



PODER JUDICIAL DEL PERÚ
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE HUÁNUCO

IUS VOCATIO

REVISTA DE INVESTIGACIÓN DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE HUÁNUCO

ISSN: 2810-8043 (En línea)

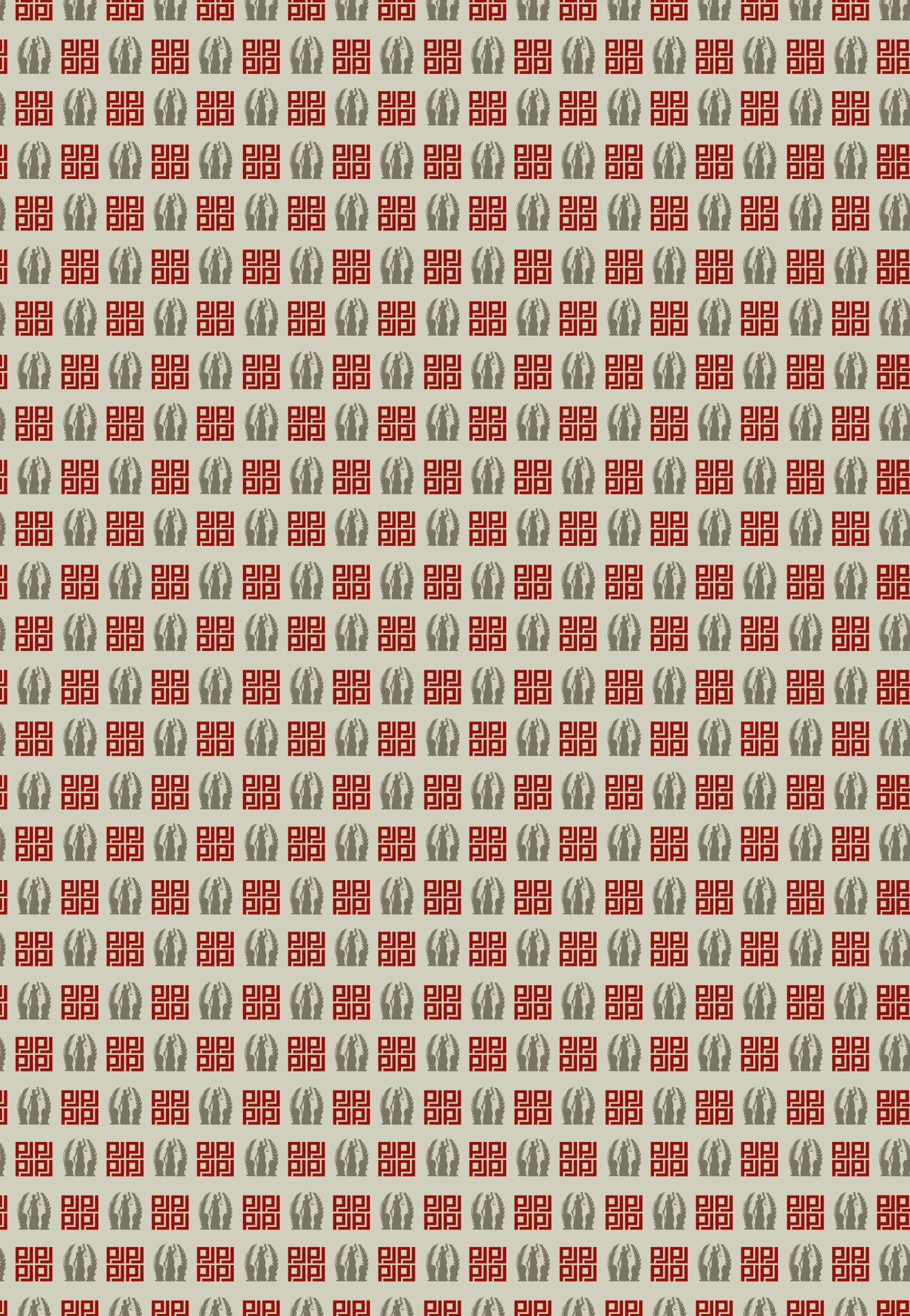
DOI: 10.35292/iusVocatio.v4i4

Vol. 4, n.º 4, enero-diciembre, 2021

Publicación anual. Huánuco, Perú

4







PODER JUDICIAL DEL PERÚ
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE HUÁNUCO

IUS VOCATIO

REVISTA DE INVESTIGACIÓN DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE HUÁNUCO

Vol. 4, n.º 4, enero-diciembre, 2021
Publicación anual. Huánuco, Perú
ISSN: 2810-8043 (En línea)
DOI: 10.35292/iusVocatio.v4i4

PRESIDENTE

ELMER RICHARD NINAQUISPE CHÁVEZ
Corte Superior de Justicia de Huánuco
Huánuco, Perú
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-7569-8410>
E-mail: eninaquispe@pj.gob.pe

DIRECTOR

ELOY CUPE CALCINA
Corte Superior de Justicia de Huánuco
Huánuco, Perú
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-4532-0326>
E-mail: ecupec@pj.gob.pe

EDITORA EN JEFE

GLADYS FLORES HEREDIA
Fondo Editorial del Poder Judicial del Perú
Lima, Perú
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-7515-6905>
E-mail: gfloreshe@pj.gob.pe

COMITÉ EDITORIAL

BRUNO ALBERTO NOVOA CAMPOS
Centro de Investigaciones Judiciales del Poder Judicial del Perú
Lima, Perú
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-9303-3845>
E-mail: bnovoac@pj.gob.pe

LORENA PAOLA SANDOVAL HUERTAS
Corte Superior de Justicia de Huánuco
Huánuco, Perú
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-2496-888X>
E-mail: lsandoval@pj.gob.pe

ROBERTO LEDESMA RODRÍGUEZ
Corte Superior de Justicia de Huánuco
Huánuco, Perú
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-4314-0583>
E-mail: rledesmar@pj.gob.pe

CONSEJO CONSULTIVO

JOSÉ LUIS MANDUJANO RUBÍN
Universidad Nacional Hermilio Valdizán
Huánuco, Perú
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-5905-3965>
E-mail: josemandujano@unheval.edu.pe

MIGUEL RAFAEL PÉREZ ARROYO
Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales
Lima, Perú
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-6686-1001>
E-mail: mparroyo@inpeccp.org

Fernando Eduardo Corcino Barrueta
Universidad de Huánuco
Huánuco, Perú
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-0296-4033>
E-mail: fernando.corcino@udh.edu.pe

Fernando Soto Palomino
Universidad Nacional Hermilio Valdizán
Huánuco, Perú
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-2098-417X>
E-mail: fsotop@unheval.edu.pe

ROBERTO CASTILLO VELARDE
Ministerio Público, Fiscalía de la Nación
Huánuco, Perú
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-8884-689X>
E-mail: rocastillodj@mpfn.gob.pe

ANA MARÍA CHÁVEZ MATOS
Ministerio Público, Fiscalía de la Nación
Huánuco, Perú
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-6213-9268>
E-mail: achavezdj@mpfn.gob.pe

MARIANO RODOLFO VALDIVIA VALDARRAGO
Ministerio Público, Fiscalía de la Nación
Huánuco, Perú
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-2408-0346>
E-mail: mvaldiviavdj@mpfn.gob.pe

MIGUEL ÁNGEL MALPARTIDA MENDOZA
Ministerio Público, Fiscalía de la Nación
Huánuco, Perú
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-1555-1599>
E-mail: mimalpartidadj@mpfn.gob.pe

RODOLFO VEGA BILLÁN
Ministerio Público, Fiscalía de la Nación
Huánuco, Perú
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-7296-6803>
E-mail: rvegadj@mpfn.gob.pe

EQUIPO TÉCNICO

Gloria Pajuelo Milla (correctora), Ketty Karina Montaldo Zevallos (asistente de edición), Yuri Tornero Cruzatt (traductor), Rodolfo Loyola Mejía (diseñador), Miguel Condori Mamani (diagramador), Erik Almonte Ruiz y Joel Alhuay Quispe (gestores de información y publicación OJS).

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú n.º 2021-10582.

© CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE HUÁNUCO
Jr. Dos de Mayo n.º 1191, Plaza de Armas, Huánuco, Perú
Teléfono: (62) 591030

© PODER JUDICIAL DEL PERÚ
Fondo Editorial del Poder Judicial
Av. Paseo de la República cuadra 2 s/n, Lima, Perú
Palacio Nacional de Justicia, 4.º piso, oficina 421
Teléfono: (511) 410-1010, anexo: 11260
E-mail: fondoeditorial@pj.gob.pe

Dirección postal
Jr. Dos de Mayo n.º 1191, Plaza de Armas, Huánuco, Perú
E-mail: cortesuperiordejusticiadehuanuco@pj.gob.pe

La revista no se responsabiliza de las opiniones vertidas por los autores
en sus trabajos.

INDIZACIONES

Latindex 2.0
BASE
LatinREV
Crossref
Google Scholar

LICENCIA



Ius Vocatio.
Revista de Investigación de la Corte Superior de Justicia de Huánuco
se encuentra bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0
International License (CC BY 4.0).



Ius Vocatio. Revista de Investigación de la Corte Superior de Justicia de Huánuco es una publicación de periodicidad anual, cuyo objetivo principal es la divulgación de artículos inéditos que son el resultado de estudios e investigaciones sobre temas jurídicos y de administración de justicia, con especial énfasis en la casuística resuelta en el Distrito Judicial de Huánuco. Los artículos son arbitrados de manera anónima por especialistas externos a la institución, quienes toman en cuenta los siguientes criterios de evaluación: originalidad, aporte del trabajo, actualidad y contribución al conocimiento jurídico. La revista se reserva el derecho de publicación y, en caso de que acepte los artículos presentados, podrá realizar las correcciones de estilo y demás adecuaciones necesarias para cumplir con las exigencias de la publicación.

Ius Vocatio recibe colaboraciones de los jueces y los servidores de la Corte Superior de Justicia de Huánuco y los investigadores del derecho y la justicia en este distrito judicial, pero también de los jueces y los investigadores nacionales y extranjeros. La presente publicación está dirigida a los magistrados y los servidores del Poder Judicial, los investigadores, los docentes universitarios, los estudiantes y el público interesado en las cuestiones propias de la reflexión académica, el trabajo crítico y la investigación jurídica.



Ius Vocatio. Revista de Investigación de la Corte Superior de Justicia de Huánuco [Research Gazette of the Superior Court of Justice of Huánuco], published every year, has the principal objective to disseminate unreleased articles about legal topics and justice administration problems, all this with emphasis on the casuistry that occurs in the Judicial District of Huánuco. The articles are then made anonymous and they are reviewed by external referees, who take into account the following evaluation criteria: originality, topicality and relevant contribution to legal knowledge. The journal reserves the right to publish or not an article. After this selection, it can make style corrections and other necessary adjustment required.

Ius Vocatio receives the collaboration of all the judges of the Superior Court of Justice of Huánuco, as well as the works of national and foreign judges, lawyers and other legal professional researchers. This publication is aimed at judges, researchers, university teachers, professors, students and a public interested in academic thinking, critical work and issues related to legal matters.



PODER JUDICIAL DEL PERÚ
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE HUÁNUCO

IUS VOCATIO

REVISTA DE INVESTIGACIÓN DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE HUÁNUCO

Vol. 4, n.º 4, enero-diciembre, 2021
Publicación anual. Huánuco, Perú
ISSN: 2810-8043 (En línea)
DOI: 10.35292/iusVocatio.v4i4

CONTENIDOS

- Presentación
11 ELOY MARCELO CUPE CALCINA

ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN

- Presupuestos de aplicación del principio de humanidad en la
determinación judicial de la pena
15 ELOY MARCELO CUPE CALCINA
- Principios jurídicos para el diseño de una política criminal
contra la corrupción en el Estado constitucional de derecho
39 JEREMÍAS ROJAS VELÁSQUEZ
- Las audiencias virtuales en los procesos penales durante el
estado de emergencia nacional
55 ABRAHAM DE JESÚS LIMAYLLA TORRES

La custodia compartida en las relaciones familiares en
conflicto

73 ANA CECILIA GARAY MOLINA

Análisis de las modificaciones normativas y jurisprudenciales
del delito de omisión de asistencia familiar

99 ÁNGEL GÓMEZ VARGAS

El razonamiento indiciario para probar los estados mentales.
La realidad psicológica del dolo a través de indicios

119 DAVID ROSARIO MENDIGURI PERALTA

137 **NORMAS PARA AUTORES**

151 **GUIDELINES FOR AUTHORS**



IUS VOCATIO

REVISTA DE INVESTIGACIÓN DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE HUÁNUCO

Vol. 4, n.º 4, enero-diciembre, 2021, 11-12

Publicación anual. Huánuco, Perú

ISSN: 2810-8043 (En línea)

DOI: 10.35292/iusVocatio.v4i4.553

PRESENTACIÓN

Nos complace presentar el cuarto número de *Ius Vocatio. Revista de Investigación de la Corte Superior de Justicia de Huánuco*, un órgano intelectual que, a lo largo de estos cuatro años, no ha detenido su continuidad ni mermado su calidad académica y rigurosa, a pesar de las dificultades contextuales que la Corte Superior de Justicia de Huánuco, el Poder Judicial y el país, en general, han enfrentado, especialmente en este 2021, segundo año en que la pandemia por la COVID-19 azota sin clemencia a nuestras familias. Sin embargo, nuestro compromiso profesional nos ha impulsado a desempeñar con eficiencia nuestras funciones en la judicatura y, sobre todo, en esta noble misión de difundir los trabajos académicos de nuestros servidores judiciales, promoviendo la investigación en los distintos ámbitos del derecho.

En la presente edición, hemos publicado artículos que versan sobre los siguientes temas: los presupuestos de aplicación del principio de humanidad en la determinación judicial de la pena; los principios jurídicos para el diseño de una política criminal contra la corrupción en el Estado constitucional de derecho; las audiencias virtuales en los procesos penales durante el estado de emergencia; la custodia compartida en las relaciones familiares en conflicto; las modificaciones normativas y jurisprudenciales del delito de omisión de asistencia familiar, y el razonamiento indiciario para probar los estados mentales.

Sinceramente, esperamos que los servidores judiciales de todas las Cortes de nuestro país, así como los docentes y los estudiantes de Derecho, encuentren en este cuarto número de *Ius Vocatio* artículos serios y útiles que impulsen el espíritu crítico y académico.

Por último, invitamos a los magistrados, los servidores judiciales y los abogados de nuestro Distrito Judicial a participar en este loable esfuerzo académico para socializar la producción intelectual de la Corte Superior de Justicia de Huánuco.

ELOY MARCELO CUPE CALCINA
Presidente de la Comisión de Capacitación
del Distrito Judicial de Huánuco
Corte Superior de Justicia de Huánuco

ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN





IUS VOCATIO

REVISTA DE INVESTIGACIÓN DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE HUÁNUCO

Vol. 4, n.º 4, enero-diciembre, 2021, 15-37

Publicación anual. Huánuco, Perú

ISSN: 2810-8043 (En línea)

DOI: 10.35292/iusVocatio.v4i4.541

PRESUPUESTOS DE APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE HUMANIDAD EN LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA

REQUIREMENTS FOR THE APPLICATION OF THE PRINCIPLE OF HUMANITY IN THE JUDICIAL DETERMINATION OF PUNISHMENT

ELOY MARCELO CUPE CALCINA
Corte Superior de Justicia de Huánuco
(Huánuco, Perú)
Contacto: ecupec@pj.gob.pe
<https://orcid.org/0000-0003-4532-0326>

RESUMEN

El principio de humanidad deriva directamente de la dignidad de la persona, por lo que sustenta la aplicación de otros principios y características en casos extremos o excepcionales no regulados expresamente o regulados de modo limitado o deficiente; ello debido a la necesidad de justicia. En suma, posibilita rebajar la pena privativa de libertad más allá de lo legalmente permitido.

Palabras clave: dignidad; humanidad; principio; pena.

ABSTRACT

The principle of humanity derives directly from the dignity of the person. This principle supports the application of other principles and adds other characteristics in extreme or exceptional cases that are not expressly regulated or are regulated, but in a limited or deficient manner. This application is given in this way due to the need for justice. In conclusion, it makes it possible to reduce the custodial sentence beyond what is legally permitted.

KEY WORDS: dignity; humanity; principle; punishment.

Recibido: 15/04/2021

Aceptado: 30/07/2021

1. INTRODUCCIÓN

Existen procesos penales en los que el juez considera injusta la pena concreta final establecida conforme con la gravedad del hecho, la personalidad del agente y mediante el procedimiento legal, en atención de las características especiales del caso; por ello, opta por disminuir la pena, incluso por debajo del mínimo legal establecido, invocando el denominado «principio de humanidad».

Sin embargo, en la práctica judicial, en las Cortes Superiores de Justicia, no se desarrolla el contenido específico del principio de humanidad ni se fundamentan las razones por las que su aplicación legitima una rebaja de la pena incluso por debajo del mínimo legal; asimismo, en el Recurso de Nulidad n.º 88-2019, del 20 de enero de 2019, la Corte Suprema de Justicia de la República ha dispuesto que el principio de humanidad no puede tomarse como causal de disminución de punibilidad.

2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

En el presente trabajo nos proponemos exponer el contenido específico del principio de humanidad y el sustento que legitima su aplicación, respondiendo a las siguientes preguntas: ¿es posible rebajar la pena en aplicación del principio de humanidad? Y, si la respuesta fuera afirmativa, ¿en qué supuestos sería posible dicha rebaja?

3. LOS PRINCIPIOS DE DIGNIDAD Y HUMANIDAD

Según Felipe Villavicencio (2016): «La dignidad del individuo es el límite material que debe respetar un Estado democrático, “lo que va fijando topes a la dureza de las penas y agudizando la sensibilidad por el daño que causa a quienes la sufren [...]”» (pp. 108-109).

En el artículo 1 de nuestra Constitución Política se establece como fin supremo de la sociedad y del Estado la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad; dicho reconocimiento, al concentrarse en el ser humano, legitima la actuación jurídica del Estado y el derecho penal.

De otro lado, en una sentencia del Tribunal Constitucional (2007) se ha dispuesto lo siguiente:

la dignidad de la persona humana constituye un valor y un principio constitucional portador de valores constitucionales que prohíbe, consiguientemente, que aquella sea un mero objeto del poder del Estado o se le dé un tratamiento instrumental. Pero la dignidad también es un *dinamo* de los derechos fundamentales; por ello es parámetro fundamental de la actividad del Estado y de la sociedad, así como la *fuerza* de los derechos fundamentales. De esta forma, la dignidad se proyecta no solo defensiva o negativamente ante las autoridades y los particulares, sino también como un principio de actuaciones positivas para el libre desarrollo de la persona y de sus derechos (fundamento 5, Expediente n.º 10087-2005-PA/TC; las cursivas provienen del original).

Su reconocimiento como fuente de los derechos fundamentales se encuentra en instrumentos internacionales sobre derechos humanos, por ejemplo, el preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en los que se establece que la libertad, la justicia y la paz mundial tienen como base el reconocimiento de la dignidad inherente a la persona humana.

Al respecto, en el Recurso de Nulidad n.º 3161-2015-Lima Norte, del 20 de abril de 2017, se ha establecido que

debe [...] tenerse en cuenta que toda persona goza del derecho a la dignidad y que esta no se vea vulnerada por cualquier motivo, así sea por una pena impuesta; pues, como ha manifestado el Tribunal Constitucional en su Sentencia n.º 01429-2002-HC, la condición digna de toda persona y el hecho de que esté restringido el derecho a la libertad como consecuencia de una sanción penal, por más abominable y execrable que haya sido el hecho que motivara su aplicación, nunca derogará el núcleo fundamental de la persona que es su dignidad (fundamento séptimo).

En ese sentido, el principio de humanidad deriva directamente del principio de dignidad y su regulación expresa se encuentra en el literal h del inciso 24 del artículo 2 de la Constitución Política, en donde se prescribe que nadie debe ser sometido a tortura o a tratos inhumanos o humillantes, y en el inciso 2 del artículo 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), el cual señala que «Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano». Dichos preceptos perfilan el contenido del citado principio, en cuanto norma que garantiza que ninguna persona sea sometida a tratos ni penas inhumanos o degradantes.

En esa línea, el reconocido investigador Borja Mapelli (2005) suscribe lo siguiente: «como apunta Quintero Olivares, detrás de todas aquellas disposiciones que pretenden salvaguardar la dignidad de la persona se encuentra el principio de humanidad» (p. 41).

Cabe señalar que la erradicación de la pena de muerte, las penas corporales, la cadena perpetua, el establecimiento de límites temporales máximos de duración de las penas y, en general, las disminuciones de las mismas responden esencialmente a razones humanitarias.

Por su parte, José Castillo (2002) explica que «El principio de humanidad y el respeto a la dignidad de la persona humana logran justificar de manera satisfactoria los postulados de *utilidad* y de *justicia* que se reflejan en la necesidad y en la proporcionalidad de la intervención penal, respectivamente» (p. 340).

4. EL PRINCIPIO DE HUMANIDAD: ESPECIFICACIONES

Como hemos anotado, el principio de humanidad se sustenta en que un sistema penal solo adquiere legitimidad si considera a la persona humana (incluso al delincuente) como un fin y un valor en sí mismos, ya que el delito es consustancial a las imperfecciones e insuficiencias de la persona, así como a su potencial capacidad de superarlas.

Castillo (2002) opina que

Una pena es humana cuando no agrava el conflicto y el drama creado por el delito, convirtiendo al autor del mismo en una nueva víctima, pero esta vez ya no de un tercero, sino del propio Estado y de la sociedad. Una pena es humana cuando no *desocializa* o no impide una reconciliación del infractor con el derecho y la sociedad, no impone males crueles en abierta desproporción con la gravedad del hecho (p. 346; las cursivas provienen del original).

El principio de humanidad tiene importantes repercusiones en las áreas ajenas a las consecuencias jurídicas del delito; sin duda, ese es su ámbito natural de actuación. En ese sentido, para José de la Cuesta (2009),

tres son las líneas principales en las que se manifiesta el contenido específico del principio de humanidad en el derecho penal:

- la prohibición de la tortura y de toda pena y trato inhumano o degradante, con sus importantes reflejos en la parte especial del derecho penal y en las consecuencias jurídicas del delito;
- la orientación resocializadora de la pena, en particular, si [es] privativa de libertad;
- la atención a las víctimas de toda infracción penal (p. 211)

Dichas líneas principales han sido reconocidas en el Recurso de Nulidad n.º 2368-2016-Lima Norte.

