignó por primera vez derechos propios a los menores de edad, dando lugar además a que las madres sean las que permanezcan con sus hijos luego de la separación con el padre. Se consideró que las progenitoras, se encontraban en mejores condiciones naturales para cuidar de sus hijos. Si bien parece arcaico, este pensamiento aún subsiste en la actualidad, porque se sigue considerando en muchos casos, casi automáticamente, a la madre como la mejor cuidadora de los hijos menores de edad.

Lathrop (2008) señala, con respecto al antecedente legislativo más importante de la custodia compartida, que el derecho estadounidense cuenta con una de las legislaciones más vanguardistas en la materia. En su desarrollo histórico se distinguen posturas doctrinarias como la de los años tiernos, el criterio del menor interés de los hijos, la custodia compartida

propiamente dicha, el dador de cuidados básicos, la dualidad paternal y la regla de la aproximación.

Todas estas posturas de custodia de los hijos menores de edad se perfilaron con una mirada proteccionista de los niños y adolescentes en menoscabo de su consideración como sujeto de derechos. Siendo así, a pesar del transcurso de los años, de la nueva visión de familia que se viene construyendo día a día, permanecen vigentes algunas normas con influencia de estas doctrinas. Es así que la doctrina de los años tiernos —que propugna que la madre tiene las mejores cualidades para cuidar a los hijos y que por tal razón ella debía cuidar del hijo en sus primeros años— inspira el literal b) del artículo 84 del Código de los Niños y Adolescentes. Ahí se señala como criterio para disponer la tenencia, que los hijos menores de tres años permanecerán con la madre como así lo estableció la Casación n.º 1116 - 2018 Ayacucho.

En ese mismo sentido, la doctrina del dador de cuidados básicos —que propugna en concreto que los hijos deben permanecer con el padre o madre que le dio mayor cuidado hasta antes de la crisis matrimonial— inspira el literal a) del artículo mencionado. Se exige, entonces, como criterio para la determinación de la tenencia, que el hijo deberá permanecer con el progenitor con quien convivió mayor tiempo.

Estas posturas doctrinarias aún permanecen en nuestra legislación; sin embargo, a nivel jurisprudencial, se precisa que no solo deben considerarse dichos requisitos legales conforme a la casación citada precedentemente. Debe tomarse en cuenta si ello es conveniente al interés superior del niño, lo cual apunta a concluir que estas doctrinas se han relativizado en la actualidad, tomando mayor trascendencia el principio del interés superior del niño.

La doctrina de la custodia conjunta o custodia compartida, según Lathrop (2008), citado por Espinoza (2020), significa:

que los hijos pueden convivir con sus progenitores por periodos alternos o sucesivos, en cuyo lapso de tiempo ejercen sin exclusión los derechos y funciones que deriven de la autoridad parental. Bajo esta doctrina, únicamente se encuentra en discusión con que progenitor residirá el hijo y cuál de ellos le brindará de forma continua o diaria los cuidados personales. (p. 39)

Visto así, la evolución de la familia, la nueva forma de relacionamiento familiar, el acceso a la información y a medios electrónicos, en la actualidad permite considerar que no necesariamente es ideal para los hijos convivir únicamente con el padre o la madre luego de producida la crisis familiar por la separación de los mismos. Estudios modernos basados en la doctrina de la protección integral, han demostrado que lo ideal para los hijos sujetos a la patria potestad, es que estos continúen disfrutando del afecto, la comunicación

y respaldo tanto de su padre y de su madre, independientemente de la separación de estos últimos.

Esta forma de solución frente a la crisis familiar garantiza el desarrollo integral de los hijos, al mismo tiempo permite a los progenitores continuar participando en la crianza y educación de sus hijos. Por tanto, la tenencia compartida en definitiva contribuye a fortalecer los lazos familiares y su vez constituyen una fortaleza importante en el crecimiento y desarrollo de los hijos.

En la actualidad, son muchos los países como España, Francia, Alemania, Italia, Suecia, Holanda, Australia y; en Latinoamérica, Colombia, Chile, Ecuador, Argentina; los que han reconocido en su legislación la tenencia compartida. Inicialmente, han venido aplicándola mediante desarrollos jurisprudenciales, dejando así de considerar como regla general la preferencia de la madre para el cuidado de los hijos menores de edad, luego de la separación. De tal forma que se apuesta el cuidado personal de los hijos a cualquiera de los progenitores, conforme al interés superior del niño o adolescente.

Sobre este punto, señala Donohue et al., citado por Fariña et al. (2017):

No dudan en afirmar que la investigación demuestra empíricamente que, tras el divorcio, lo mejor para los hijos es la custodia compartida y el contacto sustancial con el padre no custodio. Además, existen también evidencias de que la custodia compartida es beneficiosa para los progenitores. (p. 109)

A su vez, Bauserman, citado por Fariña et al. (2017) señala:

En un estudio meta analítico constatan, entre otras cuestiones, que los progenitores con custodia compartida, en comparación con los que tienen custodia exclusiva, presentan mayor satisfacción con la relación que mantienen con sus hijos, tienen menos conflicto interparental y litigan menos; los padres se encuentran más satisfechos con el tipo de custodia, las madres experimentan menos estrés y sobrecarga. (p. 109)

Si bien en la legislación nacional al inicio solo regulaba la tenencia exclusiva o monoparental, actualmente el artículo 81 de la Ley 27337, modificado mediante Ley n.º 29269, establece que:

Cuando los padres estén separados de hecho, la tenencia de los niños o adolescentes se determina de común acuerdo entre ellos y tomando en cuenta el parecer del niño o adolescente. De no existir acuerdo o si este resulta perjudicial para los hijos, la tenencia la resolverá el juez especializado dictando las medidas necesarias para su cumplimiento, pudiendo disponer la tenencia compartida, salvaguardando en todo momento el interés superior del niño o adolescente.

Como se advierte, nuestra legislación únicamente se limitó a incorporar la tenencia compartida, sin que a la fecha se haya efectuado un mayor desarrollo respecto a su definición, principios, requisitos o criterios de aplicación. Se ha

dejado así un amplio criterio de aplicación a los operadores de justicia. Aunque podemos afirmar que esta figura legal permite a los progenitores separados continuar ejerciendo sus derechos y deberes con sus hijos. Estos deben disfrutar del amor y la compañía de papá y mamá. La finalidad concreta es la tenencia compartida y otorgar la mayor garantía a los hijos para el desarrollo óptimo de todas sus potencialidades conforme a su interés superior.

3. Tenencia compartida

La tenencia compartida resulta ser una opción que privilegia la satisfacción de los derechos de los hijos menores de edad.

Sánchez et al. (2001), citado por Dobrita (2019), define la tenencia o custodia de los hijos como:

La guarda o custodia de los hijos menores como la situación de convivencia mantenida entre un menor y su progenitor o sus progenitores y que tiene por objeto, el cuidado, la educación y la formación integral de aquel por parte de este o estos. (p. 8)

En ese sentido, se entiende que la tenencia o custodia del hijo significa convivir, al mismo tiempo asumir el cuidado y protección de los mismos. Esta puede atribuirse a uno de los progenitores o a ambos de forma compartida.

A su vez, Bermúdez (2007), citado por Espinoza (2021), señala que «la tenencia compartida puede ser definida como el ejercicio equitativo, complementario y compartido de la autoridad parental respecto de la crianza, cuidado y protección de los hijos» (p. 25).

Desde esta perspectiva, se entiende que la tenencia o custodia compartida de los hijos sujetos a la patria potestad tiene la finalidad de permitir a los hijos menores de edad seguir manteniendo comunicación con sus progenitores indistintamente. Asimismo, permite a los progenitores ejercer su responsabilidad parental, así como mantener comunicación con sus hijos, participando de la crianza y educación de los mismos.

Visto así, estas definiciones sobre la tenencia compartida materializan el principio a la coparentalidad reconocido en el artículo 9.3 de la Convención sobre Derechos del Niño, y el de corresponsabilidad parental reconocido en el artículo 18 de la misma norma supranacional. Estos principios ineludiblemente deben ser observados al momento de su aplicación de la tenencia compartida. Cabe precisar que, la Convención sobre Derechos del Niño fue adoptada por la Asamblea General de la ONU el 20 de noviembre del 1989, y suscrita por el Perú el año 1990. Por tanto, su cumplimiento también es exigible en nuestro ordenamiento jurídico interno.

4. Principios fundamentales de la tenencia compartida

La participación de los padres separados en la crianza y educación de sus hijos resulta esencial para el desarrollo integral de aquellos. En este contexto, los principios de corresponsabilidad y coparentalidad resultan fundamentales al momento de disponer una tenencia compartida, pues se viene demostrando que los hijos bajo este régimen de tenencia, presentan un mejor desarrollo integral. En esa línea de pensamiento, Barcia (2018) señala que «estudios psicológicos han revelado que los hijos de padres separados, que mantienen régimen de custodia compartida, se desarrollan de mejor forma de los que tiene regímenes de cuidado exclusivo» (p. 465).

Por otra parte, Poussin et al., citado por Barcia (2018), afirma que «destacan como ventajas del cuidado compartido que se otorga al hijo, la libertad para desarrollar tanto sus raíces maternas como paternas y crecer respetando su doble herencia» (p. 466). Esto siempre y cuando la relación parental resulte armónica, es decir, que tanto el padre como la madre hayan superado las razones de la separación o estén en proceso de hacerlo y comprendan que no es posible la separación con los hijos, a quienes deben proteger.

Efectivamente, las mayores ventajas de la tenencia compartida es lograr una elevada seguridad personal en los hijos y mayor afianzamiento en su desarrollo personal, familiar y social.

5. La corresponsabilidad parental

Este principio tiene su fundamento en el artículo 18.1 de la Convención sobre Derechos del Niño. De esta norma se deriva que tanto el padre y la madre tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. En la tenencia compartida, ambos están obligados en iguales condiciones a realizar equitativamente todas las responsabilidades que conlleva la crianza y educación de sus hijos, resguardando el interés superior de estos menores. La corresponsabilidad parental está orientada a dirigir el accionar del padre y la madre, la mismo que tiene su sustento en el principio de igualdad entre estos.

Este principio desarrollado en la doctrina por Marcela Acuña San Martín, Fabiola Lathrop, Cataldi, entre otros, viene tomando relevancia por los nuevos cambios que experimenta el concepto de familia, pues no hay duda que hoy en día el padre y madre están compartiendo progresivamente ámbitos que históricamente habían sido espacios exclusivos para cada uno.

Como señala Acuña (2013), citado por Espinoza (2020):

La corresponsabilidad parental no significa en esencia un reparto, distribución o atribución de funciones, derechos y deberes, sino que fundamentalmente

implica que ambos padres —independientemente de que hagan vida en común o no — compartan y participen, de forma activa, equitativa y permanente, en la responsabilidad de la crianza y formación educativa de los hijos. (p. 84)

La corresponsabilidad parental, entonces, como derecho y deber de los progenitores, se convierte en el ejercicio de cada una de las funciones parentales en relación con los hijos, teniendo en cuenta siempre el interés superior del niño. Se exige de los progenitores un comportamiento positivo en la crianza y educación de sus hijos, de tal forma que se les debe evitar cualquier tipo de distanciamiento o culpabilidad del otro progenitor. En esa misma línea, Fariña et al. (2017), indica que «este principio garantiza que ambos progenitores sigan participando de manera permanente y activa en su vida y se tengan que poner de acuerdo cuando haya que tomar decisiones sobre ellos» (p 434).

6. La coparentalidad

Este principio tiene fundamento en los artículos 9.3 y 7.1 de la Convención sobre Derechos del Niño. De esta norma se deriva el derecho de los hijos de relacionarse con su padre y madre, de ser cuidado por ellos conjunta o indistintamente. Este principio tiene estrecha relación con el principio del interés superior del niño que irradia todo el derecho de familia. Esto implica entonces que, en caso de separación de los progenitores, se debe garantizar a los hijos la continuación de las relaciones interpersonales y afectivas con ambos progenitores, tomando siempre en cuenta que dicha comunicación sea la más favorable para los hijos menores de edad.

Lathrop (2008), citado por Espinoza (2020), señala que «el principio de coparentalidad implica el derecho del hijo a que se le garantice la continuación de las relaciones afectivas que tiene con sus dos progenitores, aun en una situación de crisis familiar con la ruptura conyugal o de pareja» (p. 85).

En efecto, la coparentalidad es un derecho que tiene los hijos menores de edad de ser cuidados y protegidos habitualmente por sus progenitores, específicamente, en cuanto al mantenimiento de la comunicación con estos. Así también significa el derecho de los hijos a no separarse de sus padres, que conforme al interés superior del menor, debe garantizarse que estos crezcan manteniendo la relación con sus dos progenitores, salvo circunstancias particulares que autoricen la separación o limitación de la comunicación de los hijos con sus progenitores cuando existan circunstancias que contravengan el interés superior.

Sobre ello, Fernández (2017), citado por Espinosa et al. (2020), precisa que:

El interés superior del niño se concibe como el derecho a vivir, desarrollarse, crear su propia dignidad humana en el entorno familiar, siempre y cuando exista las

condiciones y es considerado primordial frente a otros intereses antagónicos, por lo que resulta lógico que los derechos de los niños en virtud de ser precautelados van a sobre salir ante otros derechos que pudieran estar en el litigio, a fin de que el niño o adolescente no sufra daño, incluso por encima de los derechos que pudieran tener los mismos padres. De esta forma al precautelar el interés del menor se garantiza que su desarrollo integral, físico y psicológico no se afecte y pueda desempeñar una vida digna y plena dentro de la sociedad. (p. 437)

Por tanto, es preciso que, al momento de disponer la tenencia compartida, se garantice la continuación de la comunicación y de las relaciones afectivas de los hijos con sus progenitores, además de ser cuidados por ellos. Debe tenerse siempre una mirada desde el interés superior del niño, principio que reconoce a los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos que requieren ser oídos y respetados por toda la sociedad (Sentencias 03459-2012-PA/TC. F.10, 02079-PHC/TC. F.8).

7. Materiales y métodos

En la investigación se utilizó el método descriptivo. Se realizó una revisión documental y legal. Con base en la experiencia profesional en relación a casos de familia, se observó la aplicación de la institución de la tenencia compartida como una distribución temporal equitativa entre los progenitores separados.

A partir de ello, se analizaron los principios esenciales de la tenencia compartida como son la corresponsabilidad y coparentalidad, que en los casos observados no fueron materia de aplicación rigurosa al momento de determinar la tenencia de los hijos. Asimismo, a partir de la observación de los casos, también se analizó la importancia de la opinión de los menores de edad y los comportamientos parentales específicos para la adecuada determinación de la tenencia.

Por otro lado, como parte de los materiales, se precisa las resoluciones sobre tenencia que han sido observadas, así como el material bibliográfico que sirvió de soporte para el desarrollo de la investigación.

8. Resultados

La figura legal de la tenencia compartida está regulada en el código de los niños y adolescentes. El artículo 81 de esta norma señala que en los procesos de tenencia el juez puede de oficio disponer la tenencia compartida. Esta viene siendo aplicada judicial y extrajudicialmente por los operadores jurídicos como una distribución temporal equitativa y proporcional de los progenitores, sin tomar en cuenta los comportamientos parentales específicos, ni los principios de coparentalidad ni corresponsabilidad parental.

En la práctica judicial, se observaron diversas resoluciones sobre tenencia compartida que se han tramitado sin tomar en cuenta la opinión de los niños, niñas o adolescentes. En estos casos, los progenitores toman las decisiones en función de su propia comodidad y de sus propios intereses, en menoscabo de los derechos de sus hijos. Por otro lado, en caso de realizarse la entrevista con los menores de edad, no se orienta la misma en base a una información clara y de fácil comprensión para estos, lo que redundaría en la poca utilidad de las referidas entrevistas.

Se evidenció que muchos de los casos donde se otorgó la tenencia compartida sin la observancia de los principios/derechos de corresponsabilidad y coparentalidad, simplemente han fracasado, agudizado aún más la crisis familiar. En estos casos, además de solicitar judicialmente la variación de la tenencia compartida a la tenencia exclusiva, se han iniciado otros procesos sobre violencia familiar, sustracción de menores; incluso se observa que muchos casos han sido derivados a la Unidad de Protección Especial del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, pasando por la exposición del asunto familiar a los medios de comunicación.

Muchos de los operadores jurídicos justifican su posición de otorgar la tenencia compartida en la forma literal que expresa la norma. Afirman que la falta de desarrollo legislativo de esta figura jurídica les da un amplio criterio para disponerla. En ese mismo sentido, los progenitores simplemente la solicitan considerando lo que les resulte más cómodo a sus propios intereses, sin atender de manera prioritaria los intereses de los niños, niñas y adolescentes en función del interés superior del niño.

9. Discusión

Frente a la crisis familiar, cuando los progenitores deciden separarse, la tenencia compartida resulta ser una opción favorable para mantener la comunicación de los hijos, tanto con su madre como con su padre en forma indistinta. A su vez permite que los padres continúen asumiendo su responsabilidad en la crianza y educación de sus hijos, fortaleciendo de esta forma los lazos familiares y afectivos. Sin embargo, cuando la tenencia compartida se otorga sin tener en cuenta los principios de corresponsabilidad y coparentalidad, se afecta directamente el principio del interés superior del niño.

En la actualidad, existe vasta normativa, tanto en el plano nacional e internacional que permite interpretar y complementar la regulación sobre tenencia compartida. En ese sentido, también existe jurisprudencia que permite enmarcar criterios y formas en que debe otorgarse la tenencia

compartida desde la perspectiva del interés superior de los niños. Por tanto, la falta de desarrollo normativo en nuestro país no es suficiente argumento para disponerla cuando esta resulta perjudicial para los hijos menores de edad.

Los principios de corresponsabilidad y coparentalidad están claramente descritos en la Convención sobre Derechos del Niño, deben servir de fundamento esencial al momento de disponer una tenencia compartida. La corresponsabilidad parental debe ser entendida como la responsabilidad que les corresponde tanto a la madre como al padre de continuar asumiendo su rol conforme a la responsabilidad parental asumida (patria potestad). Esto implica que ambos progenitores separados continúen cumpliendo con sus obligaciones comunes de criar y educar a sus hijos, así como disfrutar de su compañía, pues su mayor preocupación debe ser velar por el interés superior de sus hijos menores de edad.

A su vez, la coparentalidad debe ser entendida como el derecho del niño de continuar gozando de la comunicación con su padre y madre separados, de manera tal que la crisis familiar generada por la separación de aquellos no lo afecte. No cabe duda de que no hay nada más beneficioso para los hijos que crecer en compañía de sus progenitores, vivir rodeados de su amor y protección. Sin embargo, este derecho puede limitarse si el comportamiento parental es inadecuado y perjudicial al desarrollo del niño. Esto implica que el niño sea manipulado, amenazado o sea víctima de cualquier forma de violencia que haga presumir que la continuidad de la relación con su padre o madre pueda poner en riesgo su desarrollo personal. En estos casos, no puede disponerse la tenencia compartida, aunque así lo soliciten ambos progenitores.

Por otro lado, para el ejercicio adecuado de los principios de la corresponsabilidad y coparentalidad en la tenencia compartida, resulta relevante la opinión del niño o adolescente, por un lado; y por otro, la evaluación de los comportamientos parentales específicos. En cuanto al ejercicio del derecho de opinión, el operador de justicia debe entrevistar a los niños, niñas o adolescentes, considerando que, con un lenguaje sencillo, debe brindarles una explicación clara sobre la razón o motivo por el cual se requiere su opinión, así como el significado y alcances de la tenencia compartida, tomando en cuenta la manifestación de los deseos o intereses que manifiesten aquellos. A su vez, con relación a los comportamientos parentales específicos, se debe tener en cuenta aspectos conductuales o de situación personal de los progenitores que objetivamente generen un riesgo en el desarrollo integral de los niños, niñas o adolescentes.

10. Conclusiones

La tenencia compartida es una opción que favorece la continuidad en la comunicación y relación de los hijos con sus progenitores separados. Al mismo tiempo, permite la continuación de los progenitores en participar en la crianza y educación de sus hijos. Por tanto, esta debe ser considerada como una opción inicial para resolver la custodia de los hijos cuando se produzca la separación de los progenitores, ya que favorece el desarrollo integral de aquellos mientras sean niños, niñas y adolescentes en formación.

Todo operador jurídico, al disponer la tenencia compartida, deben basar sus decisiones en los principios de corresponsabilidad parental y coparentalidad. Estos principios están regulados en la Convención sobre Derechos del Niño en los artículos 18 y 9.3, 7.1, respectivamente, que son de aplicación en nuestro sistema jurídico. Con base en estos principios, se garantizará el pleno ejercicio de los derechos de los menores de edad, porque se prioriza el interés superior de cada niño, niña y adolescente, que debe ser el norte para toda decisión respecto a la custodia de los hijos.

La opinión de los menores en los procesos sobre su custodia, incluso en conciliaciones judiciales y extrajudiciales, debe hacerse efectiva. Los operadores de justicia están en la obligación de tomar en cuenta las declaraciones de los niños, niñas y adolescentes. Para ello, deberán proporcionarles información clara y sencilla de lo que se quiere lograr con su declaración. De esta forma se recabará información sobre el deseo real de los hijos e hijas frente a la custodia que disputan sus progenitores, lo que debe ser tomado en cuenta al momento de la decisión de la tenencia compartida.

Referencias

- Barcia, R. (2019). La legislación chilena no es contraria al cuidado personal compartido con oposición de uno de los padres. *Revista de Derecho* (Coquimbo), 26, 4.
- Barcia, R. (2018). Las dos formas de custodia compartida en caso de que los padres no estén de acuerdo [primera parte]. *Boletín mexicano de derecho comparado*, 51(153), 457-480. Epub 20 de abril de 2020. <https://n9.cl/285oe>
- Congreso de la República del Perú. (2000). *Ley 27337. Código de los Niños y Adolescentes*. <https://diariooficial.elperuano.pe/pdf/0003/4-codigo-de-los-ninos-y-adolescentes-1.pdf>
- Corte Suprema de Justicia de la República. (2018). Casación n.º 1116 - 2018 Ayacucho. Reconocimiento de Tenencia y Custodia de Menor. <https://bit.ly/3BtBQqd>
- Dobrita, R. E. (2019). *La guarda y custodia compartida en el código civil español. Nuevas Tendencias Jurisprudenciales* [Tesis de máster, Universidad Politécnica de Valencia]. <https://n9.cl/k54ib>
- Espinosa, E., Pucha, P. y Ramón, M. (2020). La custodia compartida un paliativo al síndrome de alienación parental. *Revista Conrado*, 16(73), 434-441.
- Espinoza, M. (2021). *La tenencia compartida*. Grijley E.I.R.L.
- Fariña, F., Seijo, D., Arce, R. y Vázquez, M. (2017). Custodia compartida, corresponsabilidad parental y justicia terapéutica como nuevo paradigma. *Anuario de Psicología Jurídica*, 27(1), 107-113.
- Herrera, M. y Lathrop, F. (2017). Relaciones jurídicas entre progenitores e hijos desde la perspectiva legislativa latinoamericana. *Revista de Derecho Privado*, 32, 143- 173.
- Lathrop, F. (2008). Algunas consideraciones en torno a la custodia compartida de los hijos. *Revista Chilena de Derecho Privado*, (10), 9-37. <https://n9.cl/jnr7b>
- LPDERECHO.PE. (2022, 10 de diciembre). *Código de los Niños y Adolescentes* <https://n9.cl/9cum8>

Naciones Unidas. (2022, 10 de diciembre). *Convención sobre Derechos del Niño*. <https://n9.cl/089ki>

Ruiz, C. y Alcazar, R. (2017). Custodia compartida y familias negociadoras: perfil socio-demográfico. *Revista de Ciencias Sociales (Ve)*, XXIII(3), julio-septiembre, 2017, 28-38.

Tribunal Constitucional. (2013). Sentencia n° 03459-2012-PA/TC. F.10 <https://n9.cl/4j8bl>

Tribunal Constitucional. (2010). Sentencia n° 02079-PHC/TC. F.8 <https://bit.ly/3YgOvrV>



RETOS de la
magistratura
en temas de
DERECHO PENAL



ACADEMIA DE
LA MAGISTRATURA

REVISTA DE INVESTIGACIÓN

DE LA ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA

Vol. 4, n.º 6, enero-junio, 2022
Publicación semestral. Lima, Perú.
ISSN: 2707-4056 (en línea)
DOI: 10.58581/rev.amag.2022.v4n6.04



Control penal de las infracciones contra la propiedad intelectual

Criminal control of infringements against intellectual property

David Tapia Santisteban*

Distrito Fiscal de Lima
(Lima, Perú)

datapia@mpfn.gob.pe

<https://orcid.org/0000-0002-3290-443X>

Resumen: Este artículo tiene como objetivo analizar la eficacia de la aplicación del derecho penal para la protección de los derechos de propiedad intelectual, sobre la base de los principios de lesividad y mínima intervención, como fundamentos legitimadores de la intervención penal del Estado. A partir de ello, se plantea la importancia de establecer criterios cuantitativos de delimitación para la intervención del ámbito penal frente al orden administrativo sancionatorio, tomando en cuenta que los actos ilícitos contra la propiedad intelectual se caracterizan por su masificación. La investigación tiene un carácter descriptivo y analítico, con base en la revisión documental y

* Fiscal provincial especializado en delitos aduaneros y propiedad intelectual. Actualmente, se desempeña como fiscal superior penal. Magíster en Ciencias Penales por la Universidad de San Martín de Porres y magíster en Magistratura Contemporánea por la Universidad de Jaén (España). Con doctorado en Derecho.

legal sobre protección de los derechos de propiedad intelectual, así como la observación directa realizada en el ejercicio de la función fiscal en una fiscalía provincial especializada en delitos aduaneros y contra la propiedad intelectual de Lima. Se establece como resultado que la intervención indiscriminada del derecho penal, sin ninguna delimitación establecida en la ley, no contribuye a la adecuada protección de los derechos de propiedad intelectual, por lo que es necesario precisar dicho ámbito de intervención frente al administrativo, a partir de criterios de valoración de los bienes que infringen derechos de propiedad intelectual.

Palabras clave: mínima intervención, derechos de autor, propiedad industrial

Abstract: The purpose of this article is to analyze the effectiveness of the application of criminal law for the protection of intellectual property rights, based on the principles of harm and minimum intervention, as the legitimizing foundations of the State's criminal intervention. Based on this, the importance of establishing quantitative delimitation criteria for the intervention of the criminal sphere as opposed to the administrative sanctioning order is raised, taking into account that the illicit acts against intellectual property are characterized by their massification. The research has a descriptive and analytical character, based on documentary and legal review on the protection of intellectual property rights, as well as direct observation carried out in the exercise of the prosecutorial function in a provincial prosecutor's office specialized in customs crimes and against intellectual property in Lima. It is established as a result that the indiscriminate intervention of criminal law, without any delimitation established in the law, does not contribute to the adequate protection of intellectual property rights, so it is necessary to specify the scope of intervention in the administrative sphere based on criteria of valuation of goods that infringe intellectual property rights.

Key words: minimal intervention, copyright, industrial property

RECIBIDO: 17/05/2022

REVISADO: 10/06/2022

APROBADO: 30/06/2022

FINANCIAMIENTO: Autofinanciado

1. Introducción

La propiedad intelectual es la expresión de la capacidad creativa e inventiva del ser humano que genera derechos exclusivos a favor de sus titulares. Estos derechos protegen a sus titulares frente al uso de terceros sin la autorización correspondiente.

La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) establece que la propiedad intelectual (PI) se relaciona con las creaciones de la mente: invenciones, obras literarias y artísticas, así como símbolos, nombres e

imágenes utilizados en el comercio, concepto que comprende tanto los derechos de autor y la propiedad industrial. En el mismo sentido, el Convenio de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI del 14 de julio de 1967), así como el Acuerdo sobre los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (Acuerdo APD/C), incorporan en la propiedad intelectual tanto los derechos de autor y las distintas categorías de propiedad industrial como las marcas y las patentes, tal como ocurre en el caso de la legislación del Perú.

Ahora bien, frente a la vulneración de los derechos de propiedad intelectual, se habilita el ámbito penal, administrativo y civil para la protección de estos derechos que aparecen conculcados por el uso no autorizado de terceros. Sin embargo, cuando no existe una clara delimitación para la intervención de cada una de estas esferas del control formal del Estado, especialmente del ámbito penal y administrativo, se distorsiona la intervención del Estado para la efectiva protección de los derechos de propiedad intelectual, al orientarse la intervención penal a casos insignificantes o de bagatela.

Frente a ello, partiendo de los principios de mínima intervención y subsidiaridad del Derecho Penal, se plantea la necesidad de establecer una clara delimitación entre el ámbito penal y administrativo, a partir de criterios cuantitativos de valoración de las mercancías o bienes protegidos por derechos de propiedad intelectual, definiendo el control penal como *última ratio* de la intervención del Estado. Para ello, también se tomó en cuenta la forma de manifestación de las conductas ilícitas en propiedad intelectual que se configuran como actos de reproducción, distribución y consumo, donde se aprecia un mayor reproche penal en la primera conducta.

2. Regulación convencional y constitucional de la propiedad intelectual. Importancia de su protección

La propiedad intelectual goza del más alto reconocimiento y protección convencional a través de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que establece el derecho de toda persona a la cultura, a las artes y al progreso científico, reconociendo los intereses morales y patrimoniales que corresponden a sus autores (artículo 27). En el mismo sentido, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconoce estos derechos de acceso a la cultura, a las artes y al progreso científico, afirmando la necesidad de respetar la libertad para la investigación científica y la actividad creadora (artículo 15).

A su vez, la Constitución del Perú reconoce como derecho fundamental al derecho a la creación intelectual artística, técnica y científica (artículo 2.8). Por otro lado, si bien la norma constitucional no hace alusión específica a la

propiedad industrial como derecho fundamental, claro está que los derechos de exclusiva que corresponden a los titulares de cada una de las categorías de propiedad industrial, se configuran como auténticos derechos de propiedad. Por ello, existe la necesidad de mejorar los niveles de protección de los derechos de propiedad intelectual por la importancia de estos derechos en el desarrollo social.

Sobre ello, Candamo y Moreno (2019) sostienen que:

La actividad de propiedad intelectual surge y ha evolucionado con dos objetivos fundamentales: primero, ofrecer un estatus a los derechos patrimoniales y morales del creador derivados de sus creaciones y a los derechos de la sociedad de acceder a las mismas; en segundo lugar, promover la creación, divulgación y aplicación de los resultados y así contribuir al desarrollo económico y social, personal y humano. (p. 135)

En el mismo sentido, Tejedor et al. afirman que:

La discusión en torno a la protección de los derechos de propiedad intelectual en el marco de la nueva economía del conocimiento, implica encontrar una medida óptima de protección de los DPI, que permita tanto la apropiación privada de las ganancias como la difusión del conocimiento y la apropiación social de las innovaciones, mejoras o avances de la técnica, teniendo en cuenta las diferencias sustanciales en las estructuras políticas, económicas y sociales de los países. (p. 228)

Llegado a este punto, siguiendo las pautas de la Organización Mundial del Comercio, y como ocurre en diversas legislaciones, es necesario precisar que, en el caso del Perú, la propiedad intelectual comprende:

- ▶ Derechos de autor y conexos, y
- ▶ Propiedad industrial

Como señala Díaz (2018):

En un contexto de estado derecho y de mundo globalizado que se vive hoy en donde el comercio no tiene fronteras, así como las invenciones y producciones intelectuales diversas; estas formas de definir, entender y clasificar la propiedad intelectual responden a una articulación supranacional. (p. 96)

A su vez, los derechos de autor y conexos aparecen regulados en el Decreto Legislativo n.º 822 y a nivel comunitario en la Decisión Andina 351, cuyo objeto de protección es la obra entendida como la creación intelectual, personal y original, susceptible de reproducirse en cualquier forma conocida o por conocerse. Por otro lado, la propiedad industrial comprende una serie de categorías referidas a signos distintivos como las marcas y nombres comerciales; invenciones, como las patentes y modelos de utilidad, y categorías *sui géneris* como las especialidades tradicionales garantizadas,

que aparecen regulados en el ámbito nacional en el Decreto Legislativo n.º 1075 y a nivel comunitario en la Decisión Andina 486.

A partir de este nivel de protección supranacional, constitucional y legal de la propiedad intelectual, y constatando su relevante importancia para el desarrollo social y cultural como elemento que promueve la creación, invención e innovación, resulta menester mejorar la intervención del Estado para la protección adecuada de los derechos de propiedad intelectual. Para ello, se deben tener en cuenta los principios legitimadores de cada uno de los ámbitos del ordenamiento jurídico, así como la constatación de que la vulneración de los derechos de propiedad intelectual es una actividad muy difundida en la sociedad, incrementado por los niveles tecnológicos alcanzados (Caravaggio, 2020, p. 161).

En el mismo sentido, Rando (2019) señala que «al tratarse de una conducta muy difundida entre la población, es materialmente imposible demandar a un porcentaje importante de infractores, por lo que los demandados son valorados como personas con mala suerte antes que como infractores» (p. 9). Por ello, es necesario remarcar la debida intervención de los diversos segmentos del ordenamiento jurídico para la protección efectiva de los derechos de propiedad intelectual.

3. Principio de mínima intervención del derecho penal

Cuando se produce el quebrantamiento de las normas jurídicas, interviene el Estado a través del ejercicio del *ius puniendi* para restablecer el orden y equilibrio social. En este contexto, el derecho penal, por la gravedad de la sanción que establece, solamente tiene que intervenir en último término o *última ratio* y cuando se produzca la efectiva vulneración de bienes jurídicos protegidos.

El derecho penal es la parcela normativa del ordenamiento jurídico que debe tener mínima intervención frente a los otros órdenes normativos que resulten preferentes para la atención del conflicto suscitado por la conducta ilícita. Dicho principio de mínima intervención comprende a su vez los subprincipios de fragmentariedad y subsidiaridad o *última ratio*, como límites a la potestad sancionatoria estatal.

Así, el carácter fragmentario del derecho penal exige la tipificación solo de las conductas más graves, puesto que las demás pueden ser reconducidas hacia las otras ramas del ordenamiento jurídico. Como afirma Mir Puig (2005), «el Derecho Penal no interviene en la regulación de todas las conductas lesivas de los bienes que protege, sino solo en las modalidades más peligrosas» (p. 127).

Por otro lado, la subsidiaridad o última ratio del derecho penal, exige su intervención solo cuando las demás parcelas del ordenamiento jurídico resulten insuficientes para el control de las conductas ilícitas. Villavicencio (2006) precisa:

El derecho penal debe ser el último recurso que debe utilizar el Estado, debido a la gravedad que revisten sus sanciones. Los ataques leves a los bienes jurídicos deben ser atendidos por otras ramas del Derecho o por otras formas de control social. (p. 93)

En el mismo sentido, Callies, citado por Hurtado (2005), sostiene que «el derecho penal debe ser utilizado de manera coherente y complementaria con respecto a los demás recursos y procesos que conforman el arsenal del control social estatal» (p. 48). Visto así, en el ámbito de la infracción de derechos de propiedad intelectual, debido a la masificación de estas conductas, los subprincipios de fragmentariedad y subsidiaridad adquieren significación relevante para la selección de conductas que deben ser trasladadas al derecho penal, más allá del endurecimiento de las penas que propone el legislador (Escamilla, 2018).

4. Ámbitos de protección de la propiedad intelectual

Los titulares de derechos de propiedad intelectual pueden recurrir al derecho penal, al derecho civil y al ámbito administrativo para la protección de sus intereses vulnerados. En el ámbito penal, solo se afinarán las conductas más gravosas que afecten los derechos de propiedad intelectual, trasladándose las conductas menos lesivas al ámbito administrativo. Como señala el Tribunal Constitucional peruano, el derecho penal solo puede ser utilizado cuando ya no funcionen otros medios como el derecho administrativo sancionatorio (2020, Sentencia 0006-2014-PI/TC. f. 98). En el mismo sentido, la Corte Suprema de Justicia ha precisado que cuando las conductas ilícitas no transgreden las barreras mínimas que habilitan la actuación del Derecho Penal, dichas conductas pueden merecer una sanción administrativa (Sala Penal Permanente, 2013, R. N. 3763-2011-Huancavelica, 9).

Derechos de autor

En el caso del derecho de autor, el artículo 173 del Decreto Legislativo 822, Ley de Derechos de Autor, establece que los titulares de derechos protegidos, sin perjuicio de las acciones civiles y penales, pueden recurrir al ámbito administrativo, sin constituir ésta última, en ninguno de los casos, vía previa. Por otro lado, el artículo 183 de la misma norma extrapenal establece que constituye infracción la vulneración de cualquiera de las disposiciones contenidas en la citada ley. De lo que se desprende que en el ámbito penal y

administrativo el objeto de protección es la obra, cuya vulneración puede ser reclamada en cualquiera de estos órdenes sancionatorios.

Propiedad industrial

En este caso, el artículo 97 del Decreto Legislativo n.º 1075, Ley de Propiedad Industrial que establece normas complementarias a la Decisión Andina 486, estipula que «constituyen actos de infracción todos aquellos que contravengan los derechos de propiedad industrial reconocidos en la legislación vigente y que se realicen o se puedan realizar dentro del territorio nacional». A su vez, la vulneración de derechos de propiedad industrial también puede ser reclamada en el ámbito penal y administrativo, además de la vía civil.

5. Regulación penal de la propiedad intelectual

Los delitos contra los derechos intelectuales aparecen tipificados en el título VII del Código Penal. El capítulo I comprende los delitos contra los derechos de autor y conexos, y el capítulo II desarrolla los delitos contra la propiedad industrial

Delitos contra los derechos de autor y conexos

Los delitos contra los derechos de autor y conexos están tipificados a partir del artículo 216 al 221 del Código Penal. Estos delitos establecen las conductas relativas a la vulneración de derechos morales de autor como la publicación no autorizada de obra, el plagio, modificación total o parcial de obra y falsa atribución de autoría. Por otra parte, la vulneración de los derechos patrimoniales de autor está referida esencialmente a las conductas de reproducción, distribución y comunicación pública no autorizada de obra, además de la elusión de medidas tecnológicas y otras conductas relativas al uso no autorizado de etiquetas, carátulas, empaques, manuales y licencias de obras protegidas.

Por otro lado, los delitos contra los derechos de autor y conexos se configuran como tipos penales con remisiones interpretativas. Esto es así, por cuanto el contenido de las distintas categorías como obra protegida, derechos morales y patrimoniales, así como las distintas modalidades de conducta, se encuentran en las normas extrapenales como el Decreto Legislativo n.º 822, la Decisión Andina 351, el Convenio de Berna de 1886 o el Acuerdo APDIC.

Delitos contra la propiedad industrial

Los delitos contra la propiedad industrial están regulados a partir del artículo 222 al 225 del Código Penal donde se establece el catálogo de elementos de propiedad industrial materia de protección penal. Estos elementos son

las patentes, modelos de utilidad, diseño industrial, obtenciones vegetales, esquemas de trazado, marcas, así como la clonación o adulteración de terminales de telefonía celular. Los tipos penales contra la propiedad industrial se configuran como normas penales en blanco que se completan recurriendo, esencialmente, a las normas extrapenales como el Decreto Legislativo n.º 1075, la Decisión Andina 486, el Convenio de París de 1883 o el Acuerdo APDIC.