4.1. Proscripción de tratos crueles, inhumanos y degradantes

En el inciso 2 del artículo 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se declara que «Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o

tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano».

Ahora bien:

Una derivación del principio de humanidad, que tiene naturaleza procesal, es la proscripción de las torturas y los tratos inhumanos [art.2. 24 literal h. de la Const.], como regla de tratamiento de los ciudadanos, sobre los que recae la imputación de un delito (Castillo, 2002, p. 361).

Asimismo, según el doctor Víctor Prado Saldarriaga (2010):

Junto con el principio de legalidad, el principio de humanidad fue un importante aporte del iluminismo. Él «garantiza que las sanciones penales no sobrepasen los niveles de incidencia sobre los ciudadanos que son admisibles en el marco de las condiciones de aceptación del contrato social» (p. 124).

Por ejemplo, en el Asunto del Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2018) señaló lo siguiente:

120. En principio, y dado que es innegable que las personas privadas de libertad en el IPPSC pueden estar sufriendo una pena que les impone un sufrimiento antijurídico mucho mayor que el inherente a la mera privación de libertad, por un lado, resulta equitativo reducir su tiempo de encierro, para lo cual debe atenderse a un cálculo razonable, y por otro, esa reducción implica compensar de algún modo la pena hasta ahora sufrida en la parte antijurídica de su ejecución [...].

121. Dado que está fuera de toda duda que la degradación en curso obedece a la superpoblación del IPPSC, cuya densidad es del 200 %, o sea, que duplica su capacidad, de ello se deduciría que duplica también la inflicción antijurídica sobrante de dolor de la pena que se está ejecutando, lo que impondría que el tiempo de pena o de medida preventiva ilícita realmente sufrida se les computase a razón de dos días de pena lícita por cada día de efectiva privación de libertad en condiciones degradantes.

De esta manera, la CIDH deja en claro que el cumplimiento de la condena de privación de libertad en condiciones degradantes debe ser compensado al interno en tiempo de encierro, esto es, reduciendo la pena impuesta.

Por otra parte, en la Sentencia del 26 de mayo de 2020, recaída en el Expediente n.º 05436-2014-PHC/TC, el Tribunal Constitucional concluyó lo siguiente:

71. [...] las altas tasas de hacinamiento han llegado a niveles críticos: mientras que la capacidad de albergue en las 8 Oficinas Regionales asciende a 40 137, la población penitenciaria, a febrero de 2020, llega a 96 870; lo que significa un exceso de hasta 141 % de población reclusa en los establecimientos penitenciarios [...].

Al respecto, conviene advertir que, según la CIDH (2018), «los criterios internacionales —como el del Consejo de Europa— señalan que sobrepasar el 120 % implica sobrepoblación crítica» (considerando 78).

4.2. Resocialización

Este contenido específico encuentra sustento normativo en el inciso 22 del artículo 139 de la Constitución; en este se refiere que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad. Asimismo, en el artículo IX del título preliminar del Código Penal se señala que la pena tiene función resocializadora.

Sobre este punto, consideramos pertinente remitir a la perspectiva de Villavicencio (2016, p. 107), quien escribe que

se rechaza[n] aquellas sanciones penales que buscan mantenerse hasta la muerte de la persona. Toda consecuencia jurídica debe terminar en algún tiempo, pero nunca debe rebasar más allá de la vida del penado ni ser perpetua, ya que implicaría admitir la existencia de una persona innecesaria (citado por Cruzado, 2020, p. 49).

En esa línea, Fleming y López (2009) sostienen que, actualmente, la humanización de las penas se vincula con

la necesidad de conservar al ser humano como persona socialmente adaptable luego del cumplimiento de la sanción, lo que supone, por un lado, la proscripción de tratamientos de tipo eliminatorio, como la pena de muerte o la reclusión por tiempo indeterminado, y por el otro, el uso de metodologías que degraden al sujeto hasta llevarlo a situaciones de indefensión ante un escenario de reinserción social (p. 248)

Ahora bien, en el Recurso de Nulidad n.º 299-2017-Junín, del 18 de abril de 2018, se recalcó que la pena posee una gran utilidad para generar los efectos que busca, pues se sujeta a los límites preventivos del *ius puniendi*. En sintonía con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 10.3),

se acepta ampliamente, como corolario del principio de humanidad, la orientación resocializadora de la pena privativa de libertad, cuanto menos en su aspecto ejecutivo. Si el principio de humanidad obliga a la corresponsabilización social con el delincuente —el cual no deja de formar parte de la sociedad—, la institución penitenciaria ha de procurar, en primer término, reducir el contenido estigmatizador y separador propio de toda decisión de internamiento tras los muros de una prisión, así como aprovechar la ejecución para abrir oportunidades de superación de la desocialización [Muñoz, 1985, p. 89], asimilando en lo posible la vida de dentro a la de fuera, fomentando la comunicación del preso con el exterior y facilitando la progresiva incorporación del penado a la vida en libertad (De la Cuesta, 2009, p. 222).

En dicha ejecutoria suprema se concluye que el derecho penal moderno no pretende destruir física ni moralmente al sujeto infractor, sino que procura su reincorporación en la sociedad. En los Recursos de Nulidad n.ºs 3437-2009-Callao, 3161-2015-Lima Norte, 2089-2017-Lima y 2705-2017-Lima Norte, podemos revisar ejemplos sobre la aplicación del contenido particular de resocialización para rebajar la pena.

4.3. Atención a la víctima

En el artículo 45.c del Código Penal, se indica que el juez, al momento de fundamentar y determinar la pena, tiene en cuenta «Los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella dependan, así como la afectación de sus derechos y considerando especialmente su situación de vulnerabilidad»; así ha sido apreciado en el Recurso de Nulidad n.º 761-2018-Apurímac, del 28 de mayo de 2018, en el cual se rebajó la pena privativa de libertad del imputado, atendiendo al interés superior de sus hijos (niños) con la menor agraviada de violación sexual, quien era su pareja y con la que formaba una familia, la cual sería afectada con la imposición de la privación de libertad efectiva y grave.

No obstante, tal como se hizo en el Recurso de Nulidad n.º 2705-2017-Lima Norte, del 15 de marzo de 2018, es importante también precisar que

3.14. Si bien en salvaguarda del cumplimiento de los principios generales que rigen el derecho penal, el juzgador, al determinar la pena concreta, tiene la facultad, en circunstancias especiales que así lo ameriten, de graduar dicha pena inclusive por debajo del mínimo legal, la disminución no puede ser arbitraria; no se puede hacer prevalecer un principio en desmedro de otros.

[...]

3.17. Sin embargo, [...] resultaba pertinente la aplicación del principio de humanidad de la pena para atenuar la gravedad de la establecida para el delito que se le imputa, en procura del logro de su resocialización real y efectiva.

3.18. No obstante, una rebaja de quince años [...] colisiona con el principio de proporcionalidad que también rige la pena y que impide que esta sea tan leve que entrañe una infrapenalización de los delitos y una desvalorización de los bienes jurídicos. Se deben respetar los derechos constitucionales y humanos tanto del sujeto infractor como de la víctima [...].

En el mismo sentido, en el Recurso de Nulidad n.º 2368-2016-Lima Norte, del 21 de junio de 2017, se señaló que el principio de proporcionalidad, en relación con las penas, «ha sido enfocado como una “prohibición de

exceso” dirigida a los poderes públicos, [...] manifestación [...] recogida en el artículo VIII del título preliminar del Código Penal, en la parte en la que dispone que la pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho» (Alvarado, 2016, p. 10); sin embargo,

el derecho penal tipifica atentados contra bienes de relevancia constitucional y, singularmente, contra derechos fundamentales, procurando su protección (STC 0019-2005-PI/TC, fundamento 35); el principio de proporcionalidad de las penas, *prima facie*, también implica una «prohibición por defecto», es decir, la prohibición —cuando menos como una regla general no exenta de excepciones— de que la pena sobredisminuya la responsabilidad por el hecho (Bances, 2019, p. 19).

5. EL PRINCIPIO DE HUMANIDAD EN EL CÓDIGO PENAL

En el artículo IX del título preliminar del Código Penal se indica que «la pena tiene función preventiva, protectora y resocializadora»; ahora bien, la función resocializadora, uno de los contenidos específicos del principio de humanidad, se encuentra regulada en el artículo 45.a del Código Penal, en cuanto establece que, para fundamentar y determinar la pena, el juez debe considerar «las carencias sociales que hubiese sufrido el agente o el abuso de su cargo».

Prado Saldarriaga (2010) explica los presupuestos para fundamentar y determinar la pena establecidos en el referido artículo:

Técnicamente se trata de políticas de gestión de casos o normas rectoras. Esto es, de enunciados que sirven para orientar las decisiones del juez en casos extremos o excepcionales no regulados expresamente o regulados de modo limitado o deficiente. [...] Tienen, pues, un claro componente ideológico y no cumplen ninguna función operativa en el procedimiento de determinación de la pena. Por tanto, no debe confundírseles con circunstancias atenuantes o agravantes, ni mucho menos con causales de disminución o incremento de punibilidad (p. 252).

Asimismo, el citado maestro añade lo siguiente: «su rol en la actualidad puede entenderse como análogo a los principios generales del Título Preliminar del Código Penal» (p. 252).

Respecto al mandato de considerar las carencias sociales que hubiese sufrido el agente, en la exposición de motivos del Código Penal de 1991 se suscribe que

1. El proyecto consagra el importante principio de co-culpabilidad de la sociedad en la comisión del delito, cuando prescribe que el juzgador deberá tener en cuenta, al momento de fundamentar el fallo y determinar la pena, las carencias sociales que hubieren afectado al agente [...]. En esta forma, nuestra colectividad estaría reconociendo que no brinda iguales posibilidades a todos los individuos para comportarse con adecuación a los intereses generales, aceptando una responsabilidad parcial en la conducta delictiva, *mea culpa* que tiene el efecto de enervar el derecho de castigar que el Estado ejerce en nombre de la sociedad. La Comisión Revisora conceptúa que la culpabilidad a la que se alude disminuye o desaparece en la misma medida en que el delincuente haya tenido las oportunidades de comportarse según las normas de convivencia social.

Asimismo, en el Recurso de Nulidad n.º 4793-2009-Lima, se ha establecido que la pena debe graduarse en función de la gravedad de los hechos, la responsabilidad del agente y sus carencias sociales y económicas; conviene advertir que las primeras condiciones se vinculan con el principio de proporcionalidad de las penas, mientras que la última se encuentra más ligada al principio de humanidad, conforme al cual el Estado debe asumir su corresponsabilidad en la comisión de los delitos por parte de sus ciudadanos. En el mismo sentido, en el Recurso de Nulidad n.º 2690-2015-Lima, se ha indicado que la pena deberá graduarse no solo atendiendo a la responsabilidad del agente, sino también a las carencias económicas y sociales que hubiera sufrido, condiciones ligadas al principio de humanidad de la pena.

Castillo (2002), siguiendo a Jeschek, subraya que, al amparo del principio de humanidad:

Todas las relaciones que surjan del derecho penal deben orientarse sobre la base de la solidaridad recíproca, de la responsabilidad social con los reincidentes, de la disposición a la ayuda y la asistencia social y a la decidida voluntad de recuperar a los delincuentes condenados (p. 335).

6. EL PRINCIPIO DE HUMANIDAD COMO PRINCIPIO RECTOR

En el Recurso de Nulidad n.º 2616-2017-Lima Norte, del 23 de julio de 2018, se consideró que el principio de humanidad constituye un principio rector; asimismo, se asumió que el catálogo de penas del Código Penal observa criterios de humanidad y proporcionalidad, pues, de no ser así, aquellas devendrían en inconstitucionales.

La apreciación de la realidad del caso, desde un punto de vista humano, sustenta la aplicación de otros principios. En otras palabras:

El principio de humanidad tiene [...] un entroncamiento con otros principios penales que solo poseen sentido cuando se vinculan y reconducen directamente a él. [...] Gracias al principio de humanidad, el rigor de las penas logra suavizarse castigando al delincuente con «humanidad» que no es otra cosa que la aplicación por parte del juez de un juicio lleno de sabiduría y de prudencia. La proporcionalidad desprovista de un sentido humano no refleja en absoluto los valores de justicia y solidaridad que deben presidir las relaciones sociales y la imposición de las sanciones penales, sino que implica la vigencia de una aritmética talional en extremo censurable (Castillo, 2002, p. 336).

6.1. Ligado al interés superior del niño

En el Recurso de Nulidad n.º 3161-2015-Lima Norte, del 20 de abril de 2017, se expuso un caso en que, entre marzo y junio de 2013, el imputado mantuvo varias relaciones sexuales con una menor de 12 años¹. En su

1 Según el artículo 173.2 del Código Penal, la pena será no menor de 30 ni mayor de 35 años.

acusación escrita, el fiscal solicitó se impongan 30 años de pena privativa de libertad. Pese a que el delito cometido era un acto repudiable por la sociedad, se consideró que la pena solicitada era muy severa y se planteó que debía aplicarse el principio de humanidad, teniendo en cuenta que se trataba de una persona joven con un proyecto de vida y considerando el interés superior del niño, pues tanto el acusado como la agraviada declararon que a la fecha convivían; por este motivo, imponer una pena de carácter efectiva y sumamente severa como la solicitada por el Ministerio Público no solo contravendría los fines de la pena y el principio de resocialización, sino que se afectaría primordialmente el interés superior del niño, se produciría un quebrantamiento del núcleo familiar formado entre el acusado y la agraviada, máxime si ella comunicó a la perito su temor de que su familia se desintegre, además, señaló que siente afecto hacia el imputado, quien la apoyaría en su plan de vida y metas a futuro; sumado a ello, la pericia psicológica estableció que la menor no presentaba indicadores de afectación compatible con las agresiones sexuales.

Previamente, en el Recurso de Nulidad n.º 2977-2014-Pasco, del 15 de noviembre de 2016, se trató el caso del imputado que indujo a una menor de 13 años² de edad a mantener relaciones sexuales desde octubre hasta diciembre de 2002 con el pretexto de ser enamorados; se consideró que las condiciones del sujeto activo, su cultura y costumbres³ no alcanzaban para determinar la figura del error de prohibición; sin embargo,

después de observar las partidas de nacimiento de los hijos que el procesado procreó con la agraviada y con quienes convive en vida familiar, se consideró la necesidad de analizar los efectos de la sanción a imponer también sobre la base del interés superior del niño, debido a que el imponer una pena con carácter de efectiva no solo afectaría la libertad del acusado, sino [...] también las posibilidades de subsistencia de la menor agraviada y de sus hijos, al ser el encausado el soporte económico de la familia constituida (fundamento décimo).

2 En el artículo 173.3 del Código Penal se dispone que si la víctima tiene de 10 años a menos de 14, la pena será no menor de 20 ni mayor de 25 años.

3 Véanse los incisos 1 y 2 del artículo 45 del Código Penal.

Por lo anterior, se concordó con el análisis de la Sala Superior, a fin de imponer la pena suspendida fijada (4 años de pena privativa de libertad suspendida condicionalmente por 3 años).

No obstante, en el Recurso de Nulidad n.º 761-2018-Apurímac, del 28 de mayo de 2018, se ha establecido jurisprudencialmente el interés superior del niño como una causal supralegal de disminución de punibilidad, puesto que la pena privativa de libertad efectiva afecta la unidad de la familia y a quien la mantiene; ello se ha reiterado en el Recurso Nulidad de n.º 679-2020-Apurímac, del 5 de mayo de 2021.

Es conveniente anotar que en Convención sobre los Derechos del Niño se consagró que cuando los derechos de los menores están comprometidos, debe tomarse su interés como superior (artículo 3.1); sin embargo, en nuestra opinión, las especiales características del caso y su apreciación humanista sustentan la consideración de dicho interés superior para rebajar la pena privativa de libertad hasta permitir su suspensión.

6.2. Ligado al principio de culpabilidad

Otro supuesto de interpretación humanista de la norma se aprecia en el Recurso de Nulidad n.º 3495-Áncash, del 16 de marzo de 2017; en este se trató un caso en el que un imputado de 22 años mantuvo relaciones sexuales con una menor de 13 años. Se consideró que la edad del imputado al momento de los hechos —próxima a su responsabilidad restringida conforme con el artículo 22 del Código Penal—, sumada al hecho de que hasta la actualidad mantiene una relación sentimental con la agraviada (conviven como pareja, conforman una familia y crían a su hija), entre otras razones, determinan la necesidad de disminuir la pena por debajo del mínimo legal e imponerla como suspendida.

Del mismo modo, se debe tener en cuenta la edad del imputado si fuera cercana a los 65 años cuando cometió el delito.

6.3. Ligado al plazo razonable

Es claro que no existe una norma que establezca la reducción de la pena por afectación del plazo razonable; no obstante, en el Recurso de Nulidad n.º 2089-2017-Lima, del 28 de febrero de 2018 se estableció que se deben evaluar los efectos que generaron la demora en el procesamiento: «el sometimiento de los encausados por tiempo excesivo a un proceso judicial genera diversos efectos jurídicos, y uno de ellos es la reducción de la pena, pues la excesiva duración del proceso sufrida por el condenado es una consecuencia negativa proveniente del Estado» (considerando 2.20). Por ello, ante la evidencia de un excesivo plazo transcurrido, a la luz de la jurisprudencia sistemática y del control de convencionalidad en este tema, corresponde rebajar proporcionalmente las penas impuestas, de modo que se compense la dilación del proceso.

Así, en la Sentencia Plenaria Casatoria n.º 1-2018/CIJ-433 se precisó que la Corte Suprema, desde el derecho internacional convencional, reconoce como causales de disminución supralegal el interés superior de niño y las dilaciones indebidas y extraordinarias en la tramitación penal, de acuerdo con el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, garantía judicial cuyos objetivos son evitar que los encausados permanezcan largo tiempo bajo imputación y asegurar que se decida prontamente. De este modo, para respetar este derecho fundamental, se debe compensar la entidad de la pena correspondiente al delito enjuiciado a través de la aplicación de dicho principio.

6.4. Ligado al principio de resocialización

En el Recurso de Nulidad n.º 3437-2009-Callao, del 19 de abril de 2010, se dispuso que, además de las circunstancias de la comisión del injusto y las condiciones personales del encausado, la pena a imponerse debía responder también a las preocupaciones de la política criminal contemporánea, tendiente a reducir y humanizar los espacios de aplicación de las penas privativas de libertad. En efecto, se debe cuidar que la pena impuesta al imputado no lo prive de una real rehabilitación y resocialización.

En ese sentido, en el Recurso de Nulidad n.º 50-2016-Junín, del 26 de junio de 2017, se tuvo en cuenta que el imputado, cuando sostuvo

relaciones sexuales con una menor de 13 años, contaba con 63 años y, al imponérsele la pena de 30 años y 8 meses, tenía 65 años, por lo que se consideró que, en virtud de los fines de la pena (rehabilitación) y del principio de humanidad, se debía imponer una pena racional para el sujeto que la cumpliría. En efecto, dado que en los casos de condenas efectivas por delitos de violación sexual de menores de edad no proceden los beneficios penitenciarios, una condena de 30 años de privación de libertad para una persona de 65 años, sin duda, vaciaría de contenido el principio de resocialización.

7. EL SUPUESTO DE APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE HUMANIDAD

Cabe recalcar que una característica esencial «del principio de humanidad de las penas es que su aplicación resulta necesaria en casos en los que la legislación resulta insuficiente para resolver con justicia un caso de acuerdo [con] sus características especiales» (Cupe, 2020, p. 37). Ello puede cotejarse en el Recurso de Revisión n.º 188-2018.

Sobre este punto, la Sentencia Plenaria Casatoria n.º 1-2018/CIJ-433, del 18 de diciembre de 2018, es bastante ilustrativa, pues desarrolló los alcances de la determinación de la pena en los delitos sexuales y en el párrafo 32 estableció la siguiente doctrina legal: «D. La pena de cadena perpetua debe ser aplicada en sus justos términos. Siempre es posible una opción individualizadora y de menor rigor en situaciones excepcionales. Al respecto, es de tener presente el párrafo 29 de esta Sentencia Plenaria». En el párrafo aludido se considera lo siguiente:

29. Es verdad que, en este tipo delictivo, se está ante una conminación penal absoluta [...], pero también es cierto que es posible reconocer, e imponer, ante situaciones excepcionales [...], una pena privativa de libertad temporal, aunque de uno u otro modo esencialmente grave.

La excepcionalidad se podría presentar, primero, cuando concurre al hecho una causa de disminución de punibilidad o es aplicable una regla de reducción de la pena por bonificación procesal; y, segundo, cuando

se presentan circunstancias especialmente relevantes desde criterios preventivos que reduzcan sensiblemente la necesidad de pena —aunque en este caso, obviamente, la respuesta punitiva será mayor que el primer supuesto y su aplicación tendrá lugar en casos especialmente singulares o extraordinarios— [...].

Tal como señaló Prado Saldarriaga (2010) sobre los presupuestos para fundamentar y determinar la pena establecidos en el artículo 45 del Código Penal, consideramos que la aplicación del principio de humanidad se realiza en casos excepcionales que no están regulados o bien solo lo son de modo limitado o deficiente.

8. EL PRINCIPIO DE HUMANIDAD Y EL INCUMPLIMIENTO DE LAS DISPOSICIONES LEGALES

Castillo (2002) planteó lo siguiente:

Si se lleva hasta el extremo los alcances del principio de humanidad, es posible permitir[les] a los jueces apartarse de las escalas penales mínimas lesivas a la dignidad de la persona humana, si es que con ello se quiere salvar principios constitucionales o derechos humanos regulados por tratados internacionales (p. 336).