6. Formas de comisión de los delitos contra los derechos intelectuales

Los delitos contra los derechos intelectuales se configuran esencialmente como un eslabón que comprende tres formas de comisión, que corresponden a una secuencia lógica de producción y comercialización, que se manifiestan como actos ilícitos de:

- a) **Fuente o reproducción:** corresponde a las conductas que inician los actos infractores de derechos de propiedad intelectual, como son los talleres de reproducción de obras y falsificación de productos, así como actividades de importación de mercancías ilícitas.
- b) **Distribución:** referido a los almacenes de productos que vulneran derechos de autor y de propiedad industrial, así como todas las actividades de transporte o traslado de dichos productos a los lugares de comercialización.
- c) **Consumo:** actividades que se realizan en tiendas o galerías, o incluso en pequeños puestos de venta, dedicados a la venta productos ilícitos al público consumidor.

Visto así, las conductas más reprochables de infracción de derechos autorales o de propiedad industrial, se ubican en los primeros eslabones de la cadena de actos ilícitos que corresponden a las actividades de reproducción y distribución. En atención a ello, el derecho penal debe orientarse prioritariamente a la represión de dichas conductas.

7. Incidencia de la intervención penal en el ámbito de los derechos intelectuales

Para ello se toma en cuenta la información de una fiscalía especializada en esta materia. Esta información recoge indicadores cuantitativos de los delitos contra los derechos de autor y conexos que fueron investigados en sede penal.

A continuación, se muestran las figuras de Tapia (2021) sobre la incidencia de delitos contra los derechos de autor y conexos en la Primera Fiscalía

Provincial Penal Especializada en Delitos contra la Propiedad Intelectual de Lima durante los años 2017 y 2018.

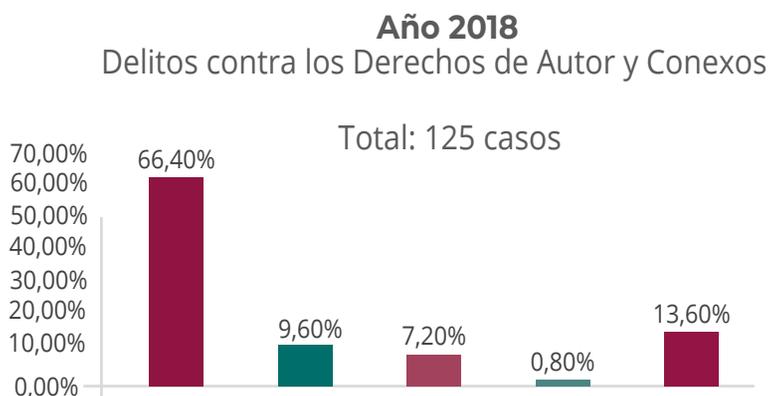
Figura 1

Incidencia de delitos contra los derechos de autor y conexos



Figura 2

Incidencia de delitos contra los derechos de autor y conexos



Si bien estas figuras reflejan la incidencia de los delitos contra los derechos de autor y conexos, existe similar tendencia con relación a los delitos contra la propiedad industrial, en los que también se manifiesta una clara orientación a la represión de las conductas de venta de mercancías falsificadas. Por otro lado, la información que contiene las figuras antes indicadas, se puede extrapolar a las demás fiscalías especializadas en propiedad intelectual en el mismo ámbito territorial, debido a la homogeneidad de la competencia funcional y los procedimientos de distribución de carga laboral por turnos fiscales.

8. Materiales y métodos

La investigación tiene un carácter descriptivo y analítico con base en revisión documental y legal sobre propiedad intelectual. Asimismo, la observación del objeto de estudio desde la experiencia profesional aporta una apreciación directa del problema y contribuye a la formulación de la discusión y las conclusiones.

Se utilizó información de una fiscalía especializada en propiedad intelectual sobre la incidencia de los delitos contra los derechos de autor y conexos durante los años 2017 y 2018. A partir del análisis de dicha información, se estableció que más de la mitad de todos los casos ingresados a la Fiscalía, corresponden a la modalidad de venta o comercialización, que constituye el último eslabón en la cadena de actos ilícitos contra la propiedad intelectual.

Por otro lado, a partir de la observación directa del fenómeno criminal en propiedad intelectual, se definieron tres formas básicas de comisión de las conductas ilícitas contra la propiedad intelectual. Estas son actos de reproducción o fuentes, distribución y venta o consumo.

9. Resultados

Las infracciones contra los derechos de propiedad intelectual pueden ser investigadas en el ámbito penal y administrativo, existiendo similitud o identidad del interés jurídico protegido entre ambos órdenes sancionatorios. Los titulares de los derechos protegidos pueden acudir a cualquiera de estas vías para reclamar la protección de sus derechos de propiedad intelectual.

No existe delimitación de competencia funcional entre el ámbito penal y administrativo. Esta afirmación es corroborada con la misma regulación normativa que establece que el ámbito administrativo no es vía previa para acudir a la vía penal.

Las conductas ilícitas en propiedad intelectual se presentan como formas de reproducción o fuente, distribución y consumo. Estas formas de conducta ilícita constituyen eslabones del fenómeno criminal contra la propiedad intelectual.

La intervención penal se orienta mayoritariamente a la represión de las conductas ilícitas de venta o consumo. Estas actividades están relacionadas a la venta de las mercancías infractoras de derechos de propiedad intelectual realizadas en tiendas o puestos de venta dirigidas al consumidor final. En la figura 1, estas actividades representan el 57,41 % y en la figura 2, el 66,40 %, de todos los casos ingresados a la Fiscalía Especializada en propiedad intelectual durante los años 2017 y 2018.

10. Discusión

La falta de delimitación de la intervención penal y administrativa en la protección de derechos de propiedad intelectual genera un inadecuado incentivo hacia la represión penal mayoritaria de las conductas infractoras de venta o comercialización, que constituyen el último eslabón de la cadena de los actos ilícitos contra la propiedad intelectual. Esto ocurre porque la venta de dichos productos ilícitos se realiza de manera masiva en lugares abiertos al público y su intervención no demanda mayores esfuerzos de estudio y planificación, aunque ello redunde en la formulación de estadísticas de los órganos estatales.

Dentro de la cadena de actos ilícitos contra la propiedad intelectual, las actividades vinculadas a las fuentes o reproducción constituyen los actos de mayor reproche penal por cuanto son los actos generadores de las conductas ilícitas. Estas conductas revelan con mayor nitidez el elemento subjetivo de los tipos penales, por cuanto los agentes reproducen, copian o fabrican los bienes protegidos por derechos de propiedad intelectual, sin la autorización de los titulares del derecho.

La utilización del derecho penal hacia la represión mayoritaria de las conductas vinculadas a los actos de distribución y venta, en muchos casos insignificantes o de bagatela, erosiona la legitimidad de este ámbito normativo. Es decir, si el derecho penal que constituye la herramienta de control de última ratio por la severidad de las sanciones que establece, se utiliza para reprimir conductas menos relevantes o de escasa significación, proyecta a la ciudadanía un concepto de ineffectividad de la intervención penal.

11. Conclusiones

Es necesario establecer una clara delimitación de la intervención del ámbito penal y administrativo para la adecuada protección de los derechos intelectuales. Esta delimitación debe tomar en cuenta especialmente criterios cuantitativos o de valoración de mercancías que vulneran contenidos patrimoniales de propiedad intelectual.

En función a su carácter de mínima intervención o última ratio, el derecho penal debe orientar su intervención a las actividades ilícitas de reproducción o fuentes. Estas actividades inician la cadena de actos de vulneración de derechos de propiedad intelectual por lo que denotan mayor gravedad o reproche penal.

La intervención penal de las actividades de venta o consumo de mercancías infractoras de propiedad intelectual puede generar solo la apariencia de un adecuado control de las conductas ilícitas contra la propiedad intelectual,

expresado en las estadísticas de los órganos estatales. Para ello, se estima necesario que en la norma penal se establezcan los límites de intervención a partir de la valoración de las mercancías, ordenando de esta forma la intervención penal y administrativa.

La fijación de criterios de valoración expresamente señalados en la norma determinará la competencia del ámbito penal y administrativo para hacer más eficiente la protección de los derechos de propiedad intelectual, a la vez que otorga mayor legitimidad a la intervención punitiva del Estado.

Referencias

- Cándano, M., y Moreno, M. (2019). Propiedad intelectual en Cuba. Una mirada crítica a su reconocimiento constitucional. *Revista chilena de derecho y tecnología*, 8(1), 133-165.
- Caravaggio, 2020
- Díaz, J. (2018). Políticas públicas en propiedad intelectual escrita. Una escala de medición para educación superior del Perú. *Revista Venezolana de Gerencia*, 23(81).
- Escamilla, M. M. (2018). La venta ambulante en los delitos contra la propiedad intelectual e industrial. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 15(1).
- Figueredo, M. F. (2020). Apuntes sobre la intervención mínima, legalidad y culpabilidad como límites al ejercicio del Derecho Penal por el Estado en la Constitución Cubana del 2019. *Derecho y Cambio Social*, (59), 183-197.
- Hurtado, J (2005). *Manual de derecho penal*. Parte general. Tercera edición. Editora jurídica Grijley.
- Mir, S. (2005). *Derecho penal del siglo XXI*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial.
- Quiroz, R., Campos, A., y Aliaga, J. I. A. (2021). Protección a la propiedad intelectual del autor en Perú en tiempos de crisis moral. *Revista Interamericana de Bibliotecología*, 44(1)
- Rando, P. (2019). Disuasión y piratería. *InDret Revista para el Análisis del Derecho*.
- Tapia, D. (2021). *Análisis crítico de la protección penal de los derechos de autor y conexos* [Tesis de maestría, Universidad San Martín de Porres]
- Tejedor, R., Gil, J., y Tejedor, J. (2018). Derechos de propiedad intelectual (DPI) y crecimiento económico: una revisión. *Revista de la Facultad de Ciencias Económicas: Investigación y Reflexión*, XXVI (1), 225-243.
- Villavicencio, F. (2006). *Derecho penal. Parte general*. Editorial Grijley.

Normas supranacionales

Acuerdo APDIC. <https://n9.cl/84o1d>

Código Penal

Convenio de Berna de 1886. (1886, 9 de setiembre). <https://bit.ly/3a1lxTD>

Convenio de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual

Constitución del Perú

Convenio de Paris de 1883. (1883, 20 de marzo). <https://bit.ly/39SSPnv>

Decisión Andina 351. (1993, 17 de diciembre). <https://bit.ly/3kMYQbl>

Decisión Andina 486. (2000, 14 de setiembre). <https://n9.cl/70gz3>

Declaración Universal de Derechos Humanos

Legislación nacional

Decreto Legislativo 822. (1996, 23 de abril). <https://n9.cl/9zj7h>

Decreto Legislativo 1075. (2008, 27 de junio). <https://bit.ly/3zQOL3H>

Sentencias

Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia. (2013). R.N. 3763-2011-Huancavelica del 29 de enero de 2013. <https://bit.ly/3BYlhB2>

Tribunal Constitucional del Perú. (2020). Sentencia 0006-2014-PI/TC del 5 de marzo de 2020. Caso comunicación de operaciones sospechosas. <https://bit.ly/2YXroa5>



ACADEMIA DE
LA MAGISTRATURA

REVISTA DE INVESTIGACIÓN

DE LA ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA

Vol. 4, n.º 6, enero-junio, 2022
Publicación semestral. Lima, Perú.
ISSN: 2707-4056 (en línea)
DOI: 10.58581/rev.amag.2022.v4n6.05



Imputación objetiva: el principio de desconfianza en aparatos estatales jerarquizados

Objective imputation: the principle of distrust in hierarchical state apparatuses

Erwin Arthur Tayro Tayro*

Corte Superior de Justicia de Apurímac
(Apurímac, Perú)
etayro@pj.gob.pe
<https://orcid.org/0000-0002-6985-8000>

Resumen: La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República en el Recurso de Nulidad n.º 2124-2018/Lima declaró no haber nulidad en la sentencia que condenó a un comandante general del Ejército y un comandante general de la Región Militar Sur por el delito de peculado doloso en agravio del Estado, entre otros pronunciamientos. Los dos últimos párrafos del fundamento decimoquinto de esta sentencia tienen sustento en la teoría de la delegación de competencias en la estructura vertical del Ejército. El delito de peculado es una infracción de deber, donde la imputación se determina por la infracción de un deber positivo regulado normativamente, que establece deberes de resguardo y protección del bien

* Juez superior de la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Apurímac.

jurídico correcta administración de los efectos o caudales del Estado. Una de las causales por las que la imputación puede ser excluida es el principio de confianza. Este principio, en los aparatos u organizaciones estatales, siempre implica la interactuación de dos o más funcionarios o servidores públicos que pueden operar en el plano vertical u horizontal. Pero en el delito de peculado la vigencia del principio de confianza es neutralizado por el principio de desconfianza, por los especiales deberes de vigilancia y control que tienen los superiores sobre el subordinado. Entonces, el principio de desconfianza se erige como contrapartida del principio de confianza y tiene una dinámica peculiar en el delito de peculado, se origina y fundamenta en los deberes de instrucción y coordinación que tiene el superior frente a sus subordinados — establecidos normativamente— y luego, se concreta en deberes funcionales de vigilancia y control del subordinado. Desde esta óptica, sería errado el fundamento decimoquinto de Recurso de Nulidad al aplicar la tesis de la delegación de competencias.

Palabras clave: infracción de deber, principio de confianza, delegación de competencias

Abstract: The Permanent Criminal Chamber of the Supreme Court of Justice of the Republic in the Appeal for Nullity No. 2124-2018 / Lima, declared that there was no nullity in the sentence that condemned the General Commander of the Army and the General Commander of the Southern Military Region, for the crime of embezzlement to the detriment of the State, among other pronouncements. The last two paragraphs of the fifteenth basis of this judgment are based on the theory of the delegation of powers in the vertical structure of the Army. The crime of embezzlement is a crime of infringement of duty, where the imputation is determined by the infringement of a positive duty regulated by law, which establishes duties to safeguard and protect the legal good, correct administration of the effects or funds of the State. One of the grounds for which the imputation can be excluded is the principle of trust. This principle, in state apparatuses or organizations, always implies the interaction of two or more officials and / or public servants, who can operate in the vertical or horizontal plane. But, in the crime of embezzlement, the validity of the principle of trust is neutralized by the principle of mistrust, by the special duties of vigilance and control that superiors have over the subordinate. Then, the principle of mistrust stands as a counterpart of the principle of trust and has a peculiar dynamic in the crime of embezzlement, it originates and is based on the duties of instruction and coordination that the superior has in front of his subordinates - established by law - and then, is specified in functional duties of surveillance and control of the subordinate. From this point of view, the fifteenth basis of the Appeal for Nullity would be wrong when applying the thesis of the delegation of powers.

Key words: breach of duty, principle of trust, delegation of powers

RECIBIDO: 17/05/2022
APROBADO: 30/06/2022

REVISADO: 10/06/2022
FINANCIAMIENTO: Autofinanciado

1. Introducción

La Sala Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República en el Recurso de Nulidad n.º 2124-2018/Lima, entre otros pronunciamientos, declaró no haber nulidad en la sentencia que condenó a un comandante general del Ejército y un comandante general de la Región Militar Sur por el delito de peculado doloso. Los dos últimos párrafos del fundamento decimoquinto de esta sentencia aplican la teoría de la delegación de competencias en el plano vertical, en un caso de apropiación de combustible dentro de una estructura militar. Así la sentencia fundamenta:

Esta situación de partida puede, no obstante, reconfigurarse a través de dos mecanismos: la delegación por competencias (en el plano vertical) y la especialización (en el plano horizontal). Mediante la delegación el delegante transfiere su competencia al subordinado delegado.

Este desarrollo jurisprudencial tiene trascendencia jurídica vigente. En tanto que una significativa parte de acusados por el delito de peculado que detentan funciones en la jerarquía superior alegan la exclusión de la imputación objetiva por haber operado el principio de confianza. Esta hipótesis es rechazada por la sentencia sobre la cual se viene comentando.

La doctrina dominante considera que el delito de peculado es una infracción de deber. Una de las causales por las que puede ser excluida la imputación objetiva en estos delitos es el principio de confianza. Siguiendo a Vallejo (2014), este principio, en el plano vertical de la división de trabajo, se ve limitado por los deberes de selección, instrucción, coordinación, vigilancia, control o supervisión que tiene el superior jerárquico frente a los subordinados.

Por su parte, la tesis de la delegación de competencias plantea que ella es una técnica donde el delegante transfiere sus competencias al delegado. Para Gómez (2020), «mediante la técnica de la delegación, el delegante cede o traspasa al delegado su ámbito de competencia o parte del mismo» (p. 117). Conforme a esta posición doctrinaria, los aparatos estatales operan mediante una cadena de cesión o transferencia de competencias del superior hacia los subordinados.

El objetivo del presente trabajo pretende resolver la situación problemática, si en los delitos de peculado, en la relación vertical de trabajo del superior con el subordinado, el primero responde por la delegación de funciones o por la

infracción de deberes funcionales. El análisis de los resultados nos permitirá visualizar si el enfoque jurídico asumido en la sentencia es el correcto.

Finalmente, debemos acotar que este estudio se enmarca dentro del nivel de una investigación descriptiva explicativa, donde la muestra de estudio es el fundamento decimoquinto del Recurso de Nulidad n.º 2124-2018/Lima, fundamentos jurídicos que serán analizados y comparados con los resultados del presente trabajo.

2. El delito de peculado como delito de infracción de deber

Los delitos de dominio se configuran por la infracción del deber negativo de no dañar a otro. En este tipo de delitos, según Wessels et al. (2018) «un resultado puede ser imputado objetivamente cuando, mediante el comportamiento del autor (1) ha sido creado un peligro jurídicamente relevante y (2) precisamente ese peligro se ha realizado en un resultado típico» (p. 105). Peláez (2016) opta por los niveles de imputación: «los niveles que existen de imputación son imputación objetiva del comportamiento — creación de un riesgo jurídicamente desaprobado— e imputación objetiva del resultado, realización del riesgo en el resultado» (p. 19).

De acuerdo con estos autores, en los delitos de dominio se requiere realizar dos comprobaciones: i) si la conducta ha creado o incrementado un riesgo o peligro jurídicamente desaprobado; y ii) el resultado que exige demostrar si esa consecuencia es producto de la creación o incremento del riesgo o peligro.

Por otro lado, la doctrina y jurisprudencia dominantes consideran que el delito de peculado doloso es un delito de infracción de deber. Así, el Recurso de Casación n.º 1609-2019-Moquegua (2021) precisa lo siguiente:

En materia de delitos de infracción de deber, específicamente de peculado, lo que se castiga es que el agente oficial tenga caudales o efectos públicos (...) por razón de sus funciones, en virtud de la función atribuida al puesto que desempeña en la estructura administrativa.

Siguiendo esta misma línea, para Salinas (2019), en los delitos de peculado sancionado por el artículo 397.º del Código Penal, solo pueden ser autores los ciudadanos peruanos que tienen la condición de funcionarios o servidores públicos, conocido como *intraneus*.

3. Imputación objetiva en los delitos de infracción de deber

En los delitos de infracción de deber —como el delito de peculado— no es posible aplicar esta fórmula de los delitos de dominio. Puesto que, en este tipo de delitos, desde el punto de vista de García (2019):

La imputación del comportamiento se determina por la infracción de un deber positivo especial impuesto por una institución social específica, mientras que la realización del resultado no se aprecia como la realización de un riesgo prohibido organizativamente creado o no controlado, sino como una forma de configuración de la realidad social que el vinculado institucional debió haber evitado con el cumplimiento de su deber positivo especial. (pp. 487-488)

Entonces, en los delitos de infracción de deber como el delito de peculado doloso, la imputación objetiva se establece no por la infracción de un deber negativo de no dañar a nadie —como ocurre en los delitos de dominio—, sino, porque el sujeto especial quebranta un deber positivo especial previsto normativamente. En efecto, Salinas (2018) plantea que, en los delitos de infracción de deber, la autoría del delito lo define la infracción del deber funcional; es autor quien infringe o lesiona un deber especial de carácter penal.

4. El principio de confianza como causal de exclusión de la imputación objetiva

La doctrina penal ha desarrollado una serie de principios que excluyen la imputación objetiva como el principio del riesgo permitido, el principio de confianza, la prohibición de regreso, la competencia de la víctima, entre otros. En esta línea de pensamiento, para Jakobs (1997):

El principio de confianza está destinado a hacer posible la división de trabajo; por consiguiente, concluye cuando el reparto de trabajo pierde su sentido, especialmente, cuando puede verse que la otra parte no lo hace o no ha hecho justicia a la confianza de que cumplimentará las exigencias de su rol. (pp. 30-31)

Siguiendo a Caballero (2020), «en la sociedad, los individuos se reparten el trabajo generando diversos roles especiales. Las expectativas son de que cada persona cumpla eficientemente su rol asignado, lo que conlleva que no es tarea de los demás controlarlas» (p. 123). Entonces la noción básica del principio de confianza nos indica que, en la interactuación conjunta de dos o más individuos, cada uno puede confiar que el resto desplegará correctamente sus roles funcionales. Ahora bien, para Agudelo (2020):

El principio de confianza se refiere a la expectativa legítima de que las demás personas se comportan conforme a su rol. El principio de confianza significa que, a pesar de la experiencia de que otras personas cometen errores, se autoriza confiar en su comportamiento correcto. (p. 330)

En el delito de peculado, la transgresión del principio de confianza se sustenta en una fuente normativa, así, según Peláez (2015):

El principio de confianza se da cuando el riesgo prohibido se ha presentado como consecuencia de haberse cumplido cabalmente el ordenamiento jurídico frente al incumplimiento de otra persona, a quien también se le exigía normativamente la conducción adecuada de su comportamiento, de acuerdo con la Constitución, la ley y los reglamentos específicos de cada caso. (p. 33)

Ello nos indica, que el principio de confianza en los delitos de peculado, además de la interactuación de dos o más sujetos, exige la distribución de roles funcionales de acuerdo a la norma vigente. En el caso del Perú, estos deberes funcionales están reglados desde la Constitución, las leyes, reglamentos y manuales.

Así, el artículo 39.º de la Constitución Política del Perú preceptúa que «todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación». El artículo 40.º de la misma norma indica que «la ley regula el ingreso a la carrera administrativa, y los derechos, deberes y responsabilidades de los servidores públicos». Estas normas programáticas están desarrolladas en las leyes, los reglamentos, los documentos de gestión como el Organigrama, el Manual de Organización y Funciones, Manual de Clasificación de Cargos, Cuadro de Asignación de Personal, Manual de Procedimientos, entre otros. Esta fuente normativa establece la estructura de la organización estatal, fundamentalmente la división de trabajo en el ámbito vertical y horizontal.

De modo que, se excluirá la imputación objetiva al que, en la interactuación de los sujetos públicos, observa los deberes y competencias funcionales atribuidas. Es decir, el principio de confianza será un escudo protector del agente estatal que ha desplegado eficientemente los roles y funciones asignadas. En cambio, al sujeto público que en este marco de interactuación inobserva los deberes asignados, no puede pretender la cobertura del principio de confianza.

5. La división de trabajo en las organizaciones estatales

En las organizaciones estatales cada sujeto integrante tiene asignadas determinadas funciones, que ejecutan de manera individual, conjunta, sucesiva o simultánea; y como señala Sandoval (2019) se trata de una labor caracterizada por la división de trabajo. Esta división de trabajo puede ser en el ámbito vertical y horizontal. Así, siguiendo a Contreras (2019):

Por división horizontal del trabajo debemos entender la actuación conjunta de personas jerárquicamente independientes, que no poseen la facultad de darse instrucciones u órdenes unas a otras. En cambio, por división vertical del trabajo debemos entender la intervención conjunta de personas que tienen vínculos de subordinación entre sí, estando dotada alguna o algunas de ellas del poder de dar instrucciones a la o las demás. (p. 36)

Es de interés del presente trabajo la división vertical de funciones, siguiendo a Vallejo (2014) quien formula que la relación vertical de trabajo presupone una relación jerárquica de subordinación que opera básicamente de arriba hacia abajo. En este contexto, en la relación vertical de trabajo, la posición que ocupa el superior implica mayores poderes de decisión y correlativamente mayores obligaciones de vigilancia hacia el inferior. Momblanc (2021) señala:

En el ámbito médico, v.gr., se reconoce la superior posición que ostentan algunos sujetos en su relación con el resto. Esa posición implica un mayor poder de decisión o dirección y a la vez genera ciertos deberes de cuidado (deberes de selección, instrucción, coordinación, vigilancia, control o supervisión) sobre la actuación de los subordinados. (p. 218)

Del mismo modo, para Vallejo (2014), el principio de confianza queda limitado por los deberes de selección, instrucción, coordinación, vigilancia, control o supervisión que tiene el superior jerárquico frente a los subordinados. En el mismo sentido, Torres (2019) señala que «en los casos de división vertical del trabajo en los que el superior o los superiores pueden tener especiales deberes de control y vigilancia se limitan el alcance del principio de confianza» (p. 11).

El deber de vigilancia debe mantenerse durante toda la etapa de ejecución. En este sentido, Sandoval (2019) plantea que el deber de supervigilancia es un presupuesto que condiciona en forma más intensa la confianza. Esta intensidad del condicionamiento de la confianza derivaría, aparentemente, en la desconfianza.

Los datos antes expuestos, nos permiten establecer que, en los delitos de infracción de deber, como el delito peculado doloso, es de crucial importancia establecer las competencias de la jerarquía superior en las organizaciones estatales, lo que al parecer operaría en tres estadios:

- a) Un primer estadio relacionado a la selección de los funcionarios y servidores públicos.
- b) En el segundo, el jerárquico superior tiene deberes de instrucción y coordinación.
- c) Los deberes de instrucción y coordinación derivan ineludiblemente a los deberes de vigilancia y supervisión, del superior hacia los subordinados.

Es necesario precisar que, estas competencias por regla general tienen su fundamento en los deberes y atribuciones fijados en la normativa vigente, que conforme se ha señalado están precisadas desde la Constitución y la normativa infraconstitucional.

6. El principio de desconfianza en aparatos estatales jerarquizados

El principio de confianza como todo principio no es absoluto, sino que está sometido a determinadas excepciones, así para García (2019), «el principio de confianza, como todo principio general, presenta también ciertas circunstancias especiales que excluyen su vigencia» (p. 433). En el mismo

sentido, Mayer y Vera (2018) indican que el principio de confianza opera siempre y cuando no existan evidencias concretas del comportamiento incorrecto de aquel en quien se confía.

En este sentido, el principio de confianza admite excepciones. Así para Duarte (2020), el principio general de confianza no es absoluto, «tiene sus excepciones: cuando surgen circunstancias especiales que permitan inferir que el otro participante no va a cumplir con los deberes que emanan de su rol» (p. 54). Décadas antes, Feijoo (2002) desarrollaba los límites del principio de confianza, uno de ellos sería la existencia de especiales deberes de cuidado con respecto a conductas antijurídicas o de deberes de desconfianza.

Estas proyecciones confirmarían que el principio de confianza tiene como contrapartida el principio de desconfianza, y que tiene vigencia básicamente en instituciones o aparatos que tienen una estructura de división de trabajo vertical. Y es que, en la relación vertical de trabajo, la posición que ocupa el superior implica mayores poderes de dirigir y ordenar la administración y correlativamente mayores obligaciones de vigilancia del inferior. Así, Momblanc (2021), señala que:

En el ámbito médico, v.gr., se reconoce la superior posición que ostentan algunos sujetos en su relación con el resto. Esa posición implica un mayor poder de decisión o dirección y a la vez genera ciertos deberes de cuidado (deberes de selección, instrucción, coordinación, vigilancia, control o supervisión) sobre la actuación de los subordinados. (p. 218)

Del mismo modo, Vallejo (2014) señala que el principio de confianza queda limitado por los deberes de selección, instrucción, coordinación, vigilancia, control o supervisión que tiene el superior jerárquico frente a los subordinados. En el mismo sentido, Torres (2019) indica que «en los casos de división vertical del trabajo en los que el superior o los superiores pueden tener especiales deberes de control y vigilancia limitan el alcance del principio de confianza» (p. 11).

El deber de vigilancia debe mantenerse durante toda la etapa de ejecución; así, en opinión de Sandoval (2019) el deber de supervigilancia es un presupuesto que condiciona en forma más intensa la confianza. Esta intensidad del condicionamiento de la confianza derivaría en el recelo y desconfianza en el manejo de fondos estatales por parte del superior jerárquico.

De lo expuesto hasta aquí, se puede concluir que de las tres competencias o deberes funcionales del superior jerárquico ya descritos —en una división vertical de trabajo—, lo más trascendente en los delitos de peculado, son los deberes de vigilancia y supervisión al subordinado que administra el patrimonio estatal. Estos deberes no pueden estar guiados por el principio

de confianza, porque de ser así, los deberes se tornarían en facultades discrecionales del funcionario o servidor público, neutralizando la esencia misma de ese deber que proviene de las normas.

De la premisa antes esbozada, se puede inferir que los deberes de vigilancia y control obligan al superior jerárquico a orientar sus funciones por el principio de desconfianza. Esta desconfianza debe ser más intensa en el delito de peculado por estar relacionados a la administración del patrimonio estatal.

7. La tesis de la delegación de competencias

La otra posición de la dogmática penal es la tesis de la delegación de competencias, la cual plantea que es una técnica donde el delegante transfiere sus competencias al delegado. Gómez (2020) lo define «como aquella técnica a través de la cual el delegante se descarga de funciones y competencias iniciales, traspasándolas al delegado y produciendo con ello una transformación de las esferas de responsabilidad individual» (p. 83). En cuanto a los efectos de la delegación de competencias, para Peñaranda (como se citó en Cervini, 2012), con la delegación no se extingue el deber de garante primario, para evitar que del círculo de organización de la empresa deriven daños para terceros.

Conforme a esta posición doctrinaria, los aparatos estatales tendrían una peculiar forma de operación, muy similar a una corporación privada, mediante una cadena de transferencia de competencias del superior hacia los subordinados, donde el deber de garante es latente tanto en el delegante como delegado. De ahí que para Gómez (2020), en la delegación, la posición de garante del delegado se correspondería con la responsabilidad por autoría con respecto al resultado no evitado, mientras que la responsabilidad del delegante sería la propia de la participación delictiva.

De lo expuesto, se puede inferir que la teoría de la delegación de funciones, tiene mayor afinidad con los delitos de dominio, puesto que el delegante en ciertas circunstancias y por decisión propia transfiere sus competencias, de ahí que el superior delegante sería partícipe del delito, mientras que el subordinado sería autor del mismo.

Por último, legislativamente, la figura de la delegación de competencias está prevista en el artículo 78.º del Texto Único Ordenado de la Ley n.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo n.º 004-2019-JUS, que establece que las entidades pueden delegar el ejercicio de competencia conferida a sus órganos en otras entidades cuando existan circunstancias de índole técnica, económica, social o territorial que lo hagan

conveniente. Procede también la delegación de competencia de un órgano a otro al interior de una misma entidad.

Como se podrá apreciar, la delegación de competencias en la legislación peruana, es una facultad discrecional del superior que procede bajo ciertas condiciones dadas, lo que significa que el superior pueda hacer uso de ellas o no. A ello debemos acotar, que por regla general la asignación de roles funcionales a los sujetos públicos en los aparatos estatales, se guía por el principio de la competencia asignada, siendo la discrecionalidad la excepción.

8. Materiales y métodos

Metodología: El presente trabajo se enmarca dentro del nivel de una investigación descriptiva explicativa.

Muestra: La muestra de estudio es el Recurso de Nulidad n.º 2124-2018/Lima dictado por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú.

Técnicas e instrumentos de recolección de datos: Análisis de caso, con esta técnica se obtendrá la información sobre el Recurso de Nulidad n.º 2124-2018/Lima.

Revisión bibliográfica: que permitirá obtener información del marco teórico y jurídico, para comparar los resultados con el marco jurídico que sustenta el Recurso de Nulidad n.º 2124-2018/Lima.

9. Resultados

En la división vertical de trabajo en las organizaciones estatales, una de las competencias más trascendentes del superior jerárquico es el deber de vigilancia y supervisión del subordinado. Estos deberes están orientados por el principio de desconfianza, esta es más intensa en los delitos de peculado, por estar relacionados a la administración de efectos y caudales del Estado que neutraliza el principio de confianza.

El principio de desconfianza tiene una dinámica peculiar en el delito de peculado. Se origina y fundamenta en los deberes de instrucción y coordinación que tiene el superior frente a sus subordinados —establecidos normativamente—, y luego se concreta en deberes funcionales de seguimiento, monitoreo, vigilancia y control del subordinado.

Estos deberes funcionales de vigilancia, monitoreo y control, en el caso del Perú, están regulados en una variada legislación, entre ellos la Constitución, las leyes, los reglamentos, directivas y documentos de gestión institucional. La omisión de estos deberes por parte del superior, configura la infracción de

un deber positivo especial regulado normativamente y como tal constituye un delito de infracción de deber.

En relación a la teoría de la delegación de funciones, es más adaptable a las empresas privadas y por ende a los delitos de dominio, mas no a los aparatos estatales; puesto que, el delegante discrecionalmente en ciertas circunstancias y por decisión propia transfiere su competencia al subordinado. De ahí que según esta posición el superior delegante sería partícipe del delito, mientras que el subordinado autor del mismo. Esta tesis, ciertamente, no es compatible con los delitos de infracción de deber donde no existen coautores o partícipes; además, en los delitos de infracción de deber prima por regla general el principio de la competencia asignada, siendo excepcional la discrecionalidad.

10. Discusión

Es motivo de este análisis el Recurso de Nulidad n.º 2124-2018/Lima, que declaró no haber nulidad en la sentencia que condenó a un comandante general del Ejército y un comandante general de la Región Militar Sur por la apropiación de combustible destinado al ejército. Los dos últimos párrafos del fundamento decimoquinto de esta sentencia aplican la teoría de la delegación de competencias en el plano vertical. Así la sentencia fundamenta:

Esta situación de partida puede, no obstante, reconfigurarse a través de dos mecanismos: la delegación por competencias (en el plano vertical) y la especialización (en el plano horizontal). Mediante la delegación el delegante transfiere su competencia al subordinado delegado, de tal forma que este asume la garantía originalmente detentada por el delegante.

En el caso de la delegación, si bien el delegado pasaría a recibir la posición de garantía, el delegante pasaría a tener, respecto de este, el deber de vigilancia y control. La delegación está presidida por el principio de desconfianza.

Esta sentencia adopta la tesis de la delegación de funciones en la estructura vertical del ejército y, como se señaló, es una técnica donde el delegante —en este caso los sentenciados—, en uso de sus facultades discrecionales y bajo ciertas circunstancias, y por decisión propia, transfieren su competencia a los subordinados. Según esta tesis, el superior sería partícipe del delito, mientras que el subordinado autor del mismo, siendo por tanto un delito de dominio.

Este criterio de la sentencia es incompatible con la estructura vertical del ejército, donde la división de trabajo está regulada normativamente en lo relativo a la adquisición de combustibles. Esta es admitida por la propia sentencia en el fundamento cuarto y quinto, donde precisa que el marco funcional del ejército está regulado, entre otros, por la Ley de Organización y Funciones del Ejército, directiva que define el ámbito de competencias del

conjunto de funcionarios militares concernidos respecto de las asignaciones ordinarias y excepcionales de combustible, así como los procedimientos para su gestión, asignación, abastecimiento y programación.

La ley y la directiva citadas fijan criterios de distribución de trabajo en el ámbito horizontal y vertical de la organización militar. Específicamente en la relación vertical, el superior tiene deberes de vigilancia y supervisión sobre los subordinados durante toda la fase de ejecución del cometido. La omisión de estos deberes de vigilancia configura un delito de infracción de deber, cuando como consecuencia de esta omisión se suscita la apropiación de los efectos y caudales del Estado.

En suma, si bien el sentido de la sentencia es correcto, se aprecia que la adopción de la tesis de la delegación de funciones es errónea. Ello debido a que el delito de peculado no es un delito de dominio, sino uno de infracción de deber, conforme admite la propia sentencia examinada en su fundamento Decimotercero. Con lo que, el máximo tribunal del país muestra ambivalencia a la hora de definir si en los delitos de peculado cometidos en la relación vertical de trabajo es aplicable la tesis de la infracción de deberes o la delegación de funciones.

11. Conclusiones

El delito de peculado es un delito de infracción de deber, en el que la imputación se determina por la infracción de un deber positivo regulado normativamente, y que establece deberes de resguardo y protección del bien jurídico, además de una correcta administración de los efectos o caudales del Estado.

Una de las causales por los que la imputación de la infracción de deber puede ser excluida es el principio de confianza. Este principio, en los aparatos u organizaciones estatales, siempre implica la interactuación de dos o más funcionarios o servidores públicos que pueden operar en el plano vertical u horizontal. Pero, en el delito de peculado, la vigencia del principio de confianza en los aparatos estatales jerarquizados es neutralizada por el principio de desconfianza y por los especiales deberes de vigilancia y control que tienen los superiores para con el bien jurídico protegido.

Entonces, el principio de desconfianza se erige como contrapartida del principio de confianza y tiene una dinámica peculiar en el delito de peculado. Se origina y fundamenta en los deberes de instrucción y coordinación que tiene el superior frente a sus subordinados —establecidos normativamente— y luego, se concreta en deberes funcionales de seguimiento, monitoreo, vigilancia y control del subordinado.

Desde este punto de vista, el fundamento decimoquinto de Recurso de Nulidad n.º 2124-2018/Lima estaría errando al aplicar la tesis de la delegación de competencias en la estructura vertical, que es una técnica donde el delegante, en uso de sus facultades discrecionales y bajo ciertas circunstancias y por decisión propia, transfiere su competencia al subordinado. Según esta posición, el superior sería partícipe del delito, mientras que el subordinado autor del mismo, elementos que son propios de un delito de dominio, mas no de los delitos de infracción de deber.