La Corte Suprema de Justicia ha realizado el análisis humano de las disposiciones legales atendiendo a las especiales condiciones del caso; así, en el Recurso de Nulidad n.º 3495-2015-Áncash, del 16 de marzo de 2017, caso en que el imputado tuvo relaciones sexuales con una menor de 13 años, se subrayó que las normas obedecen a las necesidades de la sociedad y apuntan a una convivencia social idónea; por ello, no deben originar conflictos (afectar el *statu quo* de las partes) (considerando 5.10). En consonancia con ello, cabe anotar que, aunque la jurisprudencia considera inválido el consentimiento de una menor de 13 años, se indicó que dicha condición debe evaluarse en cada caso particular, pues tan solo es una referencia para establecer la situación jurídica de las personas

según su edad. Además, se precisó que este caso era *sui generis* por las singulares circunstancias en las que se cometió el delito (considerando 5.13). Así, dichas condiciones específicas implican un tratamiento punitivo y una situación jurídica especial, pues se probó que el imputado y la agraviada fueron enamorados y que, a la fecha, convivían como pareja e incluso criaban juntos a su hija; debido a ello, correspondía mantener vigente su unidad familiar, respetando uno de los más importantes derechos sociales y económicos que avala la Constitución: la protección a la familia (artículo 4).

Por último, en el citado recurso de nulidad se insistió en que el derecho penal debe aplicarse desde una perspectiva humana; en esa línea,

resulta desproporcionado y contrafáctico cumplir estrictamente con las fórmulas penales para imponer una sanción que, en lugar de estabilizar un conflicto y otorgar paz a las partes, originaría otro conflicto y desazón en los involucrados; siendo ello causa suficiente para disminuir la pena a límites inferiores al mínimo legal y que esta tenga el carácter de condicional [4 años de pena privativa de libertad suspendida por 3 años], debido a que no existe una sola referencia ni mención de probable comportamiento posterior delictivo del imputado, el mismo que, por lo demás, ha demostrado responsabilidad por sus acciones (considerando 5.15).

La Corte Suprema ha procedido en ese sentido en delitos graves como robo agravado (artículo 189 del Código Penal: Recurso de Nulidad n.º 3496-2015-Lima Sur) y violación sexual de menor de edad (artículo 173.2 del Código Penal: Recurso de Nulidad n.º 3495-2015-Áncash), en los cuales consideramos pertinente disminuir «la pena por debajo del mínimo legal hasta una pena concreta de 4 años de privación de libertad y la aplicación de la alternativa de [su] suspensión [...]; ello en virtud [del] principio de humanidad sustentado en las circunstancias especiales del caso» (Cupe, 2020, p. 51).

9. EL PRINCIPIO DE HUMANIDAD Y LA INTEPRETACIÓN HUMANITARIA DE LA LEY

En la Revisión de Sentencia n.º 188-2018-Nacional, del 3 de abril de 2019, una persona terrorista condenada a 8 años de privación de libertad solicitó que se revise su condena porque no se le aplicó la rebaja de la pena por imputabilidad restringida al contar con 19 años en la fecha de comisión de los hechos (artículo 22 del Código Penal). En este caso,

[se] advirtió la colisión entre dos normas jurídicas que regulan un mismo supuesto sobre la revisión de sentencia, debido a que formalmente esta vía recursal solo se encuentra habilitada para cuestionar una sentencia condenatoria hacia una reevaluación sobre su inocencia, lo que no se daba en el caso, pues el sentenciado solo buscaba disminuir la pena impuesta; y, de otro lado, [...] dentro de la causal invocada, se puede colegir su legitimidad para [dicha solicitud, puesto que] una sentencia se compone tanto por el análisis de la condena como la determinación judicial de la pena (tercer considerando).

Se sostuvo que dicha problemática fue admitida para analizarse y disponer si se resolvería «en un sentido interpretativo estricto, literal y conforme al espíritu de la norma, o en un sentido *pro homine*, a favor del condenado» (cuarto considerando).

En el análisis, se atendió también a lo siguiente:

Décimo cuarto. [...] cuando se aprecia el numeral 1 del artículo 444 del Código Procesal Penal, este indica que «Si la Sala encuentra fundada la causal invocada, declarará sin valor la sentencia motivo de la impugnación y la remitirá a nuevo juicio cuando el caso lo requiere, o pronunciará directamente la sentencia absolutoria». Ello revelaría la naturaleza del recurso de revisión de sentencia, que tendría como exclusiva finalidad revocar decisiones firmes de condena para absolver al acusado (por resurgir su presunción de inocencia) o generar la necesidad de un nuevo juicio en el que se analice adecuadamente su responsabilidad, lo que no dejaría

cabida alguna para cuestionar mediante esta vía los pedidos tendientes a disminuir la pena, ya que ello no incide en el juicio de responsabilidad.

Décimo quinto. Sin embargo, no [se] debe descuidar el hecho de que, aunque nuestra legislación y la doctrina no permitan formalmente la posibilidad de revisar penas (vía revisión de sentencia), sí existe una tendencia sustentada y creciente que afirma su posibilidad. [...]

[...]

Décimo séptimo. [...] se [concluyó] que, bajo una mirada reflexiva y en aras de la protección a una situación de exclusiva injusticia (como en el caso de autos), la revisión no solo puede anular la sentencia en su totalidad, sino que se puede anular parcialmente la sentencia de condena cuando esta no se ajusta a derecho, siempre que la injusticia se produzca por un error de hecho al juzgar, lo que queda al descubierto a la vez que aparecen nuevos hechos o nuevos elementos de prueba que acreditan aquel.

[...]

Décimo noveno. Por ello, sea desde la óptica del supuesto contenido en el numeral 6 del artículo 439 de la norma adjetiva (por el cual se concedió la presente revisión) o de su numeral 1 (analizado precedentemente), para el Tribunal Supremo no quedan dudas de que una interpretación en sentido humanitario y legitimadora de las garantías constitucionales y convencionales nos obliga a decantar por una posición que permita que, a través de la vía de revisión de sentencia, se deba corregir el aspecto punitivo de la sentencia recurrida, lo cual obedece exclusivamente a la evidente situación de injusticia generada por una falta de unificación de criterios oportuna, a la fecha en que la presente controversia se tramitó en la vía ordinaria, y por no existir otra vía igualmente satisfactoria que permita resolver el presente conflicto.

[...]

Vigésimo tercero. Finalmente, [la] Sala Suprema debe dejar expresa constancia de que [su] decisión se sustenta en la especial situación generada por el caso particular de autos, que resultó de la confluencia de distintos factores de interés, que justifican la interpretación asumida conforme a ley y derecho.

10. CONCLUSIÓN

A partir de lo expuesto, cabe concluir que sí es posible rebajar la pena privativa de libertad en aplicación del principio de humanidad, rector de otros principios como el interés superior del niño, el principio de culpabilidad, el principio de resocialización y plazo razonable, y en supuestos de evidente situación de injusticia generada por las especiales características del caso particular.

REFERENCIAS

- Alvarado, P. (2016). *Calidad de sentencias de primera y segunda instancia sobre robo agravado, en el Expediente n.º 339-2011-0, del Distrito Judicial de Lima-Lima. 2016* [Tesis para optar el título profesional de abogado, Universidad Católica Los Ángeles de Chimbote]. http://repositorio.uladech.edu.pe/bitstream/handle/123456789/2058/CALIDAD_MOTIVACION_ALVARADO_MARCHENA_PERCY_ALEXANDER.pdf?isAllowed=y&sequence=1
- Bances, H. (2019). *Calidad de sentencias de primera y segunda instancia sobre delito contra la libertad sexual violación sexual de menor de edad-en el grado de tentativa, en el Expediente n.º 20372-2012-0-1801-JR-PE-00, del Distrito Judicial de Lima, Lima. 2019* [Tesis para optar el título profesional de abogado, Universidad Católica Los Ángeles de Chimbote]. http://repositorio.uladech.edu.pe/bitstream/handle/123456789/14526/CALIDAD_INDEMNIDAD_SEXUAL_BANCES_TABOADA_HENRRY_ALBERTO.pdf?isAllowed=y&sequence=1
- Castillo, J. (2002). *Principios del derecho penal: parte general*. Gaceta Jurídica.
- Congreso de la República (2020). *Constitución Política del Perú* [Promulgada el 29 de diciembre de 1993]. Congreso de la República. <https://www.congreso.gob.pe/Docs/files/constitucion/constitucion2020web-10-12-2020.pdf>

- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2018). Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Medidas provisionales respecto de Brasil. Asunto del Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho. San José: 22 noviembre de 2018. https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/placido_se_03.pdf
- Corte Suprema de Justicia de la República (2017). Recurso de Nulidad n.º 3495-2015-Áncash. Lima: 16 de marzo de 2017. <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/7f8ace8043b8cb8fab22ab6745cba5c4/3495-2015.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=7f8ace8043b8cb8fab22ab6745cba5c4>
- _____ (2018a). Recurso de Nulidad n.º 2089-2017-Lima. Lima: 28 de febrero de 2018. <https://www.gacetajuridica.com.pe/boletin-nvnet/ar-web/R.N2089-2017Lima.pdf>
- _____ (2018b). Recurso de Nulidad n.º 2705-2017-Lima Norte. Lima: 15 de marzo de 2018.
- _____ (2018c). Sentencia Plenaria Casatoria n.º 1-2018/CIJ-433. I Pleno Jurisdiccional Casatorio de las Salas Penales Permanente, Transitoria y Especial. Lima: 18 de diciembre de 2018. <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/725410804ef05b38abb6abe589e1d483/SentenciaS+Plenarias.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=725410804ef05b38abb6abe589e1d483>
- _____ (2019). Revisión de Sentencia NCPP n.º 188-2018-Nacional. Lima: 3 de abril de 2019. https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2019/04/Revision-de-sentencia-188-2018-Nacional_watermark.pdf
- _____ (2020). Recurso de Nulidad n.º 88-2019-Lima Sur. Lima: 20 de enero de 2020. <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2020/03/R.N.-88-2019-Lima-Sur-LP.pdf>
- Cruzado, M. (2020, febrero). El principio de humanidad de las penas: Análisis legislativo, doctrinario y jurisprudencial. *Ipsa Iure*, 12(48), 42-61.
- Cuesta, J. de la (2009, diciembre). El principio de humanidad en el derecho penal. *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, (23), 209-225. <https://www.ehu.es/documents/1736829/2010409/A+76+El+principio+de+humanidad+en+derecho+penal.pdf>

- Cupe, E. (2020, agosto). Implicancias del COVID-19 en la determinación judicial de la pena privativa de libertad. *Cuadernos Electrónicos de Doctrina y Jurisprudencia para el Litigio Penal*, (2), 7-54.
- Fleming, A. y López, P. (2009). *Las penas*. Rubinzal-Culzoni.
- Mapelli, B. (2005). *Las consecuencias jurídicas del delito*. Thomson-Civitas.
- Organización de los Estados Americanos (1969). Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José). San José: 22 de noviembre de 1969. https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm
- Poder Ejecutivo (1991). Código Penal. Decreto Legislativo n.º 635. Promulgado el 3 de abril de 1993. https://apps.contraloria.gob.pe/unetealcontrol/pdf/07_635.pdf
- Prado Saldarriaga, V. (2010). *La determinación judicial de la pena*. Idemsa.
- Tribunal Constitucional (2007). Sentencia del Tribunal Constitucional. Expediente n.º 10087-2005-PA/TC. Huaura: 18 de diciembre de 2007. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/10087-2005-AA.pdf>
- _____ (2020). Sentencia del Tribunal Constitucional. Expediente n.º 05436-2014-PHC/TC. Lima: 26 de mayo de 2020. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2020/05436-2014-HC.pdf>
- Unicef Comité Español (2006). *Convención sobre los Derechos del Niño*. Unicef Comité Español. <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>
- Villavicencio, F. (2016). *Derecho penal parte general*. Grijley.



IUS VOCATIO

REVISTA DE INVESTIGACIÓN DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE HUÁNUCO

Vol. 4, n.º 4, enero-diciembre, 2021, 39-53

Publicación anual. Huánuco, Perú

ISSN: 2810-8043 (En línea)

DOI: 10.35292/iusVocatio.v4i4.544

PRINCIPIOS JURÍDICOS PARA EL DISEÑO DE UNA POLÍTICA CRIMINAL CONTRA LA CORRUPCIÓN EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO



LEGAL PRINCIPLES FOR THE DRAFTING OF A CRIMINAL POLICY AGAINST CORRUPTION IN A CONSTITUTIONAL STATE UNDER THE RULE OF LAW

JEREMÍAS ROJAS VELÁSQUEZ

Distrito Fiscal de Huánuco

(Huánuco, Perú)

Contacto: jeremphco@gmail.com

<https://orcid.org/0000-0001-6769-4092>

RESUMEN

En el presente artículo se plantea la necesidad de diseñar una política criminal integral contra la corrupción, basada en principios jurídicos supranacionales y nacionales en el marco del Estado constitucional de derecho, en aras de restablecer la legitimidad del Estado y el irrestricto respeto de los derechos fundamentales.

Palabras claves: violación de derechos fundamentales; deslegitimación del Estado; política criminal integral.

ABSTRACT

This article proposes the development of a comprehensive criminal policy against corruption based on supranational and national legal principles within the framework of the constitutional rule of law. The objective of this proposal is to reinforce the legitimacy of the State and the unrestricted respect for fundamental rights.

Key words: violation of fundamental rights; delegitimization of the State; comprehensive criminal policy.

Recibido: 15/04/2021

Aceptado: 30/07/2021

1. INTRODUCCIÓN

Para cumplir sus deberes constitucionales, el Estado diseña la administración pública, mediante la cual garantiza los derechos fundamentales de la persona y busca el bienestar general (artículo 44 de la Constitución Política del Perú). Dicha administración pública se ocupa de las prestaciones de los servicios públicos ejercidos por los funcionarios y los servidores públicos a quienes la Constitución y la ley les encomiendan tales tareas (Arismendiz, 2018). Empero, percibimos que la administración pública es deficiente, lo cual deslegitima al Estado por cuanto dista su actuación de sus deberes constitucionales.

Cabe señalar que la corrupción generalizada en la administración pública es uno de los factores que contribuyen a la realidad mencionada. En esa línea, con bastante acierto, José Burneo (2009) sostiene que «la corrupción afecta y amenaza la vigencia de los derechos humanos» (p. 347); por lo tanto, la prevención y la lucha contra dicho fenómeno son dos medidas impostergables del Estado, las cuales son promovidas por la comunidad internacional en el marco de las normas supranacionales, los tratados o las convenciones. De igual modo, Francisco Macedo (2015) explica que «todos los actos de corrupción vulneran directamente (de por sí) o indirectamente (conducen a la violación) [los] derechos humanos» (p. 141) y afirma que la democracia es el entorno para garantizar estos derechos (p. 142).

En ese contexto, dado que la corrupción es un problema estructural y sistemático enquistado tanto en la Administración Pública como en el ámbito privado, captó nuestro interés; por ello, en el presente trabajo académico abordamos dicha problemática desde el enfoque jurídico y proponemos un diseño de política criminal para afrontar aquella realidad que vulnera los derechos fundamentales y menoscaba la legitimidad del Estado; en definitiva, planteamos los cimientos básicos para el diseño de una política criminal contra la corrupción.

2. LA CORRUPCIÓN

La corrupción es uno de los principales problemas del mundo contemporáneo, pues afecta a los países desarrollados y subdesarrollados, cualquiera sea su sistema social, cultural, económico o político; en ese sentido, el Poder Ejecutivo (2018) la concibe como un fenómeno social que agobia a la comunidad internacional, nacional y local, obstaculizando el desarrollo económico y social de la nación y deslegitimando al Estado (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2020).

Según Transparencia Internacional, los países más corruptos se encuentran en América Latina y, entre los 180 países, Perú se ubica en el puesto 94 del índice de Percepción de la Corrupción 2020, pues obtuvo 38 puntos.

Según estimaciones que daba la Defensoría del Pueblo el año pasado, el «costo de la corrupción» en el Perú significa cerca del 10 % del presupuesto público anual. Es decir, es afectada la décima parte de los recursos que son destinados a salud, infraestructura, gastos administrativos, seguridad, educación en beneficio de la ciudadanía (Vásquez, 2018, párr. 3).

Dicha percepción refleja cómo la corrupción ha calado en todas las esferas de la Administración Pública, por ejemplo, en el ámbito ejecutivo (expresidentes y exministros investigados por actos de corrupción) y judicial (magistrados involucrados en actos corruptos).

En el caso específico de la región de Huánuco, la corrupción también se manifiesta; por ello, existen procesos penales contra funcionarios y servidores públicos debido a su participación en actos de corrupción y muchos de ellos se encuentran condenados; esto confirma que la corrupción se ha enquistado en la Administración Pública. A propósito de lo anterior, Alfonso Quiroz (2013) afirma que «la historia del Perú ha sido en parte la historia de sucesivos ciclos de corrupción seguidos por períodos sumamente breves de reforma anticorrupción, interrumpidos por intereses creados contrarios a la reforma» (p. 424). Esta situación puede ser acertadamente descrita mediante la siguiente frase:

Nuestro planeta sufre cada vez más de una enfermedad que como el cáncer corrompe y destruye poco a poco, pero con mucho dolor, desde la más alta hasta la más pequeña de las instituciones sociales.

¡Esa enfermedad es la corrupción! (Orrego, 2018, párr. 1; la cursiva es nuestra)

De esta manera, la corrupción es un mal que concita la intervención no solo de la comunidad jurídica, sino que también requiere la actuación decidida, conjunta y articulada de los entes del Estado y la sociedad civil (Fernández, 2015), diseñando una política criminal orientada a poner a buen recaudo la administración pública, pues esta constituye el medio, por el cual el Estado concretiza el bienestar general de la población (Zúñiga, 2001); por lo tanto, la lucha contra la corrupción exige acciones y estrategias a nivel local, regional, nacional e internacional.

Ahora bien, en la comunidad mundial existe un consenso respecto de la necesidad de perseguir a nivel internacional los casos más graves de corrupción y evitar la impunidad (Ugaz y Hava, 2016).

Al mismo tiempo, los esfuerzos para combatir la corrupción deben respetar los derechos humanos, porque de no hacerlo perderían legitimidad (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2020); por otro lado, de acuerdo con Carpio (2013), un aspecto que nos permitirá luchar contra la corrupción es la transparencia en la ley y la sociedad en los siguientes términos:

Para salir de esta espiral creciente y perniciosa hay al menos dos vías: imponer controles externos que hagan que la decisión de corromperse no salga rentable, a través, por ejemplo, de **legislación a favor de la transparencia** de las instituciones y las administraciones públicas; **o un cambio en cómo se percibe el entorno**, que la gente transforme su forma de ver la vida y de actuar. Dicho de otra manera, se trata de rendir cuentas a los demás o a la propia conciencia (párr. 26; negritas del original).

En resumen, urge diseñar una reacción frontal contra el fenómeno de la corrupción.

3. ESQUEMA DE UN POLÍTICA CRIMINAL CONTRA LA CORRUPCIÓN

Estamos convencidos de que para afrontar firmemente la corrupción es necesario diseñar una política criminal (Borja, 2011) que incorpore la participación conjunta del Estado y la sociedad contra dicho fenómeno en los niveles de prevención, detección, investigación, sanción y erradicación (Casell, 2004). A continuación, exponemos los principios jurídicos¹ que, desde nuestra perspectiva, se deben considerar.

3.1. Nivel de los convenios internacionales

- a. Principio de integración internacional en la lucha contra la corrupción
Permitirá diseñar una política criminal global basada en el bosquejo de protocolos de cooperación internacional para una adecuada acción de prevención, investigación y sanción contra la corrupción (Luzón, 2016). Esto significa que deben implementarse las buenas prácticas de apoyo del sistema de las Naciones Unidas en los Estados americanos para prevenir y luchar contra la corrupción con énfasis en los derechos humanos.

1 Cabe aclarar que estos principios jurídicos han sido previamente desarrollados en el quinto capítulo de nuestra tesis doctoral *Principios jurídicos que diseñan la política criminal contra la corrupción de funcionarios en el Estado constitucional de derecho, en la región de Huánuco. Junio 2011- julio 2018* (Rojas, 2019, pp. 87-99).

Efectivamente, respecto al actuar en el nivel preventivo, José Burneo (2009) indica que «La internacionalización de la prevención y la lucha contra la corrupción constituye[n] un fenómeno nuevo en las relaciones internacionales, y expresa[n] una seria preocupación por parte de la comunidad internacional que ha sido plasmada positivamente en el derecho internacional» (pp. 346-347).

- b. Principio de jurisdicción internacional en la lucha contra la corrupción
La creación y la implementación de una Corte Internacional contra la corrupción permitirá que se investiguen y sancionen los actos de corrupción internacional y transnacional, y se procure una efectiva indemnización integral y real del daño causado, el cual, muchas veces, compromete a un Estado o parte significativa de él.

Al respecto, Juan Ferré (2002) afirma que la globalización supone que las políticas criminales nacionales de los Estados ceden espacio en beneficio de las políticas criminales internacionales, lo cual se refleja fundamentalmente en la extraterritorialidad de las disposiciones penales o procesales. A ello se suma la posición sostenida por Kofi Annan (2004), secretario general de las Naciones Unidas:

Si la delincuencia atraviesa las fronteras, lo mismo debería [...] hacer la acción de la ley. Si el imperio de la ley se ve socavado [...] en muchos países, quienes los defienden no se pueden limitar a ampliar únicamente medios y arbitrios nacionales. Si los enemigos del progreso y de los derechos humanos procuran servirse de la apertura y de las posibilidades que brinda la mundialización para lograr sus fines, nosotros [los Estados] debemos servirnos de esos mismos factores para defender los derechos humanos y vencer a la delincuencia, la corrupción y la trata de personas (p. iii).

- c. Principio de veto contra la empresa

En la XIV Cumbre de la Alianza del Pacífico, llevada a cabo desde el 1 hasta el 6 de julio de 2019 en Lima (Perú), el presidente colombiano Iván Duque expresó que debía implementarse, a nivel internacional, una lista negra de las empresas que incurrieron en corrupción, con la finalidad de que se les impida contratar en los Estados donde ejecutaron actos de corrupción.

d. Principio de la recuperación de activos

La sanción contra la corrupción no debe limitarse a determinar la responsabilidad de sus impulsores, sino que también debería procurar la recuperación de activos que son productos de la corrupción. Para que ello sea posible, desde las normas internacionales debe impulsarse la cooperación entre los diversos países. Al respecto, Pedro de la Lama (2002) afirma que uno de los aspectos más importantes en la lucha contra la corrupción y toda la tipología de delitos de índole económica es la intervención o la incautación de aquellos bienes en los que se haya materializado el producto del fraude o, en todo caso, el descubrimiento y la recuperación de los fondos defraudados.