Referencias

- Agudelo, J. (2020). Causalidad e imputación. La coherencia interna de la teoría de la imputación objetiva en la responsabilidad civil. *Revista de Derecho Privado*, 40, 321-353.
<http://www.scielo.org.co/pdf/rdp/n41/0123-4366-rdp-41-321.pdf>
- Caballero, R. (2020). Aplicación de la imputación objetiva funcionalista en los pronunciamientos penales de la Corte Suprema peruana. *Revista de Investigación de la Academia de la Magistratura*, 2.
<https://revistas.amag.edu.pe/index.php/amag/article/view/24>
- Cervini, R. (2012). *Aspectos de la imputación de responsabilidad penal en el marco de la gestión organizacional flexible*. Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico. http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20120508_02.pdf
- Constitución Política del Perú (1993, 30 de diciembre). Congreso Constituyente Democrático. <https://n9.cl/xjd8z>
- Contreras, L. (2019). El principio de confianza como criterio delimitador de la responsabilidad penal de los médicos. *Acta Bioethica Facultad de Derecho de la Universidad de Chile*, 25(1), 35-43. <https://scielo.conicyt.cl/pdf/abioeth/v25n1/1726-569X-abioeth-25-1-00035.pdf>
- Decreto Supremo n.º 004-2019-JUS (2019, 25 de enero). Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. <https://n9.cl/56ww>
- Duarte, J. (2020). *La imputación objetiva y dolo normativo en el Derecho Disciplinario—un enfoque funcionalista* [Tesis de posgrado, Universidad Externado de Colombia]. Archivo digital. <https://bdigital.uexternado.edu.co/handle/001/4015>
- Feijoo, B. (2002). *Imputación objetiva en derecho penal* (1.ª ed.). Editora Jurídica Grijley.
- García, P. (2019). *Derecho penal parte general* (3.ª ed.). Editorial Ideas.

- Gómez, V. (2020). Delegación de competencias y compliance penal: un estudio sobre la transferencia y transformación de los deberes (de vigilancia) en el derecho penal económico. *Derecho PUCP*, (85), 115-138. <http://www.scielo.org.pe/pdf/derecho/n85/2305-2546-derecho-85-00115.pdf>
- Jakobs, G. (1997). *La imputación objetiva en el derecho penal* (1.ª ed.). Editorial Ad Hoc.
- Mayer, L. y Vera, J. (2018). Autorización de plantas de revisión técnica e imputación objetiva en delitos culposos del tráfico vehicular. *Revista de Derecho*, XXXI(1). 327-345. <https://scielo.conicyt.cl/pdf/revider/v31n1/0718-0950-revider-31-01-00327.pdf>
- Momblanc, L. (2021). Trabajo en equipo y principio de confianza en el debate de la responsabilidad penal por mala praxis médica. *Lex*, XIX(27), 196-230. <http://revistas.uap.edu.pe/ojs/index.php/LEX/article/view/2256/2338>
- Peláez, J. (2016). Configuración del «principio de confianza» como criterio negativo de tipicidad objetiva. *Prolegómenos Derecho y Valores*, XIX(37), 15-35. <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=87643555002>
- Recurso de Casación n.º 1609-2019-Moquegua (2021, 26 de julio). Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República. <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2021/08/Casacion-1609-2019-Moquegua-LP.pdf>
- Recurso de Nulidad n.º 2124-2018/Lima (2019, 19 de abril). Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República.
- Salinas, R. (2019). *Delitos contra la Administración Pública* (5.a ed.). Editorial Iustitia.
- Sandoval, M. (2019). *Principio de confianza en la responsabilidad penal derivada del actuar del equipo médico* [Memoria de título para optar el grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Universidad de Chile]. <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/173103>
- Torres, J. (2019). La responsabilidad penal del empresario: entre el principio de confianza y la ignorancia deliberada. *Derecho Penal Corporativo*. <https://mpapenalcorporativo.com/wp-content/uploads/2019/07/Columna-de-interes-6-1.pdf>
- Vallejo, G. (2014). Alcances del principio de confianza en la actividad médica. *Revista Ratio Juris*, 9(19), 53-76. <https://www.redalyc.org/pdf/5857/585761328007.pdf>
- Wessels, J., Beulke, W., y Satzger, H. (2018). *Derecho Penal parte general* (R. Pariona, Trad.; 46.º ed.). Instituto Pacífico.



ACADEMIA DE
LA MAGISTRATURA

REVISTA DE INVESTIGACIÓN DE LA ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA

Vol. 4, n.º 6, enero-junio, 2022
Publicación semestral. Lima, Perú.
ISSN: 2707-4056 (en línea)
DOI: 10.58581/rev.amag.2022.v4n6.06



Política criminal vs. pena efectiva en la lucha contra la violencia familiar

Criminal policy vs. effective punishment in the fight against family violence

Ramiro Alvaro Pacheco Huarotto*

Distrito Fiscal de Ica
(Ica, Perú)

alpachecodj@mpfn.gob.pe

<https://orcid.org/0000-0002-3674-6395>

Resumen: El presente artículo pone en cuestionamiento la política criminal del Estado al tipificar y sancionar con pena efectiva el delito de agresión en contra de las mujeres o integrantes del grupo familiar. Se cuestiona por qué siendo un delito sumamente leve, cuya pena en su extremo máximo no supera los tres años de pena privativa de libertad, no permite la aplicación de la suspensión de la pena, que sí se aplica para otros delitos más graves y con cuantía de pena superior. Se hace notar que, en la praxis judicial, el infractor que comete este delito, si bien es sancionado con pena efectiva, nunca purga condena en una cárcel; pues, casi en todos los casos, la pena efectiva impuesta se convierte principalmente a jornadas de prestación de servicios a la comunidad o a pena de días multa. Es por ello que, a efectos

* Fiscal provincial penal titular del Distrito Fiscal de Ica. Máster en Argumentación Jurídica por la Universidad de Alicante-España.

de lograr una comprensión cabal del problema, se desarrolla varios ítems relacionados a la pena, el delito, funciones del derecho penal, el derecho penal simbólico y populismo punitivo. Estos conceptos en base al análisis y estudio de diversas fuentes bibliográficas y en la propia experiencia como fiscal provincial penal han permitido plantear como objetivo el determinar si existe o no la necesidad de mantener la sanción de este delito con pena efectiva. Se concluye positivamente, pero sin posibilidad de conversión de pena, sino que el infractor vaya a la cárcel, aunque por corto tiempo, que pueden ser días, semanas o pocos meses. Solo así, se cumpliría los fines de la pena y sobre todo el objetivo del Estado en su política de combatir y erradicar este tipo de violencia, sin caer en los alcances de un derecho penal simbólico y populismo punitivo.

Palabras clave: populismo punitivo, necesidad de pena

Abstract: This article calls into question the criminal policy of the State by classifying and punishing with effective punishment the crime of aggression against women or members of the family group. It is questioned why, being an extremely minor crime, whose maximum penalty does not exceed three years of imprisonment, it does not allow the application of the suspension of the sentence, which if it is applied to other more serious crimes and with a large amount of higher penalty. It should be noted that, in judicial practice, the offender who commits this crime, although he is punished with an effective penalty, however, never serves a sentence in prison, since almost in all cases, the effective penalty imposed is converted mainly to days of rendering services to the community, or penalty days fine. That is why, in order to achieve a thorough understanding of the problem, several items related to punishment, crime, functions of criminal law, symbolic criminal law and punitive populism are developed. Concepts that based on the analysis and study of various bibliographic sources and on his own experience as a provincial criminal prosecutor, has allowed us to propose as an objective to determine whether or not there is a need to maintain the sanction of this crime with effective punishment, concluding positively, but without the possibility of conversion of sentence, but the offender goes to jail, although for a short time that can be only days, weeks or a few months. Only in this way would the purposes of the sentence be fulfilled and, above all, the objective of the State in its policy of combating and eradicating this type of violence, without falling within the scope of a symbolic criminal law and punitive populism.

Key words: punitive populism, need for punishment

RECIBIDO: 17/05/2022
APROBADO: 30/06/2022

REVISADO: 10/06/2022
FINANCIAMIENTO: Autofinanciado

1. Introducción

La violencia en contra de las mujeres o integrantes del grupo familiar es uno de los flagelos que preocupa a nuestro país. Es por ello que desde el año 2008 el Estado viene implementando como política criminal una serie de programas y acciones para lograr controlarlas o combatirlas. Desde el control social formal, el Estado ha recurrido al derecho penal para lograr estos fines, primero elevando las penas para estas conductas, hasta entonces comprendidas dentro del delito de lesiones leves, luego creando un nuevo delito e incorporándolo al Código Penal dentro del delito de lesiones leves, artículo 122-B, como «delito de lesiones leves por violencia familiar», y últimamente establecido como «delito de agresión en contra de las mujeres o integrantes del grupo familiar», por la Ley n.º 30364 denominada «Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar», publicada el 23 de noviembre del 2015.

El artículo 122-B del Código Penal sanciona este delito con pena de uno a tres años en su forma simple, y de dos a tres años en su forma agravada. Por su parte, el artículo 57 del mismo Código Penal establece la figura de la suspensión de la ejecución de la pena cuando la pena a imponerse no es mayor a cuatro años de pena privativa de libertad¹. Por tanto, la suspensión de la pena siempre fue aplicable para este tipo de delito dado a su cuantía. Sin embargo, la Ley n.º 30710, publicada el 29 de diciembre del 2017², establece que ya no se aplica la suspensión de pena, por lo que, en adelante, la pena a imponerse por este delito siempre será pena efectiva.

Bajo ese planteamiento, se analiza si el endurecimiento de pena para este tipo de delito es realmente necesario y favorable a los fines políticos criminales propuestos por el Estado para prevenir, sancionar y erradicar la violencia en contra de las mujeres o integrantes del grupo familiar. O si, por el contrario, estas decisiones en nada ayudarían a mitigarlos, pues en la práctica ocurre que casi nadie va a la cárcel y, que sigue en incremento la violencia de esta naturaleza. Con esta visión en conjunto, se concluye que estamos ante un supuesto de instrumentalización del derecho penal para fines que no ha sido concebido. Esta regulación penal es una respuesta antitécnica que obedece a la concepción de un derecho penal simbólico y mero populismo punitivo. Entonces, ante todo ello, proponemos que la pena que se imponga por la comisión de este delito sea realmente efectiva, sin posibilidad de conversión. Sin embargo, se debe reducir el *quantum* de la pena a límites inferiores al

1 Siendo este uno de los requisitos para su procedencia. Existiendo otros dos que no viene al caso mencionar, dado que solo se destaca el extremo de la cuantía de la pena.

2 Ley que modifica el último párrafo del artículo 57 del Código Penal, en que amplía la prohibición de la suspensión de la pena para el delito de agresión en contra de las mujeres o integrantes del grupo familiar, entre otros.

de un año de pena privativa de libertad, para que se cumpla con efectividad los fines de la prevención general y especial positiva, se cree conciencia y reduzca significativamente este tipo de violencia.

2. Algunas anotaciones previas

En términos generales podemos decir que, la adopción de una política criminal, asociada a frenar determinadas conductas que sin ser graves aparecen como reiterativas y de repercusión pública, constituye una respuesta estatal que en materia penal pasa por la creación de nuevas figuras delictivas, por el aumento de pena y sobre todo por el endurecimiento de las misma³, todo en el entendido de contribuir a disminuir los índices de criminalidad.

Desde mucho antes, se ha tratado de estudiar esta respuesta punitiva estatal a través del derecho penal, poniendo énfasis en los fines de prevención antes que en el castigo o sanción. Así, ya desde el siglo XVIII señalaba Beccaria (1879):

Mejor es prevenir los delitos que verse en la necesidad de castigarlos: este es el fin principal de toda legislación, que no es sino el arte de conducir los hombres al máximo de felicidad o al mínimo de desventura que sea posible, hablando según todos los cálculos de los bienes y los males de la vida. (p. 203)

En esta misma línea, Muñoz (2009) señala «..., se incrementan penas, se crean delitos o se retiran controles de intervención al poder punitivo, creyendo que más penas, más delitos o procedimientos más expeditos arrojarán como resultado que los destinatarios de las normas penales obrarán absteniéndose de cometer delitos» (p. 19).

Pero concretizando estas ideas en relación con la tipificación y sanción del delito de agresión en contra de mujeres o integrantes del grupo familiar, existen investigaciones recientes contenidas en diversas tesis del derecho que han mostrado su preocupación. Al respecto, Yanayaco (2018) deja entrever que la norma penal que sanciona con pena efectiva este tipo de delito resulta inoperativa y que, por el contrario, existe un incremento del índice de criminalidad. Por su parte Bautista (2019) señala que la imposición de esta pena efectiva vulnera el principio de mínima intervención del derecho penal, sugiriendo que más allá del control formal jurídico el Estado debe incidir en la necesidad de invertir en el control social informal; esto se entiende a través de la familia, la educación, los medios de comunicación, entre otros.

3 Es el caso establecimiento de pena efectiva para un delito de mínima lesividad, como es el delito de agresión en contra de las mujeres o integrantes del grupo familiar.

3. El derecho penal en el marco de un estado constitucional del derecho

El presente artículo no se centrará en un estudio pormenorizado de lo que significa el tránsito de un estado de derecho a un estado constitucional de derecho en general. En específico, la investigación se centrará en materia penal, pues si en un principio regía el imperio de la ley, hablando en estricto, este llegó a ceder con el paso del tiempo dando lugar a lo que hoy por hoy conocemos como un estado constitucional de derecho, en que si bien la ley sigue imperando, llega a ceder en determinadas circunstancias en salvaguarda de la vigencia irrestricta de los derechos fundamentales, a los principios y valores constitucionales, que en suma tienen su sustento en un derecho humanizador basado en la dignidad humana.

En este entendimiento, dentro del vasto campo del derecho, es el derecho penal el que tiene una relación intrínseca con las libertades y derechos fundamentales de la persona, al regular la conducta humana y asignarle una consecuencia jurídica drástica, como es principalmente la pena privativa de libertad. De ahí, que se desprende la relevancia de la aplicación del derecho penal, su función y fines que persigue.

El derecho penal, siguiendo a Luzón (1989), como parte del derecho en general, está constituido por un conjunto de normas que regulan la conducta humana calificadas como delitos, para los cuales les asigna una consecuencia jurídica como es la pena y medidas de seguridad. Destaca en este entendimiento que, las conductas reguladas son graves al igual que las consecuencias jurídicas, pues como ya advertimos tiene que ver con la libertad personal principalmente.

Entre las funciones que cumple el derecho penal, se tiene la función de control social, de protección, y de prevención. Destaca *la función de control social* sobre el comportamiento humano, pues si bien esta función también la ejercen otras ramas del derecho en general, pero nadie más efectiva e intensa que el derecho penal. Esto se debe a que ejerce la titularidad del *ius puniendi* imponiendo una pena o medida de seguridad, que puede conducir a la privación de la libertad personal; es decir, la reclusión del individuo en una cárcel, con las demás consecuencias nocivas que significa la vida intramuros.

Y es que, las otras funciones del derecho penal, como la *función de protección* que tiende a proteger los bienes jurídicos valiosos ya sean individuales o comunitarios, necesarios para el libre desarrollo de la personalidad o para la convivencia pacífica en sociedad; y *la función de prevención*, especial o general, que lo que busca es que no se cometa delito porque de lo contrario será sujeto a una sanción penal drástica. Ambas de cara a nuestra realidad, tienen algo de retórica penal, pero que, en concreto,

solo adquieren efectividad al momento de la actuación del control social, con la imposición de una pena o medida de seguridad, que como ya dijimos, en su máxima expresión y para conductas realmente graves va a ser pena privativa de libertad efectiva, con reclusión en establecimientos penitenciarios creados para esos fines.

En esencia, *en lo que es* o lo que ocurre en la realidad, el derecho penal existe para reprimir conductas «desviadas» o antisociales que califican como delitos, estableciendo como respuesta una sanción penal seria que bien puede ser la privación de la libertad, entre otras de menor envergadura. Ahora, *en lo que debe ser*, el derecho penal debe desplegar toda su fuerza y eficacia tendiente a evitar que ocurra la conducta antisocial delictiva, y con ello evitar el uso de todo su poder punitivo en desmedro de la persona humana, que muchas veces termina siendo víctima de sí mismo, dado el contexto de corresponsabilidad del Estado en la insatisfacción de sus diversas necesidades: educacionales, culturales, laborales, económicas, entre otras. Queda claro, entonces, que la finalidad del derecho penal no es reprimir o castigar al individuo que comete un delito, sino anticiparse y actuar antes de que ello ocurra. Esto se logrará no necesariamente incrementando nuevos delitos, aumentando la pena o haciéndola cada vez más drástica, sino a través de políticas públicas que desarrollen programas dirigidos a inculcar valores, generar oportunidades laborales, de estudios, de capacitación, entre otros. Así se debe poner en marcha el denominado control social informal en el contexto de un Estado constitucional de derecho.

4. Sobre el delito y la pena

Desde las aulas universitarias, se nos ha indicado que el delito es la acción típica, antijurídica y culpable, lo que concuerda con el concepto clásico comúnmente aceptado, que a decir de Rodríguez (2003) se trata de una definición teórica normativa. Ello dado a que cada uno de estos elementos es ampliamente estudiado en el campo de la teoría del delito y, por otro lado, resulta de análisis imprescindible al momento de calificar una conducta que se atribuye delictiva. A estos elementos, actualmente, suele añadirse un cuarto elemento, esto es, la *punibilidad*. Esta es entendida como la posibilidad de merecimiento de pena por el infractor de la ley penal, pues aun cuando este desarrolle una conducta típica, o sea esté regulado en la norma penal; antijurídica, en términos que sea contraria a la ley; y culpable, es decir que sea apto para atribuirle responsabilidad penal; además también debe ser punible. Pues de existir alguna circunstancia de no punibilidad, como por ejemplo las excusas absolutorias establecidas en el artículo 208 del Código Penal⁴, dicha conducta no será delictiva por expreso mandato de la ley.

4 Por ejemplo: el hurto simple entre hermanos.

No es objeto del trabajo el estudio de la teoría del delito, sin embargo, se incidirá en algunas cuestiones relevantes que permitan dar cuenta de lo que el ciudadano entiende respecto a lo que constituye un delito, su repercusión social y las consecuencias de su comisión. En este sentido, cuando se habla de la comisión de un delito, para la gran mayoría, más allá de los tecnicismos y la retórica penal, se suele entender como la realización de una conducta que se encuentra prohibida por la ley penal, que lo hace merecedor a una sanción penal y que lo puede llevar a la cárcel. De ahí que el común de la gente suele asociar los términos delito con el de delincuente, y es que uno conlleva al otro y viceversa. Así también se da cuenta en las definiciones contenidas en el Diccionario de la lengua española (2021), que define al delito como la «acción u omisión voluntaria o imprudente penada por la ley», en tanto que define al delincuente como «el que delinque».

Al hablar de delito, se refiera a la pena como consecuencia jurídica inevitable del injusto penal, poniendo énfasis en cuáles son sus fines, esto es, para qué sirve la pena como *ius puniendi* del poder estatal. De ahí que, la pena se entiende como la sanción para todo aquel que ha cometido un delito, y que su imposición se encuentra legitimado porque busca restablecer la convivencia pacífica quebrantada, reparar el daño causado a la víctima, prevenir que se vuelva a cometer un delito, así como recuperar al infractor mediante la reeducación y resocialización. Como se puede apreciar, la pena no tiene como finalidad castigar por castigar (fines meramente retributivos), sino que a decir de Marín de Espinosa (2014) «la pena, ..., debe cumplir diferentes funciones porque se trata de un fenómeno pluridimensional» (p. 124). Esto es, se centra en los intereses de las personas, de la familia y de la sociedad en su conjunto, logrando restablecer la paz y la armonía convivencial, lo cual no es otro que cumpla con su función de prevención general.

Así entendido el delito y la pena, cuya delimitación y aplicación corresponde al poder estatal, es obvio que los mismos tengan sus límites en los derechos fundamentales, principio y valores jurídicos vigentes en un estado constitucional de derecho, como los son principalmente, el principio de seguridad jurídica, la legalidad, la libertad y la dignidad humana. No es acorde con la noción de constitucionalización del derecho penal, el tipificar conductas a doquier o endurecer las penas por el simple hecho de satisfacer reclamos sociales coyunturales de corte populistas, tal vez justificados, pero que en absoluto se enmarcan en los alcances del control social formal de la ciencia del derecho penal.

5. Política criminal y pena efectiva en delitos de agresión en contra de mujeres o integrantes del grupo familiar

En el ordenamiento sustantivo penal del Perú, de la variedad de penas que se contemplan, como la pena privativa de libertad, penas restrictivas de libertad, penas limitativas de derechos y pena de multa, dado el objeto de la presente investigación, es preciso hacer referencia a la primera de ellas. Esto es a la pena privativa de la libertad que, según el artículo 29 de nuestro Código Penal pueden ser temporales o intemporales. El primero que se extiende desde los dos días hasta los treinta y cinco años, y el segundo que contempla la pena de cadena perpetua.

En puridad, las penas temporales que contempla nuestro Código Penal han sido previstas para ser efectivas. Esa es su naturaleza, aun cuando pueda ser de dos días, una semana, un mes o un año. Sin embargo, es que conforme a los alcances del artículo 57 del Código Penal, también se prevé la aplicación de la figura de la suspensión de la ejecución de la pena, sujetas a reglas de conducta por un tiempo determinado y al pago de una reparación civil. Figura esta que no ha sido materia de cuestionamiento siempre y cuanto se cumplan con los requisitos para su procedencia, por el contrario, no aceptar esta figura de la suspensión de la pena sobre todo para penas de corta duración, es poner en cuestión los fines que persigue la pena. También se cumple esta suspensión de acuerdo a la naturaleza y la modalidad de cada delito. Muchas de ellas se dan por razones genéricas de política criminal, como el principio de necesidad y proporcionalidad de pena, atendiendo a criterios de hacinamiento de las cárceles, condición de reos primarios, y en estricto, a criterios técnicos normativos relacionados a la cuantía de la pena a imponerse (no mayor a cuatro años), de no ser reincidente o habitual, y de contar con el pronóstico favorable sobre el comportamiento del infractor en el sentido de que no volverá a cometer otro delito.

En aproximación al propósito del presente trabajo, se verifica que, para el delito de agresión en contra de las mujeres o integrantes del grupo familiar, tipificado en el artículo 122-B del Código Penal, no le es aplicable esta figura de la suspensión de la pena, pues con la Ley n.º 30710 publicada en el *Diario Oficial El Peruano* el 29 de diciembre del 2017, se modifica el último párrafo del artículo 57 del citado Código Penal, extendiendo la prohibición de la suspensión de la pena para este delito, además de los delitos de lesiones leves tipificados en los numerales c), d) y e) del numeral 3) del artículo 122 del Código Penal. Se precisa que ya anteriormente subsistía esta prohibición solo para los delitos dolosos cometidos por funcionarios públicos como el de peculado, malversación de fondos, entre otros.

La razón por la cual se estableció esta prohibición de suspensión de pena, a pesar de cumplirse con los requisitos para su procedencia, obedece a razones de política criminal adoptada por el Estado en la lucha por disminuir los índices de violencia desatada en contra de las mujeres o integrantes del grupo familiar. Ocurre esto como respuesta a múltiples reclamos y movilizaciones sociales provenientes de la ciudadanía, de las ONG y puestos en contexto por los diversos medios de comunicación. Sin embargo, no se da por razones sustentadas en criterios técnicos jurídicos provenientes del análisis y opiniones de los expertos de la materia en este ámbito del derecho penal, que de haber asegurado su participación, otro hubiera sido la respuesta penal a este flagelo, atendiendo a los filtros existentes en todo estado constitucional de derecho, como es el principio de necesidad de pena, proporcionalidad y dignidad humana.

Surge entonces la pregunta: ¿es realmente necesaria la pena de cárcel para el delito de agresión en contra de las mujeres o integrantes del grupo familiar, y con ello lograr su prevención y erradicación? La respuesta proveniente al ámbito del foro, en base a los materiales revisados, aparentemente resultan obvias en el sentido de que no es necesario instrumentalizar al derecho penal y con ello endurecer la pena para la consecución de estos fines. Para ello está el control social informal que debería implementar el Estado. Sin embargo, es cierto que desde hace muchos años atrás la violencia familiar viene incrementándose día a día, y el Estado a pesar de haber adoptado diversas políticas públicas y de índole criminal para frenarla, estas no surten efecto. Es cada vez más alarmante e incontrolable la situación. Razones que nos lleva a afrontar esta problemática con criterio de objetividad, razonando que excepcionalmente y por un tiempo determinado, la pena efectiva o de cárcel vigente para este delito debe ejecutarse, sin que exista posibilidad alguna para su conversión a pena de prestación de servicios a la comunidad o pena de días multa. Solo así, se cumplirá de manera efectiva con los fines de prevención general previsto para la pena y validada excepcionalmente esta política criminal para sancionar, prevenir y erradicar la violencia familiar.

6. Materiales y métodos

Para el desarrollo de este artículo se usó del método descriptivo y de análisis de documentos, basada en el estudio de fuentes bibliográficas provenientes de la doctrina, la legislación y la jurisprudencia, todos relacionado con el tema del presente trabajo. Así, se accedió a diversos artículos jurídicos contenidos en revistas electrónicas en línea, a libros en físico y electrónicos, tesis de grado en línea, sentencias y leyes. De estas fuentes documentales se ha extraído información valiosa que ha permitido el desarrollo del presente trabajo y

establecer los resultados, la discusión y las conclusiones. Todo esto, luego de un estudio y análisis minucioso.

Hay que precisar que es en base a estas fuentes de información que se han establecido los alcances de las funciones que cumple el derecho penal en un estado constitucional de derecho, siendo la principal la de control social formal, pero de la mano con el principio de la última ratio. Asimismo, ha quedado identificado las nociones de política criminal, del delito, de la pena, de la necesidad de pena para delitos de escasa lesividad como es el delito de agresión en contra de mujeres o integrantes del grupo familiar, entre otros conceptos relacionados al derecho penal simbólico y al punitivismo en su interrelación con el endurecimiento de la pena para este delito.

Asimismo, resulta pertinente señalar que el diseño de este trabajo es de carácter cualitativo, toda vez que no se ha hecho uso de la técnica de recopilación de información en campo, sino se ha acudido al análisis documental para extraer sus aportes más relevantes y de esta manera sustentar el presente artículo en su integridad.

Por último, debemos señalar que, dado el carácter teórico y descriptivo del trabajo, si bien no es un tipo de investigación correlacional experimental, sin embargo, se ha desarrollado en base a dos variables, como es la variable «pena efectiva»; y, por otro lado, la variable «política criminal», de cuyos alcances y comprensión se ha llegado a establecer las conclusiones que se exponen en el apartado correspondiente.

7. Resultados

Este artículo jurídico ha permitido vislumbrar la existencia de un conflicto latente en nuestra realidad que tiene que ver con el endurecimiento de la pena para el caso de la comisión del delito en contra de las mujeres e integrantes del grupo familiar. Para tal efecto ha quedado delimitado que se ha acudido al derecho penal para ejercer el control social para los infractores de la ley penal, estableciendo una pena muy severa, como es la sanción con pena efectiva o de cárcel, lo que pone en duda la función y fines que persigue el derecho penal.

También, ha quedado establecido que el Estado en su intento de combatir la violencia en contra de las mujeres o integrantes del grupo familiar, ha adoptado e implementado como política criminal la prohibición de la figura de la suspensión de la pena para este tipo de delitos, sin importar que es de escasa lesividad, pues las lesiones no son mayores de diez días de atención facultativa o descanso médico, según prescripción facultativa, y la pena en su extremo máximo es de dos a tres años de pena privativa de libertad.

De otro lado, también ha quedado establecido que, a pesar de haberse determinado la prohibición de la suspensión de la pena para este tipo de delito, la pena a imponerse siempre debe ser pena efectiva o de cárcel. Sin embargo, no se ha logrado los fines propuestos como política criminal de sancionar, prevenir y erradicar la violencia en contra de las mujeres o integrantes del grupo familiar, ya que continúa en incremento esta figura delictiva.

Por último, ha quedado evidenciado que, si bien la sanción con pena efectiva no debió implementarse como política criminal para combatir este flagelo, ante la falta de control social informal desarrollado por el Estado, excepcionalmente y por un determinado tiempo, debe castigarse este delito con pena efectiva o de cárcel, sin posibilidad de conversión de pena, sea por pena de jornadas de prestación de servicios a la comunidad o pena de días multa.

8. Discusión

Por lo tanto, se considera que el derecho penal, conforme a la función principal que se le tiene reservado, como es el de ejercer *control social*, de la mano del principio de la *última ratio*, en tanto y cuanto solo interviene si las demás formas de control social han fracasado, para el caso de la imposición de pena efectiva para el delito de agresión en contra de mujeres o integrantes del grupo familiar, no cumple esta función. Esto porque no obedece a los cánones técnicos jurídicos analizados por expertos de la materia, y solo se ha impuesto como una mera reacción punitiva en respuesta a los reclamos y movilizaciones populares, respaldados por las críticas a través de los diversos medios de comunicación. De ahí que esta política de punir con pena efectiva este tipo de conductas de mínima lesividad, se enmarca dentro de los alcances de un derecho penal simbólico y de mero populismo punitivo.

No tiene sentido que el Estado haya dispuesto la prohibición de la suspensión de la pena para el delito de agresión en contra de mujeres o integrantes del grupo familiar, y con ello que la pena sea efectiva. Desde el siglo XVIII el maestro Cessare Beccaria aconsejaba que mejor es prevenir los delitos y no castigar. Significa que el Estado debe preocuparse en desarrollar políticas públicas de control social no formal, esto es, poniendo énfasis en la calidad de la educación, creando puestos de trabajo, luchando contra la corrupción, entre otros. Todas estas buenas prácticas van a redundar en la asimilación de valores en la ciudadanía, y con ello el desincentivo para responder con violencia en su entorno familiar.

La respuesta del Estado no debió ser el endurecimiento de la pena para este tipo de delitos levísimos, sancionándolos con pena efectiva de cárcel. Ha quedado evidenciado empíricamente que, a mayor castigo

con endurecimiento de la pena, los índices de violencia familiar se han incrementado. Esto exige un replanteamiento por parte del Estado de su política pública-criminal para combatir efectivamente la comisión de este delito.

Por último, si se quiere castigar con pena efectiva este tipo de conducta de agresión en contra de las mujeres o integrantes del grupo familiar, es necesario modificar la norma penal. Se debe prohibir cualquier tipo de conversión de la pena efectiva, sea a jornadas de prestación de servicios a la comunidad o de multa. De esta manera el infractor siempre terminará en la cárcel. Se propone, en todo caso, que las penas se reduzcan a sanciones mínimas, pero siempre deben ser efectivas, pudiendo ser de solo días, semanas o pocos meses. Estas deben cumplirse si fin preventivo y de disuasión, en concordancia con el principio de necesidad y proporcionalidad de la pena, y en concordancia con la dignidad humana.

9. Conclusiones

- ▶ La finalidad prevista por el Estado como política criminal para luchar contra los altos índices de violencia en contra de las mujeres o integrantes del grupo familiar, sancionando a los agresores con pena efectiva de cárcel, en absoluto ha surtido efecto, por el contrario, día a día va en incremento. Se puede afirmar que, a mayor represión, mayor es el número de delitos que se cometen.
- ▶ La pena efectiva establecida para este delito de agresión en contra de mujeres o integrantes del grupo familiar, casi nunca se aplica. Siempre termina siendo convertida a la pena de jornadas de prestación de servicios a la comunidad o a penas de días multa.
- ▶ Si realmente se quiere combatir la violencia contra la mujer o integrantes del grupo familiar, la pena realmente tiene que ser efectiva. Es decir, el infractor debe ser recluso en un penal, pero paralelo a ello, debe reducirse el quantum de la sanción a solo unos días, semanas o pocos meses, todo con fines preventivos y resocializadores.
- ▶ El Estado debe cambiar su política criminal, poniendo especial énfasis en el establecimiento de mecanismos de control social alternativos, distantes al que ejerce el derecho penal como control social formal, cuya máxima expresión es la sanción con pena privativa de libertad.

Referencias

- Bautista, C.J. (2019). *Represión punitiva en el delito de agresiones en contra de los integrantes del grupo familiar y su implicancia al principio de mínima intervención del derecho penal, en las sedes judiciales de la provincia de Arequipa, incidencia en el año 2017* [Tesis de abogado, Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa]. Repositorio institucional de la UNSA. <https://n9.cl/d7b7z>
- Beccaria, C. (1789). *De los delitos y de las penas*. Harvard Law Library. <https://n9.cl/hy4tvx>
- Díez, J.L. (2002). El derecho penal simbólico y los efectos de la pena. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, XXXV (103), 409-447. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=42710303>
- Gonzalo, M. (2003). Delito, pena y constitución, *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, (8), 311-329. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=964860>
- Grpso, M.S. (2005). ¿Justicia material o efficientismo punitivista? Las dos caras de la reforma al sistema penal colombiano. *Revista IUSTA*, 1 (22), 13-43. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=560358680001>
- Ley n.º 30364. Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia. Contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar.
- Luzón, D. M. (1989). Alcances y función del derecho penal. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 42 (1), 5-54. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=46339>
- Marín de Espinosa, E. B. (2014). El debate actual sobre los fines de la pena y su aplicación práctica. *Revista de Derecho Penal y Criminología* (11), 119-146. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5271392>
- Marqués, M. (2017). Problemas de legitimación del Derecho penal del miedo. *Política criminal*, 12(24), 690-730. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992017000200690>
- Muñoz, J. A. (2009). Populismo Punitivo y una «verdad» construida. *Nuevo foro penal*, (72), 13-42. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3822975>
- Real Academia Española (2021). *Diccionario de la lengua española*, 23.ª ed., [versión 23.4 en línea]. <https://dle.rae.es>
- Ríos, G. (2019). La negación de la finalidad del proceso penal por acción del neo punitivismo. El caso peruano. El caso de la prohibición del

beneficio de la suspensión del cumplimiento de la pena privativa de la libertad. *Revista de la Facultad de Derecho*, (46), 380-421. <https://dx.doi.org/10.22187/rfd2019n46a15>

Rojas, J.A, Pino, E.E., Andrade, D.R., & Silva, O.F. (2021). La suspensión condicional de la pena. *Dilemas contemporáneos: educación, política y valores*, 8(3), 1-19. <https://doi.org/10.46377/dilemas.v8i3.2666>

Ruiz-Esquide, I. (2020). La pena efectiva en el delito de violación impropia: un conflicto entre merecimiento y necesidad de pena (Tribunal Constitucional). *Revista de derecho* (Valdivia), 33(2), 355-359. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502020000200355>

Vega, D. A. (2013). Comentario a Mariano H. Gutiérrez: Populismo punitivo y justicia expresiva. *Delito y sociedad*, 22(36), 158-161. <https://n9.cl/fkbai>

Yanayaco J. (2018). *La prohibición de la suspensión de la pena privativa de la libertad en los casos de violencia en el distrito judicial de pasco, 2018* [Tesis de abogado, Universidad de Huánuco]. Repositorio institucional de la Universidad de Huánuco. <http://repositorio.udh.edu.pe/123456789/1368>



ACADEMIA DE
LA MAGISTRATURA

REVISTA DE INVESTIGACIÓN DE LA ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA

Vol. 4, n.º 6, enero-junio, 2022
Publicación semestral. Lima, Perú.
ISSN: 2707-4056 (en línea)
DOI: 10.58581/rev.amag.2022.v4n6.01



2019-2020: la violencia contra las mujeres en Junín. Datos estadísticos, análisis y propuestas

**2019-2020: violence against women in Junín.
Statistical data, analysis and proposals**

César Augusto Proaño Cueva*

Corte Superior de Justicia de Junín
(Junín, Perú)

cproano@pj.gob.pe

<https://orcid.org/0000-0003-48866420>

Resumen: Este trabajo presenta, analiza y formula propuestas sobre la información estadística del Módulo Judicial Integrado en Violencia contra las Mujeres e Integrantes del Grupo Familiar de la Corte Superior de Justicia de Junín correspondiente a los años 2019 y 2020. Desde el ámbito jurisdiccional se exponen observaciones a la labor realizada, postulando nuevas formas de trabajo, y, desde la ciencia comunicacional, alternativas para enfrentar con niveles de eficacia esta problemática local, regional y nacional. El número de medidas de protección acumuladas, incrementadas en el año 2020, resulta una data preocupante que es estudiada. Si bien las causas son diversas, se considera objetivamente que la primigenia decisión judicial no ha contribuido

* Juez superior de la Corte Superior de Justicia de Junín.

al cese de la violencia. Los datos se agrupan por el lugar geográfico del hecho de violencia, el lugar de procedencia de las denuncias efectuadas, las medidas otorgadas por juzgados, las víctimas de violencias y el tipo de riesgo como efecto de la violencia generada.

Palabras clave: módulo, eficacia, jurisdiccional, comunicacional

Abstract: . This paper presents, analyzes and formulates proposals on the statistical information of the Integrated Judicial Module on Violence against women and members of the family group of the Superior Court of Justice of Junín, corresponding to the years 2019 and 2020. From the jurisdictional sphere, observations on the work carried out are presented, postulating new ways of working, and, from the communication science, alternatives to face this local, regional and national problem effectively. The number of accumulated protection measures, increased in the year 2020, is a worrying data that is studied and although the causes are diverse, it is objectively considered that the original judicial decision has not contributed to the cessation of violence. The data are grouped according to the geographical location of the violence, the place of origin of the complaints filed, the measures granted by the courts, the victims of violence and the type of risk as a result of the violence generated.

Key words: module, efficiency, jurisdictional, communicational

RECIBIDO: 17/05/2022

REVISADO: 10/06/2022

APROBADO: 30/06/2022

FINANCIAMIENTO: Autofinanciado

1. Introducción

El Módulo Judicial Integrado en Violencia contra las Mujeres Integrantes del Grupo Familiar de la Corte Superior de Justicia de Junín fue creado por R. A. n.º 136-2018-P-CE-PJ, del 12 de setiembre de 2018 y publicada en el Diario Oficial El Peruano el 18 de setiembre de ese año. En la misma se estableció que esta creación comprendía el siguiente esquema de conformación y competencia: del Quinto al Décimo Juzgado de Familia Permanente-Subespecialidad en Violencia contra las Mujeres e Integrantes del Grupo Familiar con competencia territorial en las Provincias de Huancayo y los distritos de Huachocolpa, Salcahuasi, San Marcos de Rocchac, Surcubamba, Tintay Puncu y Roble, de la provincia de Tayacaja, departamento de Huancavelica, con sede en el distrito de El Tambo, provincia de Huancayo, departamento de Junín.

Al conocer, por datos institucionales, el nivel de carga procesal que tenía el referido módulo al año de su instalación y específicamente del número de medidas de protección acumuladas (lo que indica reiteración de la violencia), se da a lugar la consulta respecto a los motivos de esa realidad litigiosa. Ello

con la finalidad de comprender mejor el problema de la violencia y la tutela judicial frente a ella y, principalmente, formular propuestas a esa realidad problemática.

Dado la diversidad de su tratamiento y publicidad, no es desconocido que la violencia contra la mujer constituye un hecho que resulta cotidiano para la ciudadanía. Ello se refleja también en los trabajos de nivel científico e incluso ha sido objeto de diversas tesis universitarias. Sin embargo, el presente trabajo de investigación tiene la particularidad de presentar los datos oficiales desde el órgano jurisdiccional que recibe la denuncia sobre la violencia y emite la decisión judicial que corresponde. Asimismo, se interpreta esa información estadística y como objetivo se pretende formular propuestas a esa problemática, que sigue reflejándose en el segundo año de funcionamiento del referido módulo.