3.2. Nivel constitucional

a. Principio de la política pública en la lucha contra la corrupción

El Estado debe asumir el mandato constitucional de prevenir, combatir y sancionar todo tipo de corrupción (Proceso Competencial, Expediente n.º 006-2006-PC/TC, caso Poder Judicial); el primer paso es incorporar tal mandato en nuestra carta magna y para ello se deben modificar los alcances del artículo 8 de la Constitución Política de 1993, pues dicha norma solo se enfoca en la lucha contra el tráfico ilícito de drogas. Proponemos que, mediante una reforma constitucional, se incorpore la lucha contra la corrupción y la criminalidad organizada.

b. Principio del deber ciudadano de asumir el compromiso social de luchar contra la corrupción

Desde el ámbito constitucional, es imprescindible añadir el deber de todo ciudadano de asumir el compromiso social en la lucha frontal contra la corrupción (Proceso de Inconstitucionalidad, Expedientes n.ºs 009-2007-PI/TC y 010-2007-PI/TC, caso Sirumbal Ramos). Este principio sería compatible con los deberes constitucionales del ciudadano previstos en el artículo 38 de la Constitución; esto es, cumplir, respetar y defender la carta magna. Asimismo, dado que esta última reconoce los derechos fundamentales y entendiendo que la corrupción viola tales derechos, consideramos necesario establecer como uno de los deberes constitucionales impostergables de todo ciudadano la prevención y la erradicación de la corrupción en todas sus manifestaciones.

c. Principio de la imprescriptibilidad de los delitos de corrupción de funcionarios

Si bien mediante la modificatoria del artículo 41 de la Constitución se estableció la imprescriptibilidad de la acción penal en los supuestos más graves de los delitos cometidos contra la Administración Pública, no se especificó en qué delitos operaría tal condición legal; atendiendo al principio de legalidad, consideramos que la imprescriptibilidad de la acción penal debe comprender todos los delitos contra la Administración Pública, debido a que «todo acto de corrupción viola derechos humanos» (Macedo, 2015, p. 62); además, entorpece la esperanza de desarrollo de la persona y el país, en general.

3.3. Nivel de la política criminal preventiva

a. Principio de prevención general contra la corrupción

Como la corrupción es un problema integral y un fenómeno multicausal, su solución trasciende lo estrictamente legal; por ello,

resulta indispensable adoptar políticas de prevención que apunten a crear y reforzar la institucionalidad, para lo cual se requiere la implementación de una carrera pública basada en la meritocracia de sus funcionarios, con un sistema de incentivos adecuado que privilegie la integridad en la función pública y la eficiencia de los servidores [públicos] (Ugaz, 2010, p. 378).

A partir de dicha evaluación, la lucha contra tal fenómeno debe iniciarse con la prevención; esto significa que quienes gobiernan nuestro país deben procurar el eficiente y eficaz acatamiento del Estado constitucional de derecho, el respeto irrestricto de los derechos fundamentales, la participación efectiva de la sociedad civil —garantizándole el derecho a la información— y la promoción de la responsabilidad, la transparencia y la solidaridad en la Administración Pública.

Asimismo, es preciso reconocer el derecho a vivir en un mundo libre de corrupción para garantizar la realización de los derechos fundamentales en un Estado libre de corrupción.

3.4. Enfoque del derecho penal

- a. Principio de la fundamentación constitucional del contenido de los bienes jurídicos tutelados en los delitos de corrupción de funcionarios
- En principio, debe ampliarse la protección de los bienes jurídicos tutelados, pues la recta administración pública (su transparencia o imparcialidad) no solo debe entenderse como un interés jurídicamente protegido, sino que también se debe dotar de contenido al bien jurídico tutelado desde la óptica de los derechos fundamentales, ya que, según el Consejo Internacional de Políticas de Derechos Humanos (2009), la corrupción endémica destruye los valores fundamentales de la dignidad humana porque atenta contra el derecho a la vida, la libertad, la igualdad, la seguridad y la solidaridad.

En segundo lugar, se debe determinar la reparación civil integral y real por el daño causado (la afectación del bien jurídico), es decir, tomando en cuenta el contenido, el alcance y la dimensión constitucional de los derechos fundamentales. Cabe recalcar que el derecho a una reparación efectiva está garantizado por la mayoría de los tratados internacionales sobre derechos humanos, cuyos textos plantean que, cuando ocurre una violación de derechos humanos, el Estado debe proveer una reparación efectiva a las víctimas. De lo contrario, surgiría un clima de impunidad, lo cual atenta gravemente contra los derechos humanos, especialmente cuando los Estados, regular o intencionalmente, niegan el desagravio.

- b. Principio de razonabilidad y proporcionalidad de las penas en los delitos de corrupción de funcionarios

Basándose en la fundamentación constitucional y la protección de bienes jurídicos protegidos en los delitos de corrupción de funcionarios, debe determinarse, en términos cuantitativos y cualitativos, la dosimetría de la pena, tanto en su imposición efectiva como en la imprescriptibilidad de la acción penal y la pena. En otras palabras, en ejercicio de su función legislativa, los congresistas deben establecer penas considerando la protección de los bienes jurídicos según su importancia o naturaleza. A propósito de ello, aclaramos que en una simple lectura del Código Penal identificamos tipos penales que protegen el patrimonio privado, como es el caso del delito de robo agravado,

cuya pena es sumamente grave en comparación con los delitos de corrupción de funcionarios y el peculado, que consiste en la apropiación del patrimonio del Estado.

- c. Responsabilidad administrativa penal de las personas jurídicas
Nuestra legislación ha regulado la responsabilidad penal de las personas jurídicas (empresas) respecto de los ilícitos penales cometidos por sus representantes y cuyos beneficios han recaído en dichas empresas.

Para fortalecer dicha medida, debe implementarse una lista negra o inhabilitar definitivamente a las empresas que incurrieron en actos de corrupción, de modo que nunca más contraten con los Estados, conforme señaló el presidente colombiano Iván Duque en la mencionada XIV Cumbre de la Alianza del Pacífico.

3.5. Enfoque del derecho procesal penal

- a. Principio del fomento de las competencias o las especialidades en delitos de corrupción

Este principio se enfoca en los operadores del derecho (jueces, fiscales y abogados) y tiene por objetivo fortalecer sus competencias profesionales o su especialización en el tratamiento de los delitos de corrupción, a fin de que su respuesta o su impartición de la justicia sea eficiente y eficaz en la lucha frontal contra la corrupción.

- b. Principio de la promoción de protocolos de actuación interinstitucional entre las instituciones que imparten justicia

Las instituciones comprometidas en la impartición de justicia, representadas por el Poder Judicial, el Ministerio Público, la Contraloría General de la República, la Policía Nacional y la Defensa Pública, deben asumir el compromiso de una actuación conjunta y articulada de todo el Sistema Judicial; para ello, debe procurarse la suscripción de convenios interinstitucionales mediante los cuales se diseñen protocolos de actuación que reflejen una participación efectiva en la lucha contra la corrupción y se respete el derecho a una reparación efectiva por el daño causado.

Cabe señalar que existe un convenio entre las instituciones antes mencionadas, pero estas se limitaron únicamente a su suscripción; lamentablemente, no se implementó con acciones concretas que viabilicen una actuación conjunta, coherente y articulada desde todos los frentes de la lucha contra la corrupción.

- c. Principio del uso de la prueba indiciaria en los delitos de corrupción
En el ámbito procesal, se exigen la actuación y la generación de la prueba; lo ideal es obtener la prueba directa de la comisión del delito de corrupción de funcionarios; sin embargo, la praxis judicial demuestra que la actividad probatoria en esta clase de delitos, caracterizados por su clandestinidad, se cimienta en la prueba indiciaria o indirecta, afirmación que se condice con el fundamento 33 del Acuerdo Plenario n.º 3- 2010/CJ-116, del 16 de noviembre de 2010, y el fundamento 22 de la Sentencia Plenaria Casatoria n.º 1- 2017/CIJ-433, del 11 de octubre de 2017, en la que se dispone que la prueba indiciaria es idónea y útil para suplir las carencias de la prueba directa.

En esa línea, Fidel Rojas (2016, pp. 215-241) resalta la correcta valoración judicial de los indicios realizados por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República en el Recurso de Apelación n.º 06-2013-Lima, del 4 de diciembre de 2013, en cuyo décimo fundamento jurídico se precisa que, mediante la evaluación conjunta de la prueba indiciaria, es posible llegar a la resolución de condena de un delito funcional o de corrupción, lo cual conlleva a enervar el derecho a la presunción de la inocencia.

3.6. Enfoque del derecho penitenciario

- a. Es pertinente un nuevo enfoque del beneficio penitenciario cuyo fundamento sea el principio del fomento de las competencias del sentenciado; vale decir, que el cumplimiento de la pena o el acceso de beneficios penitenciarios por parte de los sentenciados sean considerados en la elaboración de proyectos con fines sociales o asistenciales, basados en sus competencias, formación profesional y experiencia en la administración pública, pues, generalmente, quienes incurrir en delitos de corrupción de funcionarios son profesionales o técnicos del saber humano.

- b. Se deben diseñar y promocionar campañas de prevención fundadas en las competencias profesionales o las experiencias de los sentenciados con la finalidad de sensibilizar a la población respecto a la lucha frontal contra la corrupción.

4. CONCLUSIONES

- a. La lucha contra la corrupción constituye un reto a nivel de la comunidad nacional e internacional; por lo tanto, urge diseñar una política criminal de prevención, detección, investigación, sanción y erradicación de todo tipo de actos de corrupción. Para ello, debe partirse de un eje central que impulse reformas estructurales en las instituciones públicas y legales (iniciativas legislativas) para mejorar la administración pública, además de potentes esfuerzos colectivos desde diversos sectores de la sociedad que organicen campañas públicas para crear conciencia respecto de la lucha frontal contra la corrupción.
- b. Para consolidar el Estado constitucional de derecho, esto es, la vigencia irrestricta de los derechos fundamentales y el desarrollo del país, debe promoverse un Estado eficiente y eficaz en la búsqueda del bien común (el medio para la realización de la persona). Esto será posible si se elabora un proyecto nacional y un plan de gobierno con objetivos concretos a corto, mediano y largo plazo. Ahora bien, uno de los ejes del proyecto nacional debe ser la implementación de una política criminal de lucha frontal contra la corrupción, la cual debe estar diseñada sobre los principios que hemos propuesto en los diversos niveles (normativa internacional, constitucional y política criminal preventiva) y enfoques del derecho (penal, procesal penal y penitenciario).

REFERENCIAS

- Annan, K. (2004). Prefacio. En Oficina contra la Droga y el Delito de las Naciones Unidas, *Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos* (pp. iii-iv). Naciones Unidas. <https://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-s.pdf>
- Arismendiz, E. (2018). *Manual de delitos contra la Administración Pública: cuestiones sustanciales y procesales*. Instituto Pacífico.
- Borja, E. (2011). *Curso de Política Criminal*. Tirant lo Blanch. <http://nunezdearco.com/PDF/politica%20criminal%20BORJA.pdf>
- Burneo, J. (2009). Corrupción y derecho internacional de los derechos humanos. *Derecho PUCP*, (63), 333-347. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/2981/2876>
- Carpio, J. (2013, 15 de septiembre). Cómo funciona la mente de un corrupto: cuando los incentivos de lucro valen más que la ética. *RTVE*. <https://www.rtve.es/noticias/20130915/como-funciona-mente-corrupto/746221.shtml>
- Casell, M. (2004). *La política criminal*. Editorial Félix Varela.
- Congreso de la República (2020). *Constitución Política del Perú* [Promulgada el 29 de diciembre de 1993]. Congreso de la República. <https://www.congreso.gob.pe/Docs/files/constitucion/constitucion2020web-10-12-2020.pdf>
- Consejo Internacional de Políticas de Derechos Humanos (2009). *La corrupción y los derechos humanos. Estableciendo el vínculo*. Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey. <https://observatoricorrupcio.org/wp-content/uploads/2017/11/6.-La-corrupcio%CC%81n-y-los-Derechos-Humanos.-Estableciendo-el-vi%CC%81nculo.pdf>
- Fernández, L. (2015, 19 de octubre). Corrupción y falta de valores, las causas de la inseguridad. *El Comercio*. <https://elcomercio.pe/lima/corrupcion-falta-valores-causas-inseguridad-232618-noticia/>

- Ferré, J. (2002). Corrupción y fraude de subvenciones. En Ferré, J. (edit.), *Fraude de subvenciones comunitarias y corrupción (t. 1). Delitos financieros, fraude y corrupción en Europa (vol. I, pp. 11-26)*. Edición Universidad de Salamanca.
- Lama, P. de la (2002). Asistencia mutua en la lucha contra los delitos financieros, fraude y corrupción. En Ferré, J. (edit.), *Fraude de subvenciones comunitarias y corrupción (t. 1). Delitos financieros, fraude y corrupción en Europa (vol. 1, pp. 331-336)*. Ediciones Universidad Salamanca.
- Luzón, D. (2016). *Derecho penal. Parte general*. Tirant lo Blanch.
- Macedo, F. (2015). *Los actos de corrupción como violaciones de derechos humanos. Una argumentación desde la teoría del discurso racional de Robert Alexy* [Tesis de maestría, Pontificia Universidad Católica del Perú]. https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/6485/MACEDO_BRAVO_FRANCISCO_ACTOS_CORRUPCI%c3%93N.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2020, 1 de septiembre). El ACNUDH y la buena gobernanza. *Naciones Unidas*. <https://www.ohchr.org/sp/Issues/Development/GoodGovernance/Pages/GoodGovernanceIndex.aspx>
- Orrego, C. (2018, marzo-abril). La corrupción: cáncer de la sociedad. *El Mundo de Mañana*. <https://www.elmundodemanana.org/revistas/2018/marzo-abril/la-corrupcion-cancer-de-la-sociedad>
- Poder Ejecutivo (2018, 22 de abril). Decreto Supremo n.º 042-2018-PCM. Decreto Supremo que establece medidas para fortalecer la integridad pública y lucha contra la corrupción. *Diario Oficial El Peruano*, 3-7. <https://busquedas.elperuano.pe/download/url/decreto-supremo-que-establece-medidas-para-fortalecer-la-int-decreto-supremo-n-042-2018-pcm-1639860-1>
- Quiroz, A. (2013). *Historia de la corrupción en el Perú*. Instituto de Estudios Peruanos.
- Rojas, F. (2016). *Aspectos problemáticos en los delitos contra la administración pública*. Instituto Pacífico.

- Ugaz, J. (2010). Algunos apuntes sobre la corrupción. *Ius et Veritas*, 20(40), 370-379. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12160/12725>
- Ugaz, J. y Hava, E. (2016). Cómo definir la gran corrupción. En Zúñiga, L. (dir.), *Ley contra el crimen organizado (Ley n.º 30077). Aspectos sustantivos, procesales y de ejecución penal* (pp. 275-298). Pacífico Editores.
- Vásquez, I. (2018, 22 de abril). El costo de la corrupción que pagan los peruanos. *Perú 21*. <https://peru21.pe/politica/costo-corrupcion-pagan-peruanos-404394-noticia/?ref=p21r>
- Zúñiga, L. (2001). *Política criminal*. Editorial Colex.



IUS VOCATIO

REVISTA DE INVESTIGACIÓN DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE HUÁNUCO

Vol. 4, n.º 4, enero-diciembre, 2021, 55-72

Publicación anual. Huánuco, Perú

ISSN: 2810-8043 (En línea)

DOI: 10.35292/iusVocatio.v4i4.545

LAS AUDIENCIAS VIRTUALES EN LOS PROCESOS PENALES DURANTE EL ESTADO DE EMERGENCIA NACIONAL

THE VIRTUAL HEARINGS IN CRIMINAL PROCEEDINGS DURING THE NATIONAL STATE OF EMERGENCY

ABRAHAM DE JESÚS LIMAYLLA TORRES
Corte Superior de Justicia de Huánuco
(Huánuco, Perú)

Contacto: alimaylla@pj.gob.pe
<https://orcid.org/0000-0001-8831-4167>

RESUMEN

En el proceso penal acusatorio, el juzgamiento se sustenta en principios de contradicción, publicidad, intermediación, oralidad, unidad, concentración, entre otros, los cuales son indispensables para su aplicación en el proceso penal, especialmente en el juicio oral, aunque podemos afirmar que algunos principios se limitan de manera excepcional por el tipo de delito que se investiga o se juzga, como ocurre en los delitos de violación sexual, ya que las audiencias no son públicas. Esta limitación se presenta durante la emergencia sanitaria por la COVID-19, pues las audiencias se realizan virtualmente.

Palabras clave: audiencias virtuales; estado de emergencia; COVID-19.

ABSTRACT

In the accusatory criminal process, the trial is based on principles of contradiction, publicity, immediacy, orality, unity, concentration, among others, which are indispensable for its application in the criminal process, especially in the oral trial, although some principles are exceptionally limited by the type of crime being investigated or tried, as occurs in crimes of sexual violation, since the hearings are not public. This limitation is presented during the health emergency by COVID-19, since the hearings are conducted virtually.

Key words: virtual hearings; state of emergency; COVID-19.

Recibido: 15/04/2021

Aceptado: 30/07/2021

1. INTRODUCCIÓN

Cuando inició la emergencia sanitaria por la COVID-19, tomamos conciencia de la importancia del cambio de hábitos y el cuidado preventivo que debemos realizar para evitar contraer el virus y contagiar; por ejemplo, usamos mascarillas, nos lavamos las manos con frecuencia, usamos el alcohol líquido o en gel, entre otros productos de bioseguridad.

Desde marzo de 2020, vivimos varios meses en cuarentena, reclusos en nuestros hogares; asimismo, las instituciones públicas paralizaron sus labores y atendieron exclusivamente casos urgentes; en cuanto a la administración de justicia, por lo general, los procesos penales se llevan a cabo mediante audiencias presenciales, salvo algunos casos en que por economía procesal se realizan mediante videoconferencias; sin embargo, debido a la emergencia sanitaria, las audiencias se realizaron de manera virtual, con la finalidad de evitar el contagio del coronavirus que hasta la fecha ha mutado en diversas variantes de mayor mortalidad.

Ahora bien, en el presente trabajo procuramos determinar si el desarrollo de audiencias virtuales en los procesos penales garantiza o no un debido proceso, sin afectar el derecho de defensa del imputado, teniendo en cuenta que en ellas no hay público y participan únicamente quienes tienen acceso al enlace de la reunión; además, el imputado y los otros

sujetos procesales no están físicamente en la sala de audiencias ni se ven expuestos a la intermediación del juez. En tal sentido, examinaremos en qué casos se permite limitar algunos principios procesales en materia penal, autorizados por el propio legislador, y si en el contexto de la emergencia sanitaria estos principios podrían limitarse sin afectar el debido proceso.

2. PRINCIPIOS DEL PROCESO PENAL ACUSATORIO QUE SE LIMITAN POR EXCEPCIONES CONTEMPLADAS EN LA LEY

En nuestro Código Procesal Penal de 2004, se han considerado de manera específica principios para la actuación probatoria y otros para su desarrollo; en el primer caso, tenemos los principios de oralidad, publicidad, intermediación y contradicción; en el segundo, los de continuidad del juzgamiento, concentración en los actos del juicio, identidad física del juzgador y presencia obligatoria del imputado y su defensor.

Nos enfocaremos en el análisis de los principios de la actuación probatoria teniendo en consideración que, durante el estado de emergencia nacional, las audiencias no se realizaban en forma presencial en los juzgamientos. A continuación, exponemos los conceptos de los principios referidos.

2.1. La oralidad

Para el jurista Luigi Ferrajoli (1995), la oralidad es

la garantía instrumental o secundaria, que contiene necesariamente la intermediación y concentración, [además, también se denomina] la garantía de garantías: «La oralidad del juicio está estrechamente vinculada a la publicidad, de la que representa la principal garantía. La forma hablada, en efecto, implica necesariamente la publicidad» (p. 619, citado por Neyra, 2015, p. 529).

Asimismo, según Mixán Mass (2003), este principio «impone el deber de emplear el lenguaje oral durante el inicio, desarrollo y finalización del

juzgamiento oral, sin perjuicio de la documentación por escrito de los actos procesales constitutivos de la audiencia» (citado por Neyra, 2015, p. 530).

2.2. Principio de contradicción

César San Martín (2015) reseña que este

es un principio de carácter absoluto, que atiende a las partes y su rol en el proceso, y permite que el proceso tenga una estructura dialéctica. Básicamente, es un mandato dirigido al legislador, que le dicta un modo de conformar el proceso, y cuya efectiva aplicación no puede ser negada por el órgano jurisdiccional (p. 64).

En esa línea, el distinguido juez supremo, siguiendo a Juan Montero (2008), suscribe que el principio de contradicción posee doble contenido.

De un lado, importa la necesidad de ser oído, que se erige en un derecho no renunciable, que funciona como regla imperativa en la etapa de enjuiciamiento (arts. I.2 del TP y 356.1 NCPP): no se permite el juicio de ausencia (arts. 139.12 de la Constitución y 79.4-5 NCPP), y como regla no imperativa en la etapa de investigación preparatoria; las partes [deben] haber tenido la posibilidad procesal cierta de alegar [...]. De otro [lado], impone el conocimiento de todos los materiales de hecho y de derecho, aunque en este último ámbito —de los materiales propiamente jurídicos— rige el *iura novit curia*, de suerte que el juez puede tener una tercera opinión, a condición de un previo conocimiento de las partes y la posibilidad de alegar en torno a la misma (San Martín, 2015, p. 65).

2.3. Principio de intermediación

Es reconocido en el juicio oral (artículo 356.1 del NCPP) y necesita

un contacto directo, sin elemento interpuesto alguno, [entre el juez, las partes] y demás sujetos que intervienen en el proceso, [quienes] deben estar presentes y tener capacidad para obrar (Casación n.º 09-2007/Huaura, fj. 2). El sistema de audiencias, insustituible como espacio procesal

de consolidación del principio de oralidad, requiere, desde las audiencias preliminares, el concurso de las partes que voluntariamente asistan, quienes deberán plasmar sus peticiones y alegaciones (art. 8.2 NCPP); desde el enjuiciamiento, en cuanto etapa principal del proceso común, la presencia y [la] participación obligatoria de ellas para su instalación, desarrollo y culminación, aunque con algunas excepciones menores (art. 352.1, 3 y 4 NCPP); y, desde la impugnación, la presencia obligatoria de los recurrentes bajo sanción de inadmisibilidad del recurso, siempre que se trate de impugnación de sentencias o de la acción de revisión (arts. 423.3, 431.2 y 443.4 NCPP). Es el denominado subprincipio de la asistencia (San Martín, 2015, pp. 80-81).

2.4. Principio de publicidad

Nuevamente recurrimos al doctor San Martín (2015), quien considera que

Este principio concierne al control de la justicia penal por la colectividad. Tiene una doble finalidad: por un lado, proteger a las partes de una justicia sustraída al control público y, por otro, mantiene la confianza de la comunidad en los órganos jurisdiccionales [...]. En una democracia, el soberano es el pueblo, en su nombre se imparte justicia y el juez es únicamente representante de la comunidad jurídica [...]. Consolida la confianza pública en la administración de justicia, fomenta la responsabilidad de los jueces y evita que circunstancias ajenas a la causa influyan en el órgano jurisdiccional y, con ello, en la sentencia (p. 85).

Ahora bien, para Asencio (2006), la publicidad es

un instrumento de control de los ciudadanos sobre sus tribunales, máxime cuando los mismos, como sucede en la actualidad de forma casi general, están integrados por funcionarios estables y rodeados de garantías extraordinarias tendentes a asegurar su imparcialidad, muy especialmente la inamovilidad, garantías que deben ser compensadas con controles para evitar que [sean usadas] de forma inapropiada a la función que por su naturaleza están llamadas a verificar (p. 239).

Lógicamente, en un proceso penal, estos principios son compatibles con un Estado democrático de derecho; sin embargo, existen razones justificadas que el propio procedimiento penal limita, específicamente en el Código Procesal Penal, como puede observarse a continuación:

Artículo 357. Publicidad del juicio y restricciones

1. El juicio oral será público. No obstante ello, el Juzgado mediante auto especialmente motivado podrá resolver, aún de oficio, que el acto oral se realice total o parcialmente en privado, en los siguientes casos:
 - a) Cuando se afecte directamente el pudor, la vida privada o la integridad física de alguno de los participantes en el juicio;
 - b) Cuando se afecte gravemente el orden público o la seguridad nacional;
 - c) Cuando se afecte[n] los intereses de la justicia o, enunciativamente, peligre un secreto particular, comercial o industrial, cuya revelación indebida sea punible o cause perjuicio injustificado, así como cuando sucedan manifestaciones por parte del público que turben el regular desarrollo de la audiencia;
 - d) Cuando esté previsto en una norma específica.

En casos como estos, el juez debe emitir una resolución motivada disponiendo esta restricción, que puede ser parcial o total. También es importante señalar que si existen víctimas de delitos contra la libertad sexual, las audiencias se realizan en privado para salvaguardar sus derechos, especialmene si son niños o adolescentes; en otras palabras, se protege la identidad de la víctima y los hechos en su agravio se mantienen en reserva para no afectar su intimidad con eventos tan indignantes y traumáticos que contribuirían a la victimización secundaria. Consideramos que se justifican las restricciones a este principio de publicidad en casos como los contemplados en la norma de procedimiento penal.

Asimismo, por disposición legal, se ha autorizado el uso de videoconferencias para la declaración de los testigos y los peritos que no puedan concurrir a la sala de audiencias porque se encuentran en lugares distintos al del juicio (artículo 381.2 del NCPP). De este modo, no sería necesario que los testigos y los peritos asistan presencialmente a la sala de audiencias en la cual están los jueces que integran el colegiado o el juez unipersonal; es decir, no habría una intermediación del juez con estos órganos

de prueba, lo cual, hace unos años, se hubiera considerado que afectaría irremediablemente este importante principio del juzgamiento y conllevaría a una nulidad; empero, favorece al principio de economía y celeridad procesal, por ejemplo, en cuanto al costo que asume el Estado por el viaje de un perito de Lima hacia Huánuco; además, los plazos de suspensión son cortos, por lo que esperar el traslado de un perito oficial generaría dificultades para que los plazos se cumplan. Por estos motivos, aquellas son medidas razonables y permitidas por la ley, teniendo en cuenta que se aplican de manera excepcional para la actuación de algunos medios de prueba admitidos.

Otra restricción al principio de inmediación y contradicción es la lectura de las declaraciones testimoniales previstas en el literal c del artículo 383.1 del NCPP, pues leer no es lo mismo que examinar y contraexaminar al testigo; en efecto, cuando se encuentra en presencia del juzgador, este puede observar su desenvolvimiento y sus respuestas a las interrogantes, incluso con la posibilidad de que formule preguntas aclaratorias. No obstante, esta limitación obedece a casos excepcionales (el fallecimiento del testigo, la enfermedad, la ausencia en el lugar de su residencia, el desconocimiento de su paradero) o por causas independientes a la voluntad de las partes, circunstancias que exigen que estas declaraciones recabadas antes del juzgamiento (investigación preliminar o preparatoria) se hayan prestado con la presencia de las partes o, en su defecto, con su emplazamiento.

Respecto de lo anterior, podemos deducir que el legislador ha tratado de evitar que esta limitación de la declaración de testigos en el juicio oral se realice con menor afectación, porque se entiende que las declaraciones anteriores han contado con la presencia de las partes (contraria esencialmente), garantizando en ello una contradicción y derecho de defensa, o con el emplazamiento que también implica que las partes conozcan previamente la declaración a recabar del testigo; en suma, son reglas cuya finalidad es la continuidad del juicio oral.

Identificamos algo similar en la prueba anticipada en los casos donde las víctimas son menores de edad, que es una regla en mérito del Texto Único Ordenado de la Ley n.º 30364 (artículo 28), e incluso se aplica para mayores de edad, pues el fiscal que conoce el caso la puede solicitar. Además, es posible que la declaración testimonial o la de un perito se

adelante, por enfermedad o grave impedimento, cuando han sido expuestos a violencia, amenazas, ofertas o promesas de dinero u otra utilidad para que no declaren o lo hagan falsamente. Ello lo puede autorizar el juez de investigación preparatoria, según lo regulado en el NCPP (artículos 242-246), previa solicitud del fiscal, con traslado a las partes. El legislador también ha incorporado esta medida para adelantar excepcionalmente declaraciones que corresponden actuarse en el juicio oral, por casos urgentes.

Con lo expuesto precedentemente, sostenemos que algunos de los principios del proceso penal no son absolutos, sino que pueden restringirse por mandato legal, lo cual permite prever otras circunstancias aún no reguladas que puedan restringirlos.

3. PRINCIPIOS DEL PROCESO PENAL ACUSATORIO QUE SE LIMITAN POR LA EMERGENCIA SANITARIA

Debido a la propagación del coronavirus a nivel mundial, el Poder Ejecutivo, mediante el Decreto Supremo n.º 008-2020-SA, del 11 de marzo de 2020, declaró la emergencia sanitaria nacional durante 90 días; dicho plazo fue extendido a través del Decreto Supremo n.º 044-2020-PCM, del 15 de marzo de 2020, por el cual se declaró el estado de emergencia nacional por 15 días, pero luego se amplió por períodos consecutivos.

Asimismo, el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial emitió la Resolución Administrativa n.º 115-2020-CE-PJ, del 16 de marzo de 2020, mediante la cual dispuso la suspensión de las labores del Poder Judicial durante el estado de emergencia, interrumpiendo los plazos procesales y administrativos por 15 días calendarios, entre otras medidas adoptadas por los presidentes de las Cortes del país, como la designación de órganos jurisdiccionales de emergencia, de manera específica en cuanto a los procesos penales, la atención de «detenidos, [libertades,] requisitorias, *habeas corpus*, y otros casos de urgente atención. Sin perjuicio [de] que se emitan sentencias en los procesos con reos en cárcel, con plazo de prisión preventiva improrrogable por vencer» (literal i del inciso d del artículo 3), medida que fue ampliada de conformidad con el estado de emergencia dispuesto por el Ejecutivo.

Ahora bien, estas medidas fueron inéditas en la administración de justicia; la problemática se presentaba por los casos con reos en cárcel (cumplían prisión preventiva), ya que las audiencias no se podían desarrollar de forma presencial; por ello, el trabajo remoto se implementó progresivamente con la incorporación de la aplicación Google Hangouts Meet, la cual, a la fecha, utilizamos con una cobertura más amplia que al inicio. Cabe señalar que esta modalidad para realizar audiencias virtuales ha sido cuestionada, debido a que, aparentemente, afectaría los principios de publicidad, intermediación, e incluso contradicción.

Para abarcar este tema, como punto de partida, aclaramos que, según la doctrina y la jurisprudencia, estos principios son necesarios en el proceso penal acusatorio, a excepción del principio de publicidad por casos que involucren a víctimas de delitos sexuales, sobre todo si son menores de edad. Nuestra legislación prevé que la declaración única en prueba anticipada y el desarrollo del juicio oral son privados, en atención del interés superior del niño y del adolescente, garantizando la reserva de su identidad y evitando su revictimización.

En segundo lugar, aclaramos que este tipo de acontecimientos ha ocurrido anteriormente en el Perú; podemos ubicar los antecedentes por zonas, por ejemplo, en las provincias de Chincha, Pisco e Ica, en el Distrito Judicial de Ica; en ese caso, a causa del terremoto acaecido en Pisco, durante cuatro días se suspendieron los plazos procesales y las labores; además, se dispuso el funcionamiento de los juzgados penales de turno en los locales que ofrecieran las garantías necesarias para salvaguardar a sus trabajadores y al público (Resolución Administrativa n.º 220-2007-CE-PJ, del 5 de septiembre de 2007).

Como podemos observar, la magnitud de estas medidas no se asemeja a la de las que adoptamos durante la pandemia producto del coronavirus, cuyo impacto es internacional. Pese a ello, existen antecedentes de epidemias que han exigido largas cuarentenas; la última de ellas es la influenza de 1918, conocida como la gripe española, que dejó entre 20 y 50 millones de muertos, sin contar las víctimas hacia fines de la Primera Guerra Mundial; por este motivo, es considerada una de las pandemias más terribles, pues se calcula que habría afectado a 500 millones de personas; como no existían vacunas o antibióticos para repeler este virus, se debían cumplir cuarentenas, mantener una buena higiene personal,

utilizar desinfectantes y no acudir a lugares públicos con muchas personas, medidas similares a las asumidas para evitar el contagio de la COVID-19.

Respecto al principio de oralidad, suscribimos que no fue afectado, a pesar de que hubo algunos inconvenientes a causa de la inestable señal del internet; el trabajo remoto del Poder Judicial al realizar audiencias virtuales en el juzgamiento a través del Google Hangouts Meet está dando buenos resultados, ya que estas audiencias son grabadas, mecanismo con el que antes del estado de emergencia no se contaba en todas las Cortes, pues únicamente se registraba el audio de las audiencias presenciales. Entonces, podemos afirmar que el principio de oralidad, tan importante dentro del desarrollo del juicio oral en los procesos penales, no se ha visto afectado en la modalidad virtual.

Sobre el principio de publicidad, reiteramos que las audiencias deben ser públicas, excepto si la ley lo restringe para determinados procesos y en la actuación de algún medio de prueba. En el aplicativo Google Hangouts Meet, para tener acceso a la audiencia, se requiere el enlace, el cual se envía a los sujetos procesales para que participen en las videoconferencias; sin embargo, se ha criticado que dicho enlace es privado, es decir, impide el ingreso virtual de cualquier persona que en las audiencias presenciales podía observarlos sin más requisito que mostrar su DNI. En otras palabras, este aplicativo permite la participación de un público mayor al que se podría presentar en una audiencia presencial de un juicio oral, pero ello depende de que se tenga acceso al enlace. Técnicamente, esta dificultad se podría solucionar si se publicaran los enlaces de las audiencias que son consideradas públicas; empero, esto generaría otro problema quizás mayor; por ejemplo, si ingresaran 50 personas, de las cuales 6 correspondieran a los sujetos procesales, las 44 restantes no estarían debidamente identificadas y podrían hablar (activar sus micrófonos) interrumpiendo la audiencia; en ese caso, se tendría que silenciar a los participantes. Asimismo, podrían surgir otros casos que afecten el respeto a las buenas costumbres, como enviar mensajes a través del chat, lo cual generaría desorden y una falta de control en el desarrollo de la audiencia. No obstante, esta dificultad se resuelve a través de un sencillo mecanismo: cuando se trata de casos connotados, las audiencias virtuales se

trasmiten en vivo mediante la televisión o las redes sociales; de este modo, la población en general tiene acceso a ellas y puede enviar comentarios sin interrumpir su desarrollo.

De otro lado, cabe advertir que las audiencias presenciales no registraban mucho público, pues solo acudían familiares y, en mayor medida, los medios de comunicación cuando se presentaban casos polémicos. Ahora bien, esto no implica que el principio de publicidad no sea relevante; sin embargo, es claro que, ante la actual emergencia sanitaria y la cuarentena decretada en su oportunidad, fue indispensable asumir los esfuerzos necesarios para que no se vea afectado. Concluimos que, por lo antes explicado, la restricción a este principio no es determinante para expresar que se afecta un debido proceso en el desarrollo del juicio oral.

En cuanto al principio de inmediación en el desarrollo del juzgamiento, las pruebas deben ser practicadas ante el juez, quién deberá tener en cuenta únicamente las que hayan sido efectuadas y controvertidas en su presencia (Vergara y Abadía, 2014, p. 317). La prueba personal y la instrumental se realizan en presencia del juez o los jueces de juzgamiento, no en forma física, pero sí en tiempo real y con comunicación fluida, a través del aplicativo Google Hangouts Meet. Un antecedente es el uso de la tecnología para grabar videoconferencias, lo cual está permitido en el Código Procesal Penal para casos específicos que hemos mencionado anteriormente; no obstante, sobre el juicio oral, lógicamente, surgen algunas críticas, entre ellas, cómo garantizar que los órganos de pruebas no estén direccionados para dar sus respuestas. Al respecto, el juez, quien es el director de la audiencia virtual, debe utilizar todos los mecanismos pertinentes para garantizar que el testigo o el perito se encuentren en un ambiente adecuado para iniciar el examen y el contraexamen, medida prevista en el Protocolo Temporal para Audiencias Judiciales Virtuales durante el Período de Emergencia Sanitaria (Resolución Administrativa n.º 173-2020-CE-PJ, del 25 de junio de 2020), que señala lo siguiente:

III. Justificación

En vista de las medidas extraordinarias de acatamiento a la emergencia sanitaria, a efectos de superar con éxito esta etapa crítica para la nación, se justifica que el Poder Judicial, a través de su órgano de gobierno, adopte medidas extraordinarias para organizar el despacho judicial a fin de

enfrentar el período post emergencia [...] y poder continuar con el servicio de administración justicia a la ciudadanía y se garantice el derecho a la salud pública de magistrados, trabajadores, abogados, litigantes y público en general, aplicando las nuevas tecnologías al desarrollo de las actividades jurisdiccionales.

IV. Disposiciones generales

4.1. Principios

[...]

f) Inmediación, contradicción y publicidad del proceso:

En la audiencia virtual se deberá:

–Garantizar la preservación de la interacción fluida, y especialmente reservada entre el abogado defensor y el procesado en los procesos penales, para permitir una adecuada entrega de información y evaluar opciones procesales.

–Asegurar a la defensa el acceder a los registros del expediente judicial de manera remota para elaborar su teoría del caso, generar espacios de negociación, e intervenir de modo informado.

–Garantizar la posibilidad de diálogos y conferencias reservadas entre el representante del Ministerio Público y el abogado defensor para evaluar fórmulas alternativas de acuerdos procesales.

–Asegurar que la confrontación de posturas se realice en el tiempo y forma, previa información introducida al proceso por la contraparte.

–Generar las condiciones para que las audiencias sean públicas, registradas y grabadas.

–Garantizar que los abogados puedan hacer uso de las técnicas de litigación oral pertinentes en el desarrollo de la audiencia virtual.

–Garantizar la facultad del órgano jurisdiccional de controlar y resolver las incidencias planteadas para resolver los debates.

En tal sentido, no es sustento válido alegar que la intermediación no está garantizada en las audiencias virtuales, porque incluso existe antecedente favorable del Tribunal Constitucional (2015) en el Expediente n.º 02738-2014-PHC/TC, donde se refiere que

la *videoconferencia* es un sistema aceptado y regulado administrativamente en cumplimiento del principio de celeridad procesal. Además, es un

mecanismo que no atenta contra el principio de inmediación, puesto que cumple con los elementos necesarios, a saber: *la interacción de las partes, la contradicción, la observación el lenguaje no verbal y la comprobación de la identidad del declarante* (párr. 3; las cursivas son nuestras).

En esa línea, el Tribunal considera que su utilización no es incompatible con el principio de inmediación que informa al proceso penal.

Por otro lado, durante el juicio oral, el principio de contradicción refleja el derecho de defensa, que posibilita el debate y cuyo resultado permitirá al juez extraer conclusiones basándose en su análisis y valoración racional de la prueba obtenida producto de este y los demás principios aludidos. Cabe subrayar que, para Taruffo, Ibáñez y Candau (2009):

la prueba es el instrumento que le proporciona al juez la información que necesita para establecer si los enunciados sobre los hechos se fundan en bases cognoscitivas suficientes y adecuadas para ser considerados «verdaderos». La función de la prueba es, por lo tanto, una función racional, ya que se sitúa en el interior de un procedimiento racional de conocimiento y está orientada a la formulación de «juicios de verdad» fundados en justificación racional (p. 33).

En cuanto al proceso contradictorio y el conocimiento judicial, los maestros citados sostienen que «En la experiencia jurisdiccional [se distinguen] tres momentos: el de la adquisición y práctica de la prueba; el de la valoración de esta; y el de la decisión final sobre el objeto de litigio, sobre el objeto de la imputación en el caso del proceso penal» (Taruffo, Ibáñez y Candau, 2009, p. 54).

Es preciso destacar que desde que se inició la pandemia de la COVID-19 hubo diversos pronunciamientos internacionales; por ejemplo, el Comunicado de Prensa n.º 66/20, del 31 de marzo de 2020, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en el marco de su Sala de Coordinación y Respuesta Oportuna e Integrada a la crisis en relación con la pandemia del COVID-19 (Sacroi COVID-19); en este, la CIDH planteó lo siguiente:

urge a los Estados enfrentar la gravísima situación de las personas privadas de la libertad en la región y adoptar medidas urgentes para garantizar la

salud y la integridad de esta población y de sus familias, frente a los efectos de la pandemia del COVID-19, así como asegurar las condiciones dignas y adecuadas de detención en los centros de privación de la libertad, de conformidad con los estándares interamericanos de derechos humanos. En particular, la Comisión insta a los Estados a reducir la sobrepoblación en los centros de detención como una medida de contención de la pandemia (párr. 1).

Asimismo, la ONU Derechos Humanos reconoció la adopción de un decreto supremo que dispone beneficios penitenciarios para los internos que sufren mayor riesgo respecto de la COVID-19. No obstante, «se estima que tales beneficios alcanzarán solo a un porcentaje muy reducido de la población penitenciaria» (Oficina Regional para América del Sur del ACNUDH, 2020, párr. 6). Sobre este punto, en el referido Comunicado de Prensa n.º 66-2020, la CIDH recomendó:

1. Adoptar medidas para enfrentar el hacinamiento de las unidades de privación de la libertad, incluida la reevaluación de los casos de prisión preventiva con el fin de identificar aquellos que pueden ser sustituidos por medidas alternativas a la privación de la libertad, dando prioridad a las poblaciones con mayor riesgo de salud frente a un eventual contagio del COVID-19.
2. Evaluar de manera prioritaria la posibilidad de otorgar medidas alternativas como la libertad condicional, arresto domiciliario, o libertad anticipada para [grupos] de riesgo como personas mayores, personas con enfermedades crónicas, mujeres embarazadas o con niños a su cargo y para quienes estén prontas a cumplir condenas.

Por su parte, Jan Jarab, representante de América del Sur de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, expresa lo siguiente sobre el hacinamiento de los penales en el Perú: «[Exhortamos] al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y a todas las autoridades competentes a ampliar las posibilidades de beneficios a otras categorías de internos de bajo riesgo, excluyendo a perpetradores de delitos graves y violentos» (Oficina Regional para América del Sur del ACNUDH, 2020, párr. 7).

Dado que más de un tercio de las personas privadas de libertad en Perú se encuentran en prisión preventiva, la Oficina [recomendó] disminuir el elevado uso de esta medida en el país —que debe entenderse como excepcional y de último recurso—, cuestión donde el Poder Judicial y el Ministerio Público tienen un rol decisivo (Oficina Regional para América del Sur del ACNUDH, 2020, párr. 9).

Observamos que en todos estos pronunciamientos se enfatiza la necesidad de que la administración de justicia no se paralice, sino que se brinde atención por estos casos en los juicios orales con reos en cárcel y las prisiones preventivas, lo que implica realizar las audiencias virtualmente para resolver este problema mundial generado por el coronavirus. Entonces, queda claro, por un lado, que no se está afectando el principio de inmediación y, por otro, que la justicia no se puede paralizar y el uso de la tecnología es fundamental para superar estas difíciles circunstancias.

En el Perú, este virus ha cobrado miles de víctimas: según el Minsa, tuvimos 199 816 muertos y 2 189 165 casos acumulados hasta el 18 de octubre de 2021; durante esta emergencia sanitaria, las audiencias en el Tribunal Constitucional se han llevado a cabo de forma virtual, al igual que las del Poder Judicial. Lo mismo ocurrió en la Corte Interamericana de Derechos Humanos: en el caso *Petro Urrego vs. Colombia*, «la Corte deliberó la [...] Sentencia, a través de una sesión virtual, durante los días 6, 7 y 8 de julio de 2020» (párr. 15). Además, el caso *Guzmán Albarracín y otras vs. Ecuador* se deliberó virtualmente; en tal sentido, las audiencias virtuales desarrolladas durante la pandemia por la COVID-19 cumplen los estándares internacionales de validez.