2. Materiales y métodos

El estudio se inició con el recojo de información para luego proceder con el análisis de los datos obtenidos. La información recabada del propio módulo judicial ha sido organizada, sistematizada y detallada para este trabajo de investigación. La variable de la presente investigación es la violencia contra las mujeres en Junín y los datos se han reunido en tópicos como el lugar geográfico del hecho de violencia, el lugar de procedencia de las denuncias efectuadas, las medidas otorgadas por juzgados, las víctimas y el tipo de riesgo como efecto de la violencia generada. Toda esa información reunida corresponde a los años 2019 y 2020, advirtiéndose de la misma diversas formas de violencia.

Como afirma Hernández (2019), en el Perú, siete de cada diez mujeres han sido víctimas de violencia psicológica, física o sexual alguna vez en su vida, por parte de su pareja (Encuesta Demográfica y de Salud Familiar). Ante estas diversas formas de violencia prefiere utilizar el término las violencias, precisando que:

las violencias contra las mujeres persigue una doble pretensión ya recogida en lo normativo, pero poco aplicada en la práctica. De un lado, visibiliza distintas formas de violencia y, del otro lado, resalta que no todas las mujeres son objeto de las mismas modalidades de violencia, ni con la misma frecuencia e intensidad. (p. 9)

Se analizarán los datos estadísticos que se han publicitado, desde el punto de vista jurisdiccional y también comunicacional. Para ello, se tiene presente otros estudios regionales sobre los índices de violencia y sus causas. Sin embargo, exponemos la limitación del estudio sobre la falta de una data que nos indique las causas más alegadas del incumplimiento de la decisión judicial inicial que otorgó las medidas de protección.

3. Resultados

La información proporciona el número de medidas de protección otorgadas, las medidas de protección que fueron denegadas y aquellas las consignadas bajo el título de «acumuladas» que no son sino las medidas de protección iniciales que no han sido cumplidas por los agresores y que debido a ese incumplimiento generaron denuncias adicionales o ya sea conexas a otras medidas dictadas por el mismo o diferente juzgado del referido módulo. Este dato es importante porque da a conocer el número de violencia reiterada y nos ayuda a conocer los motivos del incumplimiento de la decisión judicial primigenia. Cabe precisar que el módulo fue creado a fines del año 2018.

Tabla 1

Medidas de protección del Módulo Judicial Integrado en Violencia contra las Mujeres Integrantes del Grupo Familiar de la Corte Superior de Justicia de Junín

Estrato	2019	2020
Medidas de protección otorgadas	10 986	6276
Medidas de protección denegadas	253	275
Medidas de protección acumuladas	1236	2029

Nota: Elaboración propia.

Debe advertirse en la Tabla 1, el número de medidas de protección acumuladas, que se han visto incrementadas en el año 2020 en una tercera parte de las medidas de protección otorgadas. Si bien se puede señalar que las razones de ese incremento podrían ser variadas, se debe de considerar como objetivo razonable que la decisión judicial no ha contribuido a un cese de la violencia, porque indudablemente esta ha seguido persistiendo y generando así otros hechos de violencia en el mismo o diferente juzgado, ocasionando de este modo otras medidas acumuladas a las otorgadas en un primer momento. Un dato relacionado a este diagnóstico proporcionan Gil y Espinoza (2020) sobre las víctimas de violencia «quienes manifiestan que llevan, y algunos continúan llevando, un proceso en el Juzgado Mixto de la provincia de Chupaca. En este sentido, se pudo determinar que la violencia familiar en sus diferentes dimensiones continúa» (p. 81).

Franco y Meza (2020), en muestras pequeñas, señalan sobre el nivel de eficacia de las medidas de protección de la Ley n.º 30364 en mujeres mayores de edad en el distrito de El Tambo el 2019 que, el 49.23 % de las encuestadas manifiestan que estas medidas de protección son moderadamente eficaces. El 37.18 % las consideran solo ocasionalmente (bajo) adecuadas, mientras que el 13.59 % consideran a estas medidas de protección altamente eficaces. Fue materia de otro trabajo (Proaño, 2021) esbozar una de esas causas: la motivación defectuosa de la primera decisión judicial, conforme se puede

apreciar de las resoluciones judiciales que hemos tenido oportunidad de analizar. La eficacia de estas decisiones tienen un cuestionamiento a raíz de estos datos estadísticos oficiales.

4. Los datos estadísticos de la violencia

Los datos que a continuación se presentan reflejan seis rubros de información: lugar geográfico del hecho de violencia, el lugar de procedencia de las denuncias, las víctimas de violencia, el tipo de violencia, el tipo de riesgo y el número de medidas de protección otorgadas y denegadas, en casos correspondientes a los años 2019 y 2020 sobre los procesos de violencia contra la mujer e integrantes del grupo familiar tramitados en el módulo de su competencia. Dicho módulo, de donde se han extraído los datos, se encuentra conformado por seis juzgados de violencia.

Tabla 2

Lugar geográfico del hecho de violencia

N.º	Lugar geográfico del hecho de violencia	Año 2019	Año 2020
1	Acobamba	4	1
2	Acopalca	0	1
3	Acostambo	1	0
4	Antacocha- Chacapampa	1	0
5	Auquimarca	0	3
6	Ayacucho	2	0
7	Azapampa	12	4
8	Cajas Chico	2	3
9	Cañete	1	0
10	Carhuacallanca – Huancayo	1	1
11	Cerro de Pasco	2	2
12	Chacapampa	0	2
13	Chanchamayo	3	0
14	Chaupimarca	0	1
15	Chicche	1	2
16	Chilca	2229	1888
17	Chongos Alto	11	13
18	Chongos Bajo	5	12
19	Chupaca	652	862

20	Chupuro	11	4
21	Churcampa	1	0
22	Cochas	1	0
23	Cochas chico	1	0
24	Colca	1	3
25	Colcabamba	1	0
26	Concepción	16	23
27	Cullhuas	3	2
28	Cullpa	3	2
29	Cuzco	1	0
30	El Tambo	2744	2014
31	Huachocolpa	8	0
32	Huacrapuquio	1	5
33	Hualahoyo	0	1
34	Hualhuas	16	22
35	Huallaspanca	0	3
36	Huamancaca chico	0	12
37	Huamancaca	3	0
38	Huancan	21	32
39	Huancavelica	5	0
40	Huancayo	3018	2422
41	Huánuco	1	1
42	Huari	3	4
43	Huaribamba – Huancavelica	1	0
44	Huarochirí	1	0
45	Huasicancha	5	5
46	Huayucachi	228	230
47	Jauja	6	4
48	Ica	0	1
49	Juliaca	1	0
50	Junín	5	0
51	La Merced	1	1
52	La Oroya	0	1
53	Lima	16	4

54	Lircay- Huancavelica	1	0
55	Mazamari	1	1
56	Milpo	0	0
57	Ocopilla	3	0
58	Orcotuna	5	3
59	Palian	9	2
60	Pampas - Tayacaja- Huancavelica	1	2
61	Pariahuanca	6	4
62	Pazos	0	3
63	Pasco	1	0
64	Pichanaqui	1	0
65	Pichari	1	0
66	Pilcomayo	82	72
67	Pucará	9	19
68	Quichuay	0	1
69	Quilcas	5	3
70	Río Ene	0	0
71	Río Negro	1	0
72	San Agustín de Cajas	260	200
73	San Jerónimo de Tunan	272	157
74	San Martín de Pangoa	2	0
75	San Pedro de Huáscar	1	0
76	San Pedro de Saño - Huancayo	4	0
77	San José de Challhua	0	1
78	Santo Domingo de Acobamba	23	21
79	Saños Chico	5	3
80	Salcahuasi	0	1
81	Sapallanga	470	349
82	Satipo	4	2
83	Sicaya	170	131
84	Surcubamba – Tayacaja	6	1
85	Tarma	3	1
86	Tintay Puncu- Tayacaja	7	1
87	Tres de Diciembre	0	2

2019-2020: la violencia contra las mujeres en Junín. Datos estadísticos, análisis y propuestas

88	Uñas	0	1
89	Vía pública	2	0
90	Vilcacoto	1	2
91	Viques	9	3
92	Yauli - Huancavelica	1	0
		10416	8577

Tabla 3

Lugar de procedencia de las denuncias de violencia

Lugar de procedencia	2019	2020
12.º Juzgado de Familia de Lima Este	1	0
2.º Juzgado Unipersonal de Huancayo	2	0
3.º Juzgado de Paz Letrado	3	0
4.º Juzgado de Familia de Lima Este	1	0
9.º Juzgado de Familia de Lima Este	1	0
CEM Chilca	252	101
CEM Chupaca	22	26
CEM Comisaría Huancayo	3	0
CEM Comisaría Sapallanga	67	19
CEM Huancayo	216	184
CEM Jauja	0	2
CEM Lima	0	1
Cuarto Juzgado de Familia - Huancayo	2	0
Defensoría pública	10	18
Demuna	4	0
Juez de Paz	8	3
Juzgado Civil de Jauja	1	0
Juzgado de Paz Letrado	0	7
Juzgado de Paz Letrado de Surcubamba	1	0
Ministerio Público	96	34
Parte	1504	362
PNP	8218	7819
UPE	4	1
Total	10416	8577

Tabla 4*Cantidad de medidas de protección*

Dependencia Corte Superior de Junín	TIPO	Cantidad el año 2019	Cantidad el año 2020
5.º Juzgado de familia	Medidas de protección otorgadas	1905	1054
	Medidas de protección no otorgadas	44	71
	Acumulaciones	198	339
6.º Juzgado de familia	Medidas de protección otorgadas	1808	945
	Medidas de protección no otorgadas	56	49
	Acumulaciones	222	328
7.º Juzgado de familia	Medidas de protección otorgadas	1839	1001
	Medidas de protección no otorgadas	28	39
	Acumulaciones	212	323
8.º Juzgado de familia	Medidas de protección otorgadas	1744	1053
	Medidas de protección no otorgadas	59	42
	Acumulaciones	183	391
9.º Juzgado de familia	Medidas de protección otorgadas	1876	1048
	Medidas de protección no otorgadas	32	43
	Acumulaciones	210	336
10.º Juzgado de familia	Medidas de protección otorgadas	1814	1175
	Medidas de protección no otorgadas	34	31
	Acumulaciones	211	312

Tabla 5*Víctimas de la violencia*

Víctima	Año	
	2019	2020
Niño/Niña	463	444
Adolescente	333	334
Mujer	8151	6641
Varón	739	581
Adulto Mayor	730	577

Tabla 6

Tipos de violencia

N.º	Tipo de violencia	Año	
		2019	2020
1	Violencia física	205	222
2	Violencia física y psicológica	6251	4588
3	Violencia física, psicológica y patrimonial	54	55
4	Violencia física, psicológica y sexual	42	9
5	Violencia física, psicológica, patrimonial y sexual	4	1
6	Violencia física y patrimonial	0	7
7	Violencia física y sexual	0	7
8	Violencia patrimonial	41	85
9	Violencia patrimonial y sexual	2	0
10	Violencia psicológica	3381	3169
11	Violencia psicológica y patrimonial	142	156
12	Violencia psicológica y sexual	35	17
13	Violencia psicológica, patrimonial y sexual	2	0
14	Violencia sexual	167	264

Tabla 7

Tipos de riesgo generado

Año	Leve	Moderado	Severo	Severo Extremo	Sin Ficha De Valoración
2019	2282	2874	2559	0	2701
2020	1216	1664	1467	733	3500

5. Análisis desde lo jurisdiccional

La comparación de los datos de los años 2019 y 2020 nos trae similares conclusiones respecto al lugar geográfico de ocurrencia de los hechos de violencia en la Tabla 2; esto es, que son las provincias de Huancayo y Chupaca los lugares donde se presentan los más altos índices de violencia. Y son los distritos de El Tambo, Chilca, Huayucachi, San Agustín de Cajas, San Jerónimo de Tunán, Sapallanga, Sicaya y el propio distrito de Huancayo, quienes resaltan como aquellos lugares que en estos dos años han presentado los números más altos de violencia familiar.

En el año 2017 se había presentado un alto índice de violencia en el departamento de Junín, con el 73.6 % según el Instituto Nacional de

Estadística e Informática. Se encontraron múltiples factores de riesgo, siendo los más significativos el estrés, los celos, las discusiones y peleas de sus padres, el consumo de licor y los problemas económicos (Fabián et al., 2020, p.251). En relación a la provincia de Chupaca, se debe señalar que las denuncias de violencia contra la mujer e integrantes del grupo familiar son resueltas en el módulo ubicado en la provincia de Huancayo. A pesar de las distancias entre ambas provincias y atendiendo a las condiciones económicas y sociales y, por más que se cuente con un Juzgado Mixto en Chupaca, se ha determinado que sea el módulo el que atiende esas denuncias. Igual situación ocurre con las atenciones del equipo multidisciplinario en ejecución de las medidas de protección o cautelares.

En referencia al lugar donde se presentan este tipo de denuncias (ver Tabla 3), los datos evidencian que son las comisarías de la Policía Nacional de Perú, el lugar donde se hacen llegar la mayor cantidad de denuncias, seguido del ejercicio propio por parte de la víctima de violencia ante el Módulo de Justicia. Este dato resulta resaltante si se compara las denuncias efectuadas ante los centros de emergencia mujer, situación objetiva que lleva a establecer cánones para la valoración probatoria de los atestados policiales; atendiendo igualmente a los pocos centros existentes en la región.

Según la Tabla 4, en cuanto a las medidas de protección otorgadas o no, así como el índice de acumulaciones, es decir, de medidas de protección acumuladas, se tiene que la data del año 2019 (10 986) nos trae cifras mayores a las del 2020 (6276), lo que indudablemente se encuentra asociada a la posibilidad que han tenido las víctimas de violencia de poder denunciar las diversas formas de violencia que han sufrido, esto debido a la situación de emergencia de salud que seguimos padeciendo. Esto se verá reflejado directamente en los tipos de violencia que se han denunciado, tal y conforme veremos más adelante.

De otro lado, en la Tabla 5 respecto a las víctimas de violencia, los datos comparativos arrojan cifras similares tratándose de niño, niña y adolescente. Existe una variación a un número menor en el caso de la víctima mujer, varón o adulto mayor. Entiéndase ello producto del estado de emergencia, situación que ha generado una disminución en las denuncias conforme se aprecia, por ejemplo, en el indicativo del mes de abril del 2020 y su comparación con el 2019. A pesar de estos datos en disminución para los últimos sectores mencionados, cabe resaltar que a pesar de la situación de emergencia el número de víctimas de violencia en los rubros niño, niña, adolescente e incluso adulto mayor resultan siendo similares; una constante que debería ser materia de evaluación cuando se dicten medidas de protección o de tutela cautelar en los casos judiciales donde se encuentren como parte este tipo de víctimas. Al respecto, por ejemplo, Cristobal y Palacios (2020) apreciaban

que la violencia contra los varones constituye una realidad silenciosa, una problemática poco intervenida y subvalorada por los actores competentes en la materia (p. 396).

Asimismo, en la Tabla 6 de los tipos de violencia, la data muestra información relevante. La violencia física se mantiene en cantidades similares al igual que la violencia psicológica; sin embargo, se duplica la violencia patrimonial. Relacionado a estos datos, la violencia física y psicológica, ejercida en conjunto, mantiene altos índices de presencia en estos datos estadísticos; al igual que la violencia psicológica-patrimonial. Esto último nos otorga un rasgo de identificación y de relación entre la situación de emergencia vivida que se proyecta a la situación económica con el tipo de violencia patrimonial, entendida como la acción u omisión que ocasiona un menoscabo en los recursos económicos o patrimoniales de las mujeres por su condición de tales o contra cualquier integrante del grupo familiar en el marco de relaciones de poder, responsabilidad o confianza.

En esa línea, Hilario et al. (2020) proporcionan una variable adicional referida a la dependencia emocional hacia su pareja con la presencia de violencia física, violencia psicológica o sexual dentro de una relación, tomadas como cotidiano, minimizando los maltratos sufridos y justificándose como parte de un comportamiento «normal» de la pareja. Y en cuanto a la edad, otro estudio determinó que el promedio de edad era de 32,5 años; el estado civil era mayoritariamente de convivientes con un 42,2 %; el nivel de instrucción principal, secundaria con un 44,6 %; la ocupación mayoritaria, ama de casa en un 63,9 %; y el tipo de violencia que reportaron era física y psicológica en un 41,3 % de los casos. Los niveles de dependencia en los seis factores de la escala reportaron niveles altos de dependencia emocional (Beraún y Poma, 2020, p. 240).

Por último, se cuenta con la data de la Tabla 7 referida al tipo de riesgo diagnosticado en las denuncias sobre violencia. Los cifras estadísticas del 2020 traen un dato adicional sobre al riesgo severo extremo. Si a los 733 casos de riesgo severo extremo se suma la cifra del riesgo severo (1467), alcanza un total de 2200 casos con riesgo severo de manera general, por así decirlo. En ese sentido, dicha cifra se aproxima a los 2559 del año 2019, así, considerando la situación de emergencia y las restricciones propias en el acceso a las denuncias de violencia, se tiene que el riesgo severo diagnosticado en las denuncias se ha mantenido en un nivel muy alto.

No existe diferencia entre las decisiones emitidas en casos de violencia con otro tipo de decisiones judiciales: falta un lenguaje claro y sencillo, se aprecia una motivación abundante en citas legales, no se aprecia una motivación mínima que sea suficiente. Igualmente, hay omisión de tutelas alternativas al común y simple mandato de cese de violencia, lo que conlleva a la ineficacia de la decisión.

6. Análisis desde lo comunicacional

Los datos muestran que en las zonas urbanas o donde hay un mayor desarrollo económico existe, a su vez, un alto índice de violencia, como es el caso de la provincia de Huancayo y Chupaca y los distritos de Huancayo, el Tambo y Chilca. Son las zonas urbanas donde se registran altos índices de violencia, nos permiten inferir que no existe el temor a denunciar y que las víctimas conocen el lugar adonde acudir. Sin embargo, al notar la diferencia abismal entre el número de casos de un distrito a otro, en los lugares rurales, nos preguntamos si en estos sectores existen o no centros de apoyo a los cuales acudir, si la población conoce o no sus derechos y si predomina aún el machismo en esas zonas rurales.

Al analizar los datos del lugar de procedencia de los años 2019 y 2020, se advierte que la población opta por denunciar esos actos de violencia en la PNP, a pesar de contar con centros de apoyo cerca de su hogar; sin embargo, no existen comisarías en todos los distritos. Este dato bien nos demuestra que las personas tienen mayor confianza en la policía o desconocen los canales para la denuncia en otras instituciones. En una entrevista personal con el área de imagen institucional de la Corte Superior de Junín, la bachiller en Ciencias del Comunicación, Yanella Cueva, indica que los módulos de violencia fueron creados con la finalidad de erradicar o prevenir la violencia contra las mujeres según la Ley n.º 30364 (comunicación personal, 7 y 8 de enero de 2021). No obstante que, los índices demuestran que a pesar de las medidas de protección otorgadas estas no son eficaces, sino que vienen siendo vulneradas cada vez más. Los agresores no le toman importancia y piensan que no les alcanzará la ejecución de las medidas, y a eso se suma la falta de coordinación de las instituciones para poder aplicar estas medidas con eficacia y efectividad. Son medidas generales que no se adaptan a la realidad.

Por otro lado, la profesional Cueva da a conocer que contar con más de una medida de protección, no es señal de contar con mayor salvaguarda contra la violencia sino un «documento» más, esto de acuerdo al índice de medidas acumuladas..

Debido a la emergencia sanitaria que venimos atravesando, al comparar los datos de los años estudiados, se infiere que las víctimas de violencia al tener a su agresor las 24 horas del día en su hogar no han tenido la posibilidad o se han vistos imposibilitadas de denunciar. Ello porque dependen económicamente de aquellos, porque ese domicilio es el único lugar donde pueden estar o porque existe el sometimiento a esa violencia sin poder denunciarla oportunamente. A propósito, Rosas et al. (2021) concluyen que solo denuncian cuando la agresión física es grave, pero, en la mayoría de los casos, detienen el proceso generalmente por carencia económica o por

tiempo que demora dar continuidad a la denuncia. Una cantidad mayor de medidas acumuladas en los últimos meses del 2020, da cuenta de que existe un incremento de medidas reiteradas y, por lo tanto, el incumplimiento de las primeras.

En referencia a las víctimas de violencia, asociado al número alto de violencia que sufre la mujer, asumiendo que ellas son las víctimas directas de violencia y observando los números de violencia sufrida por niños, niñas, jóvenes y adultos mayores, es posible determinar que las mujeres son las más afectadas por esos actos; entiéndase así en la hipótesis por cuidar o proteger a los miembros de su familia. A pesar de ello, esa violencia también alcanza a ambos sectores. Por lo mismo, sufren en mayor medida la violencia física y eso repercute en una violencia psicológica a esos otros sectores que en su entorno familiar tienden a la introversión o a ser agresivos por lo que ven en su hogar. Ante la falta de una información sobre el tipo de violencia que recibe cada víctima, data que debe ser completada, inferimos esta apreciación conclusiva: no todas las mujeres son objeto de las mismas modalidades de violencia.

Al ser las mujeres el grupo con el índice más alto de violencia, los problemas sociales como el machismo sigue perdurando y las mujeres aceptan un rol que debe ser desterrado con mayor trabajo.

7. Conclusiones

- ▶ La data de violencia del 2019-2020 del Módulo Judicial Integrado en Violencia contra las Mujeres e Integrantes del Grupo Familiar de la Corte Superior de Justicia de Junín nos demuestra la existencia de diferentes modalidades de violencia, las zonas geográficas de su mayor índice y un número constante de casos de violencia en esta parte del centro del país.
- ▶ No existe una data actualizada, detallada, que nos ayude a verificar el acceso a la justicia contra la violencia hacia las mujeres; tanto en situaciones sociales normales como en situaciones de emergencia, como la pandemia que se padece.
- ▶ No existen indicadores para verificar eficacia y efectividad de las medidas de protección otorgadas, al objetivo de una respuesta jurisdiccional de calidad contra la violencia.
- ▶ Las datas revisadas establecen un índice de violencia contra la mujer e integrantes del grupo familiar que se mantiene constante y, en algunos tópicos, en aumento.

- ▶ No existe un planteamiento comunicacional de la propia institución que acompañe a las medidas de protección otorgadas en el área jurisdiccional. Es decir, una estrategia que coadyuve a su eficacia y a su efectividad. Esta omisión de apoyo comunicacional al jurisdiccional también es importante para la institución en sí, porque informa a la sociedad sobre labores efectivas y eficaces de sus jueces, y traslada un mensaje hacia víctimas y posibles agresores; un tipo de prevención positiva.
- ▶ No existe un tratamiento de la información oficial, un protocolo que dirija la actuación de los comunicadores frente a los casos judiciales sobre violencia. Esta omisión genera una situación en cadena, cuando la información se traslada sin filtros a los medios de comunicación.
- ▶ La decisión judicial en el caso de la violencia contra la mujer e integrantes del grupo familiar debe tener una naturaleza diferenciadora a otro tipo de decisiones judiciales: lenguaje claro y sencillo, motivación mínima pero suficiente, mandatos verificables, tutelas alternativas, astreintes ejecutables, etc. Se propone, por ende, una reformulación de la tutela judicial en violencia. Incluso se debe evaluar estrategias para reducir el número de casos que llegan a la justicia, pues el sistema de justicia solo no va a resolver el problema de la violencia. (Sordi, 2018, p. 148)
- ▶ No existe una data de acceso público en temas de violencia contra la mujer e integrantes del grupo familiar. A ese fin se propone la creación de una comisión regional (que agrupe distritos judiciales en base a concordancias culturales, sociales y geográficas) que recabe, sistematice y monitoree los datos del servicio de justicia en tema de violencia contra la mujer. No es suficiente una comisión distrital, sino que al ser común la situación social y cultural de una región, pueda esta comisión proponer alternativas reales y generales al trabajo jurisdiccional. No más un trabajo individual o local, ni de políticas centralizadas que puedan desconocer la realidad difusa nacional.
- ▶ Debe existir un acompañamiento del área de imagen institucional al trabajo jurisdiccional en violencia contra la mujer e integrantes del grupo familiar. Se propone, en ese sentido, la incorporación de profesionales al Área de imagen con requerimientos de estudios en violencia o la especialización de personal para ese fin. Las campañas y estrategias contra la violencia deben tener en cuenta la data local y regional, por ende, corresponde tener una mayor presencia en las zonas geográficas de mayor violencia, con protocolos de comunicación para una mayor eficacia y efectividad de la labor jurisdiccional, pero que, además, incidan en el aspecto cultural y educacional de la población.

Referencias

- Beraún, H.D., y Poma, E.P. (2020). La dependencia emocional como factor de riesgo en la violencia familiar, un problema de salud pública. *Revista Peruana De Ciencias De La Salud*, 2(4), e226.
<https://doi.org/10.37711/rpcs.2020.2.4.226>
- Cristobal, O., y Palacios, P. J. (2020). Violencia de género desde la perspectiva masculina. *Socialium*, 4(2), 377-398. <https://doi.org/10.26490/uncp.sl.2020.4.2.680>
- Fabián, E., Vilcas, L. M., y Alberto, Y. L. (2020). Factores de riesgo que influyen en la violencia contra la mujer de parte del cónyuge en la sierra central del Perú. *Revista Espacios*. 41(22), 251-267. <https://www.revistaespacios.com>
- Franco, M., y Meza, M. M. (2020). Violencia familiar y nivel de eficacia de medidas de protección Ley 30364 mujeres mayores de edad El Tambo Huancayo 2019 [Tesis para optar el título de abogado. Universidad Peruana Los Andes]. Repositorio institucional de la Universidad Peruana Los Andes. <https://hdl.handle.net/20.500.12848/1802>
- Gil, S. E., y Espinoza, C. (2020). Violencia familiar desde la perspectiva de las mujeres víctimas del Juzgado Mixto de la provincia de Chupaca, periodo 2020 [Tesis para optar el título de abogado. Universidad Peruana Los Andes]. Repositorio institucional de la Universidad Peruana Los Andes. <https://hdl.handle.net/20.500.12848/2120>
- Hernández, B. W. (Ed.) (2019). *Violencias contra las mujeres. La necesidad de un doble plural*. Grupo de Análisis para el Desarrollo. GRADE.
- Hilario, G. E., Izquierdo, J. V., Valdez, V. M., y Ríos, C. (2020). Dependencia emocional y su relación con la violencia en parejas. Una aproximación descriptiva a la revisión de literatura. *Desafíos*, 11(2), e211. <https://doi.org/10.37711/desafios.2020.11.2.211>
- Proaño, C. A. (2021). La motivación de la decisión judicial sobre violencia de género como indicador de imparcialidad judicial. *Revista Actualidad civil*, (84), pp. 147-164
- Rosas, M. I., Muñoz, J. K., y Cáceres, Y. N. (2021). Implicancias de las políticas públicas para la intervención en la violencia familiar. *Revista Dominio de las ciencias*, 7(1), 766-782. <https://dominiodelasciencias.com/ojs/index.php/es/article/view/1738>
- Sordí, B. (2018). *Violencia contra la mujer. Prevención. Programas de rehabilitación, análisis internacional*. B de F Ltda. Editorial.



RETOS de la
magistratura
en temas
de DERECHO
PROCESAL CIVIL



ACADEMIA DE
LA MAGISTRATURA

REVISTA DE INVESTIGACIÓN DE LA ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA

Vol. 4, n.º 6, enero-junio, 2022
Publicación semestral. Lima, Perú.
ISSN: 2707-4056 (en línea)
DOI: 10.58581/rev.amag.2022.v4n6.03



La función conciliadora del fiscal en materia de familia

The conciliatory role of the prosecutor in family matters

Gilber Cabanillas Hernández *

Distrito Fiscal de Ica
(Cajamarca, Perú)

gcabanillasdj@mpfn.gob.pe

<https://orcid.org/0000-0003-0468-6436>

Resumen: La falta de una política institucional por el Ministerio Público en la promoción, difusión y exigencia en el cumplimiento y control de la Ley n.º 28494 y la Directiva n.º 005-2005-MP-FN ha hecho que no se logre los resultados esperados en el tema de conciliación fiscal. A ello se suma la situación de pandemia que estamos viviendo, reduciendo cada vez más la oportunidad a las familias a solucionar su conflicto de intereses mediante conciliación. Esta problemática ha incrementado la violencia intrafamiliar a consecuencia del ejercicio de los atributos de la patria potestad (alimentos, tenencia y régimen de visitas) entre los progenitores y sus familiares. Por eso,

* Fiscal provincial civil y de familia de Celendín. Abogado por la Universidad Privada Antonio Guillermo Urrelo de la ciudad de Cajamarca. Maestro en Ciencias con Mención en Derecho Civil y Comercial de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca. Doctor en Derecho por la Universidad Privada Antenor Orrego, Trujillo. Docente de la Universidad Nacional de Cajamarca.

el objetivo primordial es analizar por qué la función conciliadora del fiscal de familia o mixto no ha tenido resultados esperados, como es el propósito de la ley. En la actualidad, dicha función es nula, así se evidencia con el registro de solicitudes de conciliación en el despacho de la Fiscalía de Familia de Celendín durante el 2021.

Palabras clave: conciliación fiscal, alimentos, tenencia, régimen de visitas

Abstract: The lack of an institutional policy by the Public Ministry in the promotion, dissemination and demand in compliance with and control of Law No. 28494 and Directive No. 005-2005-MP-FN, coupled with the pandemic situation that we are experiencing, has prevented the expected results from being achieved on the issue of tax conciliation, increasingly reducing the opportunity for families to solve their conflict of interest through conciliation, increasing intra-family violence as a result of the exercise of the attributes of parental authority (maintenance, custody and visitation) between the parents and their family members; Therefore, the main objective is to analyze why the conciliatory function of the family or mixed prosecutor has not had expected results, as is the purpose of the law, at present said function is null, as evidenced by the registry of requests for conciliation in the office of the Celendín family prosecutor's office during the year 2021.

Key words: fiscal conciliation, food, possession, visitation

RECIBIDO: 17/05/2022

REVISADO: 10/06/2022

APROBADO: 30/06/2022

FINANCIAMIENTO: Autofinanciado

1. Introducción

A propósito de la función conciliadora del fiscal en materia de familia, el 13 de mayo del 2019, la exfiscal de la Nación, Dra. Zoraida Avalos Rivera, en su mensaje por el Trigésimo Octavo Aniversario del Ministerio Público, señaló que como titular de dicha institución responsable de dirigir, orientar y reformular la política institucional en pro de la descarga procesal fiscal, su despacho ha creado el subsistema especializado como modelo piloto de cuatro fiscalías provinciales de Familia Especializadas en Prevención de Violencia de Género y Personas en Condición de Vulnerabilidad para Lima Centro. Se da esta creación a fin de darle un abordaje especializado al problema de la violencia contra la mujer y los integrantes del grupo familiar, teniendo como objetivos estratégicos las funciones en conciliaciones extrajudiciales en materia de alimentos, tenencia y régimen de visitas, cuya finalidad es la de prevenir conflictos intrafamiliares que deriven de dichas materias. Sustentaba que, en el tema de violencia contra la mujer y los integrantes del grupo familiar, la realidad del país mostraba cifras alarmantes, existiendo distritos fiscales

donde la carga procesal desbordaba la capacidad de respuesta del Sistema Fiscal. Así, al 8 de abril del 2019, el distrito fiscal de Arequipa ostentaba 30 432 denuncias; el de Lima Norte, 21 569 denuncias; y el de Lima Este, 20 830 denuncias.

El presente trabajo está orientado a un análisis del cumplimiento de la función conciliadora del fiscal de familia o mixto en materia del derecho de familia (alimentos, tenencia y régimen de visitas). Responde a la pregunta, por qué la conciliación fiscal no ha tenido resultados esperados, incrementando cada vez más la incidencia de la violencia intrafamiliar a consecuencia del ejercicio de los atributos de la patria potestad, respecto de sus hijos entre los progenitores y sus familiares.

La temática de la conciliación fiscal en el derecho de familia es de gran interés en la sociedad, pues busca una convivencia de paz en las familias. Seguimos viviendo hechos de violencia intrafamiliar y somos testigos presenciales de los medios de comunicación que exponen actos de violencia terminando muchos casos en feminicidios.

En cuanto a los antecedentes desarrollados en esta temática, no se registran muchos trabajos; sin embargo, se han identificado los siguientes:

- a) «La conciliación fiscal en asuntos de derecho de familia: análisis de la operatividad de la Ley 28494»: el artículo de Hernández (2005) en el que se hace un desarrollo doctrinario de la conciliación fiscal en Perú. Se presentan las diferencias de dicha competencia con los centros de conciliación y defensorías, la conciliación en alimentos, tenencia y régimen de visitas, procedimiento de la conciliación fiscal, requisitos, plazos, actas de conciliación, entre otros.
- b) *La institución de la conciliación y su incidencia en la solución de conflictos que son competencia del Ministerio Público: una propuesta de cambio*: Casma (2009) concluye en su tesis doctoral que en el periodo comprendido entre el 2006 y el 2008 se observa un ligero incremento en el porcentaje de expedientes en los que las fiscalías penales, mixtas, civiles y de familia del Distrito Judicial de Ica aplicaron la conciliación, 43 % correspondieron a alimentos, tenencia de menores y régimen de visitas. Se evidencia que los alimentos constituyen la materia más conciliable más resuelta a través de procesos conciliatorios en las fiscalías civiles y de familia y mixtas del distrito judicial de Ica. Entre las limitaciones señala que los fiscales no tienen facultad coercitiva, la carencia de una cultura de paz en abogados y partes intervinientes en los conflictos jurídicos.

- c) «Conciliación y solución de conflictos en familia en la Cuarta Fiscalía Provincial Civil de Cajamarca»: el artículo de Gonzales et al. (2019) concluye que el 48 % de casos que solicitaron la conciliación y llegaron a un acuerdo total o parcial en la solución de conflictos en materia de pensión de alimentos, régimen de visitas y tenencia durante los años 2014-2015, con un impacto negativo del 52 % de solicitudes conciliatorias, no terminaron con un acuerdo conciliatorio.

La institución jurídica de la conciliación como un mecanismo de solución de conflictos judiciales y extrajudiciales en Perú no es nueva. En la actualidad se encuentra vigente la Ley de conciliación n.º 26872 del 13 de noviembre de 1997 y su reglamento Decreto Supremo n.º 014-JUS de fecha 30 de agosto del 2008. En dicha ley se declara de interés nacional la institucionalización y desarrollo de la conciliación como mecanismo alternativo de la solución de conflictos, propiciando una cultura de paz, siguiendo los principios éticos de veracidad, equidad, buena fe, confidencialidad, imparcialidad, neutralidad, legalidad y economía. La norma tiene por finalidad terminar un conflicto de intereses antes de llegar a un proceso judicial o estando en proceso judicial terminarlo mediante la conciliación, tal como lo regula el artículo 323 del Código Procesal Civil (CPC), el cual prescribe: «Las partes pueden conciliar su conflicto de intereses en cualquier estado del proceso, siempre que no se haya expedido sentencia en segunda instancia».

Además de la función de conciliación facultada al Poder Judicial y a los Centros de Conciliación, por su parte, la Defensoría Municipal del Niño, Niña y Adolescente - DEMUNA tiene, entre otras funciones, facultad para efectuar conciliación extrajudicial especializada sin necesidad de constituirse en centros de conciliación, emitiendo actas que constituyen título ejecutivo en materia de alimentos, tenencia y régimen de visitas, siempre que las mismas materias no hayan sido resueltas por instancia judicial. Según Pinedo et al. (2015):

Cuando las partes en disputa resuelven su controversia a través de la suscripción de un acta de conciliación extrajudicial se hace innecesaria la intervención del órgano jurisdiccional en la decisión de dicha controversia, y se aspira al cumplimiento voluntario de estos acuerdos toda vez que poseen una mayor *vocación de cumplimiento*. Pero en caso de un eventual incumplimiento, la parte perjudicada por aquel se apoyará en el mérito ejecutivo del acta de conciliación y tendrá que recurrir a la jurisdicción vía el proceso de ejecución de resoluciones judiciales para que a través del proceso coercitivo del Estado – representado por el Poder Judicial – se haga efectivo lo libremente acordado en el acta. (p. 153)

En esta oportunidad nuestro objeto de estudio está delimitado expresamente a las atribuciones conciliatorias del fiscal de familia o mixto, conforme a la normativa que la faculta.

2. Normatividad y doctrina

La facultad conciliadora del fiscal de familia o mixto no es una novedad en el quehacer de su labor fiscal, existe una normatividad de larga data que la sustenta, a saber:

2.1. Ley n.º 28494 - Ley de Conciliación Fiscal en asuntos de Derecho de Familia

Esta ley fue publicada el 13 de abril del 2005 y está vigente desde mayo del mismo año. Mediante esta ley se modificaba el artículo 96-A de la Ley Orgánica del Ministerio Público - Decreto Legislativo n.º 52, y el artículo 144 del Código de los Niños y Adolescentes (CNA) - Ley n.º 27337, respecto a las atribuciones y competencias del fiscal de familia y mixto. De este modo, se incrementan las atribuciones y competencias, a fin de intervenir a solicitud de parte como conciliador en asuntos de familia para propiciar acuerdos entre las partes y lograr una solución consensuada al conflicto, siempre que no se haya iniciado proceso judicial en asuntos de alimentos, tenencia de menores, régimen de visitas y del régimen de la patria potestad, con la advertencia de que no se podrá llevar adelante una conciliación cuando se trate de derechos no disponibles, irrenunciables o sobre materias que tengan connotación penal.

El documento o acta, en el cual se materializa la conciliación fiscal que contenga el acuerdo conciliatorio, tiene mérito ejecutivo conforme al inciso 3 del artículo 688 de Código Procesal Civil, que prescribe que solo se pueden promover ejecución en virtud de títulos ejecutivos de naturaleza judicial o extrajudicial según sea el caso: las actas de conciliación de acuerdo a ley¹.

Esta ley a todas luces mostraba una contradicción al indicar que el fiscal provincial de familia tiene facultades para intervenir como conciliador en la patria potestad, estableciendo la prohibición cuando se trate de derechos no disponibles e irrenunciables. Sabido es que el artículo 419 del Código Civil regula el ejercicio de la patria potestad que se ejerce conjuntamente con el padre y la madre durante el matrimonio, correspondiendo a ambos la representación del hijo y, en caso de disenso de los padres, resuelve el juez del niño y adolescente. Además, la patria potestad vía judicial puede ser suspendida, extinguida y restituida en su ejercicio conforme a los artículos 75, 77 y 78 del Código de los Niños y Adolescentes, artículo modificado por el Decreto Legislativo n.º 1297 para la protección de niñas, niños y adolescentes sin cuidados parentales o en riesgo de perderlos; y la Ley n.º 30819 del 13 de julio del año 2018.

1 Cabe precisar que la Ley 28494 indica que constituye título de ejecución; no obstante, el artículo 713 del Código Procesal Civil ha sido derogado por la única Disposición Complementaria Derogatoria del Decreto Legislativo n.º 1069 publicado el 26/06/2008.