4. CONCLUSIONES

- a) La tutela jurisdiccional efectiva, derecho constitucional que permite a toda persona acceder a los tribunales para obtener una respuesta a sus pretensiones, en ocasiones se ha suspendido por la pandemia de la COVID-19; no obstante, al igual que en muchos países, los casos urgentes no se han paralizado: la administración de justicia no se ha

detenido, sino que ha empleado medios tecnológicos (Google Hangouts Meet) para superar estas dificultades imprevistas. Vale aclarar que estas herramientas no son del todo ajenas en nuestro medio; algunos ejemplos de ello son el Sistema Integrado de Justicia, las videoconferencias para realizar audiencias en tiempo real, los módulos en los establecimientos penales para audiencias con internos, las notificaciones con casillas electrónicas (Sinoe), la Mesa de Partes Virtual para determinados trámites —inclusive se proyectaba a habilitar expedientes digitales electrónicos—. La urgencia y la necesidad de continuar con las labores judiciales han propiciado la digitalización de los expedientes, de tal manera que las partes tengan acceso a ellos con facilidad y puedan ser notificadas; por lo tanto, se ha dado un gran paso adelante con el uso de la tecnología para garantizar el acceso a la justicia y proyectarse a futuros cambios.

- b) Las audiencias virtuales en los procesos penales son indispensables para que el trámite se cumpla dentro de los plazos legales, en cuanto se trate de personas privadas de su libertad por medidas de coerción de prisión preventiva, ya que estos son temporales y tienen previstos plazos perentorios. Rechazar estas audiencias implicaría la excarcelación de muchos internos no sentenciados, así se trate de delitos de repercusión en la sociedad (tales como violación sexual de menores de catorce años, feminicidios, robo agravado, homicidio calificado, tráfico ilícito de drogas, corrupción de funcionarios públicos, entre otros), incluso cuando existe flagrancia y alta probabilidad de que sean autores del delito imputado, lo cual tampoco es compatible en un Estado democrático de derecho en el que se respeta la presunción de inocencia y los derechos de la víctima o sus familiares, lo cual incide en la confianza que la sociedad deposita en las autoridades de la administración de justicia.
- c) Mientras se mantenga el Estado de emergencia sanitaria y se prefiera el trabajo remoto (ahora mixto o semipresencial), las audiencias virtuales (no solo de procesos penales) no afectan el debido proceso, pese a la ausencia física de los justiciables. La modalidad virtual fue adoptada por el Tribunal Constitucional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos; por lo tanto, tiene un respaldo indirecto para su aplicación en los procesos penales y no penales del Poder Judicial.

REFERENCIAS

- Asencio, J. (2006). El proceso penal con todas las garantías. *Ius et Veritas*, 16(33), 235-247. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12354/12918>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2020, 31 de marzo). Comunicado de Prensa n.º 066/20. *Organización de los Estados Americanos*. <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/066.asp>
- Consejo Ejecutivo del Poder Judicial (2007). Resolución Administrativa n.º 220-2007-CE-PJ. Lima: 5 de septiembre de 2007. https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/f437fd804c77fafa818ed77b99635ed1/RA_220-2007-CE-PJ.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=f437fd804c77fafa818ed77b99635ed1
- _____ (2020a). Resolución Administrativa n.º 115-2020-CE-PJ. Lima: 16 de marzo de 2020. <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/7413f1804d9280529df1df5cd3eb06f8/RA-115-2020-CE-PJ.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=7413f1804d9280529df1df5cd3eb06f8#:~:text=SE%20RESUELVE%3A,Supremo%20N%C2%B0%20044%2D2020.>
- _____ (2020b). Resolución Administrativa n.º 173-2020-CE-PJ. Lima: 25 de junio de 2020. <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/cf69f7804ec9465191b3f1cbea455c49/RESOLUCION+ADMINISTRATIVA-000173-2020-CE.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=cf69f7804ec9465191b3f1cbea455c49>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2020). Caso Petro Urrego vs. Colombia. Sentencia de 8 de julio de 2020. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_406_esp.pdf
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (2020). *Código Procesal Penal. Decreto Legislativo n.º 957*. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1542316/Libro%20Procesal%20Penal.pdf>
- Neyra, J. (2015). *Tratado de Derecho Proceso Penal* (t. 1). Idemsa.

- Oficina Regional para América del Sur del ACNUDH (2020, 1 de mayo). COVID-19 profundiza crisis penitenciaria en Perú, alerta ONU Derechos Humanos. ACNUDH. <http://acnudh.org/covid-19-profundiza-crisis-penitenciaria-en-peru-alerta-onu-derechos-humanos/>
- Presidencia del Consejo de Ministros (2020, 15 de marzo). Decreto Supremo n.º 044-2020-PCM. *Diario Oficial El Peruano*, 10-13. https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/566448/DS044-PCM_1864948-2.pdf
- San Martín, C. (2015). *Derecho procesal penal. Lecciones*. Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales y Centro de Altos Estudios en Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales.
- Taruffo, M., Andrés, P. y Candau, A. (2009). *Consideraciones sobre la prueba judicial*. Fundación Coloquio Jurídico Europeo. https://www.fcjuridicoeuropeo.org/wp-content/uploads/file/Libros_Publicados/Cuadernos_Fundacion/CONSIDERACIONES____.pdf
- Tribunal Constitucional (2015). Sentencia del Tribunal Constitucional. Expediente n.º 02738-2014-PHC/TC. Lima: 30 de julio de 2015. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2015/02738-2014-HC.pdf>
- Vergara, G. y Abadía, L. (2014). *Manual del Sistema Acusatorio*. Ediciones Nueva Jurídica.



IUS VOCATIO

REVISTA DE INVESTIGACIÓN DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE HUÁNUCO

Vol. 4, n.º 4, enero-diciembre, 2021, 73-98

Publicación anual. Huánuco, Perú

ISSN: 2810-8043 (En línea)

DOI: 10.35292/iusVocatio.v4i4.542

LA CUSTODIA COMPARTIDA EN LAS RELACIONES FAMILIARES EN CONFLICTO

THE SHARED CUSTODY IN CONFLICTING FAMILY RELATIONSHIPS

ANA CECILIA GARAY MOLINA
Corte Superior de Justicia de Huánuco
(Huánuco, Perú)
Contacto: agaray@pj.gob.pe
<https://orcid.org/0000-0002-1177-6184>

RESUMEN

Dos de los conflictos familiares que más afectan a los hijos son la violencia familiar y la separación de los padres (sean casados o no); en estos casos, surge la necesidad de decidir cuál de ellos ejercerá la custodia de los hijos menores de edad o si recaerá en ambos. Gracias a la fórmula de la custodia compartida, la cual analizamos en este trabajo, los hijos pueden tener un mayor disfrute de la presencia y los cuidados de ambos padres, quienes poseen las mejores condiciones para definir el régimen de custodia más apropiado para sus hijos, de acuerdo con sus circunstancias particulares. El ejercicio de la custodia compartida a cargo de los padres separados es más eficaz si han llegado a un acuerdo.

El juez ratificará o no el acuerdo de los padres según lo considere o no idóneo para el bienestar del niño, la niña o el adolescente, pues la tenencia debe regirse por el mayor beneficio de los hijos y no por un sentido de justicia o equidad hacia los padres.

Palabras clave: derechos del niño; custodia compartida; relaciones familiares en conflicto.

ABSTRACT

Two of the family conflicts that most affect children are family violence and the separation of the parents (whether they are married or not): in these cases, the need arises to decide which of them will have custody of the minor children or if it will fall on both of them. Thanks to the formula of shared custody, which we analyze in this paper, the children can have a greater enjoyment of the presence and care of both parents, who have the best conditions to define the most appropriate custody regime for their children according to their particular circumstances. The exercise of shared custody by separated parents is more effective if they have reached an agreement.

The judge are going to ratify or not the agreement established by the parents as he considers or not suitable for the welfare of the child or adolescent. The custody must be ruled by the greatest benefit of children and not by a sense of justice or equity towards the parents.

Key words: children's rights; shared custody; family relationships in conflict.

Recibido: 15/04/2021

Aceptado: 30/07/2021

1. INTRODUCCIÓN

De todas las relaciones paternofiliales, las más importantes son las que se establecen durante la etapa de incapacidad de los hijos, es decir, las relaciones que engloban el instituto de la patria potestad, entendida como un plus que se superpone a las relaciones paternofiliales cuando los hijos son menores de edad (Garay, 2009).

La ruptura familiar producida tras la separación de los padres es una circunstancia compleja para los hijos; sin embargo, la custodia compartida puede mejorar la convivencia. En general, asumimos que los progenitores son capaces de llevar una sana parentalidad y que las situaciones difíciles que se presenten no se resolverán con la ruptura, la violencia o la ley.

En el presente trabajo, más allá de señalar las precisiones de carácter jurídico, exponemos un análisis crítico de un tema muy sensible como es la custodia o la tenencia de los hijos una vez concluido el vínculo que unía a los padres, considerando, además, los cambios de carácter social, cultural y económico que han impactado en la estructura y la dinámica familiar, las cuales han evolucionado para responder a los múltiples requerimientos que la realidad reclama.

Asimismo, al compartir nuestras experiencias y preocupaciones desde la judicatura y reflexionar sobre la infancia, tema que nos compromete y afecta a todos, esperamos coadyuvar a que los operadores del derecho y la ciudadanía comprendan las ventajas familiares y sociales de propiciar la asunción de responsabilidades compartidas por las parejas separadas, quienes, como progenitores, se encuentran inexorablemente unidas.

2. EL CUIDADO DE LOS HIJOS SEGÚN LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO

2.1. Convención sobre los Derechos del Niño

Respecto de los derechos de los niños, la Convención es la primera norma internacional de carácter vinculante y de observancia obligatoria para los Estados que la ratificaron. En ella se supera el enfoque tutelar

que concibe al niño como objeto de control y se propone el enfoque de protección, que lo reconoce como sujeto titular de derechos.

La Convención sobre los Derechos del Niño¹ «constituye un paradigma de las nuevas orientaciones que deben regir la materia» (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2002, p. 15), debido a que, como indicamos, cambió la jurisdicción tutelar por otra que respeta los derechos y las garantías de los menores de edad; en esa línea, consagró normativamente la doctrina de la protección integral, que se había desarrollado durante años, mediante instrumentos internacionales de derechos humanos (Salado, 2002, p. 78).

De la Convención se colige que la familia es el medio natural para el crecimiento y el bienestar de sus miembros, sobre todo de los hijos menores de edad, quienes, para el desarrollo de su personalidad, deben crecer en el seno de una familia, «estar plenamente preparado[s] para una vida independiente en sociedad y ser educado[s] en el espíritu de los ideales proclamados en la Carta de Naciones Unidas y, en particular, en un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad» (párr. 8 del preámbulo). Todo ello considerando que los niños, por su inmadurez física y mental, requieren protección y cuidado especiales, así como la debida protección legal antes y después del nacimiento.

En su *Prototipo base. Sistema Nacional de Infancia*, el Instituto Interamericano del Niño (2003) destaca lo siguiente:

La Convención, a diferencia de la tradición jurídica y social imperante en muchos países antes de su aprobación, no define a los niños/as y adolescentes por sus necesidades o carencias, por lo que les falta para ser adultos o lo que impide su desarrollo. Por el contrario, al niño/a se lo considera a partir de sus derechos ante el Estado, la familia y la sociedad, y por ende como titular de derechos.

[Uno de sus] mayores aportes [...] es el considerar al niño/a una persona en un período especial de su vida en el que está en juego el desarrollo de sus potencialidades, por lo que es un sujeto de derechos especialísimo,

1 Fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Nueva York (Estados Unidos) el 20 de noviembre de 1989. En el Perú, está vigente desde 1990.

dotado de una protección complementaria, pues se deben agregar nuevas garantías por sobre las que corresponden a todas las personas, reconociendo su calidad de ser en desarrollo y, por ende, a potenciar y proteger por la familia, la sociedad y el Estado. En esta perspectiva, es fundamental asumir que cualquier injerencia indebida en sus derechos afectará su vida actual, pero también marcará sus futuras posibilidades.

La consideración de este principio, como rector en la construcción de un Sistema Nacional de Infancia, [es esencial para establecer nuevos tipos de relaciones sociales]: niños-familia; niños-comunidad; niños-sociedad; niños-Estado y, por tanto, para avanzar en la construcción de una nueva cultura respecto de los niños, niñas y adolescentes (p. 10).

Además, en la Convención se establece el derecho del niño a ser cuidado por sus padres, en la medida de lo posible (artículo 7.1) y se señala que «los Estados partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares» (artículo 8.1); asimismo, tiene derecho a recibir asistencia y protección del Estado cuando sea privado de los elementos de su identidad (artículo 8.2). Estos derechos implican que el niño no debe ser separado de sus padres, salvo que ello sea necesario para proteger su interés (artículo 9).

2.2. Derecho del niño a ser cuidado por sus padres

El niño, la niña y el adolescente tienen el derecho de vivir con sus padres y ser cuidados por ellos; no obstante, este derecho se flexibiliza ante el divorcio o la separación de los padres.

Como anticipamos, el artículo 7.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que define el derecho aludido, debe interpretarse de acuerdo con «las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o [...] la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, [...] de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza [sus] derechos» (artículo 5). También debe considerarse que «el niño no [debe ser] separado de sus padres contra la voluntad de estos, excepto cuando [sea necesario] en el interés superior del niño» (artículo 9.1) y ambos

padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño; asimismo, los Estados partes deberán prestar la asistencia apropiada (Plácido, 2008, pp. 233-234).

Además, sobre la separación de los niños y sus padres, la Convención aclara que ello puede permitirse, por ejemplo, «en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando estos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de su residencia» (artículo 9.1). Con ello, la Convención busca que las relaciones paternofiliales continúen pese a que los padres estén separados.

En esa línea, se dispone que en los procedimientos relativos a la custodia de un niño, la suspensión o la pérdida de autoridad paterna, «se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones» (artículo 9.2); evidentemente, el niño afectado es una de las partes interesadas. Adicionalmente, se señala que «los Estados partes respetarán el derecho del niño [...] separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con [ellos] de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño» (artículo 9.3). En suma, se trata de

una regla bastante general y categórica, es decir, no está condicionada por el tipo de filiación, ni por la naturaleza específica de las relaciones legales que existen entre el progenitor y sus hijos, o entre estos y otras personas. Es un derecho limitado exclusivamente por el interés superior del niño en cuestión; puede ser reglamentado con el fin de acomodar los intereses legítimos de otras personas [...], por ejemplo, [quien] tiene la guarda, pero no puede ser denegada en consideración [de] los intereses de cualquier otra persona o institución (O'Donnell, 2006, p. 140).

Es claro que el derecho a ser cuidado por ambos padres supone una participación que no se limita a lo económico (pagar la pensión alimenticia del hijo). Este derecho se enfoca en que la madre y el padre ejerzan de manera compartida las responsabilidades parentales; en otras palabras, deben asumir con igualdad los deberes y los derechos que tienen respecto a sus hijos. «Sin embargo, la excepción está dada por la actuación separada de los [progenitores], ya sea por lesionarse el interés protegido o

por presentarse circunstancias que imposibilitan su realización (muerte, viaje, entre otros)» (Reynoso, 2020, p. 58).

Según la Convención, «la atribución de la custodia de los hijos a uno de los padres [...] no [implica] la suspensión de la patria potestad del otro progenitor o progenitora, [pues debe] continuar cumpliendo [sus] demás obligaciones parentales, estando privado únicamente de tener a los hijos en su compañía» (Chávez Pinazo, 2014, pp. 66-67). Reiteramos que en la Convención se reconoce que ambos padres comparten responsabilidades (artículo 18.1); por ello, la ley debe presumir que su constante participación en la vida del niño favorece su interés superior.

3. EL EJERCICIO DE LA CUSTODIA O LA TENENCIA DE LOS HIJOS

Es preciso considerar la base constitucional de la patria potestad, ya que en ella se describen los deberes de los padres hacia sus hijos y viceversa. En el Código Civil peruano y el Código de los Niños y los Adolescentes se regula la patria potestad, institución familiar que no debe quedarse en el plano particular o privado, dada su trascendencia social, pues su óptimo ejercicio redundará en varones y mujeres responsables que se incorporarán a la comunidad en mejores condiciones para ser útiles en la sociedad.

Según la doctrina actual, coexisten sistemas basados en la autoridad o la patria potestad sobre los hijos comunes: potestad paterna o solo subsidiariamente de la madre, potestad paterna y coparticipación de la madre; potestad conjunta con poder decisorio paterno, y potestad conjunta con recurso judicial en caso de desacuerdo (Plácido, 2003).

El Código Civil peruano adopta el último sistema (potestad conjunta con recurso judicial en caso de desacuerdo). En este, se asume la completa equiparación de los cónyuges, a quienes se les concede el poder paterno sobre sus hijos; no obstante, si hubiese algún desacuerdo, se recurrirá a la vía judicial. Esto concuerda con el principio de que ambos progenitores tienen obligaciones comunes respecto a la crianza y el desarrollo de sus hijos. Específicamente, en el artículo 419 del Código Civil de 1984

se establece que, durante el matrimonio, la patria potestad la ejercen conjuntamente el padre y la madre y, en caso de disentimiento, resuelve el juez de familia.

Asimismo, en el Código Civil se dispone que, «por la patria potestad, los padres tienen el deber y el derecho de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores» (artículo 418); el legislador propone el objeto de la patria potestad en concordancia con el segundo párrafo del artículo 6 de la Constitución Política de 1993, el cual estipula que «es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos [y, por otro lado,] los hijos tienen el deber de respetar y asistir a sus padres».

A modo de balance, subrayamos algunas nociones fundamentales que sustentan el enfoque y el tratamiento de los derechos de la infancia en la Convención sobre los Derechos del Niño: a) se sustituye la concepción del niño como sujeto pasivo de medidas de protección por la del niño como sujeto pleno de derecho; b) el principio rector del interés superior del niño deja de ser un concepto vago y subjetivo para comprender que el interés y el derecho se identifican; en ese entendido, se exige la promoción y el respeto al ejercicio de sus derechos fundamentales, considerando el criterio rector de interés de los niños.

Ahora bien, Cecilia Grosman (2006, pp. 181-182) sostiene que, aunque las expresiones «guarda», «custodia» y «tenencia» (en Perú) poseen varios significados, en este caso, se entienden como el «tener al hijo consigo», es decir, convivir con los hijos; de otro lado, el «cuidado del hijo» abarca las tareas y las funciones necesarias para su crianza y educación. En esa línea, se podría decir que uno de los derechos más relevantes que confiere la patria potestad es la custodia de los hijos, pues la convivencia entre los padres y sus hijos es una relación fáctica que permite el ejercicio de los demás derechos y el cumplimiento de los deberes. A propósito de ello, en el Código de los Niños y Adolescentes peruano se indica que un atributo de la patria potestad es «tenerlos en su compañía y recurrir a la autoridad si fuere necesario para recuperarlos» (inciso e del artículo 74).

Cabe señalar que la custodia no es definitiva, ya que puede variar según las circunstancias de hecho sobrevinientes. «La regla suprema que rige la cuestión apunta a la preservación de la salud física, moral y mental

de los niños, niñas y adolescentes, por lo que cuando exista un riesgo de que ello suceda, puede operarse la mutación en cualquier momento» (Laderche y Allende, s. f., citados por Chávez Pinazo, 2014, p. 47).

3.1. Custodia compartida

En cuanto ruptura, el divorcio produce una crisis que se debe enfrentar y superar; la separación de la pareja implica un alejamiento entre los padres y los hijos, quienes se perjudican y son condenados a crecer sin referencia de ambos progenitores, lo que supondrá una carga emocional de consecuencias impredecibles. Por este motivo, es necesario mentalizar que la pareja se separa, pero la labor de los padres permanece en el tiempo, de modo que la adaptación a la vida posdivorcio debe ser conciliatoria.

La noción de la custodia o tenencia compartida

surgió como consecuencia del desequilibrio de los derechos parentales en una cultura que desplaza al niño como el centro de su interés, dentro del contexto de una sociedad de tendencias igualitarias. La nítida preferencia reconocida a la madre para la custodia ya venía siendo criticada como abusiva y contraria a la igualdad entre los géneros, por lo que se busca reorganizar las relaciones entre padres e hijos dentro de la familia desunida, disminuyendo los traumas consecuentes del alejamiento de uno de los padres (Rabelo, 2010, citada por Espino y Rivera, 2018, p. 61).

En sentido genérico, la custodia compartida es un sistema que reconoce el derecho de los padres de decidir y distribuir de manera equitativa los deberes que les corresponden en el ejercicio de la responsabilidad parental, tomando en cuenta sus funciones, recursos, posibilidades y características personales. Este sistema es sumamente útil, ya que conserva el poder de iniciativa de los progenitores sobre las decisiones que conciernen a sus hijos tras la separación de la pareja y procura garantizar una óptima calidad de vida para los hijos (Gil, Fama y Herrera, 2006). De modo similar, para Rabelo (2010): «la tenencia compartida es el ejercicio común de la autoridad parental, reservando a cada uno de los padres el derecho a participar activamente en las decisiones sobre los hijos menores»

(citada por Mauricio, 2019, p. 35). En otras palabras «las relaciones parentales abarcan todo el ejercicio de la autoridad parental, incluyendo a la tenencia, la educación, la asistencia, la representación, la vigilancia y la fiscalización; atributos controlados por el Estado para la protección integral de los menores» (Rabelo, 2010, citada por Mauricio, 2019, p. 37).

El equilibrio de los roles de la madre y el padre motiva un desarrollo físico y mental apropiado en los casos de fragmentación de la familia. Este nuevo modelo se opone a las decisiones por una tenencia única, demostrando las ventajas en el bienestar del menor al mantener el vínculo afectivo y el contacto regular con los padres.

Subrayamos que el interés del menor es el factor esencial para la atribución de la tenencia; además, es objeto de nuevas reflexiones que favorecen la relación familiar. Cabe resaltar que la tenencia siempre se reveló como un punto delicadísimo en el derecho de familia, puesto que de ella depende directamente el futuro del niño. Si hasta hace poco tiempo esta cuestión no generaba mayores problemas, con las alteraciones en la estructura familiar, se buscan nuevas fórmulas de tenencia que aseguren un reparto equitativo de la autoridad parental.

Por nuestra parte, estamos de acuerdo con la definición de la custodia compartida como

la asunción compartida de autoridad y responsabilidad entre padres separados en relación [con lo que] concierna a los hijos comunes; el respeto al derecho de los niños [y adolescentes] a continuar contando, afectiva y realmente con un padre y una madre y el aprendizaje de modelos solidarios entre exesposos pero aún socios parentales (Chávez Bustamante, 2014, p. 139).

En síntesis, observamos que las definiciones citadas coinciden en el reconocimiento de la responsabilidad de los dos padres respecto de sus hijos, incluso tras la separación matrimonial, pues esta no debe ocasionar transformaciones sustanciales. Cabe destacar que

los padres pueden auxiliarse en sus funciones de garantes de la educación e integridad del niño, de modo que este siempre sienta su presencia [...]. [Además, la custodia compartida reduce] otros factores influyentes en

la estabilidad emocional, tales como el maltrato físico, la interferencia del nuevo cónyuge, la culpabilización del progenitor no custodio y los incumplimientos de los pagos de pensiones.

[...]

El proporcionar a los niños un medio seguro, con continuo contacto físico y emocional, ha sido preocupación de casi todas las legislaciones reguladoras de la relación filiatoria y no lo es menos en las leyes que respaldan la custodia compartida (Cisternas, 2010, p. cxxxiv).

Ahora bien, las leyes de custodia compartida deben contemplar mecanismos previsores respecto a la violencia hacia los hijos; en estos casos, no se podría reconocer la custodia al progenitor agresor ni instaurar la custodia compartida; en esa línea, los antecedentes de violencia doméstica anulan cualquier posibilidad de constituir la custodia compartida (Cisternas, 2010, p. cxxxiv).

3.2. Modalidades de custodia compartida

Es común la idea de que «la custodia compartida es el reparto equitativo del tiempo de convivencia del niño con cada uno de sus padres [...]. Efectivamente, se trata de reparto equitativo, pero referido a los deberes y derechos de ambos padres para con sus hijos, y eso no entiende de límites temporales» (Cisternas, 2010, p. cxxxii). Debe quedar claro que solo a través de la custodia compartida se satisfará la necesidad de los hijos de convivir con ambos padres; por ello, la custodia cumple un rol esencial en la adaptación al divorcio.

En este sentido, la custodia compartida no se limita a la elección de los lugares de residencia ni a dividir el tiempo de los hijos (por ejemplo, tres días y medio con papá y otros tres días y medio con mamá) para distribuirse las responsabilidades, sino que consiste en que ambos padres ejerzan el derecho a decidir y distribuir equitativamente las responsabilidades y deberes (Gil, Fama y Herrera, 2006).

Por lo general, pese a que las legislaciones disponen la obligación del juez de recomendar la custodia compartida (por ejemplo, en Francia y Suecia), se les otorga a los padres la posibilidad de elegir la custodia

unilateral (exclusiva) o la compartida. Actualmente, numerosos estudios psicosociológicos avalan este último tipo de custodia.

Cada caso de custodia compartida es diferente y exige que se atienda a diversos factores, entre ellos, la ubicación geográfica, la cantidad de hijos, el horario escolar, los empleos de los padres, etc. Particularmente, Grosman (2006) concibe la custodia compartida en dos modalidades: de un lado, la alternada, que se desarrolla cuando los hijos conviven con cada uno de los progenitores, de acuerdo con la organización y las posibilidades de la familia singular, de modo que en los dos hogares los padres asuman la formación de sus hijos. Por otro lado, en la segunda modalidad, los hijos residen con uno de los padres; no obstante, los progenitores comparten las decisiones y se distribuyen equitativamente las labores del cuidado de sus hijos (salud, educación, recreación, etc.). Estas dos nociones aluden a las dos acepciones del verbo «compartir». En la primera significa «participar uno en alguna cosa», es decir, la participación real de ambos padres en la crianza y la educación del niño. En contraste, la segunda acepción, a saber, «repartir, distribuir», se vincula con la tenencia alternada, que se realiza cuando el niño convive con los dos progenitores durante diferentes períodos.

3.3. Mutuo acuerdo de los padres

Justipreciemos el mutuo acuerdo en dos momentos distintos del proceso: al optar por la custodia compartida y a la hora de acordar el plan de custodia compartida. En vez de imponer algún modo en particular, los legisladores optan por plantear a la familia alternativas para asumir la custodia de sus hijos; de esta manera, siempre que exista «concordia sobre una de las opciones legales, se respetará la voluntad. “El objetivo es potenciar el mutuo acuerdo y fomentar el ejercicio de la responsabilidad de los progenitores”» (Rodríguez, 2005, citada por Espino y Rivera, 2018, p. 63).

La mayoría de legislaciones europeas y norteamericanas (Alabama, Michigan e Illinois) dan preeminencia al plan de custodia compartida presentado por los padres de mutuo acuerdo: esta es la situación ideal para establecer la custodia compartida.

Según Hollweck y Medina (2001), la custodia compartida refleja la responsabilidad de los padres y el respeto de los derechos de los niños en su plenitud; la principal aspiración debe ser que ambos participen activamente y desempeñen roles iguales respecto a la custodia de sus hijos. Si la patria potestad no se relaciona con la custodia de los hijos sobre la base del derecho a la custodia compartida, resulta un concepto vacío. Todo acuerdo mutuo servirá cuando se consideren las necesidades de los hijos y los progenitores en cuanto a sus períodos de convivencia, la distancia entre sus casas, la economía, la educación, las nuevas relaciones de pareja, etc.

Otro tema importante es la padrectomía, conocida así especialmente en Latinoamérica. Se trata de un fenómeno de limitación de los derechos del padre respecto a sus hijos cuando es condenado a alejarse, de modo que no se le permite participar en los espacios generadores de vivencias afectivas con ellos. Esta limitación de los derechos del padre es rutinaria, responde a patrones preestablecidos de custodia o tenencia monoparental sin fundamentos. Nelson Zicavo (1999) refiere que esto demuestra la creencia de que los varones son incapaces de atender a sus hijos y delata la incomprensión de la participación esencial del padre en la formación integral de los mismos. En esa línea, concluye que es difícil desempeñar una adecuada paternidad durante el proceso de posdivorcio y plantea que no debemos justificar con ello el estereotipo relacional de corte patriarcal; asimismo, subraya que urge luchar para que el ejercicio de la paternidad no sea afectado por la dicotomía matrimonio-divorcio (Zicavo, 1999).

Reiteramos que la custodia compartida es un derecho de todos los niños, independientemente de la convivencia, la separación o el divorcio de sus padres. Su ejercicio tras la separación es más eficaz cuando los progenitores han llegado a un acuerdo mutuo; de lo contrario, es improbable que dé buenos resultados.

3.4. La custodia o la tenencia en el Perú

El Código de los Niños y Adolescentes equipara la tenencia a la custodia. Para aclarar este punto, conviene recordar que, dado que la tenencia es

un atributo o derecho de los padres a vivir con sus hijos (vigilarlos y velar por ellos), podríamos decir que la custodia y la guarda sí se asemejan porque comparten el sentido de deber que obliga a los padres que ejercen la tenencia a proteger y cuidar a sus hijos.

En el artículo 81 de dicho Código se señala que, cuando los padres no conviven, la custodia o la tenencia de los hijos se debe determinar a favor de uno de ellos; en ese sentido, la custodia constituye la facultad de los padres separados de hecho para elegir con quién se quedarán los hijos, tomando en cuenta las opiniones de estos. No obstante, si no se ponen de acuerdo, la custodia será determinada por el juez, quien considerará lo más beneficioso para los hijos (interés superior del niño) para resolver la situación y no tanto los intereses de los padres; de este modo, el domicilio del padre o la madre a quien se le confíe la custodia será el domicilio de los hijos.

Advertimos que esta decisión no debe privar al otro progenitor de ejercer los demás atributos de la patria potestad; en estos casos, los padres se reparten las facultades y deberes procurando que, aunque no convivan, continúen preocupándose y adoptando decisiones sobre el bienestar de sus hijos.

La tenencia o la custodia como figura jurídica se regula expresamente en el Perú mediante el primer Código de los Niños y Adolescentes, promulgado en 1993; sin embargo, en múltiples resoluciones judiciales nacionales, emitidas incluso antes que el Código de los Niños y Adolescentes, se ha realizado una distinción entre patria potestad y tenencia, como se observa en la Sentencia recaída en el Expediente n.º 2237-98-Lima, del 24 de septiembre de 1998:

la patria potestad es el deber y el derecho que tienen los padres de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores, esta no puede ser materia de convenio, acuerdo o renuncia por no constituir su ejercicio acto de disposición de los padres; que no debe confundirse la patria potestad con la tenencia, siendo esta última atributo de la patria potestad, la cual si bien es cierto puede ser materia de convenio, también lo es que dicho acuerdo no tiene carácter de definitivo, por cuanto es variable al estar subordinado a lo que sea más conveniente al menor adolescente (citado en Fernández, 2014, p. 7).

Asimismo, la legislación especializada peruana establece que «los padres que no ejerzan la patria potestad tienen derecho a visitar a sus hijos, para lo cual deberán acreditar con prueba suficiente el cumplimiento o la imposibilidad del cumplimiento de la obligación alimentaria» (artículo 88 del Código de los Niños y Adolescentes). En cuanto a este requisito, coincidimos con Angelina Ferreyra (2002), quien recomienda no vincular el cumplimiento del régimen de visitas a los hijos y el incumplimiento de la obligación alimentaria, pues con dicha relación no solo se castigaría al renuente (padre o madre), sino también a los hijos, quienes deben permanecer ajenos a los problemas legales entre los progenitores. En definitiva, no se debe

condicionar el régimen de visitas al cumplimiento de la obligación alimentaria; tal incumplimiento otorga a la madre acreedora de los alimentos el derecho de ejecutar por la vía adecuada la mencionada condena, pero no cabe atribuirle alcance tal como para impedir las visitas del padre a sus hijos (Ferreyra, 2002, p. 129).

Según Plácido (2003), dicha posición se opone a las tendencias contemporáneas mayoritarias, las cuales se manifiestan a favor de la custodia compartida. Tal como plantemos en una publicación anterior:

La solución contenciosa en sede judicial se presenta como subsidiaria y solo debe acudir a ella cuando existe discrepancia entre los progenitores. En este caso, será el órgano judicial el que decidirá a quién atribuir la custodia o tenencia provisional o definitiva, teniendo en cuenta las características especiales de cada caso. Igual situación se presenta en el caso de los hijos extramatrimoniales reconocidos por ambos progenitores; el ejercicio de la patria potestad corresponderá a ambos padres en forma compartida si conviven, pero si se interrumpió la cohabitación, debe resolverse quién ejercerá la custodia o tenencia con similares pautas que si se tratara de hijos matrimoniales, aunque en esta alternativa la reclamación de la custodia será siempre acción principal (Garay, 2009, p. 94).

Ahora bien, Plácido (2003, pp. 501-502) apunta que la tenencia establecida judicialmente puede modificarse a causa de circunstancias comprobadas; así, se debe tramitar en un nuevo proceso procedente si han transcurrido seis meses desde la resolución original. El juez, asesorado por un equipo interdisciplinario, ordenará que se efectúe progresivamente dicha variación para que no ocasione algún daño o trastorno en el niño, la niña o el adolescente; excepcionalmente, si se encuentra en peligro su integridad, el juez puede ordenar que el fallo se cumpla de inmediato. En la jurisprudencia peruana se ha determinado que «en materia de tenencia, no rige el principio de cosa juzgada ya que se admite la posibilidad de la modificación de la tenencia» (Casación n.º 2773-2000-Ica, del 27 de diciembre de 2000).

En el Perú, gracias a la promulgación de la Ley n.º 29269, del 16 de octubre de 2008, se posibilitó la atribución de la custodia o la tenencia compartida de los hijos a sus progenitores. Específicamente, se modificaron los artículos 81 y 84 del Código de los Niños y Adolescentes, los cuales quedaron redactados del siguiente modo:

Artículo 81. Tenencia

Cuando los padres estén separados de hecho, la tenencia de los niños, niñas y adolescentes se determina de común acuerdo entre ellos y tomando en cuenta el parecer del niño, niña 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, niña o adolescente.

[...]

Artículo 84. Facultad del juez

En caso de no existir acuerdo sobre la tenencia, en cualquiera de sus modalidades, el juez resolverá teniendo en cuenta lo siguiente:

- a) El hijo deberá permanecer con el progenitor con quien convivió mayor tiempo, siempre que le sea favorable;
- b) el hijo menor de tres (3) años permanecerá con la madre; y
- c) para el que no obtenga la tenencia o custodia del niño, niña o adolescente debe señalarse un régimen de visitas.

En cualquiera de los supuestos, el juez priorizará el otorgamiento de la tenencia o custodia a quien mejor garantice el derecho del niño, niña o adolescente a mantener contacto con el otro progenitor.

Con ambas modificatorias del Código de los Niños y Adolescentes, ya nada obsta a que, en el marco de la libertad de intimidad, los padres decidan de común acuerdo compartir la custodia de sus hijos en los diversos aspectos que ello involucra; incluso es posible que los progenitores convengan la custodia para uno de ellos y el ejercicio conjunto de la responsabilidad parental o que el propio juez otorgue a los padres la tenencia compartida ante la discrepancia de las partes (Varsi, 2004). Empero, la norma jurídica por sí sola es insuficiente o incompleta, considerando, por ejemplo, que la relación entre los padres debe ser buena y la comunicación, fluida; en el caso contrario, los resultados serían opuestos a los buscados tanto para los hijos como para los padres y toda la familia.

El Tribunal Constitucional peruano ha enfatizado que el derecho a tener una familia y a no ser separado de ella garantiza que los hijos permanezcan bajo la custodia de sus progenitores, por ser lo que más se ajusta al interés superior del niño; sin embargo, existen situaciones en las cuales la separación entre padres e hijos es una necesaria excepción a la regla, lo cual sucede ante la ruptura de la relación entre los padres. Recordemos que cuando estos no llegan a un acuerdo sobre la custodia de sus hijos, el Estado interviene para definir la estabilidad familiar de los niños, a través de la fijación de la custodia y del régimen de visitas, conforme con el proceso establecido para tal efecto; ello sin impedir ni restringir su derecho a mantener de modo regular relaciones personales y contacto directo con el padre separado (Sentencia n.º 01817-2009-PH/TC-Lima, fj. 16 y 20).

En los casos de separación o divorcio, por lo general, la tendencia jurisprudencial opta por el sistema monoparental de custodia, puesto que la tenencia compartida o alternada se contrapone a pautas impostergables para decidir la tenencia del niño, la niña o el adolescente y se considera que este sistema puede vulnerar la seguridad de los hijos (Hollweck y Medina, 2001). Últimamente los Tribunales intentan buscar una solución que respete el superior interés del niño, el cual asumen como la finalidad del otorgamiento de la tenencia.

Lo que se debe privilegiar es la estabilidad emocional de los hijos, esto es, su sensación de seguridad respecto al afecto de sus progenitores; ello se concretiza si se preserva «la vida familiar de los hijos. La custodia compartida rompe el cliché del padre periférico —el que solo se ocupa de pensiones y visitas con fechas— es este el único modo [en] que el niño perciba que pueden contar con ese padre [o esa madre]» (Cisternas, 2010, p. cxxxiv).

Por su parte, en la Casación n.º 5008-2013-Lima, del 6 de agosto de 2014, la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú ha señalado que

la figura jurídica del régimen de visitas permite la continuidad de las relaciones personales entre el padre o [la] madre que no ejerza la tenencia de sus hijos, de manera que deba ser adecuado al interés superior del niño y del adolescente, correspondiendo su variación de acuerdo [con] las circunstancias en resguardo de su bienestar, propendiendo, en todo caso, a no quebrantar el vínculo paterno o materno filial necesarios para su formación (décimo considerando).

4. LA CUSTODIA COMPARTIDA EN LAS RELACIONES FAMILIARES EN CONFLICTO

Como hemos anotado, los problemas del otorgamiento de la custodia y el régimen de visita para los hijos menores de edad se presentan como accesorios o conexos a un juicio principal de separación personal, divorcio vincular, nulidad de matrimonio o violencia familiar. Es evidente que la primera y más importante forma de solución es el convenio celebrado entre los padres, pues ellos mismos determinan quién detentará la custodia o la tenencia.

Igual situación se presenta en el caso de [los] hijos extramatrimoniales reconocidos por ambos progenitores; el ejercicio de la patria potestad corresponderá a ambos padres en forma compartida si conviven, pero si se interrumpió la cohabitación, debe resolverse quién ejercerá la custodia con similares pautas que si se tratara de hijos matrimoniales (Chávez Pinazo, 2014, p. 45).

Entonces, el consenso se presenta como una óptima solución, pero no exime a los Tribunales de revisar lo acordado antes de su homologación para verificar si se adecua al interés de los hijos (Ferreira, 2002).

El divorcio, como toda ruptura, supone una crisis que hay que afrontar y superar, mediante una obligación de cambio; sin embargo, es necesario preservar la estructura triangular que toda familia conlleva y para ello debe entenderse claramente que la relación desaparecida es la existente entre los cónyuges. Cuando alguno de los miembros confunde que la separación de la pareja implica la separación entre padres e hijos, ha de saber que está perjudicando a estos últimos, ya que se les está condenando a crecer sin referencia de ambos progenitores, lo cual va a suponer una carga emocional de consecuencias impredecibles (Rodríguez, 2005, citada en Chávez Pinazo, 2014, p. 46).

Coincidimos con Gil, Fama y Herrera (2006), quienes inciden en que la relación padres-hijos es independiente de los problemas de la pareja y subrayan la necesidad de los hijos de mantener el contacto que tenían con sus progenitores cuando su familia estaba unida o «intacta». Ello es fundamental, pues este contacto disminuye el sentimiento de abandono y la presión sobre los niños y los adolescentes, quienes, según estos autores, no deberían elegir entre sus padres; con dicha omisión se eliminarían los «conflictos de lealtad». Asimismo, la relación padres-hijos garantiza la continuidad de los cuidados parentales y, por ende, el óptimo cumplimiento de las funciones afectivas y formativas.

Respecto a las ventajas de la custodia compartida, se puede señalar lo siguiente:

- a) En cuanto ejercicio conjunto de la paternidad y la maternidad en la vida de los hijos, permite el reconocimiento de cada progenitor en su rol paterno; asimismo, posibilita el desarrollo integral de los hijos.
- b) Insta la igualdad de los progenitores respecto a la organización de su vida personal y profesional, distribuyendo entre ambos la crianza; así, la madre se libera de la sobrecarga de la atención de los hijos y puede tener mayor tiempo para su desarrollo personal; además, la custodia compartida promueve la comunicación permanente entre los progenitores y la repartición de los gastos de manutención de los

hijos; sumado a ello, el reconocimiento de los hijos como ajenos al conflicto matrimonial incrementa la felicidad de las familias a pesar de la separación o el divorcio de los cónyuges.

- c) Disminuye la depresión infantil, evita el suicidio adolescente, el bajo rendimiento escolar, las infracciones penales, el embarazo adolescente, la drogadicción y el alcoholismo en los jóvenes; también amigora el sentimiento de pérdida o abandono del niño, la niña o el adolescente luego de la separación de los padres.
- d) Constituye un ahorro para el Estado porque reduce el trabajo y la cantidad de Tribunales de Familia y facilita los acuerdos entre los cónyuges separados o divorciados.

Es esencial observar que, gracias al ingreso progresivo de las mujeres en los diferentes campos laborales, los varones han reconocido que ellos también deben encargarse de la crianza de los hijos. Actualmente, existen padres y madres responsables, pues las relaciones sociales se han democratizado, posibilitando que en la estructura familiar se anulen las diferencias entre la masculinidad y la feminidad (Plácido, 2001). En esa línea, la custodia compartida impulsa la concientización de los progenitores respecto de su responsabilidad de cuidar y educar a sus hijos, pese a la falta de convivencia; asimismo, exige que ambos padres tomen —expresa o tácitamente— las decisiones concernientes a la vida y el patrimonio de sus hijos, ya que los criterios de ambos serán más beneficiosos para los hijos que el criterio de uno solo de los progenitores.

En esta nueva visión, los hijos deberán comprender que, después del divorcio, tendrán dos casas (la del padre y la de la madre) y dos jurisdicciones de autoridad; sus progenitores, más allá de sus diferencias de personalidad, evidenciarán muestras de afecto y amor hacia ellos y procurarán actuar buscando siempre el mayor beneficio para sus hijos. Sin embargo, la efectividad de la custodia compartida será difícil si es impuesta por el órgano jurisdiccional; en efecto, si no es asumida por las partes con el apoyo terapéutico adecuado, será inoperante; además, será necesario realizar ajustes legislativos en torno al denominado «derecho de visitas».

En suma, la tenencia judicial debe regirse por el mejor efecto (beneficios) para los hijos y no por un sentido de justicia o equidad hacia los padres. Plácido (2001) sostiene que la fórmula de custodia compartida debe

permitir a los hijos el máximo disfrute de la compañía y los cuidados de ambos padres; ese es el criterio judicial que debe prevalecer si los padres se encuentran en desacuerdo. No obstante, cabe recalcar que, aunque existen diversas situaciones familiares, los padres poseen los criterios pertinentes para decidir el régimen de custodia más conveniente para sus hijos de acuerdo con sus circunstancias personales. En último término, al juez le corresponderá ratificar o no el acuerdo de los padres según lo crea o no idóneo para el bienestar de los hijos.

Reiteramos que ni la justicia ni los profesionales del derecho deberían poner algún tipo de escollo a esta clase de convenios, ya que, sin duda, la decisión de los padres de «compartir» el ejercicio de la patria potestad es un aspecto por demás positivo. Es indiscutible que los hijos necesitan el contacto con sus progenitores, pues este garantiza la permanencia de las unidades parentales y, con ello, el mejor cumplimiento de las funciones afectivas y formativas.

Recomendamos no judicializar estas materias y, más bien, promover una conciliación que favorezca el óptimo ejercicio de la custodia de los hijos y la comunicación con los padres, procurando acordar custodias compartidas realistas, en función del beneficio de los hijos y no únicamente de los tiempos disponibles de los padres. En los casos en que se deban judicializar, los mandatos judiciales deben hacerse efectivos aplicando con rigurosidad los apremios y los apercibimientos contra los padres transgresores que impiden la comunicación con los hijos a través de medios virtuales (correos electrónicos, mensajes de texto, Whatsapp, Messenger, Facebook, Twitter, Instagram, etc.), reuniones presenciales (visitas personales) y llamadas telefónicas que posibilitan mantener el contacto entre los hijos y el padre o la madre con quien no conviven.