2.2. Directiva General n.º 5-2005-MP-FN

Aprobada por Resolución de la Fiscalía de la Nación n.º 1133-2005-MP-FN, de fecha 13 de mayo del 2005, publicada el día 17 del mismo mes y año, que además de regular el procedimiento y requisitos del proceso extrajudicial de conciliación fiscal en asuntos de derecho de familia a nivel nacional, superó la antinomia jurídica respecto a la conciliación de la patria potestad, que había regulado la Ley n.º 28494, señalando expresamente en el numeral 5.1. Contenido:

Los asuntos en los que se podrán conciliar son única y exclusivamente en derecho de tenencia y custodia, régimen de visitas y alimentos no solicitados anteriormente ante el órgano jurisdiccional, a favor de los niños, niñas y adolescentes. Con relación al régimen de la patria potestad, se excluye la conciliación en los casos de suspensión, extinción y restitución.

Otra de las falencias que subsana la Directiva General n.º 5-2005-MP-FN, respecto a la Ley n.º 28494, es el tema del alcance y competencia fiscal que faculta llevar a cabo la conciliación en asuntos de derecho de familia no solo al fiscal provincial de familia, sino también al fiscal provincial mixto a nivel nacional; así lo regula el numeral 5.1. Competencia: «Tienen facultad para conciliar el fiscal provincial a cargo de una fiscalía provincial de familia o mixta (...) quien asumirá competencia por el domicilio del solicitante» (p. ¿?).

La directiva también regula el procedimiento, formalidades y requisitos para llevar adelante la conciliación fiscal. La solicitud de conciliación podrá realizarse por escrito o verbalmente por una o ambas partes. El fiscal tiene el plazo de cinco días hábiles para calificar la solicitud de conciliación y podrá solicitar la documentación a las entidades o autoridades públicas o privadas para una mejor propuesta conciliatoria. Puede solicitar la concurrencia de los niños y adolescentes, a fin de escuchar la opinión del niño y tomar en cuenta la del adolescente (art. 85 del CNA). La citación es una invitación a conciliar que es notificada por personal policial o cualquier otro medio (en la práctica lo realiza por personal administrativo del despacho fiscal). La solicitud de conciliación es denegada cuando no cumple los requisitos o la materia no sea conciliable (la improcedencia es inimpugnable). La audiencia fiscal es única, se puede llevar en sesiones que no excedan los siete días hábiles y las partes podrán ser asistidas por sus abogados o representantes legales. Si por motivo injustificado se frustrara la audiencia de conciliación, se da por concluido el trámite. Lo no previsto en la directiva de aplicación de la Ley de Conciliación n.º 26872 y su Reglamento D. S. n.º 014- 2008-JUS, como un mecanismo alternativo de solución de conflictos. No se exige pago de tributo desde el 10 de julio del 2019 que se emitió la Resolución de la Fiscalía de la Nación n.º 1689-2019-MP-FN, eliminando todo concepto de tasa por solicitud

de conciliación y copias, garantizando la gratuidad en las solicitudes de conciliación extrajudicial.

2.3. Manual de Procedimiento de las Fiscalías de Familia

En el año 2016, se publicó el Manual de Procedimientos de las Fiscalías de Familia, por parte del Ministerio Público como resultado del «Plan Estratégico de Infancia y Adolescencia del Ministerio Público 2004-2010». Se tiene como una de sus prioridades la elaboración de manuales operativos orientados a facilitar el trabajo de los fiscales especializados de familia, civiles y mixtos, con la finalidad de lograr una correcta aplicación del Código de los Niños y Adolescentes, el Libro I del Código Civil, Derecho de las Personas, Libro III Derecho de Familia, así como la temática de violencia familiar y abuso sexual. El manual tiene por finalidad uniformizar y optimizar el trabajo fiscal en todo el país, otorgando a los señores fiscales un instrumento operativo que les permita tener una actuación proactiva y eficaz en la protección de los derechos de los niños y adolescentes en materia civil, tutelar, infracción a la ley penal y de prevención del delito.

Este manual regula detalladamente la actuación del fiscal de familia y mixto para todas las acciones extrajudiciales en cuatro ámbitos:

- a) control y vigilancia;
- b) procedimiento de investigación en resguardo y protección del niño y adolescente;
- c) inscripción de nacimientos; y
- d) contravenciones.

En ámbito extrajudicial tutelar le otorgaba competencia para desarrollar investigaciones por causas de estado de abandono reguladas en el artículo 248 del Código de los Niños y Adolescentes (hoy derogado por el Decreto Legislativo 1297) y realizar investigaciones por infracción a la ley penal y las salidas alternativas al finalizar la investigación. En materia civil, el manual ilustra la participación del fiscal como parte, dictaminador y tercero con interés en el proceso civil.

Especial atención merece la función conciliadora de la Fiscalía desarrollada en el manual al haber delimitado el concepto, la participación del Ministerio Público, los requisitos de la audiencia de conciliación y el acta.

En cuanto a su concepto, prescribe que la conciliación fiscal es una atribución del fiscal provincial de familia o mixto para intervenir, a solicitud de parte, como conciliador en asuntos de derecho de familia. Tiene como función primordial propiciar acuerdos entre las partes y lograr la solución

consensual al conflicto en asuntos de tenencia y custodia, régimen de visitas y alimentos, no solicitados anteriormente ante el órgano jurisdiccional. El régimen de la patria potestad se excluye de la conciliación en los casos de suspensión, extinción y restitución.

En cuanto a la audiencia de conciliación, establece que debe ser dirigida personalmente por el fiscal provincial y debe desarrollarse en las siguientes etapas o fases: presentación del fiscal y de las partes, fijación de la controversia según la materia propuesta, información legal de sus derechos y obligaciones de las partes, propuesta de negociación las partes, propuesta del fiscal: opcional en caso las partes no coincidan en sus propuestas o, en su defecto, si coinciden, esta vaya en contra de la ley, en contra de los derechos de las mismas partes o en contra de los derechos de los niños y adolescentes.

En cuanto a la participación del Ministerio Público, el manual establece que de acuerdo a las facultades establecidas en la Ley n.º 28494, el fiscal provincial o mixto intervendrá como conciliador en asuntos de derecho de familia, independientemente de las atribuciones conferidas en sede judicial para el proceso civil (como parte, tercero con interés y como dictaminador).

Finalmente, respecto al acta de conciliación remite a las formalidades de la Ley de Conciliación n.º 26872 y su reglamento D. S. n.º 14-2008-JUS. El artículo 16 de ley establece que el acta debe contener lo siguiente: número correlativo, número de expediente, lugar y fecha en la que se suscribe, nombres, número del documento de identidad, domicilio de las partes o sus representantes, nombre y número del documento de identidad del conciliador, los hechos expuestos por el solicitante y el invitado, el acuerdo conciliatorio total, parcial en caso de falta de acuerdo, y firma del conciliador, las partes o sus representantes legales.

Así, la importancia del presente trabajo radica en estudiar y desarrollar la institución jurídica de la conciliación fiscal en materia de familia. Su utilidad es práctica para los operadores jurídicos y usuarios en general. Su objetivo primordial es analizar por qué la función conciliadora del fiscal de familia o mixto no ha tenido resultados esperados como es el propósito de la ley.

3. Materiales y métodos

Al tratarse de un artículo de redacción no experimental, los métodos, materiales y técnicas empleados son netamente de tipo descriptivo – explicativo, y los que se ha empleado en la redacción del artículo, son los siguientes:

- a) Analítico-sintético. El análisis y la síntesis se empleó al hacer razonamientos e interpretación de las normas jurídicas.

- b) Deductivo. Permitió hacer conclusiones lógicas mediante razonamientos validos del análisis del texto de la ley, partiendo del texto de la ley y llegando a situaciones particulares.
- c) Dogmático jurídico. Método particular del derecho que permitió estudiar la institución jurídica de la conciliación fiscal, en asuntos de alimentos, tenencia y régimen de vivitas.
- d) Hermenéutico jurídico. Para realizar una interpretación jurídica de las normas referidas a conciliación fiscal en asuntos de familia.
- e) Lógico. Al redactar el ensayo, el empleo del método lógico posibilitó diferenciar entre la simple explicación gramatical del texto normativo y la interpretación de la norma, evitando un razonamiento especulativo.
- f) Como técnicas, se empleó el análisis documental y de contenido, referido al objeto de estudio, documentos impresos libros, artículos, reportes estadísticos de carga laboral y el acceso al sistema virtual. Berelson (como se citó en Romero et al., 2018) plantea que «el análisis de contenido es una técnica de investigación que pretende ser objetiva, sistemática y cuantitativa en el estudio del estudio manifiesto de la comunicación» (p. 319).

4. Resultados

Dentro de los resultados, como ilustración se presenta la siguiente tabla:

Tabla 1

Conciliación en alimentos, tenencia y régimen de visitas en Celendín durante los años 2018, 2019, 2020 y 2021

	Año			
	2018	2019	2020	2021 ²
Conciliación total	05	08	03	00
Conciliación Parcial	00	02	00	00
No conciliaron	01	03	01	00
Archivo	12	13	03	00
Total de casos	18	25	07	00

Nota: Datos tomados del sistema de apoyo al trabajo fiscal- SIATF del Despacho de la Fiscalía Provincial de Familia de Celendín - Distrito Fiscal Cajamarca (2021).

De la tabla se evidencia que en el año 2018 se registraron 18 solicitudes de conciliación por tenencia, alimentos y régimen de visitas, ante el despacho

2 Hasta el 28 de setiembre del 2021.

fiscal. De las cuales 5, llegaron a una conciliación total, 0 conciliaciones parciales, 1 solicitud no se llegó a conciliar, 12 solicitudes se archivaron, ya sea porque no concurrieron ninguna de las partes o concurrió solamente una parte a la audiencia de conciliación. En año 2019, ingresaron 25 solicitudes de conciliación al despacho fiscal, de las cuales 8 solicitudes concluyeron en conciliación total, es decir, que las partes arribaron a un acuerdo en todas las pretensiones solicitadas; 2 concluyeron por conciliación parcial, implica que las parte no llegaron a un acuerdo en todas las pretensiones requeridas por el solicitante, en muchos casos se peticiona alimentos, tenencia y régimen de visitas. Sin embargo, se llega a conciliar solo en alimentos y régimen de visitas, debido a que la tenencia como atributo de la patria potestad es de mayor conflicto entre los progenitores, ya que ambos se disputan ostentar la tenencia física de sus hijos. En 3 solicitudes no se llegó a un acuerdo conciliatorio y 13 solicitudes de conciliación se archivaron por incomparecencia de las partes o porque una de ellas no se presentó. En el año 2020, se registraron 7 solicitudes de conciliación, de las cuales 3 concluyeron con conciliación total, en 1 solicitud no conciliaron las partes, 0 conciliación parcial y 3 solicitudes archivadas.

Finalmente, hasta septiembre del 2021 no se registraron solicitudes de conciliación, como se puede evidenciar de la tabla. Hasta el año 2019 se iba en crecimiento las solicitudes de conciliación. Sin embargo, a consecuencia de la pandemia COVID-19 que llevó a un estado de emergencia sanitaria desde marzo del 2020 a la actualidad, las estadísticas se han venido a cero por evitar el contagio, en tanto la conciliación requiere de un trato directo de las partes lo que no se puede lograr mediante los medios virtuales.

Los datos presentados constituyen los hallazgos en la investigación. Estos guardan relación con el objetivo descrito, corroborándose así que la falta de una política institucional por el Ministerio Público en la promoción, difusión y exigencia en el cumplimiento y control de la Ley n.º 28494 y la Directiva n.º 5-2005-MP-FN, no ha tenido resultados esperados, como es el propósito de la ley.

5. Discusión

La conciliación, como un mecanismo alternativo de solución de conflictos, es una institución jurídica más del derecho. Propicia una cultura de paz sustentada en principios éticos de buena fe, equidad, imparcialidad, confidencialidad, economía, que obedece única y exclusivamente a la autonomía y voluntad de las partes, como acto extra al proceso judicial en las diferentes materias dentro del sistema jurídico peruano. De ahí que tenemos conciliación en derecho de familia, laboral, civil y en contrataciones públicas de acuerdo a la Ley n.º 30225 y su reglamento aprobado por Decreto Supremo n.º 350-2015-

EF. También la conciliación en salud que regula el Decreto Legislativo n.º 1158 y, especialmente, del Decreto Supremo n.º 008-2014-SA, que habilita a los centros de conciliación con especialidad en salud, entre otros.

Ahora bien, corresponde reflexionar respecto a la facultad conciliadora del fiscal (familia- mixto) conforme a los alcances de la ley n.º 28494 y la Directiva General n.º 5-2005-MP-FN. Con tal motivo, debemos responder a las siguientes interrogantes, que en concreto deben responder a la problemática planteada: ¿Por qué la Ley n.º 28494 y la Directiva General n.º 5-2005-MP-FN no han tenido los resultados esperados en cuanto a la conciliación fiscal en alimentos, tenencia y régimen de visitas?

Como se indicaba precedentemente, tanto la ley como la directiva fueron dadas en el año 2005, y en la actualidad tienen una vigencia de catorce años sin mayor trascendencia en la función fiscal y reducción de carga judicial en cuanto a las materias de alimentos, tenencia y régimen de visitas. Somos conscientes que los juzgados de familia³ cada vez incrementan su carga laboral en estas materias.

El Ministerio Público dentro de su política institucional, a través de su titular, no le ha dado el impulso y la promoción que exige tal normatividad. Por lo tanto, ni los operadores jurídicos (fiscales y abogados) ni la sociedad en general están familiarizados con la existencia de tal normatividad, y que pueden solucionar un conflicto de intereses de manera rápida en el que se benefician ambas partes y sobre todo prevaleciendo el principio universal de interés superior del niño y el derecho a tener una familia y no ser separado de ella. Esto está implícitamente consagrado en el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño, que reconoce que «el niño para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión» (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2013, p. 9).

Asimismo, en el Expediente n.º 02892-2010-PHC/TC. (F.J. 6) se establece que:

El disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye una manifestación del derecho del niño a tener una familia y a no ser separado de ella, que aun cuando los padres estén separados de sus hijos impone que la convivencia familiar deba estar garantizada, salvo que no exista un ambiente familiar de estabilidad y bienestar y que la autoridad que se le reconoce a la familia no implica que esta pueda ejercer un control arbitrario sobre el niño, que pudiera generar un daño para su bienestar, desarrollo, estabilidad integridad y salud. En este sentido el niño necesita para su crecimiento y bienestar del afecto de sus familiares, especialmente de sus padres, por lo que impedirselo o negárselos sin que existan razones determinantes en función del interés superior de aquel,

3 Caso de Celendín: Juzgado Civil asume competencia en procesos de infracción a la ley penal, civil, contencioso, constitucional y violencia familiar.

entorpece su crecimiento y puede suprimirle los lazos afectivos necesarios para su tranquilidad y desarrollo integral, así como generar la violación de su derecho a tener una familia.

Los fiscales de familia y mixtos, en su labor cotidiana, promueven y aplican la norma (ley-directiva), con finalidad de prevenir conflictos intrafamiliares de alimentos, tenencia, régimen de visitas y violencia contra la mujer y los integrantes del grupo familiar.

La respuesta a todas luces es no, ello no solo porque en algunas ocasiones se desconoce la norma, sino porque no se tiene la vocación de servicio e identidad con una problemática tan sensible que lleva a quebrantar el vínculo familiar entre los padres e hijos. Se prefiere mejor ignorar el tema y derivar el caso a un proceso judicial, donde los padres enfrentarán sus intereses, en latos procesos judiciales, estando de por medio sus hijos que en muchos casos son utilizados⁴ como escudo de sus intereses, en los procesos de alimentos, tenencia, régimen de visitas y violencia contra la mujer y los integrantes del grupo familiar.

No se puede negar que la violencia generada contra la mujer y los integrantes del grupo familiar que regula la ley n.º 30364, tiene como origen en gran medida al tema de la familia, específicamente al conflicto de intereses que surge de los procesos de alimentos, tenencia o régimen de visitas. Generalmente, en estos procesos el obligado (que en su mayoría es el padre) prefiere de cualquier forma rehusarse a prestar alimentos, prefiriendo en muchos casos asumir la tenencia y custodia de hecho de sus hijos (a veces la sustrae a la fuerza) que prestar alimentos, no porque sus hijos estén en mejores condiciones, sino por negarle a la madre de estos a darle el dinero, pensando que está lo empleará con otra persona.

Así pues, el fiscal de familia o mixto no tiene un mandato imperativo (no están obligados) para realizar conciliaciones, y al ser una facultad potestativa y no imperativa prefiere no ejecutarlo. La ley debe ser modificada en este extremo, a que el fiscal como operador jurídico sea obligado a llevar adelante la conciliación.

La producción fiscal en materia de conciliación del fiscal de familia o mixto debe ser objeto de supervisión y control por la Oficina Desconcentrada de Control Interno, de tal forma que se convierta en un tema de interés social

4 Alienación parental. Fue propuesta por Richard Gardner en 1985 como un problema que se manifiesta en los procesos judiciales en que se disputa la custodia de los hijos después de una separación o un divorcio. Este fenómeno está relacionado con un trastorno psicológico conocido como el síndrome de alienación parental (SAP), que se genera en los niños, las niñas y los adolescentes que participan en estos procesos, como consecuencia de la influencia ejercida por uno de sus progenitores. (Profesor clínico de psiquiatría en la División Psiquiátrica Infantil de la Universidad de Columbia. En 1985 propone la definición de la alienación parental en su libro *The Boys as Girls Book about Divorce*.)

y obligación para los señores fiscales, debiendo ser supervisado por personal fiscal especializado en la materia con un plus a su productividad fiscal, como sucede con el principio de oportunidad en materia penal.

Los resultados obtenidos en el presente trabajo guardan similitud con los trabajos citados en los antecedentes, pero contienen resultados diferentes. Esta investigación por su naturaleza queda en una descripción y análisis de la función conciliadora del fiscal en materia de familia. Queda como tarea pendiente la aplicación y puesta en práctica por todos los operadores jurídicos, a fin de promover la aplicación de la conciliación para solucionar conflictos de intereses en materia de alimentos, tenencia y régimen de visitas.

6. Conclusiones

- ▶ La conciliación fiscal como institución jurídica del derecho, atribuida al fiscal de familia o mixto, es de gran importancia, específicamente en la solución de un conflicto de intereses entre los progenitores, en materia de alimentos, tenencia y régimen de visitas, sustanciada bajo el Principio Universal de Interés Superior del Niño y el Derecho a tener una familia y no ser separado de ella.
- ▶ La falta de promoción, difusión y desarrollo por el propio Estado y el Ministerio Público hace que la conciliación fiscal no tenga la trascendencia y los logros esperados en los despachos fiscales, aunado a ello que no es una obligación del fiscal llevar adelante la conciliación, sino una facultad. Además, el fiscal no ostenta la facultad coercitiva para traer y disponer la conducción compulsiva de las partes a la audiencia de conciliación, es una limitante.
- ▶ Los fiscales de familia o mixtos no han sido capacitados en la solución de conflictos mediante los medios alternativos de solución de conflictos, específicamente, en materia de conciliación; incluso, en algunos casos, se desconoce la Ley n.º 28494, la Directiva General n.º 5-2005-MP-FN, y el Manual de Procedimientos de las Fiscalías de Familia.
- ▶ También se advierte que la conciliación fiscal no ha tenido resultados esperados, debido a que los usuarios de la región de la sierra y los abogados tienen la cultura del litigio, y prefieren una litis mal llevada, antes que solucionar su conflicto de intereses por la vía de la conciliación.
- ▶ Finalmente, no hay duda que la situación de pandemia covid-19 afectó gravemente la conciliación fiscal. Debido al contagio, las partes no han solicitado ante los despachos fiscales solucionar sus conflictos por la vía de la conciliación. Además, los propios fiscales han evitado el contacto directo con los usuarios, así se demuestra con los datos de la tabla del 2018 al 2021.

Referencias

- Aranzamendi, L. (2013). *Instructivo teórico- práctico del diseño y redacción de la Tesis en Derecho*. Sello Editorial Grijley.
- Ariano, E., Carrión, J., Juárez, E., Lama, H., Mesinas, F., Pinedo F., y Sumaria O., (2015). *Ejecución de sentencia*. Sello Editorial Instituto Pacífico S.A.C.
- Casma, J.C. (2009). *La institución de la conciliación y su incidencia en la solución de conflictos que son competencia del Ministerio Público: una propuesta de cambio* [Tesis de doctorado, Universidad Nacional Mayor de San Marcos]. <https://cybertesis.unmsm.edu.pe/handle/20.500.12672/1485>
- Código de los Niños y Adolescentes - Ley n.º 27337
- Fiscalía de la Nación-Ministerio Público (2006). *Manual de procedimientos de las fiscalías de familia*. Sello Editorial y Grafica EBRA EIRL.
- González, J., Saldaña, C., y Aliaga, G. (2019). *Conciliación y solución de conflictos en familia en la cuarta fiscalía provincial Civil de Cajamarca*. *Revista Perspectiva UPAGU* 20 (3), 291-298. <https://n9.cl/8t9hs>
- Ley de conciliación n.º 26872
- Ley n.º 28494 - Ley de Conciliación Fiscal en asuntos de Derecho de Familia
- Ley Orgánica del Ministerio Público - Decreto Legislativo n.º 52
- Hernández, C. (2005). La conciliación fiscal en asuntos de Derecho de Familia, análisis de la operatividad de la ley 28494. *Jus: doctrina & práctica*. Volumen:4, 263-276 PUCP. <https://n9.cl/dkiyq>
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. (2013). *Compendio Normativo del Sistema de Justicia Juvenil. Instrumento Normativo N° 1*.
- Resolución de la Fiscalía de la Nación n.º 1689-2019-MP-FN
- Romero, H., Palacios, J., y Ñaupes, H. (2018). *Metodología de la investigación jurídica: Una brújula para investigar y redactar la tesis*. Sello Editorial Grijley.



ACADEMIA DE
LA MAGISTRATURA

REVISTA DE INVESTIGACIÓN DE LA ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA

Vol. 4, n.º 6, enero-junio, 2022
Publicación semestral. Lima, Perú.
ISSN: 2707-4056 (en línea)
DOI: 10.58581/rev.amag.2022.v4n6.07



Implicancias del liderazgo y celeridad procesal en el despacho judicial de familia

Implications of leadership and procedural speed in the family court office

Yrma Dennis Ramirez Castañeda*

Corte Superior de Justicia de Lima Este
(Lima, Perú)

yramirez@pj.gob.pe

<https://orcid.org/0000-0002-4722-7080>

Resumen: Este artículo tiene por objetivo analizar las implicancias del liderazgo y celeridad procesal en el despacho judicial de familia. Responde al supuesto que la falta de liderazgo y celeridad procesal afecta sustancialmente la administración de justicia en el Perú y repercute en la imagen del Poder Judicial. Al respecto, se presenta un análisis del material bibliográfico obtenido de diversas fuentes de información en los que se pone énfasis sobre el liderazgo de los magistrados en la administración de justicia. En el aspecto metodológico, se realiza desde un enfoque cualitativo, de carácter documental, diseño descriptivo y método analítico. Los resultados muestran que existen falencias en el sistema de administración de justicia por falta de liderazgo de los magistrados en los despachos que están a su cargo, según ha

* Jueza superior de la Sala Civil Descentralizada de San Juan de Lurigancho.

quedado demostrado en la Resolución Administrativa n.º 000028-2021-CE-PJ que contiene el «*Plan de Trabajo del Programa Presupuestal n.º 0067 Celeridad en los Procesos Judiciales de Familia - Año 2021*» que fue dado con la finalidad de «mitigar el problema específico: lentitud en los procesos judiciales de familia», implementando los sistemas de simplificación, virtualización y digitalización de los procesos y, sobre todo, buscando el fortalecimiento de capacidades del personal judicial para alcanzar la celeridad en las actividades del despacho, desde la óptica de los cambios paradigmáticos de la sociedad actual que requiere del liderazgo de los magistrados para responder con eficacia y eficiencia las demandas en el ámbito del derecho de familia.

Palabras clave: principio de celeridad, liderazgo gerencial, administración de justicia, eficiencia, desarrollo de competencias, empoderamiento

Abstract: This article aims to analyze the implications of leadership and procedural speed in the family judicial office. It responds to the assumption that the lack of leadership and procedural speed substantially affects the administration of justice in Peru and affects the image of the Judicial Power. In this regard, an analysis of the bibliographic material obtained from various sources of information is presented, in which emphasis is placed on the leadership of magistrates in the administration of justice. In the methodological aspect, it is carried out from a qualitative approach, of a documentary nature, descriptive design and analytical method. The results show that there are flaws in the justice administration system due to lack of leadership of the magistrates in the offices under their charge, as has been demonstrated in Administrative Resolution n.º. 000028-2021-CE-PJ that contains the «Plan of Work of the Budget Program n.º 0067 Speed in Family Judicial Proceedings - Year 2021 »which was given in order to« mitigate the specific problem: Slowness in the judicial processes of family », implementing the systems of simplification, virtualization and digitization of the processes and, above all, seeking to strengthen the capacities of judicial personnel to achieve speed in the activities of the office, from the perspective of the paradigmatic changes in current society that it requires the leadership of the magistrates to respond effectively and efficiently to demands in the field of family law.

Key words: principle of speed, managerial leadership, administration of justice, efficiency, development of competencies, empowerment

RECIBIDO: 17/05/2022
APROBADO: 30/06/2022

REVISADO: 10/06/2022
FINANCIAMIENTO: Autofinanciado

1. Introducción

El estudio parte del diagnóstico de la realidad problemática en el sistema de administración de justicia en el Perú sobre la poca celeridad en los procesos judiciales de familia según la Resolución Administrativa n.º 000028-2021-CE-PJ. Estos procesos gozan de carácter especial por abordar los problemas fundamentales de la institución jurídica de la familia, cuyo tratamiento goza de autonomía en materias como el matrimonio, filiación, alimentos, patria potestad, patrimonio familiar, entre otros, que requieren de soluciones acertadas y prontas a fin de coadyuvar la tranquilidad intrafamiliar y bienestar social (Magaña y Sosa, 2019). Por ende, las preguntas que orientan el presente estudio son: a) ¿Cuáles son las implicancias del liderazgo y celeridad procesal en el despacho judicial de familia?; y b) ¿Es posible evidenciar los mecanismos viables establecidos por el Poder Judicial para implementar el liderazgo en los despachos judiciales de familia?

En cuanto a los antecedentes, se han encontrado estudios sobre la importancia de la celeridad en los procesos de familia en el contexto de la modernización de la administración de justicia y la aplicación de las herramientas tecnológicas. Palma (2017) puso énfasis en la necesidad apremiante de implementar la modernización, gestión y administración de justicia para prestar mejor atención a la ciudadanía en lo referente a los procesos de familia. Según Paredes (2020) y Anicama (2019), este proceso de modernización implica dar el salto cuántico, el cambio de paradigma, de las prácticas tradicionales basado en lo rudimentario, escriturístico, a un sistema de oralidad e inmediatez mediante la aplicación de las nuevas tecnologías de la información y comunicación.

Del mismo modo, Arias (2018) subrayó la importancia de las herramientas tecnológicas para la celeridad en los procesos de familia. Los instrumentos tecnológicos están al servicio del ser humano y por lo mismo deben ser aplicados para optimizar el servicio de la justicia en los casos de familia que requieren eficiencia y eficacia. Pues, como refirieron González y Gimeno (2018), en la era del conocimiento y la tecnología digital, en el contexto de la globalización y la urgente necesidad de modernización de los sistemas de justicia, es imprescindible el uso de las herramientas tecnológicas para optimizar el servicio de la justicia en los procesos de familia, a fin de garantizar el cumplimiento de la celeridad procesal.

Además, se pudo evidenciar diversos estudios que ponen atención sobre la importancia del liderazgo de los jueces en los despachos de familia para la administración de justicia de manera oportuna. Chavarin (2019) estableció los lineamientos sobre el desarrollo estructurado del liderazgo para mejorar el servicio al público en los procesos de familia. Según Arias et al. (2017), el

liderazgo en la gestión implica el cumplimiento de una serie de estándares de calidad, la buena administración y dirección del despacho (Malagón, 2017; Gómez, 2019), cambio de la cultura organizacional judicial (Hunter y Rackley, 2018) y búsqueda de los mecanismos de solución a diversas problemáticas (Pastrana, 2018).

El estudio es importante porque busca dilucidar que los procesos judiciales de familia tienen una connotación especial toda vez que se relacionan directamente con el quehacer humano en el entorno íntimo de la familia entendida como la esencia y el eje transformador de la sociedad cuya protección es primordial, tanto por el ordenamiento jurídico nacional como por las normativas internacionales (Alarcón y Suárez, 2020). Según los estudios de Villabella (2016) y Saldaña et al. (2020), es la organización social más antigua y más significativa para el ser humano que se va transformando en el devenir del tiempo y por lo mismo no está exenta de problemas que requieren de atención especial y urgente por parte del Estado.

El liderazgo del magistrado tiene repercusión directa no solamente en la pronta y acertada administración de justicia, sino en el buen desempeño de sus colaboradores (Ibáñez, 2017). Ahora bien, el problema surge cuando en los juzgados de familia, los jueces mayormente se dedican a cumplir sus funciones establecidas en la Ley Orgánica del Poder Judicial y aplicar las leyes a situaciones concretas, obviando que su investidura le permite traspasar las prerrogativas de administradores de justicia a nombre de la nación (Business y Monrabá, 2019), para convertirse en líderes de la justicia que gestionan, administran, promueven, alientan e influyen en los demás para optimizar el servicio a la ciudadanía en su rol de «líderes públicos del sistema judicial» (Palma, 2017).

Este estudio es útil porque orienta al administrador de justicia sobre la importancia de su labor que debe ser ejercido con liderazgo, dando un valor agregado a su labor jurisdiccional en beneficio de la institución, colaboradores y de la sociedad en general (Polanco, 2020). El magistrado líder debe superar los factores adversos como la carencia del capital humano idóneo, la engorrosa gestión de los procesos, falta de transparencia y la falta de institucionalidad (Jarama et. al, 2019). Todo ello poniendo énfasis en la importancia del liderazgo «en el gobierno global, manejo de flujo de casos, administración de recursos humanos, entrenamiento, capacitación permanente, gestión de los registros, tecnología, seguridad, presupuesto y finanzas» (Palma, 2017, p. 168). En ese sentido, los objetivos planteados son: a) analizar las implicancias del liderazgo y celeridad procesal en el despacho judicial de familia; y b) analizar la efectividad de los mecanismos establecidos por el Poder Judicial para garantizar la celeridad procesal en los despachos judiciales de familia.

2. Significado del liderazgo en el despacho judicial de familia

El liderazgo ha sido un tema estudiado ampliamente durante los últimos cincuenta años (Business y Monrabá, 2019) con la finalidad de encontrar una respuesta unitaria sobre el sentido del liderazgo que pueda servir de paradigma para los líderes del futuro, pero sin excepción, dichos estudios no han podido establecer el perfil del líder ideal. Al respecto existen muchas definiciones tales como el proceso mediante el cual una persona influye en el resto para alcanzar objetivos comunes, acto de movilizar a las personas para luchar por una causa común, que va más allá de los títulos y privilegios, sino que es cuestión de personalidad, entre otros (Guilera, 2021, p. 27). Solamente el ser humano que tiene esta característica puede ser un buen líder que no solamente influye en los demás, sino que también domina conceptos, maneja las estrategias, las metodologías de trabajo y la aplicación permanente de las competencias directivas para «hacer realidad cosas extraordinarias dentro de una organización» (González et al., 2017).

Lo manifestado en el párrafo precedente sirve de soporte para hacer referencia al liderazgo judicial que viene siendo tema de análisis en los diferentes escenarios académicos. Tema de reflexión al tomar conciencia del rol fundamental que desempeña el juez dentro de la sociedad, cuyo comportamiento público o privado tiene trascendental importancia (Andruet, 2018), aunque muchas veces es mellado por el comportamiento inadecuado de algunos magistrados. Como refiere Valdivia (2019) citando a Andruet (2018), en todos los juzgados conviven magistrados identificados por sus debilidades a los que el autor referido denomina 'bestiario judicial' que no es otra cosa que la ausencia del comportamiento ético del juez.

El liderazgo en el despacho judicial significa anteponer el comportamiento ético en todas las acciones que realiza el juez, no solamente en el fuero jurisdiccional donde se desempeña, sino también en la vida privada. Teniendo como base la buena reputación, tiene el deber de ejercer su rol de administrador no solamente de la justicia, sino también de los recursos físicos y humanos encargados a su despacho, a fin de que cumpla a cabalidad sus deberes y obligaciones obteniendo los resultados en beneficio de la institución y de la sociedad. Por ende, el juez a cargo de los juzgados de familia tiene la obligación no solamente de ser el jefe del despacho, sino también de ejercer el liderazgo. Por eso, según Polanco (2020), los jueces «líderes son más acción que alarde, son más responsabilidad que rango y privilegio, no culpan a los demás, aceptan la culpa ellos mismos, son íntegros y consecuentes» (p. 4).

2.2. Importancia del liderazgo en el despacho judicial de familia

El liderazgo en un despacho judicial es importante porque permite realizar las actividades jurisdiccionales de manera eficiente y eficaz para la consecución de los objetivos institucionales. Esto es la buena administración de justicia en relación a los procesos judiciales de familia que, en la mayoría de casos, son procesos sumarios. Para ello, el liderazgo del juez es fundamental porque él es quien tiene el deber y la obligación de guiar un despacho juntamente con su equipo de trabajo (Guilera, 2021). Dicho liderazgo permite administrar, guiar, planificar y organizar cada una de las actividades con fines de prestar buen servicio de justicia a la ciudadanía (Chavarin, 2019). El juez líder es más que un jefe o un gerente; es aquel que, con su personalidad, autoridad, su capacidad, voluntad y buen carácter conduce su despacho pensando en el bienestar de la sociedad y también de su equipo de trabajo; sabe que su éxito no solamente es fruto de su esfuerzo o trabajo personal, sino fundamentalmente de su equipo humano (Polanco, 2020).

El liderazgo judicial se traduce en el liderazgo del juez de familia que goza de características particulares en cuanto a su formación, perfil, conducta, desarrollo e incluso de habilidades que van más allá del conocimiento jurídico para resolver los casos que llegan a su despacho. Es importante el desarrollo de un conjunto de habilidades que le permitan actuar de manera ecuánime, que tenga el pensamiento humanístico plenamente desarrollado que le permita trascender las dimensiones personales para buscar el bienestar de sus colaboradores, que de manera permanente puedan ser capacitados, ayudados en su desarrollo personal y profesional (Chavarin, 2019), con la finalidad de prestar un servicio óptimo a la sociedad en cuanto a la correcta y oportuna administración de justicia con respecto a los procesos de familia.

Por eso, es importante que el juez dentro del despacho judicial sea un líder que conozca a cada uno de los que conforman su equipo de trabajo; sepa de sus necesidades, debilidades, fortalezas y de sus motivaciones, lo cual ayudará a optimizar la gestión judicial. El perfil del juez debe estar conformado por habilidades gerenciales personales, interpersonales y de grupo (Tamariz, 2019) para alcanzar los objetivos institucionales (Gómez, 2019). El juez debe ser eficiente y eficaz, lo cual lo convierte en líder; además, es el único responsable del cumplimiento de las metas de su despacho, y los logros o fallas que pueda obtener repercuten en el cumplimiento de las metas institucionales (Polanco, 2020).

En definitiva, la importancia del liderazgo en los despachos de familia implica el desarrollo de nuevos métodos de atención a los administrados. Mecanismos que ayuden a solucionar la sobrecarga procesal y el estrés laboral que reviertan la imagen decadente del sistema de administración de justicia, manchada muchas veces por actos de corrupción y acciones no

acordes a la ética judicial (Gómez, 2019). Para ello, el liderazgo del juez resulta fundamental porque tienen la responsabilidad de guiar a su equipo hacia el servicio al público de manera excepcional.

2.3. Cualidades del juez líder en el despacho judicial de familia

El juez es el líder de su despacho (Tamariz y Florián, 2019), por lo que debe cumplir con cierto perfil, cualidades y atributos para ejercer su función. Además de la función jurisdiccional que ejerce, también desarrolla actividades gerenciales (Rodríguez, 2021) de planificación, organización, dirección y control.

Según Polanco (2020), para cumplir dicha labor como líder tiene que realizar ciertas actividades concretas como poner orden en su despacho, empoderar a su personal, asumir sus responsabilidades cuando las actividades no resultan según lo planificado, gestionar el tiempo y el manejo del carácter. En cuanto al orden en el despacho judicial quizá no sea la solución total a la sobrecarga laboral, pero sí es parte fundamental para alcanzar la solución. El mismo autor señala que la clasificación de las actividades según su importancia y los plazos procesales, el orden de los expedientes, limpieza y la disciplina, son elementos claves para el buen desempeño de las actividades jurisdiccionales.

Empoderar en la labor jurisdiccional significa dar ciertas facultades al colaborador y permitir que cualquiera de ellos pueda intervenir si advierte alguna falencia o error en las resoluciones que se expiden, teniendo en cuenta que es responsabilidad de todos cuidar la buena imagen de la institución y los objetivos que se persiguen de manera conjunta. Pues, «en la labor jurisdiccional no existe la calidad definida en términos objetivos, pero sí existen errores objetivos, por lo que es necesario que cada nivel esté autorizado para expresar su opinión de manera franca, directa y sin represalias» (Polanco, 2020, p. 9). Implica también el reconocimiento por la labor que realizan asumiendo que cada colaborador es clave fundamental para el éxito en el despacho. Para ello, es importante que el juez líder tenga el carácter adecuado para actuar según las circunstancias y, sobre todo, frente a presiones de los medios de comunicación, de la prensa, de sus colaboradores y colegas, ante quienes no se debe doblegar sino mantener su posición de manera imparcial como auténtico servidor de la justicia.

Según Nole (2019), el juez líder debe tener las siguientes cualidades: vocación de servicio, empatía, que sea conocedor del Derecho, proactivo y ordenado. En los juzgados de familia, el juez debe tener una personalidad equilibrada, propositiva y tolerante. Con amplios conocimientos de las leyes sobre su especialidad, que tenga las habilidades negociadoras y conciliadoras, y la amplitud de criterio para administrar justicia sin encasillarse a la rigidez de las leyes procedimentales. Que sea polifacético en sentido de no solamente estar informado de los cambios normativos, sino también en el conocimiento de las tecnologías de la

información, que maneje la interdisciplinariedad porque muchas veces tienen que hacer hasta de psicólogos (Carrillo, 2018). Finalmente, el juez también debe tener las virtudes de independencia, imparcialidad, motivación, conocimiento y capacitación, justicia y equidad, responsabilidad institucional, cortesía, integridad, transparencia, secreto profesional, prudencia, diligencia y honestidad profesional (Revadeneira, 2018).

2.4. Formación del juez en el liderazgo administrativo, jurisprudencial y comunitario

El liderazgo administrativo consiste en el gobierno del despacho judicial, gestión y negociación de las relaciones interinstitucionales con el Ministerio Público, Defensoría del Pueblo, Ministerio de la Mujer y otras instituciones. Este tipo de liderazgo implica asumir la responsabilidad de «la salud general de la institución judicial y de su eficacia para impartir justicia en la sociedad» (Hunter y Rackley, 2018, p. 193). Busca construir la buena imagen, instituciones más fuertes y sistemas de justicia más eficaces. Pues, en cierta manera, el juez de familia tiene la responsabilidad de ser el guardián del sistema judicial y que todas las acciones que realiza sean adecuada para el cumplimiento de los propósitos institucionales.

El liderazgo jurisprudencial o de pensamiento hace referencia a la influencia de un juez en las decisiones de la Corte, en un área específico como el derecho de familia. El liderazgo jurisprudencial abarca tanto la influencia a lo largo del tiempo como la persuasión en casos individuales. Es decir, puede implicar el desarrollo de una línea de pensamiento contraria a la posición general de la Corte, pero que, no obstante, es de importancia jurisprudencial. Gran parte de la literatura existente, sin embargo, emplea una concepción más estrecha de los líderes jurisprudenciales como los jueces que «traen a otros con ellos», que tienen voces dominantes en el estrado y que son capaces de persuadir a otros de su punto de vista a través de su personalidad, inteligencia, capacidad persuasiva y el manejo de competencias técnicas (Hunter y Rackley, 2018, p. 193).

Liderazgo comunitario es para hacer referencia a las diversas formas en que los jueces se involucran en el trabajo de extensión de la Corte que abarca distintos aspectos: la atención al público en general, el ejercicio de la profesión en el ámbito académico, el ejercicio jurisdiccional, entre otros. Este tipo de trabajo extrajudicial ayuda a inspirar la confianza pública y profesional en la Corte, refuerza su accesibilidad y apertura, expresa un compromiso con la construcción de instituciones judiciales en el nivel más amplio. También, proporciona lo que en el mundo académico se llamaría «indicadores de estima». Es decir, indicaciones del perfil del juez individual más allá de la Corte (Hunter y Rackley, 2018, p. 195).

2.5. El principio de celeridad en los procesos judiciales de familia

Actualmente, las partes procesales ante la nueva normalidad por los efectos de la pandemia de la COVID-19 vienen presentando ciertas dificultades para el acceso a la justicia, sobre todo en los relacionado a la índole de familia, a causa de las restricciones en el trámite, ya sea por temas de salud o por el temor al contagio de este terrible mal (Molina, 2020). Ante esta situación, el juez de familia debe compenetrarse con la problemática subsistente y replantear soluciones céleres ante la situación insostenible de la administración de justicia. Debe proponer mecanismos efectivos para la solución de conflictos de forma rápida, flexible y económica. Por ende, el principio de celeridad queda establecido para los procesos judiciales de familia como la actuación de los jueces que implica la reducción de los actos procesales, cumplimiento de plazos, rapidez y prontitud para llegar a una solución de conflicto con la finalidad de proteger los derechos fundamentales de la persona.

La justicia como pilar fundamental de la sociedad se encuentra a cargo de los jueces (Montero, 2019), los mismos que tienen como función primordial brindar las suficientes garantías a los justiciables, mediante un proceso eficaz y justo. Por lo mismo, los procesos judiciales de familia requieren mayor atención de los jueces de familia, quienes han limitado sus actividades para evitar las aglomeraciones y la propagación de los contagios estableciéndose los mecanismos virtuales (Molina, 2020). Frente a esta realidad, los jueces deben adecuar sus funciones de acuerdo a los nuevos cambios garantizando una correcta y oportuna administración de justicia ejerciendo funciones tuitivas para alcanzar los objetivos del despacho.

2.6. Efectos de la aplicación de la celeridad en el despacho judicial de familia

La aplicación de la celeridad procesal en los despachos judiciales de familia tiene connotación importante debido a la transformación digital que se viene desarrollando en el marco de la nueva normalidad a raíz de la pandemia. Ante este nuevo panorama, la celeridad procesal ligada a la economía procesal está condicionada a la aptitud de los jueces que deben dotarse de herramientas legales y tecnológicas para cumplir de manera eficiente sus funciones y liderar los cambios ante la exigencia de justicia en los procesos de familia, evitando los formalismos procesales, debiendo buscar los medios adecuados para la simplificación, virtualización y digitalización de los procesos, superando los obstáculos de dilación de los actos procesales y acertada administración de justicia.

Los jueces de familia se convierten en protagonistas del avance del proceso a través de la aplicación de diferentes instrumentos como la oralidad en las audiencias. Esta sirve como herramienta para tomar una decisión;

las grabaciones en audio y video de lo acontecido, el mismo que puede reproducirse ante una disconformidad de la decisión y revisado por una instancia superior que puede advertir con facilidad alguna irregularidad o falencia que se puede corregir. Esto con la finalidad de coadyuvar a la administración de justicia de forma rápida y oportuna, reduciendo la carga procesal, los trámites dilatorios y los formalismos procesales vetustos que afectan el servicio de justicia y el logro de la paz social.

El presente estudio es importante porque el liderazgo en los juzgados de familia constituye elemento clave para cumplir con éxito los objetivos institucionales a través del buen desempeño del juez y de sus colaboradores (Chavarin, 2019) porque coadyuvan a la tranquilidad de las familias y de la sociedad. Por ello, es imperativo el liderazgo del juez que tiene el deber de planificar, organizar, dirigir y controlar las actividades que se realizan en su despacho con eficiencia y celeridad.

Los objetivos que persigue este artículo son los siguientes: a) analizar la manera en que el liderazgo en los despachos judiciales de familia coadyuva el cumplimiento del principio de celeridad procesal como elemento rector de la óptima administración de justicia; y b) evidenciar los mecanismos viables establecidos por el Poder Judicial para implementar el liderazgo en los despachos judiciales de familia en aras de la modernización del sistema de administración de justicia en el Perú.

3. Materiales y métodos

Este artículo ha sido realizado desde un enfoque cualitativo, de carácter documental, diseño de la investigación descriptivo, método analítico para la interpretación de datos recabados de los diferentes soportes físicos y electrónicos. Los materiales que se han utilizado son las diversas publicaciones de carácter nacional e internacional, tales como artículos científicos, libros, revistas académicas, tesis de doctorado e instrumentos legales, los mismos que fueron seleccionados de manera cuidadosa y en estricta relación con el tema. Se hizo la búsqueda de información en las diferentes bases de datos como Scopus, Dialnet, Redalyc, Web of science y diferentes repositorios institucionales, de los cuales se hizo la criba de la información, según la importancia para la inclusión en este artículo. En base a la información relevante obtenida se hizo la Tabla 1 donde se evidencia ad littera los aspectos claves de la información, la descripción de la situación problemática que amerita atención y el análisis correspondiente.

Tabla 1

Información	Fuente / Autor	Aspectos claves	Problemática	Análisis
	Hunter, R. y Rackley, E. (2018). Liderazgo judicial en el Tribunal Supremo del Reino Unido. Estudios legales, 38 (2), 191-220	Énfasis en los tipos de liderazgo: <ul style="list-style-type: none"> ▶ Liderazgo administrativo ▶ Liderazgo jurisprudencial ▶ Liderazgo social ▶ Liderazgo comunitario 	La falta de liderazgo tiene repercusión negativa en las decisiones del magistrado. No todos los jueces desarrollan los cuatro tipos de liderazgo, pero sería conveniente que la aplicación de los mismos para optimizar su labor.	El juez que tenga mayor liderazgo podrá influir de manera positiva en la emisión de una resolución en situación de discrepancia. Pues, no solamente tiene mayor capacidad cognitiva, sino también las habilidades para el desarrollo de su función.
	Centro de Estudios Judiciales de Paraguay (2018). Modelos de calidad en la justicia. Experiencias.	«El enfoque de calidad en la justicia encuentra su referencia normativa y proyección en políticas públicas de transparencia y eficiencia en las cumbres iberoamericanas de Justicia» (p. 9).	«La experiencia acumulada en estos tiempos demuestra que en la situación en que se encuentra el Poder Judicial, es imperioso comenzar un proceso de cambio más profundo, puesto que se han inventado fórmulas y propuestas que no han tenido éxito en todo este tiempo» (p.2).	En la actualidad es necesario dar un paso más profundo en pos del programa constitucional sobre el Poder Judicial, que permita sentar las bases de un marco institucional más eficaz en la preservación de la independencia judicial, que avance en la democratización interna del Poder Judicial, que lo dote de mejores instrumentos para cumplir con el servicio de administrar justicia y que cambie las relaciones con el conjunto de la sociedad.
Fuero internacional	Cumbre Judicial Iberoamericana (2014). Código Iberoamericano de Ética Judicial. CIEJ, Comisión Iberoamericana de Ética Judicial.	<ul style="list-style-type: none"> ▶ Compromiso institucional con la excelencia. ▶ Compromiso íntimo del juez con la excelencia y con el rechazo a la mediocridad. ▶ Explicitación de la idoneidad judicial. ▶ Estímulo para fortalecer la voluntad del juzgador. 	«Para la ética profesional, podría llegar a afirmarse que más importante que descubrir faltas a sus deberes es obtener una firme e íntima adhesión a los mismos para lograr que el servicio se preste con excelencia. Si existiera una conciencia ética firme e integral por parte del profesional, sin duda se tornarían irrelevantes buena parte de los deberes jurídicos» (p. 3-4).	La falta de cumplimiento de cada uno de los principios por los operadores de derecho por falta de liderazgo conlleva a la ineficacia en la administración de justicia. Por ende, el principio de celeridad no se cumple afectando los derechos del administrado.

<p>Chavarín, E. (2019). Desarrollo estructurado del liderazgo en el sistema judicial para mejorar el servicio público: una Estudio de evaluación de tesis ejecutiva (Facultad de la Escuela USC Rossier, Universidad del sur de California).</p>	<p>«La encuesta realizada por el Centro Nacional de Tribunales Estatales reveló que el 51% de los encuestados del público en general tenían solo algo de confianza en el liderazgo de los tribunales estatales y el 27% tenía poca o ninguna confianza en el liderazgo de los tribunales estatales» (p. 9).</p>	<p>Actualmente, existe una deficiencia de desarrollo de liderazgo estructurado, programas en el sistema judicial que obstaculizan el servicio público y el cambio innovador. Existe una deficiencia en los conocimientos educativos y profesionales que debe acompañar a los jueces (p. 9).</p>	<p>El texto hace referencia al sistema de administración de justicia en los Estados Unidos donde mayormente se cumple la ley. Se puede argüir que el problema en torno a la administración de justicia no solamente es en Perú, sino también en otras latitudes. Evidentemente que en nuestro país la situación es más grave.</p>
<p>Jarama, C. Z., Vásquez, C. J. y Durán, O. A. (2019). El principio de celeridad en el código orgánico general de procesos, consecuencias en la audiencia. <i>Universidad y Sociedad</i>, 11(1), 314-323</p>	<p>«La celeridad procesal no es un concepto abstracto; muy por el contrario, es el alma del servicio de justicia. La existencia del debido proceso se debe necesariamente a la existencia de una justicia que no puede y no debe prolongar innecesariamente la causa» (p. 315).</p>	<p>«Se observa que muchos juicios se encuentran estancados debido a la no aplicación del principio de celeridad; este precepto tiene como objetivo primordial garantizar que todo proceso judicial se desarrolle sin dilataciones» (p. 315).</p>	<p>El principio de celeridad debe considerarse como una justicia expedita que no debe contener dilaciones indebidas, ya que es un derecho fundamental, trayendo como consecuencia la obligación de actuar en un plazo determinado razonable, que no haya que sacrificar a la justicia, por no haber cumplido estos plazos.</p>
<p>Cómez, V. C. (2019). Liderazgo directivo en el despacho judicial (Tesis de maestría). Repositorio Institucional.</p>	<p>«Liderar una organización es enseñar, es motivar, es impulsar, es valorar, es creer que todas las personas que componen la organización son entidades personales con necesidades, debilidades y fortalezas pero que juntas pueden alcanzar la satisfacción de las mismas y el desarrollo y perfeccionamiento» (p. 40).</p>	<p>«La administración de justicia carece de planificación, de gestión de recursos humanos y sobre todo de liderazgo directivo. Un problema que genera efectos negativos en la vida de los administrados, esperas eternas, corrupción de los funcionarios, resoluciones erróneas al derecho, trabas burocráticas y dinero mal gastado» (p. 2).</p>	<p>Es una tarea fundamental del Poder Judicial poner en centro de atención a la persona del juez y sus colaboradores que hacen posible, a pesar de tantos inconvenientes la administración de justicia. Por ende, no basta con pedir el resultado, sino también de dotarles de recursos necesarios. Puede que de esa manera se puedan evitar las acciones negativas y perjudiciales que comenten los magistrados afectando los intereses del Estado y la sociedad.</p>

Información
doctrinaria

<p>Resolución Administrativa N°000028-2021-CE-PJ: Aprobar el «Plan de Trabajo del Programa Presupuestal N° 0067 Celeridad en los Procesos Judiciales de Familia – Año 2021»</p> <p>Instrumentos de gestión del CEPJ-PERÚ</p>	<p>«El levantamiento de procesos para la implementación del eje familia, la adecuación y mejoras en los ambientes judiciales y en las mesas de partes de los módulos de Familia, la implementación del Modelo de Despacho Corporativo, la implementación y seguimiento de las directivas aprobadas por el CEPJ» (p. 4).</p>	<p>Lentitud en los procesos judiciales de familia.</p> <p>Falta de celeridad en los Procesos Judiciales de Familia que requiere de mejora urgente en los despachos judiciales de familia.</p>	<p>La capacitación a jueces y equipos multidisciplinarios permite perfeccionar las competencias para el ejercicio de sus funciones. Para cumplir con este propósito es necesario hacer coordinaciones con entidades como el Centro de Investigaciones Judiciales del Poder Judicial, Aula Virtual, Cortes Superiores de Justicia, Universidades privadas.</p>
--	---	---	---

Nota: elaboración propia (2021).

4. Resultados

En relación al primer objetivo: analizar las implicancias del liderazgo y celeridad procesal en el despacho judicial de familia, se han podido evidenciar hallazgos importantes. Según Gómez (2019), el punto de partida es la comprensión del significado de liderazgo que consiste en «enseñar, motivar, impulsar, valorar, creer que todas las personas que componen la organización son entes personales con necesidades, debilidades y fortalezas pero que juntas pueden alcanzar la satisfacción de las mismas y el desarrollo y perfeccionamiento» (p. 40). La comprensión y aplicación de estos elementos tendrá implicancias positivas en la administración de justicia que actualmente, según evidencian los estudios de Gómez (2019):

carece de planificación, de gestión de recursos humanos y sobre todo de liderazgo directivo. Un problema que genera efectos negativos en la vida de los administrados, esperas eternas, corrupción de los funcionarios, resoluciones erróneas al derecho, trabas burocráticas y dinero mal gastado. (p. 2)

También los hallazgos demuestran que para la práctica de la administración de justicia es necesario que los jueces no solamente conozcan la ética judicial, sino que la pongan en práctica. Según el Código Iberoamericano de Ética Judicial desarrollado en la Cumbre Judicial Iberoamericana del año 2014, se deben considerar cuatro aspectos importantes:

- a) compromiso institucional con la excelencia;
- b) compromiso íntimo del juez con la excelencia y con el rechazo a la mediocridad;
- c) explicitación de la idoneidad judicial y complemento de las exigencias jurídicas en el servicio de justicia; y
- d) estímulo para fortalecer la voluntad del juzgador y como pauta objetiva de calidad ética en el servicio de justicia.

El mismo código precisa que:

Para la ética profesional, podría llegar a afirmarse que más importante que descubrir faltas a sus deberes es obtener una firme e íntima adhesión a los mismos para lograr que el servicio se preste con excelencia. Si existiera una conciencia ética firme e integral por parte del profesional, sin duda se tornarían irrelevantes buena parte de los deberes jurídicos. (pp. 3-4)

En consecuencia, la falta de cumplimiento de cada uno de los principios por los operadores de derecho conlleva a la ineficacia en la administración de justicia. Por ende, el principio de celeridad no se cumple afectando los derechos del administrado.

Con respecto al segundo objetivo: analizar la efectividad de los mecanismos establecidos por el Poder Judicial y garantizar la celeridad procesal en los despachos judiciales de familia, los hallazgos demuestran que según Jarama et al. (2019):

la celeridad procesal no es un concepto abstracto; muy por el contrario, es el alma del servicio de justicia. La existencia del debido proceso se debe necesariamente a la existencia de una justicia que no puede y no debe prolongar innecesariamente la causa. (p. 315)

Este hallazgo tiene sustento en lo establecido por la Resolución Administrativa N°000028-2021-CE-PJ: Aprobar el Plan de Trabajo del Programa Presupuestal n.º 0067 Celeridad en los Procesos Judiciales de Familia - Año 2021, en la que se advierte claramente dos realidades problemáticas: a) lentitud en los procesos judiciales de familia; y b) falta de celeridad en los procesos judiciales de familia que requiere de mejora urgente en los despachos judiciales de esta materia. Se trata de un instrumento que ayuda al cumplimiento del principio de celeridad, pero en la práctica resulta ineficaz toda vez que no existe correlato entre el esfuerzo del Estado por dotar de recursos a la institución judicial y el compromiso de los jueces para ejercer su función con idoneidad.

5. Discusión

En relación al supuesto de investigación que la falta de liderazgo y celeridad procesal afecta sustancialmente la administración de justicia en el Perú y que repercute en la imagen del Poder Judicial, los hallazgos determinan que:

la experiencia acumulada en estos tiempos demuestra que en la situación en que se encuentra el Poder Judicial, es imperioso comenzar un proceso de cambio más profundo, puesto que se han inventado fórmulas y propuestas que no han tenido éxito en todo este tiempo. (Centro de Estudios Judiciales de Paraguay, 2018, p. 2).

Al respecto, Chavarin (2019) refiere que «la encuesta realizada por el Centro Nacional de Tribunales Estatales reveló que el 51 % de los encuestados del público en general tenían solo algo de confianza en el liderazgo de los tribunales estatales y el 27 % tenía poca o ninguna confianza en el liderazgo de los tribunales estatales» (p. 9). Por ende, es fundamental dar un paso más profundo hacia la reforma del sistema judicial de acorde a las exigencias de la sociedad moderna dándole de mejores instrumentos para cumplir con el servicio de administrar justicia y que cambie las relaciones con el conjunto de la sociedad.

Existe el esfuerzo directivo y legislativo de optimizar el servicio de administración de justicia en los despachos de familia a través de la dotación de mayor cantidad de recursos económicos. Todo esto a fin de implementar

las medidas de mejora, optimización y actualización de los procedimientos administrativos desfasados, fortalecimiento de competencias de jueces de familia y sus colaboradores y fortalecimiento de equipos multidisciplinarios tal como queda demostrado a través de la Resolución Administrativa n.º 000028-2021-CE-PJ, en la cual se establecen los diferentes mecanismos de trabajo en base al Plan de Trabajo Presupuestal n.º 0067, para optimizar la celeridad en los procesos de familia.

Por lo tanto, la actividad jurisdiccional en el contexto actual de cambios paradigmáticos hace el esfuerzo por implementar los modelos de calidad en base al liderazgo (Polanco, 2020). Se considera el perfil del juez basado en las habilidades gerenciales, a fin de optimizar los recursos humanos y físicos y revertir la imagen decadente de la administración de justicia en el rubro de familia (Tamaris, 2019). Además, se busca la aplicación de los modelos de calidad como el motor de la mejora continua (Castiglioni, 2018), imparcialidad y eficiencia (Díaz, 2020). Pues, como afirman Jarama et al. (2019) la celeridad implica la impartición de justicia de forma expedita toda vez que está en juego los derechos fundamentales de la persona humana. Sin embargo, todo el esfuerzo que se pueda realizar a nivel externo, no tendrá efectos si es que el sistema judicial no ingresa a un proceso de modernización. Según Paredes (2020), este proceso implica dar el salto cuántico, el cambio de paradigma, de las prácticas tradicionales basado en lo rudimentario, escriturístico, a un sistema de oralidad e inmediatez mediante la aplicación de las nuevas tecnologías de la información y comunicación.

6. Conclusiones

En relación al primer objetivo, se ha podido determinar que la poca atención en el liderazgo de los magistrados tiene implicancias desfavorables para la celeridad en los procesos de familia afectando la administración de justicia. Ello está íntimamente relacionado con la falta del compromiso institucional de los magistrados para ejercer su labor con excelencia, mediocridad en su labor jurisdiccional, poca idoneidad para responder a las exigencias jurídicas en el servicio a la justicia, poco interés en su formación en aspectos directivos y liderazgo (Código Iberoamericano de Ética Judicial, 2014).

Los problemas que se advierten en el sistema de administración de justicia tales como la falta de liderazgo de los jueces y poca celeridad en los procesos de familia responden a las políticas ineficaces establecidas en el sistema judicial. Por lo que es imperioso comenzar un proceso de cambio más profundo, puesto que se han inventado fórmulas y propuestas que no han tenido éxito en todo este tiempo (Centro de Estudios Judiciales de Paraguay, 2018). Es lo que advierte en la Resolución Administrativa n.º 000028-2021-CE-PJ y por esa razón se aprobó el Plan de Trabajo del Programa

Presupuestal n.º 0067 Celeridad en los Procesos Judiciales de Familia – Año 2021, a fin de implementar las adecuaciones y mejoras necesarias en los ambientes judiciales, y en las mesas de partes de los módulos de familia, la implementación del modelo de Despacho Corporativo.

En relación al segundo objetivo, los mecanismos establecidos por el Poder Judicial son poco eficaces porque no existe el compromiso de los jueces para ejercer sus funciones con excelencia y liderazgo. Se evidencia mediocridad en la realización de sus labores, poca idoneidad judicial para el ejercicio jurisdiccional al servicio de justicia (Código Iberoamericano de Ética Judicial). Por ello, es necesario dar un paso más profundo que permita sentar las bases de un marco institucional más eficaz en la preservación de la celeridad procesal dotando de mejores instrumentos para cumplir con el servicio de administrar justicia y que cambie las relaciones con el conjunto de la sociedad (Centro de Estudios Judiciales de Paraguay, 2018).

Por ende, se recomienda al Presidente del Poder Judicial y todo su aparato administrativo, destinar los recursos financieros para brindar la capacitación a los magistrados y colaboradores en temas de liderazgo. Pues, teniendo como punto de partida el compromiso, la identificación del personal con la institución, la atención de las necesidades de sus colaboradores, el conocimiento y desarrollo de sus habilidades múltiples, se podrá optimizar la atención al público y se podrá disminuir el estrés y la sobrecarga laboral.

También, se recomienda la implementación de los recursos tecnológicos para la atención de las demandas de manera celeridad. Al respecto, la digitalización de los expedientes, el uso del Drive para el almacenamiento de la información y comunicación en línea entre el juez y sus colaboradores, permitirá que la atención de justicia sea más expedita. Pues, ninguna institución pública o privada puede realizar sus actividades de manera eficiente al margen de las tecnologías de la información y comunicación que son las herramientas claves para el éxito institucional.

Referencias

- Alarcón, C. F., y Suárez, M. N. (2020). La familia como eje transformador de la sociedad sustentada en el ámbito jurídico. *Polo de conocimiento*, 50(10), 1011-1026. <https://polodelconocimiento.com/ojs/index.php/es/article/download/2140/4266>
- Andruet, A. S. (2018). *Ética judicial*. Astrea SRL.
- Anicama, A. (2019). *Modernización del sistema de administración de justicia*. [Tesis de maestría, Universidad Nacional Federico Villarreal]. Repositorio

de la Universidad Federico Villarreal. <http://repositorio.unfv.edu.pe/handle/UNFV/3671>

Arias, M. I. (2018). *Nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones como herramientas de acceso a la información pública: el caso del poder judicial de la nación argentina*. Editorial Universidad Nacional de Rosario. Facultad de Ciencia Política y Relaciones Internacionales. <http://repositoriodigital.uns.edu.ar/handle/123456789/4776>

Arias, S. F., Ortiz, S. I., y Peña, J. A. (2017). El lenguaje de los jueces en el Distrito Judicial de Lima Sur: Una investigación exploratoria sobre el lenguaje en procesos judiciales de familia. *Revista de estudios de la justicia*, 26, 1-74. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6572540>

Business, R. H., y Monrabá, B. G. (2019). *El auténtico liderazgo*. Editorial Reverté. <https://elibro.net/es/lc/uladech/titulos/128588>

Carrillo, B. J. (2018). *Diseñan perfil profesional de jueces de familia*. https://www.poderjudicial.gob.ni/prensa/notas_prensa_detalle.asp?id_noticia=9222

Castiglioni, S. N. (2018). *Poder Judicial: indicadores de gestión y calidad como motor de mejora* [Tesis de maestría, Universidad Tecnológica Nacional de Argentina]. Repositorio institucional abierto. <https://ria.utn.edu.ar/handle/20.500.12272/2968>

Chavarin, E. (2019). *Desarrollo estructurado del liderazgo en el sistema judicial para mejorar el servicio público: una Estudio de evaluación de tesis ejecutiva* [Tesis doctoral, Universidad del Sur de California]. ProQuest. <https://search.proquest.com/openview/0baf94535e7eb2a0c5a5bfe97e035a78/1?pq-origsite=gscholar&cbl=51922&diss=y>

Centro de Estudios Judiciales de Paraguay

Cumbre Judicial Iberoamericana (2014). *Código Iberoamericano de ética judicial*. CIEJ, Comisión Iberoamericana de Ética Judicial. https://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic5_mex_ane_57.pdf

Díaz, J. (2020). Reflexiones sobre los principios de celeridad, imparcialidad y eficiencia en el Código General del Proceso. *JURÍDICAS CUC*, 16(1), 407-444. <https://doi.org/10.17981/juridcuc.16.1.2020.18>

Gómez, V. G. (2019). *Liderazgo directivo en el despacho judicial* [Tesis de maestría, Universidad de Piura]. Repositorio institucional PIRHUA. <https://pirhua.udep.edu.pe/handle/11042/4014?locale-attribute=en>

González, C., y Gimeno, A. (2018). La era de la justicia digital y las nuevas tecnologías en la Administración de Justicia. *Revista Acta Judicial*, (1), 72-88. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7258804>

- González, D. A., Kouzes, J. M., y Posner, B. Z. (2017). *El desafío del liderazgo: cómo hacer realidad cosas extraordinarias en una organización* (6.ª edición). Editorial Reverté. <https://elibro.net/es/lc/uladech/titulos/105552>
- Guilera, L. (2021). *Competencias directivas: claves para la gestión y el liderazgo* (2.ª edición). Marge Books. <https://elibro.net/es/lc/uladech/titulos/175253>
- Hunter, R., y Rackley, E. (2018). Liderazgo judicial en el Tribunal Supremo del Reino Unido. *Estudios legales*, 38(2), 191-220. [https://doi.org/10.1017 / Ist.2017.19](https://doi.org/10.1017/Ist.2017.19)
- Ibáñez, P. A. (2017). Sobre la pobreza cultural de una práctica (judicial) sin teoría. *Derecho PUCP*, (79), 11-126. <https://dx.doi.org/10.18800/derechopucp.201702.006>
- Jarama, C. Z., Vásquez, C. J., y Durán, O. A. (2019). El principio de celeridad en el código orgánico general de procesos, consecuencias en la audiencia. *Universidad y Sociedad*, 11(1), 314-323. <http://rus.ucf.edu.cu/index.php/rus>
- Magaña, M. M., y Sosa, S. G. (2019). Justificación de la autonomía del Derecho de Familia y rama del Derecho Social. *Derecho global. Estudios sobre derecho y justicia*, 4(12), 15-39. <https://doi.org/10.32870/dgedj.v0i12.187>
- Malagón, B. J. (2017). Función del juez en el proceso. *Justicia*, 1, 655-694. <https://bit.ly/3tp40N2>
- Molina, C. L. (2020). La familia ante la pandemia del COVID-19. *Ius Et Praxis*, (50-51), 23-29. <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2020.n50-51.5028>
- Montero, L. (2019). Reflexiones de un juez soñador que anhela un sistema de justicia perfecto: ¿podemos hacerlo posible? *Revista de Investigación de la Academia de la Magistratura*, 1(1), 71-98. <http://repositorio.amag.edu.pe/handle/123456789/1083>
- Nole, L. J. (12 de abril de 2018). *¿Qué cualidades son imprescindibles en un buen juez?* *Legis.pe*. <https://lpderecho.pe/cualidades-imprescindibles-buen-juez/>
- Palma, L. M. (2017). Modernización judicial, gestión y administración en América Latina. *Acta Sociológica*, 72, 149-203. <https://doi.org/10.1016/j.acso.2017.06.007>
- Paredes, M. J. (2020). *La modernización del Poder Judicial a través de la optimización de los procesos judiciales: Caso expediente judicial electrónico* (Tesis de posgrado, Universidad César Vallejo). <https://repositorio.ucv.edu.pe/handle/20.500.12692/47488>

Pastrana, O. A. (2018). *Percepción del cambio de la cultura organizacional en la rama judicial como consecuencia de la implementación del sistema procesal oral en la especialidad civil y de familia, en la ciudad de Bogotá* [Tesis de maestría, Universidad EAFIT de Colombia]. Repositorio Institucional Universidad EAFIT. <https://repository.eafit.edu.co/handle/10784/12955>

Resolución Administrativa n.º 000028-2021-CE-PJ

Saldaña, E. M., Quezada, S. M., Durán, O. A. (2020). La enseñanza del derecho de familia en su relación con el derecho civil. *Revista Universidad y Sociedad*, 12(3), 260-266. http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2218-36202020000300260&lng=es&tlng=es.

Tamaris, B. E. (2019). *Perfil de un juez de segundo nivel basado en habilidades gerenciales para disminuir faltas disciplinarias en un distrito judicial del Perú, 2018* (Tesis doctoral, Universidad César Vallejo). <https://repositorio.ucv.edu.pe/handle/20.500.12692/38520>

Valdivia, R. C. (2019, 2 de agosto). *A propósito del día del juez: reflexiones sobre el liderazgo ético actual que deben asumir los jueces*. Legis.pe. https://lpderecho.pe/dia-del-juez-reflexiones-sobre-el-liderazgo-etico-actual-que-deben-asumir-los-jueces/#_ftnref2

Villabella Armengol, C. (2016). Constitución y familia. Un estudio comparado. *Dikaion Revista de Fundamentación Jurídica*, 25(1), 100-131. <https://dx.doi.org/10.5294/dika.2016.25.1.5>



ACADEMIA DE
LA MAGISTRATURA

REVISTA DE INVESTIGACIÓN DE LA ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA

Vol. 4, n.º 6, enero-junio, 2022
Publicación semestral. Lima, Perú.
ISSN: 2707-4056 (en línea)
DOI: 10.58581/rev.amag.2022.v4n6.08



Valoración racional de la prueba pericial en el proceso judicial de declaración de paternidad extramatrimonial

Rational assessment of the expert evidence in the judicial process of declaration of extramarital paternity

Rafael Enrique Sierra Casanova*

Corte Superior de Justicia de Cusco

(Cusco, Perú)

rsierra@pj.gob.pe

<https://orcid.org/0000-0002-6594-0648>

Resumen: Esta investigación busca que las reglas de admisión, actuación y valoración de la prueba pericial en el proceso de declaración judicial de filiación extramatrimonial en el Perú regulado por la Ley 28457 respondan a criterios epistemológicos. Estos deben permitir alcanzar la verdad, en resguardo del principio de interés superior del niño, con el objetivo de lograr que dicho proceso permita una valoración racional de la prueba. Desde una perspectiva epistemológica, se identifican algunas propuestas de modificación normativa vinculadas a los requisitos para que un laboratorio pueda practicar la prueba pericial de ADN en un proceso de filiación con

* Juez especializado civil del Juzgado Civil de Santiago

estándares que permitan optimizar la búsqueda de la verdad. A su vez, también, debe permitir fijar nuevas condiciones adecuadas para actuar y valorar dicha prueba, permitiendo examinar inclusive al propio perito. Estas modificaciones propuestas podrán lograr que la prueba del ADN en la declaración judicial de paternidad extramatrimonial tenga mayor sustento y criterio epistemológico en la búsqueda de la verdad, mediante una valoración racional de la prueba, cautelando mejor el interés superior del niño.

Palabras clave: prueba pericial de ADN, filiación extramatrimonial, principio del interés superior del niño, valoración racional

Abstract: This work search to review in Admission rules, actions and assessment of the expert evidence in the judicial Process of declaration of extramarital affiliation in Peru regulated by law 28457 respond to epistemological criteria that allow reaching the truth, and how it´s related with the principle of the child best interests, the objective is ensuring that said process is compatible with such Parameters and allow a rational test evaluation. Based on literature review, from an epistemological perspective, some Proposals for a normative modification are identified linked to laboratory requirements for practice the test DNA expert in a filiation process, with standards allow optimizing the truth search, in the same time, set the right conditions, based on a modified regulation, to act and assess said evidence, allowing the expert been examined. Having information about the procedure for conducting the expert evidence and conducting expert debates. These modifications ensure the DNA test really linked to the truth search and a scenario is generated in which the sentence is based on a rational evaluation of the evidence, while optimizing the principle of the child best interests.

Key words: expert DNA test, extramarital affiliation, principle of the best interests of the child, rational assessment

RECIBIDO: 17/05/2022
APROBADO: 30/06/2022

REVISADO: 10/06/2022
FINANCIAMIENTO: Autofinanciado

1. Introducción

En la actualidad, el derecho de familia y del niño tienen un conflicto recurrente. Este es la determinación del vínculo de filiación por la negativa del progenitor, en la mayoría de casos, en reconocer a su hijo. Históricamente, los procesos de filiación enfrentaron dificultades probatorias para acreditar dicho vínculo, sobre todo cuando la sentencia dependía de acreditar el estado de posesión constante de hijo en base a pruebas orales y documentales difíciles de obtener y sujetas a diversas interpretaciones.

Frente a ello, se han diseñado procesos sumarios que permiten la emisión de pronunciamientos judiciales basados en el resultado de esta prueba. Su cualidad, bajo la invocación del principio de interés superior del niño, ha permitido que se establezcan reglas de admisibilidad, actuación y valoración de prueba particulares. Todo este procedimiento se desarrolla a la luz de la fiabilidad que se le atribuye a la comparación de alelos de los ADN del padre e hijo que permite bajo un grado de probabilidad del 99.9 % afirmar que existe un vínculo paterno filial (Lagos et al., 2011) y la urgencia de contar con un pronunciamiento judicial que determine ello.

En esa línea, Hilario (2021) al hacer un estudio vinculado a los procesos de filiación en Huancavelica concluye que la prueba pericial de ADN constituye un medio eficaz para determinar la filiación paterna o materna que debería ser utilizado en todos los procesos para optimizar el principio de seguridad jurídica (pp. 150-151).

No obstante, si estos esfuerzos no se sustentan en un soporte epistemológico adecuado en su actuación, podrían generar que una prueba de alta fiabilidad a priori, nos conduzca a la emisión de pronunciamientos judiciales que no guarden correspondencia con la verdad. Por tanto, acojamos un sistema probatorio que nos aleje de la búsqueda de la verdad. Ese análisis es urgente dada la utilización recurrente de la prueba de ADN al resolver casos. En esa línea Moran (2016), informa que en los años 2014 y 2015 en la Corte Superior de Justicia de Lima se han resuelto los procesos de filiación de forma expeditiva en base a la prueba de ADN, a la cual se le ha dado un valor contundente (p. 42).

La prueba pericial definitivamente permite que el juez cuente con información especializada que permita emitir un pronunciamiento sobre los hechos, pero como toda prueba para que nos proporcione información útil debe ser adecuadamente actuada y valorada. La doctrina respecto a ello advierte que generalmente existe una exagerada confianza en las pruebas de connotación científica, lo cual puede generar múltiples errores judiciales que se deriven de una técnica defectuosa en su realización (Luna, 2018, p. 141).

Esta preocupación, que he podido advertir también en mi labor como juez, motiva que en el presente trabajo pretenda abordar algunas interrogantes que delinear los alcances que se permiten desarrollar, vinculado a: i) si el principio del interés superior del niño justifica reducir la necesidad de observar parámetros epistemológicos en la búsqueda de la verdad –entendida como correspondencia con la realidad– en los procesos de declaración judicial de filiación extramatrimonial; y ii) si la forma como está regulada la admisión, actuación y valoración de la prueba pericial de ADN en el proceso de declaración judicial de filiación extramatrimonial en el Perú está sustentada en criterios epistemológicos. A partir de ellos, se debe realizar una propuesta que permita compatibilizar esta prueba con la búsqueda de la verdad.

2. El principio del Interés Superior del Niño y la búsqueda de la verdad

En la Constitución Política de 1993, su artículo 4 prevé que «el Estado protege especialmente al niño, al adolescente...», y el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes peruano regula que «Toda medida concerniente al niño... que adopte el Estado... se considerará el principio del interés superior del niño...»

En investigaciones que buscan abordar los alcances e influencias de este principio, es frecuente que se considere una aplicación mecánica e irreflexiva dada su relevancia y los beneficios que ello puede suponer para los menores de edad. En esa línea, Manoslava (2019) postula que «en caso exista una colisión del debido proceso con el principio de interés superior del niño se debe privilegiar el último» (p. 81), sin permitir mayor margen de acción de acuerdo a los alcances de su propuesta.

En este contexto, si bien las normas que anteceden evidencian la necesidad de ponderar y garantizar el respeto del interés superior del niño al emitir resoluciones judiciales, pero ello no tiene que ser leído en una visión unidireccional. Así, los procesos de declaración judicial de paternidad extramatrimonial no deben ser comprendidos en el sentido de necesariamente asignarle un padre al menor porque ello sea compatible con este principio, sino que se debe garantizar que la decisión judicial realmente permita optimizar el derecho de identidad del menor, así se declare infundada la pretensión.

Esta visión del alcance que tiene el principio del interés superior del niño ha sido expuesta por una sentencia de la Corte Constitucional colombiana (2013) al precisar que:

«(los) criterios jurídicos que deben observarse para aplicar en concreto el principio del interés superior de menores... (iii) debe propenderse por encontrar

un equilibrio entre los derechos de los padres o sus representantes legales y los de los niños... Sin embargo, cuando dicha armonización no sea posible, deberán prevalecer las garantías superiores de los menores de dieciocho años. En otras palabras, siempre que prevalezcan los derechos de los padres, es porque se ha entendido que ésta es la mejor manera de darle aplicación al principio del interés superior de los niños...» (2013) ¿?

Bajo esta perspectiva, este principio exige una aplicación racional y no mecánica. Exige que las decisiones adoptadas bajo su amparo realmente procuren tutelar los intereses del menor. Es posible incluso que algunos de sus derechos sean restringidos si es que como fin ulterior ello permitirá una tutela racional de sus derechos.

Si el derecho a la identidad es objeto de tutela esencial en este proceso, tenemos que optimizar el real interés «superior» del menor. Se debe procurar otorgar las garantías para lograr establecer si el demandado es padre o no del demandante, dado que no se trata de asignarle tal calidad a «cualquier» persona, sino, a quien realmente le corresponda. Esta perspectiva permite dar un cariz diferente a los alcances del interés superior del niño. Por ejemplo, respecto a la presunción *pater is est* que impone presumir que el hijo dentro del matrimonio es del marido, Rivera (2018) concluye que puede afectar relativamente el interés superior del niño al comprometer su identidad y los derechos que se vinculan a ella (p. 247).

En dicha línea resulta plausible que el Código Procesal Civil peruano en su artículo 197 establezca que: «Todos los medios probatorios son valorados por el juez en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada...», con lo cual, legislativamente, se identifica que nos vinculamos al sistema de valoración racional de la prueba. Este sistema vincula la prueba con la búsqueda de la verdad, en cuyo contexto, se puede considerar probado algo cuando existan elementos de juicio suficientes para justificar la aceptación de la ocurrencia de un hecho (Ferrer, 2010, p.144).

Siguiendo la propuesta de Laudan (2013), al analizar la legislación, bajo una perspectiva epistemológica jurídica y a efecto de que exista la probabilidad de la emisión de veredictos verdaderos, se debe: i) identificar las reglas que promuevan la verdad y aquellas que la obstaculizan; y ii) proponer los cambios de las reglas existentes que constituyan un problema para la búsqueda de la verdad (p. 23).

En esa línea, si bien se resalta la relevancia y confiabilidad de la información que proporciona la prueba de ADN, en los procesos de filiación, también se advierte que esta prueba no puede monopolizar la actuación probatoria. Se deben considerar valores culturales y sociales de la nación en los que establecen su relevancia (Abadia, 2019, p. 27). Cuando nos referimos a la prueba pericial, si bien se resalta la importancia de la información que

esta da al juez, tal cualidad se le otorga en atención a una explicación clara y completa de las conclusiones, hallazgos y técnicas utilizadas en el informe pericial al realizar la exposición al juez (Rudas et al., 2016).

Bajo tal perspectiva, corresponde realizar una revisión epistemológica si las normas que regulan la prueba en el proceso de declaración de filiación extramatrimonial constituyen obstáculos a la averiguación de la verdad. De corroborarse ello, corresponderá sugerir modificaciones normativas de connotación legislativa o interpretativa.

Tal proceder, permitiría optimizar el principio del interés superior del niño, sea cual fuere el sentido de la sentencia, en tanto: i) de ser fundada la petición, se indicará al menor quién es su padre; y ii) de ser infundada la petición, también se le proporciona información al menor que le permita esclarecer quién no es su padre, y con ello permitirle abordar una hipótesis alternativa.

El proceso de declaración judicial de paternidad extramatrimonial peruano –Ley 28457–, al cual es aplicable supletoriamente el Código Procesal Civil, adicionalmente prevé las siguientes reglas especiales: i) la única prueba que el demandado puede ofrecer es la prueba pericial de ADN; ii) el demandado paga al laboratorio privado que «deberá estar acreditado conforme a la regulación sanitaria correspondiente para brindar las garantías necesarias»; iii) El juez emite la decisión solo en base a la prueba de ADN; y iv) no se requiere ratificación ni debate pericial (p. ¿?).

De tal regulación se advierte que: i) al no permitir un espacio de valoración racional de la prueba, ni control de su calidad, abandonamos la adscripción al sistema racional de valoración prevista en el Código Procesal Civil; y ii) no permite optimizar la tutela real del derecho a la identidad bajo la lectura del principio del interés superior del niño

3. Reglas de admisibilidad de prueba pericial de ADN

El proceso civil peruano, entre las reglas de admisibilidad de la prueba, recoge la regla de relevancia –o pertinencia, regulada en el artículo 188 del Código Procesal Civil peruano–. Adicionalmente, en el proceso especial de filiación extramatrimonial, se regula la necesidad de que el laboratorio privado cuente con una acreditación de acuerdo a la regulación sanitaria que permita otorgar garantías necesarias (Ley 28457), lo que podríamos identificar como una regla de calidad en la admisibilidad de esta prueba.

Respecto a la posibilidad de considerar estas reglas de calidad como criterio de admisibilidad, Vásquez (2015) señala que la evaluación de la calidad de la prueba debe ser reservada a la fase de valoración de prueba, salvo que la admisibilidad bajo la regla de calidad se vincule a la posibilidad de tener accesibilidad a información vinculada a dicha calidad (pp. 116-119).

Esto además es coherente con las recomendaciones que se realizan respecto a las exigencias para elevar la fiabilidad de la prueba de ADN. Entre ellas se encuentra la necesidad de que los laboratorios «estén inmersos en un sistema de aseguramiento de la calidad, incluyendo aspectos como confidencialidad, cadena de custodia, control de calidad, entre otros». (Lagos et al., 2011, p. ¿?)

La exigencia de cumplir la regulación sanitaria podría hacernos pensar que este requisito permitiría admitir una prueba idónea y nos daría la posibilidad de tener acceso a información vinculada a la calidad de la prueba, y así asumir que la legislación se respalda en fines epistemológicos. Sin embargo, ello no es del todo correcto, dado que, en el Perú, si bien existe un registro de instituciones prestadoras de servicio de salud –Resolución de Superintendencia n.º 053-2015-SUSALUD/S–, no es práctica judicial exigir que el laboratorio que realizará la prueba pericial de ADN cuente con ello, al ser reciente su proceso de implementación. Dicho registro solo exige para su concesión condiciones estructurales que debe cumplir el local y también en equipamiento.

Lo descrito evidencia que los requisitos de admisibilidad fijados en la Ley 28457 no garantiza el cumplimiento de criterios epistemológicos. Por tanto, no permite que tengamos acceso a información que coadyuva a conocer y evaluar en su oportunidad la calidad de la prueba pericial de ADN en su integridad: procedimientos, cadena de custodia, entre otros.

Surge así la necesidad de modificar las normas que establecen los criterios de admisibilidad en la ley analizada. Estas consisten en que el laboratorio que ha de realizar la prueba de ADN: i) tenga su registro como entidad prestadora de salud; y ii) exista la obligación de proporcionar la información detallada del procedimiento y los estándares que observa el laboratorio al realizar la prueba pericial.

4. Actuación y valoración de la prueba pericial de ADN

La ley que regula el proceso de declaración judicial de filiación extramatrimonial en el Perú determina que el procedimiento diseñado para la actuación de la prueba pericial, una vez que se ha tomado las muestras de ADN, comprende convocar a una audiencia en la cual únicamente se lee el resultado de la prueba, oportunidad en que: i) no se requiere que quien ha practicado la prueba sea examinado; y ii) no es posible solicitar un debate pericial.

Las limitaciones expuestas impiden la posibilidad de realizar una valoración racional de la prueba, al impedir identificar lo que Gascón (2004) llama esquemas valorativos de confirmación en base a la probabilidad consistentes en que: i) entre las hipótesis alternativas la que se puede dar

por corroborada es la hipótesis más aceptada en base a todas las pruebas disponibles; y ii) considerar que la hipótesis no es infalible, por lo que se deben considerar hipótesis alternativas. (p. 187).

En la legislación peruana, al no permitirse que el perito sea examinado y que no se pueda realizar un debate pericial: i) se impide que exista la posibilidad de contar con información que permita evaluar la corroboración o descarte de hipótesis alternativas; ii) no se puede controlar la calidad, fiabilidad, de la información que arroje la prueba pericial actuada –en puridad solo existe una lectura de su resultado–; y iii) la inferencia probatoria que se puede realizar en base a esa prueba no tendría respaldo en una argumentación racional; conduciendo al juzgador a una valoración tasada de la prueba.

Ello genera que el resultado de la valoración probatoria de la prueba de ADN en este proceso –incluso si alguien asumiese que existe un mínimo espacio de valoración– impida alcanzar criterios de solidez de inferencia probatoria en base a diversos criterios vinculados a la valoración de la hipótesis: determinar si la hipótesis es refutada, que se hayan eliminado las hipótesis alternativas y que sea coherente (Gonzales, 2013, pp. 18-20).

Bajo tal perspectiva, se colige que el diseño normativo establecido en la ley 28457 no se sustenta en criterios que nos permitan emitir pronunciamientos en base a hechos que se correspondan necesariamente con la realidad. A su vez, el diseño del proceso no permite optimizar el principio del interés superior del niño, en tanto, impide que bajo un alto grado de probabilidad y criterios de razonabilidad se emita un pronunciamiento que permita identificar si el demandado es realmente el padre del menor, dadas las limitaciones legales en su actuación impuestas en la legislación peruana que se oponen a una visión epistemológica del caso.

Refuerza ello considerar que a partir del análisis sentencia del caso Daubert de la Suprema Corte estadounidense, como advierte Vásquez (2019), para valorar la prueba pericial no solo es necesario recabar información empírica respecto al funcionamiento de las técnicas y métodos utilizados por el perito; sino que, además, es importante fijar criterios que permitan obtener información que ayude a corroborar la calidad de la información recabada por la prueba pericial (p. 229).

5. Materiales y métodos

El presente artículo responde a una revisión de bibliografía que ha filtrado fuentes de información, priorizando información indexada, que en base a la triangulación de información, permite presentar resultados entorno a los objetivos planteados.

6. Resultados

Para que se pueda realizar una valoración racional de la prueba, como lo exige el Código Procesal Civil, en el proceso de declaración de filiación extramatrimonial, es necesario que modifiquen las limitaciones establecidas en la Ley 28457 que impiden realizar un examen del perito y contar con información respecto al procedimiento y técnicas utilizadas en la prueba pericial de ADN. En esa línea, son relevantes las exigencias epistemológicas.

Considerando las exigencias que la literatura consultada nos plantea, para dar criterios de solidez a la inferencia probatoria, urge incorporar en la legislación peruana modificaciones al proceso de declaración judicial de filiación extramatrimonial consistentes en: i) examinar al perito encargado de la realización de prueba pericial que permita determinar si la hipótesis puede ser refutada; ii) permitir realizar debates periciales que logren eliminar hipótesis alternativas; y iii) contar con información de la forma cómo se realizó la pericia, su procedimiento, la cadena de custodia, permitiendo que la hipótesis que acoja el juzgador se respalde en un razonamiento coherente.

Las exigencias epistemológicas en la actuación de la prueba de ADN no son contrarias al interés superior del niño, en tanto que el respeto a su identidad solo se va a optimizar si es que la filiación se declara en un proceso que permita una valoración racional de la prueba.

7. Discusión

Si bien se han identificado investigaciones en las que se postula que se debe privilegiar el principio de interés superior del niño, incluso sobre el debido proceso (Manoslava, 2019, p. 81), esa lectura mecánica y unidireccional de este principio no es compatible con la interpretación que se desprende de la jurisprudencia constitucional, como de la Corte Constitucional de Colombia, y tampoco es compatible con los criterios epistemológicos para lograr realizar una valoración racional de la prueba.

Existen investigaciones en las que se resalta la fiabilidad de la prueba de ADN como sustento relevante e incluso suficiente para emitir sentencias en base a los resultados que alcanza dicha pericia (Lagos et al., 2011). Asimismo, han permitido acelerar la solución de importante número de procesos judiciales por lo que se recomienda la utilización de ella en todos los procesos (Hilario, 2021, pp. 150-151). Esas investigaciones no han reparado si la información que se recaba de la prueba pericial es de calidad. Esta se logra en base a la evaluación de requisitos en cuanto a su admisibilidad, actuación y valoración que nos permita alcanzar la verdad, como lo advierte la profesora Vásquez (2019).

Ello nos lleva a colegir que la eficiencia de la actuación de la prueba pericial de ADN realmente permite optimizar el principio del interés superior del niño en un proceso de filiación. Esto siempre y cuando cumpla con los requisitos vinculados a su admisibilidad y actuación, que incluya la posibilidad de contrastar y debatir hipótesis, que permita la obtención de información de los procedimientos y técnicas utilizadas, así como examinar al perito que coadyuve a la búsqueda de la verdad y permita conocer la real identidad de los menores. De este modo, el proceso de filiación no terminará siendo un mecanismo que permita atribuirle un padre a un menor, sino un proceso que con garantías adecuadas permite reconocer el real derecho de identidad del menor a partir del cual puede ejercer una pluralidad de derechos.

8. Conclusiones

- ▶ La ley 28457 sobre el proceso judicial de declaración de paternidad extramatrimonial no establece reglas de admisibilidad y valoración probatoria respaldadas en criterios epistemológicos. Este diseño normativo, además, impide realizar una valoración racional de la prueba en este proceso.
- ▶ Para que los requisitos de admisibilidad de la prueba pericial respondan a criterios epistemológicos en el proceso judicial de declaración de paternidad extramatrimonial, se debe requerir lo siguiente: i) que el laboratorio cuente con registro como entidad prestadora de servicios de salud; y ii) garantice la accesibilidad a la información del procedimiento, método y técnicas utilizadas en la realización de la prueba pericial.
- ▶ Para permitir una valoración racional de la prueba actuada en el proceso judicial de declaración de paternidad extramatrimonial, se debe permitir: i) examinar al perito que realizó la prueba; ii) contar con información vinculada al procedimiento y técnica utilizada en la pericia de ADN; y iii) admitir la posibilidad de debates periciales.
- ▶ La adopción de criterios epistemológicos en la admisión y valoración de la prueba en el proceso de declaración judicial de paternidad extramatrimonial permitirá optimizar el principio del interés superior del niño al emitir un pronunciamiento que corresponda con la realidad.

Referencias

- Abadia, D. F., López, M., Torres, C. (2019). La pertinencia de la prueba genética en el proceso de filiación en Colombia: Derecho comparado con Francia. Universidad Coperativa de Colombia. <https://repository.ucc.edu.co/handle/20.500.12494/7391?locale=es>Código Procesal Civil peruano
- Constitución Política de 1993
- Ferrer
- Gonzales, D. (2013). *Questio Facti (Ensayos sobre prueba, causalidad y acción)*. Fontamara.
- Gascón, M. (2004). *Los hechos en el Derecho*. Marcial Pons.
- Hilario, S. (2021). *La aplicación obligatoria del examen de ADN en la identidad biológica del menor en el Proceso de Filiación Judicial de Paternidad Extramatrimonial, en los Juzgados de Paz Letrado de Huancavelica - 2017* [Tesis de maestría, Universidad Peruana de los Andes]. Repositorio institucional UPLA. <https://repositorio.upla.edu.pe/handle/20.500.12848/2448>
- Lagos, M., Poggi, H., Mellado, C. (2011). Conceptos básicos sobre el estudio de paternidad. *Revista de medicina de Chile*, 139(4), 542-547.
- Laudan, L. (2013). *Verdad, error y proceso penal: Un ensayo sobre epistemología jurídica*. Marcial Pons.
- Ley 28457
- Luna, F. (2018). *El mito del cientificismo en la valoración de la prueba científica*. JURIDICAS CUC.
- Manoslava, K. (2019). *El interés superior del niño en el derecho a la filiación extramatrimonial a través de la prueba de ADN*. [Tesis para optar el título de abogado, Universidad Particular de Chiclayo]. Repositorio institucional de la Universidad de Chiclayo. <http://repositorio.udch.edu.pe/handle/UDCH/517>
- Moran, C. (2016). *La prueba de ADN realizada por el biólogo forense en los procesos de filiación extramatrimonial en la corte superior de justicia de Lima periodos 2014- 2015*» [Tesis de segunda especialidad, Universidad WIENER]. Repositorio de la Universidad Wiener. <http://repositorio.uwiener.edu.pe/xmlui/handle/123456789/395>
- Rivera, K. (2018). La afectación del principio del interés superior del niño a partir de la presunción pater is est. *Derecho & Sociedad*, (50), 235-248. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/20390>

Rudas, M., Baena, S., y Perez, I. (2016). Peritajes psicológicos forenses en decisiones judiciales de primera instancia en delitos sexuales. *Revista de Derecho*(46), 220-224. ´

Sentencia T-094/13 (2013, 26 de febrero). Corte Constitucional de Colombia). <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2013/T-094-13.htm>

Vásquez, C. (2015). La admisibilidad de la pruebas periciales y la racionalidad de las decisiones. *DOXA Cuadernos de filosofía del derecho*, 101, 130. <https://doxa.ua.es/article/view/2015-n38-la-admisibilidad-de-las-pruebas-periciales-y-la-racionalidad-de-las-decisiones-judiciales>

Vásquez, C. (2019). *La prueba pericial en el razonamiento probatorio*. ZELA.



RETOS de la
magistratura
en temas
de **DERECHO**
PROCESAL PENAL



ACADEMIA DE
LA MAGISTRATURA

REVISTA DE INVESTIGACIÓN

DE LA ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA

Vol. 4, n.º 6, enero-junio, 2022
Publicación semestral. Lima, Perú.
ISSN: 2707-4056 (en línea)
DOI: 10.58581/rev.amag.2022.v4n6.09



La crisis de los principios constitucionales en el sobreseimiento penal

The crisis of constitutional principles in criminal dismissal

Segundo Máximo Larios Perleche*

Distrito Fiscal de San Martín

(San Martín, Perú)

slariosdj@mpfn.gob.pe

<https://orcid.org/0000-0002-1992-4612>

Resumen: La investigación tiene por finalidad resaltar la crisis de los principios constitucionales y con ello la impunidad en la aplicación del sobreseimiento irregular del proceso penal donde la actuación fiscal de segunda instancia está dejada a la libre discrecionalidad, sin control judicial ni constitucional. Todo esto limita al actor civil apelante a ser oído en segunda instancia, recibir una respuesta congruente a la apelación y tener un recurso idóneo y eficaz. Se hace un análisis de la jurisprudencia constitucional, judicial y del derecho comparado. Se constata que el criterio dominante en el derecho extranjero para resolver la apelación del sobreseimiento es el órgano jurisdiccional. Previa audiencia y después de haber escuchado a las partes decide por el archivo del caso. Si hay mérito para pasar a juicio oral, habilita al acusador particular

* Fiscal adjunto superior titular de la Segunda Fiscalía Superior Penal de Moyobamba del distrito fiscal de San Martín.

o al procurador efectuar la acusación que no quiere hacer el fiscal. Por ende, el derecho comparado es más protector de los principios constitucionales del actor civil apelante.

Palabras clave: crisis, principios constitucionales, sobreseimiento penal, impunidad

Abstract: The purpose of the investigation is to highlight the crisis of constitutional principles and with it impunity, in the application of the irregular dismissal of the criminal process. Where the prosecutorial action of second instance is left to free discretion, without judicial or constitutional control. What limits the appellant civil actor to: be heard in the second instance, receive a consistent response to the appeal and have a suitable and effective remedy. An analysis of the subject is made by reviewing the constitutional, judicial and comparative law jurisprudence. Noting that the dominant criterion in foreign law is that the one who resolves the appeal of the dismissal is the judicial body after hearing and after having listened to the parties, it decides on: the file of the case, the supplementary investigation and if there is merit to pass at oral trial, it enables the private accuser or the attorney to make the accusation that the prosecutor does not want to make. Therefore, comparative law is more protective of the constitutional principles of the appellant civil actor.

Key words: crisis, constitutional principles, criminal dismissal, impunity

RECIBIDO: 17/05/2022

REVISADO: 10/06/2022

APROBADO: 30/06/2022

FINANCIAMIENTO: Autofinanciado

1. Introducción

En un Estado democrático y social, es necesario garantizar los principios constitucionales de manera transparente como instrumento contra la impunidad y la corrupción (Méndez, 2017). Para no atentar contra el interés general «justicia» y poder alcanzar el bienestar social, razones por el cual, se debe afianzar facultades procesales a los litigantes para la efectividad de sus derechos.

Lamentablemente, esto no ocurre en nuestra realidad a pesar de la política criminal de adelantamiento de las barreras criminales, del incremento de las penas, de las políticas públicas de «cero tolerancias» y de las reformas procesales. Por este motivo, el Perú está calificado como uno de los países de la región con un alto índice de impunidad desde el 2017, obtiene en seguridad 67,59 y justicia 80,96 puntos. En la ficha técnica de América Latina del Índice Global de Impunidad (IGI), tenemos el puesto 57 con 48,31 puntos cerca al grado de impunidad muy alta. Estamos por encima de Ecuador que está en

el puesto 55, tiene 48,17 puntos, Colombia en el puesto 49 con 46,88 puntos y Chile en el puesto 50 con 47,63 puntos (Le Clercq y Rodríguez, 2020).

Los organismos supranacionales señalan que la impunidad es obra del incumplimiento de las obligaciones de los operadores del derecho y se origina al no investigar el delito, no hacer efectivo los apercibimientos de ley, no garantizar a las víctimas recursos eficaces e idóneos para que los autores sean procesados, juzgados y condenados (Ocampo, 2020). Otros lo llaman «impunidad de facto», que consiste en la voluntad declarada, expresa o tácita, de resistirse a investigar determinados hechos, es una rebeldía del fiscal de impacto nacional (Álvarez et al., 2018). Esta sustracción al deber de investigar se concreta en la inconducta funcional de no recabar las pruebas elementales e idóneas, de requerir el sobreseimiento y no acusar a pesar de haber caudal probatorio suficientes para pasar a juicio oral, lo que significa una omisión a los deberes o abandono de las tareas propias de la función fiscal conforme al Inc. 1 del art. 46 de la Ley de la Carreta Fiscal 30483 (2016, 06 de julio).

Esta situación se agrava con la aplicación del Inc. 3 del art. 346 del Código Procesal Penal (CPP) que establece: «Si el fiscal superior ratifica el requerimiento de sobreseimiento, el juez de la investigación preparatoria inmediatamente y sin trámite alguno dictará auto de sobreseimiento». También, se aplica supletoriamente en la audiencia de segunda instancia e impide que la Sala Revisora examine el criterio del fiscal superior. Por ende, al agraviado apelante no se le permite exponer sus argumentos en segunda instancia, tampoco recibe del órgano jurisdiccional una respuesta congruente de las cuestiones planteadas en su recurso. Abona a esta crisis desde otra dimensión de la impunidad, la debilidad de los regímenes democráticos, ante los grupos de poder de facto, expresado en la renuencia a acatar la ley y para gozar de privilegios, tratan de manipular el sistema de control y sanciones. Según Álvarez et al. (2018). «No se trata de un fallo del sistema, sino de un sistema montado con ese fallo». (p. 6)

Esta triste realidad se arrastra desde la antigüedad, los filósofos Platón, Cicerón y otros analizando esta situación lo consideraron como abusivo por su naturaleza la discrecionalidad de perdonar a los delincuentes, una injusticia contra la sociedad, un gesto que repugna a la obligación, debilidad y vicio manifiesto. Si esto ocurre se prostituye la justicia y el magistrado se hace reo de concusión y de extorsión (Filangieri, 1821). Similar hecho denunció Montesquieu en su obra *El espíritu de las leyes*, porque la ley no cumplía con su finalidad de servir a la felicidad pública.

Situación que se complica con la corrupción corporativa y de alto nivel cuando los gobiernos capturan al estado para depredarlo (Boehm y Lambsdorff, 2009). Todo lo cual coloca a los principios constitucionales en

crisis permanente, donde reina la desconfianza social, el funcionamiento parcial de las instituciones con deficiencia y poca efectividad, en donde solo se beneficia algunos poderes fácticos, y se instala una práctica social del «sálvese quien pueda» (Jiménez, 2016). Lo más grave de todo esto es que las instituciones públicas se olvidan de los objetivos.

Para superar este drama social es necesario que ningún gobierno, alcurnia, ni congregación debe dar protección alguna al investigado que violó la ley, ni obstruir, ni torcer los caminos a la justicia que va en búsqueda de la verdad. Y el fiscal debe cumplir con su irrenunciable obligación de desarraigar al que delinque del poder de su protector, porque solo de esta manera se enaltecerá el éxito de la justicia y de las leyes. En esta línea señala Arenas (2018), «la justicia debe gozar de un estilo más directo y comprensible» (p. 259). Es necesario, añade Cavaliere (2018), «combatir el albedrío de aquellos poderosos que son la ley misma: los fiscales y los jueces» (p. 8). Todo esto a fin de lograr lo que hoy la filosofía del derecho moderna llama «la optimización de los principios constitucionales» o «el respeto de la dignidad de la persona».

En consecuencia, si se respeta los principios constitucionales se garantiza la efectividad de los mismos. El objetivo de la investigación es demostrar la crisis de los principios constitucionales al resolverse el sobreseimiento penal en Perú.

2. Los principios constitucionales

Se les ha dado diferentes denominaciones. Por ejemplo, para Robert Alexis (2021) son «mandatos de optimización» (p. 1), requieren que algo sea realizado en su mayor extensión posible, dadas las posibilidades fácticas y jurídicas existentes. También les denominan valores que buscan lo más favorable para la persona y como súper normas tienen como función la corrección del ordenamiento conforme a la constitución y sirven como pautas programáticas (Vásquez, 2021). Según Ferrajoli (2015), son «normas o principios directivos descriptivos» (p. 46). Las normas supranacionales los llaman garantías personales y procesales (Convención Interamericana de Derechos Humanos CIDH, 22 de noviembre de 1969). La doctrina dominante, considera que son situaciones jurídicas de derecho subjetivo que tienen por objeto la garantía de bienes jurídicos constitucionales derivados de la dignidad humana. En ese sentido, como derechos subjetivos, son derechos a algo. Ese "algo" puede ser un dar «una impartición de justicia efectiva», un hacer «se respete el debido proceso» o un no hacer «evitar se vulnere el derecho a la prueba». Todos coinciden que protegen los derechos fundamentales de las personas. Pollman afirma (2008): «no solo hay que defenderlo de los enemigos sino contra los falsos amigos» (p. 10), de aquellos que no cumplen con sus obligaciones funcionales.

3. La discrecionalidad fiscal

De este tema muy poco se ha escrito. Empero se considera que debe sustentarse en los deberes de la misión y visión de la Fiscalía, que consiste en defender la legalidad y los intereses públicos protegidos por la norma; prevención y persecución del delito; proteger a la sociedad, al menor y a la familia en juicio; vigilar la independencia de los órganos jurisdiccionales y por la recta y eficaz impartición de justicia. Lo que debe cumplir de manera idónea, objetiva e imparcial en el marco de las garantías constitucionales, debiendo buscar la verdad, la justicia y la indemnización, creando confianza en la sociedad por ser un caso típico de remisión legal (Rodríguez, 2020).

Sin embargo, en la realidad no es así, porque las reformas procesales penales en el Perú han desatendido el peligro de otorgar al Ministerio Público potestades discrecionales absolutas en su labor de persecutor penal. Este defecto se ve empeorada por el diseño de un Poder Judicial y Tribunal Constitucional limitados por la norma, sin herramientas legales para poder controlar los abusos del persecutor penal (Oliver, 2019). La discrecionalidad, por tanto, no es un supuesto de actuación del fiscal fuera de la norma, sino dentro de ella (Rodríguez, 2020).

Por ende, sus decisiones, incluso cuando la ley las configure como «discrecionales», necesita un adecuado y efectivo control jurisdiccional, para desterrar la proscrita arbitrariedad fiscal, como se detectó en la jurisprudencia española llamada «doctrina Botín» (STS 1045/2017 del 17 de noviembre). El fiscal haciendo uso abusivo de su discrecionalidad pretendió favorecer a los autores del delito de corrupción, solicitando el sobreseimiento. Sin embargo, gracias a la oposición del acusador popular (procurador) se evitó la impunidad (Álvarez et al., 2018). Esto es importante en un país en donde lo improbable se ha vuelto inevitable como consecuencia de la vida líquida¹ a la que somos sometidos (Barona, 2018). Al que con esperanza estamos llamados a cambiarla (Tamayo, 2017).

4. El sobreseimiento penal

Desde el punto de vista epistemológico, es una salida alternativa del proceso penal que permite archivar la investigación cuando no hay mérito para pasar al juicio oral (Riquelme, 2020). Desde la óptica judicial, es una resolución firme emitida por el juez, mediante la cual se pone fin al proceso penal. Dice Pilco (2017) «sin actuar el ius puniendi» (p. 9), es decir, sin pronunciarse de la

1 Es un ambiente social en la que no se fija ningún objetivo ni se traza línea de meta alguna y solo se asigna una cualidad permanente fugaz. En la que el objetivo no es lograr una sociedad mejor, sino mejorar la posesión individual, en la que el derecho penal sirve para la demagogia política y para el espectáculo mediático, en la que solo caen los preces chicos y débiles en la red de la justicia, los grandes y gordos se escapan por diversas justificaciones.

imputación. Desde la arista de las partes, es la petición que hace el fiscal o el abogado del imputado. Se produce cuando concurre los supuestos previstos en el art. 344 del CPP: a) cuando nunca ocurrió el hecho ilícito o es imposible acusar al investigado; b) cuando el hecho es atípico o concurre un motivo de justificación, de inculpabilidad; c) se ha tenido lugar la extinción de la acción punible; y, d) cuando se ha agotado la investigación y no existe la posibilidad de incorporar nuevos datos a la investigación. No hay problema cuando se dan en un proceso regular. Pero no, cuando estamos ante una investigación irregular², porque, lo que en este último supuesto persigue es lograr la impunidad (Carhuachin, 2021).

La ratificación o «doble conforme fiscal» es de origen canónico inquisitivo³ y ha influido sobre la «jurisdicción secular» como un «método» para limitar el número de apelaciones posibles para que una decisión de inmediato alcance la calidad de «cosa juzgada». Todo esto a fin de evitar que los fallos del clero sean controvertidos ante un tribunal de casaciones. Esto no ocurría en el derecho laical de aquel entonces. Por ejemplo, en el derecho histórico español regía, dice Ariano (2018), «triple conforme» (p. 2). De igual manera, hoy el doble conforme fiscal irregular se convierte en un escudo protector porque no permite el control jurisdiccional del criterio fiscal en segunda instancia.

5. Análisis del material jurisprudencial del sobreseimiento

El Tribunal Constitucional (TC) respecto al sobreseimiento

Al respecto el máximo intérprete de nuestra legalidad se pronunció en una oportunidad por la nulidad de un sobreseimiento. Lo hizo en la sentencia 4620-2009 PHC/TC (2011, 10 de noviembre), indicó que, ante una investigación irregular, que omitió realizar la valoración de los medios probatorios recabados. El sobreseimiento debe declararse nulo, porque debió ser objeto de un control judicial razonado a fin de respetar los bienes y principios constitucionales. Por ende, la persecución penal no puede ser ejercida de modo arbitrario. En esta ocasión, se hizo prevalecer el principio constitucional del derecho a la valoración de la prueba recaba en el proceso.

Posteriormente, el TC cambió de criterio e hizo prevalecer el principio acusatorio y de jerarquía, por ejemplo:

- 2 Un proceso es irregular cuando se ha vulnerado los derechos fundamentales de la víctima, como el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, el debido proceso, a ofrecer, admitir, recabar la prueba. Lo que se ve mediatizado en el juicio penal a través de la titularidad de la acción penal que el persecutor penal ostenta (ver fundamentos 9, 10 y 11 de la sentencia n.º 4620-2009-PHC/TC).
- 3 Se mantiene hasta hoy en el ordenamiento de la Iglesia: está prescrito en el inciso 1 del canon 1641 del Código de Derecho Canónico.

El caso 02920-2012-PHC/TC (2013, 23 de agosto), la sala penal emplazada declaró nula la resolución que ordenaba el archivamiento del caso mediante la resolución de fecha 14 de setiembre de 2011. Ordenó que se proceda con la investigación por los delitos de colusión desleal y malversación de fondos en contra del recurrente Castañeda Lossio, porque la resolución del juez no contenía una debida motivación y al mismo tiempo resultaba insuficiente ya que carecía de una justificación razonada, con lo se afectaba las garantías constitucionales y supranacionales. Sin embargo, el TC efectuó un razonamiento sobre el principio de independencia del fiscal y del principio de jerarquía, los que hizo prevalecer con votación en mayoría. Y sin pronunciarse de la violación del principio de la debida motivación contradijo la decisión de la Sala Superior y ordenó el archivo del caso. Este criterio prevalece hasta hoy.

6. Análisis judicial y evolución del sobreseimiento penal

Se verifica dos criterios jurisprudenciales, así tenemos:

6.1. Línea jurisprudencial que hace prevalecer los principios: acusatorio y jerarquía:

- i) Casación 187-2016 (2016, 23 de noviembre), Corte Suprema (Neyra Flores). Se indicó que, si el sobreseimiento ha sido confirmado por el fiscal superior, el órgano jurisdiccional superior revisor no tiene más que confirmar la resolución en base a los principios: Acusatorio y Jerarquía en aplicación del art. 5 de la Ley Orgánica (LOMP) del Ministerio Público, según la cual, es la decisión del fiscal de mayor grado la que debe primar (ver párrafo séptimo). Y añadió que «la ausencia de oposición del actor civil al requerimiento de sobreseimiento, al no constituir un requisito, no impide que recurra en apelación». De esta manera, se le reconoció el derecho a impugnar, corrigiendo lo denegado por el órgano jurisdiccional superior.
- ii) Casación 966-2017 (2018, 20 de abril), Corte Suprema (Prado Saldarriaga). Se reiteró el criterio, añadiendo que las omisiones de impugnar por parte de los representantes del Ministerio Público (MP), bajo ningún contexto debe interpretarse como expresión de conformidad de una sentencia absolutoria, en tanto no manifieste expresamente su conformidad. Ante este supuesto el órgano jurisdiccional está habilitado para pronunciarse de los argumentos formulados del impugnante, al no haber el pronunciamiento del fiscal superior. En consecuencia, debe declararse NULO la resolución superior. En este caso la Corte Suprema considera el criterio del fiscal de segunda instancia, como un requisito de procedibilidad. Es decir, si hay doble conforme (el órgano revisor) está impedida de pronunciarse de los agravios así se invoque la violación de los principios constitucionales.

- iii) Casación 1032-2016 (2019, 19 de mayo), Corte Suprema (Pacheco Huancas). En este caso se confirmó el criterio anterior y al mismo tiempo quedan desprotegidos los principios constitucionales.

6.2. Línea jurisprudencial que hace primar principios constitucionales

- i) Casación 1184-2017 (2018, 22 de mayo), Corte Suprema (San Martín Castro). En esta sentencia «se produce un quiebre con los criterios anteriores», al indicarse que debe garantizarse el principio de la tutela jurisdiccional efectiva por encima de la aplicación legal arbitraria. Se estableció que el principio acusatorio no tiene por finalidad evitar que la corte revisora logre efectuar un examen de legitimidad de la decisión recurrida, máxime si se alega la violación de los principios constitucionales por parte del actor civil impugnante. Por lo tanto, respetando el principio de legalidad, el Órgano Superior tiene facultad de corregir la potestad discrecional fiscal, cuando su requerimiento de sobreseimiento no se apoye objetivamente en el caudal del material recabado en la investigación o no se sustente en los supuestos previstos. De ser así debe declararse el sobreseimiento nulo a fin que se haga la reformulación del requerimiento de sobreseimiento. Por tanto, el fiscal debe instar otro requerimiento excluyéndose el motivo desestimado o subsanando algún defecto que haya incurrido, bajo advertencia claro está, que «no está obligado a formular la acusación».
- ii) En la casación 1089-2017 (2020, 10 de septiembre), Corte Suprema (Castañeda Otsu), se hace un análisis con una visión más constitucionalista de los derechos de la víctima apelante, señalando que la corrección a este problema no está en ignorar o eliminar los principios constitucionales, sino que deben ser analizados para lograr su eficacia atendiendo las situaciones de cada caso en concreto.

Indica que, si el fiscal superior en grado se encuentra conforme con el sobreseimiento o la absolución y el Tribunal Revisor aprecie que tal posición es razonable, puede aplicar los principios acusatorios y jerárquicos del Ministerio Público para desestimar el recurso de la víctima. Empero, si el Tribunal Revisor, en atención a los agravios postulados por la víctima, advierte que la decisión de sobreseimiento ha violado principios constitucionales, más allá de la posición del fiscal superior, puede anular la decisión y disponer un nuevo pronunciamiento». Con esto se ratifica la posibilidad de controlar el sobreseimiento.

Sin embargo, en este caso al igual que el anterior el órgano jurisdiccional no puede obligar al fiscal a acusar. Por lo tanto, estos nuevos criterios resultan ineficaces para la tutela efectiva de los principios constitucionales que le asisten a la víctima recurrente. De lo indicado, se infiere que no hay una tutela efectiva

porque al existir medios probatorios suficientes para pasar a juicio oral, nadie puede obligar al fiscal a acusar. Por consiguiente, el agraviado impugnante no podrá alcanzar justicia, vulnerándose los principios constitucionales a la verdad y al debido proceso.

7. Análisis del sobreseimiento en el derecho comparado

En Inglaterra, hay el control judicial del sobreseimiento con respecto a las decisiones de la Fiscalía General del Estado. Por ejemplo, en el caso *R. V. director of Public Prosecution, ex parte C* (1995), sentencia S/N (1999, 28 de octubre), Tribunal Supremo (Slynn De Hadley), se pretendió sobreseer un proceso contra unos implicados en el delito de suministro de insumos para el terrorismo. Este requerimiento fue objeto de control judicial y fue desaprobado. Inmediatamente, se ordenó la formulación de la acusación. También existen casos contrarios en que se anuló la decisión de perseguir en violación a dicho cuerpo legal, utilizándose la teoría del «abuso del proceso» (por ejemplo, se dijo que constituía un abuso perseguir a un testigo que había ayudado a la Policía) caso *Adde R. V. Croydon Justices, ex parte Dean* (1993). En resumen, la Fiscalía inglesa es controlada por defecto y por exceso (Pastrana, 2001). De lo que se infiere el respeto estricto del debido proceso.

En Estados Unidos, la Suprema Corte ha señalado tradicionalmente que la cláusula del *double jeopardy* protege tres intereses del acusado: i) a verse libre de ulteriores procesamientos; ii) a obtener una sentencia definitiva; y iii) a que todo el juicio se tramite ante el primer tribunal que ha intervenido (Pacilio, 2017). Pero los derechos del acusado no son absolutos y deben ser ponderados con los que tiene el Estado en aplicar las leyes penales. Ha reconocido reiteradamente que esa necesidad social se satisface garantizando a la comunidad el derecho a contar con una oportunidad para demostrar la culpabilidad del acusado, mediante un proceso único, completo e inmaculado. Es decir, se garantiza al acusado que no será juzgado nuevamente cuando se haya completado un proceso libre de vicios, pero si se priva a la sociedad de su derecho a intentar demostrar la culpa. Se aplican ciertas reglas bien arraigadas del *double jeopardy* conforme a las cuales casi siempre se puede reiterar el proceso (Bierschbach, 1996).

En Francia, el art. 186 del Código de Procedimiento Penal prescribe «la parte civil podrá interponer recurso de apelación contra los autos de sobreseimiento. En este supuesto, la Sala de Instrucción convoca a audiencia, escucha a las partes y resuelve emitiendo un fallo, el cual es susceptible de recurso de casación. De lo que se infiere que el control respecto al sobreseimiento es del Poder Judicial francés.

En Alemania, el Sistema del Proceso Penal establece que, cuando se ha decretado la conclusión de las investigaciones y da por terminado una etapa

del proceso, se puede producir el sobreseimiento por las causas expresamente establecidas. Esta decisión puede ser apelada ante el Tribunal de Garantías, ya que este órgano puede pronunciarse por confirmar la resolución recurrida o revocar el archivo para la práctica de nuevas diligencias o la continuación del procedimiento, concediendo a las partes la posibilidad de formular escrito de acusación. Esto ocurre incluso contra los sobreseimientos consensuados, cuando exista evidencias suficientes contra el procesado (Góssel, 2005).

En España, se estableció que los autos que supongan la finalización del proceso por sobreseimiento son recurribles en apelación ante la Sala Penal de los tribunales superiores de justicia de su territorio y ante la Sala Penal del Tribunal Supremo, quienes resolverán en última y definitiva instancia (Domínguez, 2020). En todos los casos y en las diferentes instancias es el Poder Judicial quien decide respecto al sobreseimiento de la causa (Gascón, 2021). Así se verifica en la jurisprudencia en los casos el «Caso Botín», «Caso Atutxa», el «Caso Nóos» y el caso Messi sobre evasión tributaria.

En Italia, el art. 409 del CPP establece que cuando el juez no admite la solicitud de sobreseimiento, rechazando los argumentos del PM o bien porque encontró mayor mérito a las alegaciones presentadas por la víctima, fijará una audiencia en la Cámara de Consejo, con notificación a las partes y al procurador general de la Corte de Apelación. En este supuesto se pueden tomar dos decisiones: que se considere que las investigaciones llevadas a cabo por el fiscal no fueron suficientes, con lo cual remitirá los antecedentes al PM con indicación de las diligencias a efectuar y el plazo en el que debe concretarlas; o bien, simplemente, puede remitir las actuaciones al PM para que este, en el plazo de diez días, formule la acusación.

En Chile, si el fiscal solicita el sobreseimiento y el actor civil se opone, el juez dispondrá que la carpeta fiscal pase al fiscal regional, para que revise la decisión del fiscal requirente, quien dentro del término del tercer día podrá decidir que se formule la acusación. Para esto, ordenará al fiscal responsable que la haga o en su defecto designará a otro. En ambos casos tienen diez días para cumplir con lo ordenado. Asimismo, si el fiscal regional ratifica la decisión del fiscal requirente, el juez al verificar que hay mérito para el juicio oral podrá disponer que la acusación sea formulada por el apelante (Correa, 2020), quien la habrá de sostener en lo sucesivo en, los mismos términos que el Código Procesal Penal chileno establece para el fiscal conforme lo prescribe el art. 256 y 258.

En Argentina. El control sobre el requerimiento conclusivo o sobreseimiento del Ministerio Público se encuentra en manos del juez de instrucción. Si él considera que el dictamen fiscal es errado y que corresponde llevar el caso a juicio, debe elevar el caso a la Cámara de Apelaciones. Si el superior al revisarlo, comparte el criterio del juez, aparta al fiscal que hubiera intervenido e instruye a su sucesor para que solicite la elevación del caso a juicio (Macagno, 2019).

Como se aprecia de lo expuesto, en el derecho comparado la decisión definitiva sobre el sobreseimiento lo tiene el órgano jurisdiccional superior o supremo. Son ellos los que se encargan de hacer respetar los principios constitucionales sin limitación alguna.

8. Análisis del sobreseimiento en la jurisprudencia supranacional

Al respecto la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia s/n (2017, 25 de marzo), en el párrafo 169 del caso Acosta vs. Nicaragua, después de constatar la prematura solicitud de sobreseimiento, una serie de omisiones tendientes a no querer investigar, la falta del control jurisdiccional, la ineficacia de los recursos y la falta de independencia de los órganos judiciales, llegó a la conclusión que se produjo violación a los principios constitucionales como del debido proceso, a la verdad, a la tutela jurisdiccional efectiva y a la doble instancia.

En la misma línea, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, en la sentencia de 15 de mayo de 1986, caso Johnston vs. Reino Unido, interpreta la directiva 76/207 relativa a la igualdad de trato, en relación con los art. 6 y 13 de la CEDH. Sostuvo que para garantizar su cumplimiento de un recurso adecuado e idóneo se debe hacer un «control jurisdiccional». Tal omisión acarrea responsabilidad del Estado.

9. Resultados

En Perú, la decisión del sobreseimiento en segunda instancia lo tiene el fiscal superior. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional solo en un caso amparó los principios constitucionales ante un sobreseimiento irregular. La jurisprudencia del Poder Judicial tiene dos líneas jurisprudenciales: una que da prioridad a los principios acusatorio y de jerarquía y otra que pondera las garantías constitucionales. En el derecho comparado, el control y decisión del sobreseimiento lo tiene el órgano judicial durante todo el proceso e instancias.

10. Discusión

Conforme a lo indicado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional tiene una posición ambigua y sin predictibilidad ante un sobreseimiento irregular. De igual manera, los criterios del Poder Judicial no son idóneos ni eficaces para proteger los principios constitucionales que le asiste al actor civil apelante. Si esta parte tiene razón y hay suficientes elementos probatorios que acreditan la imputación, el juez no puede obligar al fiscal a acusar, dejándolo sin justicia, desprotegiéndolo e incrementando el reino de la impunidad. Probándose la crisis de los principios constitucionales.

11. Conclusiones

- ▶ La investigación demuestra que las leyes y la jurisprudencia comparada protege con más eficacia e idoneidad los principios constitucionales del actor civil apelante al resolverse el sobreseimiento penal.
- ▶ Queda acreditado que, en el derecho comparado, el tribunal revisor no es un fedatario de la conformidad fiscal en segunda instancia, sino que es un órgano jurisdiccional activo que hace efectivo el control de la legalidad y también tutela los principios constitucionales de los agraviados; además, cumple con su deber del esclarecimiento judicial, por ende, combate la impunidad.
- ▶ El sobreseimiento irregular, vulnera los principios constitucionales siguientes: i) al debido proceso, ii) seguridad jurídica, iii) doble instancia, iv) legalidad, v) el derecho de impugnar, vi) legitimidad, vii) tutela jurisdiccional efectiva, entre otros.

12. Recomendación

Para hacer efectivo los principios constitucionales y formular la acusación, ya sea por el actor civil o procurador, se propone modificar el Inc. 3 del art. 346 del CPP, debiendo indicar «si el fiscal superior ratifica el requerimiento de sobreseimiento, y si el juez de la investigación preparatoria después de revisar el pedido concluye que hay mérito para el juicio oral. Ante este hecho habilitará al abogado particular o al procurador recurrente, para que formule la acusación, en los mismos términos fijados para el fiscal». Esto también implica modificar el art. 5 de la ley Orgánica del Ministerio Público y del Inc. 5 del art. 159 de la Constitución, con lo que se pondría fin a la arbitrariedad del ejercicio fiscal, para dar protección a los principios constitucionales.

Referencias

- Álvarez, F., Martínez, M., Ventura A., Sáenz R., Pérez, A., Hormazabal, H., Muñoz, J., y Silva D. (2018). *Liber Amicorum*. <https://bit.ly/3nTOEAI>
- Alexy, R. (2021). Dos objeciones de Luigi Ferrajoli a la teoría principialista de los derechos fundamentales. *Revista Cubana de Derecho*, 1(2), 39-52. <https://revista.unjc.cu/index.php/derecho/article/view/64/153>
- Arenas. G. (2018). Lenguaje claro (derecho a comprender el derecho). *Revista en Cultura de la Legalidad*. <https://bit.ly/3paD9TE>
- Ariano, E., (2018). En la búsqueda de nuestro modelo de apelación civil. *Revista de la Maestría en Derecho Procesal*, 2(1). <https://bit.ly/3CNOChH>

- Barona, S. (2017). Justicia Penal Líquida (desde la mirada de Bauman). *Teoría & Derecho. Revista De Pensamiento jurídico*, (22), 65–90. <https://bit.ly/3EHGG36>
- Bierschbach, R. (1996). Un mordisco a la manzana: revocaciones de condenas contaminadas por mala conducta de la fiscalía y la prohibición de la doble incriminación. *Michigan Law Review*, 94(5), 1346-1374. <https://bit.ly/3lQwGfI>
- Boehm, F. y Graf, J. (2009). Corrupción y anticorrupción una perspectiva Neo-institucional. *Revista de Economía Institucional*, 11(21), 45-72. <https://bit.ly/39rQKpm>
- Carhuachin, E. (2021). Los requerimientos de sobreseimiento y su relación con la impunidad en la aplicación del nuevo Código Procesal Penal en la provincia de Pasco, región Pasco, Perú, 2019. [Tesis de maestría, Universidad Nacional Daniel Alcides Carrión] <https://bit.ly/3lPk9cb>
- Cavaliere, A. (2018). Reflexiones sobre el primer libro de la ciencia de la legislación de Gaetano Filangieri. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. <http://criminet.ugr.es/recpc/20/recpc20-r2.pdf>
- Código de Procedimiento Penal. (s. f). República francesa. <https://bit.ly/3AFYY2r>
- Convención Interamericana de Derechos Humanos. 22 de noviembre 1969. <https://bit.ly/3CNO9fr>
- Correa, C. (2020). *Uso y abuso de la decisión de no perseverar en el procedimiento*. https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372020000100159
- Casación 966-2017Domínguez, I. (2020). *Esquema de los recursos de los procesos en el proceso civil y penal para profesionales*. Tiran lo blanch.
- Ferrajoli, L. (2015). Diritti fondamentali e democrazia. Due obiezioni a Robert Alexy. *Riv. fil. dir*, 1.
- Filangieri, G. (1821) *La ciencia de la legislación*, trad. De Don Juan Ribera. Imprenta de D. Fermín Villalpando (impresor de Cámara de S.M.).
- Gascón, F. (2021). *Derecho procesal penal materiales para el estudio*. <https://bit.ly/3CEO2T6>
- Góssel, K. (2005). *El principio de investigación de oficio en la praxis del proceso penal alemán*. *Derecho Penal y Criminología*, 33. <https://bit.ly/39QLvZU>
- Jiménez, F. (2016) La integridad de los gobernantes como problema de acción colectiva. *Revista Internacional Transparencia e integridad*. <https://bit.ly/3nZOmbg>
- Le Clercq, J. A., y Rodríguez, G. (Coord.). (2020). *Índice Global de Impunidad-IGI*. Fundación Universidad de las Américas. <https://bit.ly/3kCLgYn>

- Macagno, M. (2019). Notas acerca de algunas causales de sobreseimiento. *Revista Intercambios*, (18). <https://bit.ly/3CIKOOJ>
- Méndez, M. (2017). Transparencia pública en la regeneración democrática: la necesidad de visibilizar las agendas institucionales de España. *Cuadernos de Gobierno y Administración Pública*, 4(1), 89-105. <https://bit.ly/2Y1xJ3W>
- Ocampo, C. (2020). Mecanismos judiciales para garantizar el derecho a la justicia: una reflexión sobre el sistema integral de justicia transicional en Colombia. *Revista Misión Jurídica*, 14(20). <https://bit.ly/3ztdRDK>
- Oliver, G. (2019). Reflexiones sobre los mecanismos de justicia penal negociada en Chile. *Revista chilena de derecho*, 46(2). <https://bit.ly/3uoqA9J>
- Pacilio, A. (2017). *Las reglas del Double Jeopardy (non bis in idem) en los Estados Unidos de América*. Centro de Información Judicial. <https://bit.ly/3kxRWqH>
- Pilco, A. (2017). *El control de sobreseimiento y su incidencia en las resoluciones judiciales en el nuevo código procesal penal*. [Tesis de maestría, Universidad Inca Garcilaso de la Vega]. <https://bit.ly/2ZpEOfh>
- Pollman, A. (2008). *Filosofía de los derechos humanos: problemas y tendencias de actualidad* <https://bit.ly/3ztdRDK>
- Riquelme, G. (2020). *Conflicto con el efecto del inciso segundo del artículo 240 del Código Procesal Penal*. [Memoria para optar por el grado de licenciatura, Universidad Finis Terrae] <https://bit.ly/2W742Og>
- Rodríguez, M. (2020). Potestades discrecionales del fiscal del Ministerio Público. Un intento de racionalización. <file:///D:/Descargas/58108-505-198459-1-10-20200731.pdf>
- Sentencia s/n. (1999, 28 de octubre). Tribunal Supremo (Slynn de Hadley). <https://bit.ly/39Gb1Rb>
- Sentencia s/n. (2017, 25 de marzo). Caso Acosta vs. Nicaragua. <https://bit.ly/2Y3E92Z>
- Sentencia s/n. (1986, de 15 de mayo). Caso Johnston. <https://bit.ly/3kweWpZ>
- Tamayo, J. (2017). Zygmunt Bauman: Posmodernidad, vida líquida, amor líquido. <https://bit.ly/3zK03Ff>
- Tinoco, A. (2001). *Fundamentos del sistema judicial penal en el common law*. Universidad de Sevilla. <https://bit.ly/3CG6ATg>
- Vásquez, C. (2021). Principios constitucionales. *Vida Científica Boletín Científico De La Escuela Preparatoria No. 4*, 9(17), 19-20. <https://bit.ly/3INMDmp>



ACADEMIA DE
LA MAGISTRATURA

REVISTA DE INVESTIGACIÓN DE LA ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA

Vol. 4, n.º 6, enero-junio, 2022
Publicación semestral. Lima, Perú.
ISSN: 2707-4056 (en línea)
DOI: 10.58581/rev.amag.2022.v4n6.10



El deber de esclarecimiento judicial frente al sistema acusatorio adversarial

The duty of judicial clarification in the face of the adversarial accusatory system

Angel Ernesto Mendivil Mamani*

Corte de Justicia del Callao
(Lima, Perú)

amendivil@pj.gob.pe

<https://orcid.org/0000-0003-4983-4308>

Resumen: El juez es el funcionario público designado por la nación para administrar justicia y como tal es el encargado de poner fin a un determinado conflicto jurídico suscitado entre las partes procesales. Tiene entre sus muchos deberes, la administración de justicia con independencia, prontitud, imparcialidad, razonabilidad y fidelidad al debido proceso. En ese sentido, podemos afirmar que la imparcialidad es una garantía de una adecuada administración de justicia.

Por otra parte, uno de los componentes del derecho al debido proceso es el derecho a la prueba que tienen los sujetos procesales, en consecuencia, compete a los mismos ofrecer, sustentar y contradecir los distintos medios

* Magistrado de la Corte de Justicia del Callao. Doctor en Derecho. Segunda Especialidad en Control de la Corrupción en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Docente Universitario.

de prueba en el juicio oral para así generar convicción y certeza en el juez, quien los valorará y emitirá sentencia.

Otro de los deberes de los magistrados, citado por nuestro alto Tribunal Supremo al declarar nulas diversas sentencias recurridas en grado, es el deber de esclarecimiento judicial, el cual consiste que el juez debe de adoptar medidas en el juicio oral para reconstruir la verdad procesal y como tal llegar a la justicia, ideal que se aspira en un Estado Constitucional de Derecho.

Esta obligación de esclarecer la litis no solo se agota en la facultad de disponer pruebas de oficio, que es una excepción en el sistema acusatorio adversarial, sino que este deber es inherente a todo juez, por lo que la relación entre el deber de esclarecimiento judicial y al sistema acusatorio adversarial es una relación de armonía y fin común, y no una relación de contraposición, como se ha sostenido al criticar la prueba propuesta por los magistrados como un quiebre de la imparcialidad judicial.

Palabras clave: juez, imparcialidad, prueba de oficio, verdad procesal

Abstract: The judge is the public official designated by the Nation to administer justice and as such is in charge of putting an end to a certain legal conflict that has arisen between the parties and has as one of his duties to deliver justice with independence, promptness, impartiality, and reasonableness. and respect for due process, in that sense, impartiality is a guarantee of a correct administration of justice, on the other hand, one of the contents of due process is the right to evidence that the procedural subjects have, consequently, it is the responsibility of the themselves offer, support and debate the means of evidence in the oral trial in order to generate conviction and certainty in the judge, who will assess them and issue a sentence.

Another of the duties of the judges, cited by the Supreme Court of Justice of the Republic when declaring NULL various sentences appealed in degree, is the duty of judicial clarification, which consists that the judge must adopt measures in the oral trial to reconstruct the procedural truth and as such to reach justice, an ideal that is aspired in a Constitutional State of Law, this duty of judicial clarification is not only exhausted in the power to dispose of ex officio evidence, which is an exception in the adversarial accusatory system, Rather, this duty is inherent to every judge, so the relationship of this duty of judicial clarification against the adversarial accusatory system is a relationship of harmony and common purpose and not a relationship of opposition, as has been sustained when criticizing the ex officio test. as a breach of judicial impartiality.

Key words: judge, impartiality, ex officio evidence, procedural truth

RECIBIDO: 17/05/2022

REVISADO: 10/06/2022

APROBADO: 30/06/2022

FINANCIAMIENTO: Autofinanciado

1. Introducción

En el sistema acusatorio con tendencia y rasgos adversariales compete a los sujetos procesales, llámense Ministerio Público, acusado, parte civil o tercero civil, probar sus pretensiones mediante los diversos medios de prueba en el juicio oral, que es la etapa estelar de este nuevo sistema de enjuiciamiento criminal vigente en nuestro país desde julio del 2006. El juez, es un tercero e imparcial, destinatario de información brindada por los sujetos procesales; es quien luego del debate correspondiente, emitirá sentencia, ya sea absolutoria o condenatoria. Sin embargo, puede fluir en el debate oral, un aspecto que deba ser aclarado a fin de poder formar convicción en el juez, por lo que, muy excepcionalmente, se permite la incorporación de medios de prueba ordenados por el mismo juez que son llamados, pruebas de oficio. Estos medios probatorios son actuados en el debate oral, no para reforzar la posición de una determinada parte, es decir, la posición absolutoria o condenatoria, sino para aclarar una duda que ha fluido del debate a raíz de la distinta contradicción de los medios probatorios ofrecidas por las partes.

En ese sentido, ya que el deber de esclarecimiento judicial ha sido establecido por el Supremo Tribunal de la República, el objetivo del presente trabajo es establecer si aquel deber de esclarecimiento judicial se agota solo en la institución de la prueba ofrecida por los magistrados o si, por el contrario, es un deber inherente del juez y que debe ser cumplido en todos los procesos a fin de procurarse la verdad procesal, y de ser así cuáles serían sus límites y alcances.

2. El juez como órgano de administrar justicia: deberes judiciales

El juez es considerado un funcionario público encargado de la correcta administración de justicia sobre la base de lo establecido por la Constitución Política y la ley, por ello goza de credibilidad social, lo cual conduce a deshacerse de cualquier interés particular —*imparcialidad subjetiva*— o influencia externa —*imparcialidad objetiva*.

En ese sentido, la propia Ley del Poder Judicial-TUO ordenado mediante D.S. n.º 017-93-JUS- y la Ley de la Carrera Judicial —Ley n.º 29277— le conminan a los magistrados la observación de una serie de obligaciones y prerrogativas, además de sanciones en el ejercicio de sus funciones.

Específicamente, la Ley n.º 29277 establece en su art. I: «Los jueces ejercen sus funciones jurisdiccionales con imparcialidad, sujetos únicamente a la Constitución y a la ley».

Igualmente, en el inciso 1 del art. 34 del referido cuerpo normativo, se establece que es deber de los jueces: «impartir justicia con independencia, prontitud, imparcialidad, razonabilidad y respeto al debido proceso».

3. La independencia e imparcialidad judicial

El art. I del Título Preliminar de la Ley n.º 29277, establece el Principio de Independencia e Imparcialidad de la función jurisdiccional, subrayando que los jueces administran justicia con independencia e imparcialidad sujetos, únicamente a la Constitución y a la Ley.

Asimismo, el inciso 2 del art. 139 de la Constitución Política del Perú consagra la independencia en la actividad jurisdiccional:

Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución.

El Supremo Interprete de la Constitución ha conceptualizado a la independencia judicial como aquella capacidad para proceder a la declaración del derecho, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, dentro de los marcos que fijan la Constitución y la Ley.¹

Por otra parte, la imparcialidad judicial, aunada al principio de independencia funcional, obliga a determinadas exigencias dentro del proceso, definidas como la independencia del juez frente a las partes y al proceso mismo, lo cual se entiende como la *imparcialidad subjetiva*, que es algún interés que tenga el juez con el caso en estudio y la *imparcialidad objetiva*, referida a la carga negativa que pueda tener en el juez circunstancias externas, quitándole imparcialidad, es decir, si el sistema no ofrece suficientes seguros para desterrar cualquier duda razonable.

Un requisito para la protección de la Constitución dentro del marco de una democracia es que los magistrados judiciales sean independientes. Así, el juez puede tener éxito solo si el público confía en que las cortes, aunque a veces proceden de forma equivocada, actúan de manera totalmente independiente. Por otra parte, la independencia de los magistrados del Poder Judicial significa que, al juzgar, el juez no está sujeto a nada más que a la ley y a la Constitución. La Ley es el único norte que tiene el magistrado judicial. Desde el momento en el que se le asigna a una persona como magistrado, este funcionario debe actuar de manera independiente a todo lo demás.

La independencia, en su versión constitucional, no es otra cosa que la ausencia de atadura del magistrado judicial con los designios de otro

1 STC n.º 0033-2003-AI/TC.

magistrado o persona en el ejercicio de su función jurisdiccional. Asimismo, se expresa también como la imposibilidad de que los fallos sean revisados, a excepción de que lo sean en virtud de un recurso impugnatorio mediante los medios que legalmente se hayan podido prever. En ese sentido, el Tribunal ha declarado que la independencia judicial debe ser entendida como aquella facultad de autodeterminación para proceder a la declaración de lo ordenado por la ley, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, dentro de los marcos que fijan la Constitución y la Ley. La independencia judicial exige que el Congreso adopte las medidas adecuadas, a fin de que el Poder Judicial administren justicia con estricto apego a la Ley y a la Constitución, sin que sea posible la influencia de extraños al momento de administrar justicia en cada caso.

4. El derecho al debido proceso

El *due process of law* es el conjunto de formas vitales que deben tenerse en cuenta en cualquier procedimiento, para asegurar o defender los derechos y libertades de toda persona, sea o no acusada de cometer un delito. Preliminarmente diremos que el *due process in law* está previsto expresamente en el inciso 3 del art. 139 de la carta magna peruana y establece que la observancia al debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva son principios de la función jurisdiccional.

Como consecuencia de lo afirmado, nadie puede ser desviado de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de lo previamente establecido, ni ser juzgada por instancias de excepción, ni por comisiones especiales creadas a tal efecto, cualquiera sea su denominación.

Esto significa que toda persona tiene derecho a un proceso justo y equitativo en el que se respeten los derechos y las garantías que la ley le provea; la instrucción o investigación debe ser dirigida por el fiscal, quien, al término de la misma, debe requerir acusación fundamentada, a partir de la cual, luego del proceso penal, público, contradictorio y oral, se emite sentencia.

El debido proceso está compuesto por el conjunto de garantías procesales, que se deben tomar en cuenta desde la etapa de las diligencias preliminares hasta la debida ejecución de la sentencia. Se entiende que el poder punitivo del Estado debe tomar en consideración los derechos de los acusados en sus diferentes etapas.

En los procesos, de cualquier especialidad que merezca la tutela efectiva, se debe contar con las mínimas garantías para poder tramitarse un verdadero proceso inmaculado, es decir, las partes deben tener la plena convicción de que su litis —a pesar de que tenga un resultado contrario a sus expectativas— ha sido tramitada conforme a ley en el Poder Judicial.

Esto implica que todo ciudadano inmerso en una investigación criminal debe contar con la certeza de que la misma se llevará a cabo con absoluta disciplina judicial, es decir, sin ningún interés subalterno de los jueces que no sea el del impartir justicia ciega, por cuanto cualquier atisbo de corrupción viciaría el normal desarrollo del proceso judicial.

El *due process in law* —debido proceso— consta de un número de garantías, las cuales deben respetarse en todo el proceso penal; pues las garantías procesales que se encuentran inmersas en los derechos fundamentales de las personas, comprenden, entre otras, la presunción de inocencia, el derecho al juez predeterminado por la ley, el derecho a elegir un abogado defensor, la prohibición de la autoincriminación, a ser juzgado sin dilaciones indebidas, el derecho a recurrir, a la debida motivación de las resoluciones judiciales, el derecho a la pluralidad de instancias, y el derecho a no ser penado sin proceso judicial. Por lo tanto, el *due process in law* —debido proceso— es un principio del derecho, que establece que el Estado tiene el deber de respetar los derechos que la ley reconoce a cada persona.

En consecuencia, el *due process in law* —debido proceso— es el principio que establece que toda persona tenga garantías mínimas para el resultado de una litis en forma transparente, toda vez que el investigado tiene derecho a nombrar a un abogado de su libre elección y si no tiene se le nombrará un defensor público, y luego será oído por el magistrado encargado o también puede ejercer su derecho fundamental a guardar silencio.

Dentro de esa idea, se ha verificado que, en los llamados casos mediáticos, más de un abogado defensor ha solicitado al órgano jurisdiccional el respeto al debido proceso por la supuesta vulneración de un derecho o garantía procesal, lo cual se debe remediar de acuerdo al caso tramitado.

Evidentemente, para sostener la agresión de la garantía constitucional del debido proceso, se deben presentar los medios probatorios para que el magistrado pueda resolver, ya sea en sede constitucional u ordinaria. Si bien el debido proceso es un principio constitucional, no se debe abusar de dicha prerrogativa, por cuanto es común que algunos abogados al perder el proceso alegan su transgresión y acuden en *habeas corpus* sin reflexionar adecuadamente.

5. El derecho a la prueba

El derecho a la prueba es uno de los componentes formales del derecho al debido proceso y así lo ha establecido el Supremo Intérprete al decir que «el derecho a probar tiene protección constitucional, pues se trata de un contenido implícito del derecho al debido proceso», reconocido en el inciso 3 del artículo 139 de la carta magna.

El derecho a probar es uno de derechos contenidos en la tutela procesal efectiva, pues, como ya lo ha señalado el Supremo Intérprete en la sentencia del Expediente n.º 010-2002-AI/TC, constituye un elemento implícito de tal derecho.

Como todo derecho fundamental, el derecho a probar también se encuentra sujeto a limitaciones, por cuanto el mismo debe ser concordado prácticamente con otros derechos fundamentales, así como de la propia naturaleza del derecho en cuestión.

En consecuencia, el derecho a probar se encuentra vinculado a determinados principios, como el que señala que su ejercicio se realice de conformidad con los valores de pertinencia, utilidad, oportunidad y licitud, los cuales constituyen directrices que permiten que la actividad probatoria sea realizada de la mejor manera por parte del magistrado como director del proceso.

No obstante lo expuesto, de ninguna manera se debe entender que no puedan fijarse otra clase de límites, derivados esta vez de la necesidad de concordar su ejercicio con otros derechos fundamentales, siempre que con ellos no se afecte su contenido esencial o, en su caso, los principios de razonabilidad y proporcionalidad. En todo caso, la posibilidad de justificar válidamente estos otros límites debe fundamentarse en la tarea de proteger otros derechos fundamentales y bienes de la misma clase de aquel que se limita.

San Martín Castro (1999) considera que

en cuanto se trata de un derecho fundamental, destinado a la protección de todos aquellos que acuden al órgano jurisdiccional en defensa de sus derechos e intereses legítimos, la ley ordinaria no puede impedir la actuación de medios de prueba sustanciales para la defensa, ni priorizar otros intereses o bienes jurídicos, que no tengan expresa relevancia constitucional o igual nivel.

6. La sentencia penal y la verdad procesal

Son obligaciones atribuidas al juez, orientar y dirigir el proceso con imparcialidad para alcanzar la verdad y la justicia a través de la sentencia penal. Esta idea concebida orienta el objetivo de la investigación, en el sentido de lograr la reconstrucción de la verdad frente a la prohibición del ofrecimiento de pruebas de oficio. Como resultado, se estableció la idea de la pasividad del juez en el sistema acusatorio adversarial, apoyado en el deber que tiene el magistrado de formar su convicción sobre la base de la prueba actuada en el debate contradictorio.

Frente a esta posición, en la doctrina se ha generado litis, sosteniéndose que con la prohibición absoluta se vulnera el principio de efectividad de la justicia material, y la obligación estatal de establecer la verdad real en el proceso. Se concluye, que la reconstrucción de la verdad para llegar a la justicia es un problema filosófico sin resolver dentro del debate procesal penal.

La función probatoria tiene como fin que el magistrado llegue a conocer la verdad de la imputación dirigida contra el acusado. Debe advertirse que en el proceso penal la verdad no equivale a la perfecta correspondencia entre la realidad y la imputación criminal; el proceso penal, como toda obra humana, es limitado e imperfecto; en este solamente se alcanza la llamada verdad judicial o también llamada verdad procesal. En ese sentido, la verdad judicial o procesal es normativa porque se construye sobre la base de reglas que disciplinan la operación probatoria del magistrado encargado de dirigir el proceso.

7. La prueba de oficio y el deber de esclarecimiento judicial

Una de las finalidades del proceso penal es inquirir, averiguar, investigar y rebuscar la verdad de los hechos delictivos. En esta tarea, la actividad probatoria resulta ser determinante para decidir si estos hechos han acaecido o no, y si realmente puede ser imputable a determinada persona, denominada imputado. A través de esta perspectiva probatoria, el estudio de la denominada prueba excepcional o prueba de oficio, es decir, aquella prueba actuada en la etapa de juzgamiento (al concluir la actividad probatoria), a solicitud de las partes o por decisión del juez. En el Perú, esta posibilidad está prevista en el artículo 385 del Código Procesal Penal, el mismo que es genérico al regular esta forma de ofrecer prueba.

En ese sentido, el deber de esclarecimiento judicial ha sido materia de pronunciamiento por parte de nuestro Alto Supremo Tribunal, en los siguientes fallos:

- ▶ «El deber de esclarecimiento exige que se disponga que la agraviada y testigo sean conducidos por la fuerza a declarar en juicio». (R. N. n.º 1582-2019-Lima Este)
- ▶ «El Tribunal debe convocar al juicio oral a todos los medios de prueba necesarios y pertinentes en virtud del deber de esclarecimiento judicial». (R. N. n.º 544-2019-Ancash)
- ▶ «El deber de esclarecimiento no se cumplió debido a que el CD que contenía información relevante no fue escuchado ni constatado». (R. N. n.º 584-2019-Lima Sur)

8. Materiales y métodos

El presente trabajo se realizó sobre la base de diversas experiencias en la labor como magistrado del Poder Judicial, desde el año 2012 hasta el año 2021, en el distrito judicial del Callao, específicamente, en el área penal a cargo de juzgamiento por la comisión de hechos criminales.

El diseño fue sobre casos reales en los cuales nuestro Alto Tribunal Supremo recomienda que los jueces agoten este deber de esclarecimiento judicial, a fin de procurar establecer la verdad procesal.

La población es en todo el Perú por cuanto nuestro Alto Tribunal Supremo tiene jurisdicción nacional.

9. Resultados

Como producto de este trabajo se pudo comprobar la labor del Alto Tribunal Supremo, el cual recomendó y exhortó a todos los jueces agotar el deber de esclarecimiento judicial por encima del deber de probar que tienen los sujetos procesales. Este deber de esclarecimiento es inherente a la labor de magistrado, siendo irrelevante la especialidad en la cual se desempeñan.

Este deber de esclarecimiento judicial es un deber inherente a todo magistrado, según lo ha establecido por el Alto Tribunal Supremo, y si es que no se ha agotado, merítua la nulidad de una sentencia, sea esta absolutoria o condenatoria, lo cual comprueba la hipótesis del presente trabajo.

Los resultados se van a presentar en párrafos extraídos de diversas jurisprudencias del Alto Tribunal Supremo, así como de textos de consulta, los mismos que forman parte del presente trabajo como las signadas con los números: R. N. n.º 1582-2019-Lima Este, R. N. n.º 544-2019-Ancash y R. N. n.º 584-2019-Lima Sur.

10. Discusión

El deber de esclarecimiento judicial no solo es de los jueces en materia penal, sino que compete a todos los magistrados de la República.

En virtud de este deber, los jueces al momento de buscar la verdad procesal deben instar a los sujetos procesales a fundamentar debidamente sus pretensiones y, si esto es insuficiente, disponer la utilización de pruebas de oficio.

Esto lo hemos encontrado en diversas jurisprudencias del Alto Tribunal Supremo, cuando declaran nula las sentencias emitidas por haber faltado a este deber de esclarecimiento judicial.

Se recomienda que los jueces, por ser destinatarios de la labor de administrar justicia, sean más incisivos al momento de resolver un conflicto jurídico llevado ante su despacho, claro está sin suplir la acción probatoria de las partes.

En efecto, el deber de esclarecimiento judicial no solo es disponer la utilización de la prueba de oficio, sino también procurar que las pruebas ofrecidas por las partes actúen; por ejemplo, constituye un deber de esclarecimiento disponer la exhibición y visualización de la entrevista en cámara Gesell en un caso de agresión sexual o también la presentación de un testigo ofrecido por una de las partes citándolo con los apercibimientos de ley y hacerlos efectivos en caso de inconcurrencia.

Queda por descubrir si esto también se ha dado en sentencias emitidas en otras materias distintas al penal.

11. Conclusiones

- a) El juez es un funcionario público encargado de administrar justicia, según el mandato conferido por el pueblo, de acuerdo con lo previsto por la Constitución Política del Perú y demás normas inferiores.
- b) El juez es mandatario de diversos deberes judiciales, entre los cuales podemos mencionar el deber de independencia e imparcialidad, que le impide abdicar su función en virtud de presiones internas y externas y de fallar con criterio jurisdiccional sobre las pruebas actuadas en el correspondiente juicio oral.
- c) El sistema acusatorio adversarial, vigente en el Perú desde el año 2006, establece y define las actuaciones de los sujetos procesales, llámese Ministerio Público encargado de la investigación y presentación de la acusación contra el imputado; la defensa del mismo a través del abogado defensor; la parte civil que tiene como objeto procurar la reparación civil. Todos ellos gozan de las mismas facultades y prerrogativas, así como deberes, entre los cuales se puede mencionar sustentar sus pretensiones a través de los diversos medios probatorios. En este escenario, el juez solo es destinatario de la información y falla sobre la actuación de la prueba actuada y ofrecida por las partes.
- d) Excepcionalmente, se prevé, en el Código del 2004, la posibilidad de la actuación de la prueba de oficio, que es la prueba aportada por el juez. Es cuestionable esta posibilidad, por cuanto se menciona que con aquella el juez pierde su imparcialidad; sin embargo, se concluye que aquella es solo una muestra del deber de esclarecimiento judicial que es inherente a todo magistrado.

- e) Como se ha podido concluir, el deber de esclarecimiento judicial es el que tiene que cumplir todo juez, a fin de poder reconstruir la verdad procesal, y de esta forma administrar justicia, siendo la prueba de oficio solo una muestra de este deber, por lo que la relación entre el deber de esclarecimiento judicial y el sistema acusatorio adversarial es una relación de sincronización y entendimiento tendiente a averiguar la verdad procesal y alcanzar el ideal de justicia.

Referencias

- Alfaro, L. (2016). La motivación y la prueba de oficio: racionalidad de la iniciativa probatoria del juez. *Revista De La Maestría En Derecho Procesal*, 6(1). <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoprocesal/article/view/58-92>
- Briceño, N. Análisis del principio de imparcialidad en la actuación de la prueba de oficio en el Proceso Penal Peruano. [Tesis para Licenciatura en Derecho, Universidad César Vallejo]. <https://hdl.handle.net/20.500.12692/66631>
- Ascencios, P. (2021). La prueba de oficio y su relación con las garantías constitucionales en el proceso penal peruano. [Tesis para licenciatura en Derecho, Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo]. <http://repositorio.unasam.edu.pe/handle/UNASAM/4455>
- Camones, D. La actuación de pruebas de oficio y la vulneración del principio de imparcialidad en el Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial de Huaraz año 2018. [Tesis para licenciatura en Derecho, Universidad César Vallejo]. <https://hdl.handle.net/20.500.12692/27788>
- Carhuapoma, E. (2019). Implicancias Jurídicas de la Facultad del Juez de Incorporar Pruebas de Oficio. Sobre el Principio Dispositivo en el Proceso Civil. <http://tesis.ucsm.edu.pe/repositorio/handle/UCSM/9002>
- Córdova, V. (2019). Análisis de la actividad probatoria de oficio en el proceso penal: a propósito del principio de imparcialidad judicial. [Tesis para optar el título de Abogado, Universidad de Piura]
- Cueva, L. (2013). El debido proceso. http://biblioteca.unach.edu.ec/opac_css/index.php?lvl=notice_display&id=11733
- Ku, D. (2021). La prueba de oficio frente al sistema acusatorio en el nuevo código procesal penal. [Tesis de bachiller, Universidad Cesar Vallejo]. <https://hdl.handle.net/20.500.12692/66186>
- Landa, C. (2001) El derecho fundamental al debido proceso y a la tutela jurisdiccional. *Pensamiento Constitucional*. VIII(8), 445-461 <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/3287/3129>

- Loayza, C. A. (2015). La prueba de oficio como manifestación del derecho a la tutela procesal efectiva en el proceso penal. [Tesis de licenciatura, Universidad Privada del Norte] Repositorio de la Universidad Privada del Norte. <http://hdl.handle.net/11537/7990>
- Merma, Y. (2021). Condiciones de la prueba de oficio para su admisión y actuación en la etapa de juzgamiento del proceso penal. [Tesis doctoral, San Antonio Abad del Cuzco]. <http://hdl.handle.net/20.500.12918/5692>.
- Nolasco, J. (2012). El Juez Penal. Principios, deberes y estándares probatorios en la decisión judicial. ARA Editores.
- Patiño García, J., Ospina Herrera, G., y Molina Ariza, I. (2017). Aproximaciones legales y jurisprudenciales a la prueba de oficio, en el procedimiento penal adversarial con tendencia acusatoria en el ordenamiento colombiano. *Dos Mil Tres Mil*, (19), 161-178. <https://doi.org/10.35707/dostresmil/1908>
- Pérez Pinzón, A. (2006). El juez penal, juicio oral y pruebas de oficio. (1.^a Ed.) Universidad Externado de Colombia.
- R. N. n.º 544-2019-Ancash.
- R. N. n.º 584-2019-Lima Sur
- R. N. n.º 1582-2019-Lima Este
- San Martín, C. (1999). *Derecho Procesal Penal*. (Vol. I). Grijley.
- San Martín, C. (2016). *Derecho Procesal Penal*. Grijley.



ACADEMIA DE
LA MAGISTRATURA

REVISTA DE INVESTIGACIÓN DE LA ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA

Vol. 4, n.º 6, enero-junio, 2022
Publicación semestral. Lima, Perú.
ISSN: 2707-4056 (en línea)
DOI: 10.58581/rev.amag.2022.v4n6

La edición y la corrección de textos de este número de la revista
estuvo a cargo de Naffis Roque Roca; y
el diseño y la diagramación, Luis Enrique Vega Quiroz
y Margot Rivas Barzola.

La producción digital de la Revista de Investigación de la Academia de la
Magistratura finalizó en junio de 2022.