Además, es importante la firmeza en el cumplimiento de los pronunciamientos judiciales que disuadirán al transgresor, produciendo un impacto social saludable, de orden y seguridad. También es necesario simplificar el proceso limitando el recurso extraordinario de casación que, por su carácter, tiene efecto suspensivo y lo transforma en un instrumento más de dilación para la solución judicial del problema, el cual se agudiza en el desarrollo del proceso e impacta inevitablemente en la vida de los hijos, sobre todo durante su infancia.

5. CONCLUSIONES

- a) Por medio de la custodia de los hijos, los progenitores continuarán ejerciendo sus derechos y obligaciones comunes respecto a la crianza, el cuidado, la orientación y el desarrollo de los hijos menores de edad.
- b) Los problemas relativos a la custodia y el régimen de visitas para los hijos menores de edad surgen tras los procesos de separación, divorcio, nulidad de matrimonio o violencia familiar. Los padres son quienes pueden resolver dichas problemáticas al determinar quién detentará la custodia (monoparental o compartida). Así, el consenso será la mejor de las soluciones, pero ello no exime a los Tribunales de revisar lo acordado antes de su homologación, a fin de verificar si la decisión de los progenitores obedece al interés superior de los hijos.
- c) Se ha comprobado que si se privilegia la custodia compartida —con sus diversas modalidades según la organización de cada familia—, se modificarán creencias, se anularán estereotipos y se impulsarán decisiones para mejorar la calidad de vida de los integrantes de las familias (adultos, niños, niñas y adolescentes), especialmente si tenemos en cuenta que propiciar la intensidad y la profundidad afectiva de los padres hacia los hijos es la defensa más eficaz contra el abandono y el alejamiento.
- d) La custodia o la tenencia compartida es favorable al derecho de desarrollo de los hijos menores de edad cuyos padres son separados o divorciados; por este motivo, la sociedad civil y las redes sociales de apoyo gubernativo y no gubernativo deben promoverla, brindando soporte técnico a las familias con problemas en los diversos contextos socioeconómicos, fortaleciendo la solución alternativa de conflictos y propiciando conciliaciones sólidas y ejecutables. La sociedad y el Estado deben entender que solo de esa manera se protegerá adecuadamente el interés superior de los niños, salvo que existieran causas graves que requieran una solución diferente. Por lo tanto, es innecesario formular criterios rígidos que no se puedan ajustar a la totalidad de la problemática parental. Por último, subrayamos la necesidad de cambios legislativos acordes con nuestra jurisprudencia actual y la realidad peruana que —en buena hora— está mejorando.

REFERENCIAS

- Chávez Bustamante, A. (2014). Un reparto equitativo de la autoridad paternal. La viabilidad de la tenencia compartida a la luz de la Ley n.º 29269. En Torres, M. (coord.), *Patria potestad, tenencia y alimentos* (pp. 125-142). Gaceta Jurídica. <https://andrescusi.files.wordpress.com/2020/06/patria-potestad-tenencia-y-alimentos.pdf>
- Chávez Pinazo, A. (2014). *La tenencia de niños y adolescentes en el ámbito prejudicial, en las Comisarías de Alto Selva Alegre y Cerro Colorado, provincia de Arequipa, año 2012* [Tesis de maestría, Universidad Católica de Santa María]. <http://tesis.ucsm.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/UCSM/4585/8T.1134.MG.pdf?isAllowed=y&sequence=1>
- Cisternas, M. (2010). *Discursos de género en la Agrupación Amor de Papá. Análisis del discurso de género desde una organización de padres separados y/o solteros sin tuición de sus hijos en Chile* [Tesis para optar al título de antropóloga social, Universidad de Chile]. https://repositorio.uchile.cl/tesis/uchile/2010/cs-cisternas_m/pdfAmont/cs-cisternas_m.pdf
- Congreso de la República (2000). Ley n.º 27337. Ley que aprueba el nuevo Código de los Niños y Adolescentes. Lima: 2 de agosto de 2000. <https://www.mimp.gob.pe/files/direcciones/dga/nuevo-codigo-ninos-adolescentes.pdf>
- _____ (2008, 17 de octubre). Ley n.º 29269. *Diario Oficial El Peruano*, 381 649. https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos//2006_2011/ADLP/Normas_Legales/29269-LEY.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2002). Opinión Consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf
- Corte Suprema de Justicia de la República (2000). Casación n.º 2773-2000-Ica. Lima: 27 de diciembre de 2000.

- _____ (2014). Casación n.º 5008-2013-Lima. Lima: 6 de agosto de 2014. <https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2019/12/Casacion-5008-2013-LP.pdf>
- Espino, M. y Rivera, M. (2018). Tenencia compartida y sus efectos positivos en la formación psicológico y social del menor en el Distrito Judicial de Huaura año 2016 [Trabajo de investigación para optar el título de abogadas, Universidad Nacional José Faustino Sánchez Carrión]. http://repositorio.unjfsc.edu.pe/bitstream/handle/UNJFSC/1848/TFDyCP_01_09.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Fernández, A. (2014). *La familia y la coparentalidad en el Perú*. https://www.academia.edu/10291099/La_Coparentalidad_Tenencia_Compartida_en_el_Per%C3%BA
- Ferreira, A. (2002). Aspectos procesales de la tenencia y del régimen de visitas. *Revista de Derecho Procesal: Derecho Procesal de Familia*, (2), 119-142.
- Garay, A. (2009). *Custodia de los hijos cuando se da fin al matrimonio. Tenencia unilateral o tenencia compartida (coparentalidad)*. Grijley.
- Gil, A., Fama, M. y Herrera, M. (2006). *Derecho constitucional de familia (vol. I)*. Ediar.
- Grosman, C. (2006). El cuidado compartido de los hijos después del divorcio o separación de los padres: ¿utopía o realidad posible? En Kemelmajer, A., *Nuevos perfiles del derecho de familia*. Rubinzal-Culzoni.
- Hollweck, M. y Medina, G. (2001). *Importante precedente que acepta el régimen de tenencia compartida como una alternativa frente a determinados conflictos familiares*. [https://www2.congreso.gob.pe/Sicr/Comisiones/2007/ComRevNinAdo.nsf/34069c3bb71c123b05256f470062fea7/F974EAA5BA71DD0E052574660077D599/\\$FILE/TenenciaCompartidaGracielaMedina.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/Sicr/Comisiones/2007/ComRevNinAdo.nsf/34069c3bb71c123b05256f470062fea7/F974EAA5BA71DD0E052574660077D599/$FILE/TenenciaCompartidaGracielaMedina.pdf)
- Instituto Interamericano del Niño (2003, marzo). *Prototipo base. Sistema Nacional de Infancia*. http://www.iin.oea.org/pdf-iin/2016/21Sistema_Nacional_Infancia.pdf

- Mauricio, F. (2019). *Fundamentos jurídicos y fácticos para otorgar la tenencia compartida, en aplicación del interés superior del niño y a la luz de la legislación comparada* [Tesis de maestría, Universidad Privada Antenor Orrego]. http://repositorio.upao.edu.pe/bitstream/20.500.12759/5419/1/REP_MAEST.DERE_FRANCISCO.MAURICIO_FUNDAMENTOS.JUR%C3%8DDICOS.F%C3%81CTICOS.OTORGAR.TENENCIA.COMPARTIDA.APLICACI%C3%93N.INTER%C3%89S.SUPERIOR.NI%C3%91O.LUZ.LEGISLACI%C3%93N.COMPARADA.pdf
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (2015). *Código Civil. Decreto Legislativo n.º 295*. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. http://spijlibre.minjus.gob.pe/content/publicaciones_oficiales/img/Codigo-Civil.pdf
- O'Donnell, D. (2006). La doctrina de la protección integral y las normas jurídicas vigentes en relación a la familia. En Seminario Internacional los Derechos Humanos de los Niños, Niñas y Adolescentes, *Memorias del Seminario los Derechos Humanos de los Niños, Niñas y Adolescentes* (pp. 119-161). Secretaría de Relaciones Exteriores y Programa de Cooperación sobre Derecho Humanos México-Comisión Europea. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2467/8.pdf>
- Plácido, A. (2001). *Manual de Derecho de Familia*. Gaceta Jurídica.
- _____ (2003). *Filiación y patria potestad en la doctrina y en la jurisprudencia*. Gaceta Jurídica.
- _____ (2008). *Derecho de los niños, niñas y adolescentes. Una visión desde la Convención sobre los Derechos del Niño para la justicia especializada familiar*. Academia de la Magistratura.
- Reynoso, M. (2020). *La interrupción del régimen de visitas y vulneración de derechos fundamentales. Lima Sur 2020* [Tesis para optar el título de abogada, Universidad Privada de Ica]. <http://repositorio.upica.edu.pe/bitstream/123456789/585/3/Mayra%20Alejandra%20Reynoso%20Mujica%20-%20ok.pdf>

- Salado, A. (2002). Algunas reflexiones sobre la Opinión Consultiva 17 (28 de agosto 2002) de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, relativa a la «condición jurídica y derechos humanos del niño». *Anuario de Justicia de Menores* (n.º II, pp. 77-118). Astigi.
- Unicef Comité Español (2006). *Convención sobre los Derechos del Niño*. Unicef Comité Español. <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>
- Varsi, E. (2004). *Divorcio, filiación y patria potestad*. Grijley.
- Vega, Y. (2008, abril-junio). La ampliación del concepto de familia por obra del Tribunal Constitucional. A propósito de la incorporación de la familia ensamblada y de la concesión de mayores derechos a la familia de hecho. *Jus Constitucional. Análisis Multidisciplinario de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, (6), 35-49.
- Zicavo, N. (1999). *Tesis sobre la padrectomia el rol de la paternidad y la padrectomia post-divorcio*. <https://www.padresporsiempre.com/archivos/padrectomia.doc>



IUS VOCATIO

REVISTA DE INVESTIGACIÓN DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE HUÁNUCO

Vol. 4, n.º 4, enero-diciembre, 2021, 99-117

Publicación anual. Huánuco, Perú

ISSN: 2810-8043 (En línea)

DOI: 10.35292/iusVocatio.v4i4.543

ANÁLISIS DE LAS MODIFICACIONES NORMATIVAS Y JURISPRUDENCIALES DEL DELITO DE OMISIÓN DE ASISTENCIA FAMILIAR

A STUDY OF THE NORMATIVE AND JURISPRUDENTIAL MODIFICATIONS OF THE CRIME OF OMISSION OF FAMILY ASSISTANCE

ÁNGEL GÓMEZ VARGAS

Corte Superior de Justicia de Huánuco

(Huánuco, Perú)

agomez@pj.gob.pe

<https://orcid.org/0000-0002-7788-3900>

RESUMEN

El delito de omisión de asistencia familiar fue incorporado en nuestro ordenamiento jurídico mediante la Ley n.º 13906, promulgada el 24 de marzo de 1962. Ha sido objeto de múltiples modificaciones legales y jurídicas; además, desde el 2015, se ha incrementado excesivamente, de modo que constituye más de la mitad del total de procesos judiciales a nivel nacional. Debido a su importancia, en el presente artículo, desde un enfoque práctico, se analizan sus modificaciones normativas y jurisprudenciales para que este delito pueda comprenderse con mayor facilidad.

Palabras clave: omisión de asistencia familiar; procedibilidad; carga procesal; Código Procesal Civil.

ABSTRACT

The crime of omission of family assistance was incorporated into our legal system through Law No. 13906, enacted on March 24, 1962. It has been subject to multiple legal and juridical modifications; moreover, since 2015, it has increased excessively, so that it constitutes more than half of the total number of judicial processes at the national level. Due to its importance, this article, from a practical approach, analyzes its normative and jurisprudential modifications so that this crime can be more easily understood.

Key words: omission of family assistance; procedural burden; procedural burden; Civil Procedure Code.

Recibido: 15/04/2021

Aceptado: 30/07/2021

1. INTRODUCCIÓN

El delito de omisión de asistencia familiar (en adelante, OAF) se incluyó en nuestro ordenamiento jurídico a través de la Ley n.º 13906, promulgada el 24 de marzo de 1962 por el presidente Manuel Prado Ugarteche, bajo el título «Disposiciones y sanciones para los que incumplan en prestar alimentos a un menor de 18 años, o al mayor incapaz, al ascendiente inválido, o al cónyuge indigente no separado legalmente», pero luego fue denominada Ley de abandono familiar. En dicha ley se establecían los siguientes presupuestos para la configuración del OAF:

El que teniendo obligación de prestar alimentos a un menor de menos de 18 años de edad, o al mayor incapaz, que está bajo su patria potestad, tutela u otra forma de dependencia, al ascendiente inválido o necesitado, o al cónyuge indigente no separado legalmente por su culpa, se sustrajera intencionalmente de su cumplimiento, será reprimido con prisión no

menor de tres meses ni mayor de 2 años, o multa de seiscientos soles a diez mil soles, sin perjuicio de exigírsele el cumplimiento de su obligación alimentaria (artículo 1).

Esta ley fue derogada expresamente por la Primera Disposición Derogatoria del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, promulgado por el Decreto Legislativo n.º 768, del 29 de febrero de 1992; sin embargo, este fue derogado tácitamente con la entrada en vigencia del Código Penal de 1991 que regulaba el delito de OAF en el cuarto capítulo, con el siguiente texto:

Artículo 149. Omisión de prestación de alimentos

El que omita cumplir su obligación de prestar los alimentos que establece una resolución judicial será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años, o con prestación de servicio comunitario de veinte a cincuentidós [sic] jornadas, sin perjuicio de cumplir el mandato judicial.

Si el agente ha simulado otra obligación de alimentos en connivencia con otra persona o renuncia o abandona maliciosamente su trabajo, la pena será no menor de uno ni mayor de cuatro años.

Si resulta lesión grave o muerte y estas pudieron ser previstas, la pena será no menor de dos ni mayor de cuatro años en caso de lesión grave, y no menor de tres ni mayor de seis años en caso de muerte.

Desde que tal código entró en vigencia, el delito de OAF se ha incrementado progresivamente en nuestro país, llegando a constituir —a partir de la entrada en vigencia del proceso inmediato reformado mediante el Decreto Legislativo n.º 1194, del 30 de noviembre de 2015— el 52.21 % de procesos judiciales a nivel nacional, que equivale a un total de 4 000 907 procesos por OAF (Poder Judicial, 2017, párr. 1); por esta razón, se han presentado numerosas propuestas para despenalizar este delito. A continuación, exponemos algunas de ellas:

- a) Proyecto de Ley n.º 00841/2016-MP, presentado el 30 de diciembre de 2016 por el fiscal de la nación Pablo Wilfredo Sánchez Velarde; su objetivo es disminuir la carga procesal con la aplicación del acuerdo reparatorio en sede fiscal, a fin de que los fiscales se aboquen a la atención de casos de complejidad y gravedad significativa.

El Ministerio Público, a través del artículo 3 del proyecto de ley, proponía incluir el delito de OAF en el inciso 6 del artículo 2 del Código Procesal Penal (en adelante, CPP) con el siguiente texto:

Artículo 2. Principio de oportunidad

[...]

6. Independientemente de los casos establecidos en el numeral 1) procederá un acuerdo reparatorio en los delitos previstos y sancionados en los artículos 122, 149 primer y segundo párrafo, 185, 187, 189-A primer párrafo, 190, 191, 192, 193, 196, 197, 198, 205 y 215 del Código Penal, y en los delitos culposos. No rige esta regla cuando haya pluralidad importante de víctimas o concurso con otro delito, salvo que, en este último caso, sea de menor gravedad o que afecte bienes jurídicos disponibles.
- b) En un reportaje de Panamericana (2017), se señaló que «el Ministerio de Justicia viene trabajando en una propuesta que busca despenalizar la omisión de pensión de alimentos. Es decir, los padres que incumplan con sus obligaciones ya no irían a las cárceles, esto debido a la gran cantidad de hombres en prisión que no pasaron una pensión por alimentos» (párr. 1). A propósito de ello, Marisol Pérez Tello, ministra de Justicia, sostuvo que estaban «diseñando un sistema distinto por el cual pueda haber otro tipo de sanciones para el omiso, pero que garanticen que dé una pensión» (Panamericana, 2017, párr. 3)
- c) «Actualmente la población penal por el delito de incumplimiento de obligación alimenticia es de 2171, de los cuales 659 tienen la condición de procesados y 1512 ya tienen sentencia» (Guzmán, 2017, párr. 1). Además, en el ámbito económico, Carlos Vásquez Ganoza, jefe del INPE, informó que «Esto le cuesta alrededor de tres millones 300 mil soles anuales al Estado solo en alimentos. Así que el remedio es peor que la enfermedad, porque con este dinero, siempre digo que ya hubiésemos pagado la pensión de todas las madres. La solución no es el penal» (Guzmán, 2017, párr. 4).
- d) Hace tres años, el entonces presidente del Poder Judicial, Duberlí Apolinar Rodríguez Tineo, luego de la reunión de presidentes de Cortes

realizada en la ciudad de Trujillo del 31 de enero a 2 de febrero de 2018 (donde se debatieron reformas administrativas en la justicia para hacerla más accesible y eficaz), anunció que «el Poder Judicial adoptará una reforma para que los juzgados civiles no solo fijen las pensiones alimentarias, sino también abran proceso penal cuando los padres no cumplan esa obligación» (Poder Judicial, 2018, párr. 1), en razón de que la mayor carga penal en delitos proviene de temas alimentarios.

En tal sentido, planteó «que se otorgue competencia penal a los jueces civiles para que, en el mismo juzgado, primero dé trámite al proceso civil, establezca la pensión y, si no se paga, el mismo juez esté facultado para abrir el proceso penal para quien incumpla su obligación» (Poder Judicial, 2018, párr. 6). Esta innovación pretendía aligerar la carga procesal de los juzgados penales de las 35 Cortes de Justicia del país y, con ello, restablecer la confianza de los usuarios judiciales en el Poder Judicial.

- e) El congresista Luis Alberto Valdez Farías presentó el Proyecto de Ley n.º 6684/2020-CR con la finalidad de que «el problema de incumplimiento de la resolución judicial de alimentos pueda ser resuelto de manera óptima en el mismo proceso civil y reducir los costos asociados al proceso penal por el delito de incumplimiento de resolución judicial y el ingreso a la cárcel del condenado» (LP Pasión por el Derecho, 2020, párr. 2). Debido a la modificatoria del artículo 149 del Código Penal y la incorporación del artículo 566-A al Código Procesal Civil, «el juez civil podría, a pedido de parte, ordenar la detención civil del obligado que no cumpla con dos o más pensiones de alimentos. La detención tendría una vigencia de 6 meses» (LP Pasión por el Derecho, 2020, párr. 3).
- f) En la línea de la propuesta del doctor Rodríguez Tineo¹, la jueza suprema Elvia Barrios Alvarado, actual presidenta del Poder Judicial,

1 No compartimos estas propuestas porque no son compatibles con el nuevo proceso penal y el rol asignado al fiscal y juez. Con la vigencia del nuevo proceso penal, quien dirige y dicta el auto de apertura de instrucción no es el juez, sino el fiscal a través de la disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria. Además, en lo penal, ya existe un proceso especial inmediato para el trámite célere del delito de OAF; por tanto, lo que se debería modificar es el proceso civil de alimentos

durante la reunión de trabajo con las autoridades de Tacna realizada en el presente año, anunció que este Poder del Estado se encuentra

trabajando un proyecto normativo para que los procesos por alimentos sean más céleres y cortos a través de un solo proceso, y no dos como ocurre ahora: uno en el ámbito civil y otro en el penal.

«Elaboramos un proyecto para presentarlo al Congreso y unificar en un solo procedimiento (expediente) los procesos de familia, el civil y el penal; no podemos tener procesos por alimentos que no se resuelvan de manera célere», enfatizó (Poder Judicial, 2021, párrs. 1-2).

El Poder Ejecutivo no ha sido ajeno a la problemática de la dilación de los procesos de OAF; por ello, a fin de agilizar su trámite, mediante el Decreto Legislativo n.º 1194, del 29 de noviembre de 2015, reformó el proceso inmediato estableciendo la obligatoriedad de su incoación por el fiscal en casos de flagrancia delictiva, confesión y evidencia delictiva, e incorporando como supuestos de aplicación los delitos de OAF y conducción en estado de ebriedad o drogadicción. Y para reducir la carga procesal de los órganos jurisdiccionales, a través del Decreto de Urgencia n.º 008-2020, del 9 de enero de 2020, modificó el numeral 6 del artículo 2 del CPP, incluyendo el delito de OAF como supuesto de aplicación del acuerdo reparatorio, antes de promover la acción penal.

Los jueces supremos de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, en la Casación n.º 1977-2019-Lima Norte y la Revisión de Sentencia NCPP n.º 154-2019-Lima, establecieron los requisitos de procedibilidad y los elementos típicos del delito de OAF, respectivamente. Estas modificaciones normativas y jurisprudenciales serán analizadas en el presente trabajo, desde un ámbito práctico, para una mejor comprensión del tema.

(artículo 566-A del CPC), incorporando el apercibimiento de ordenarse la detención del obligado hasta por 48 horas si incumple el pago de la liquidación de pensiones alimenticias devengadas. Al respecto, véase Gómez (2018, pp. 283-295).

2. MODIFICACIÓN NORMATIVA

2.1. Acuerdo reparatorio

El Poder Ejecutivo, a través del Decreto de Urgencia n.º 008-2020, publicado el 9 de enero de 2020 en el *Diario Oficial El Peruano*, haciendo suya la propuesta de Pablo Wilfredo Sánchez Velarde, exfiscal de la nación, modificó el artículo 2.6 del CPP con el siguiente texto:

Artículo 2. Principio de oportunidad

[...]

6. Independientemente de los casos establecidos en el numeral 1), procede un acuerdo reparatorio en los delitos previstos y sancionados en los artículos 122, 149 primer párrafo, 185, 187, 189-A primer párrafo, 190, 191, 192, 193, 196, 197, 198, 205 y 215 del Código Penal, y en los delitos culposos. No rige esta regla cuando haya pluralidad importante de víctimas o concurso con otro delito; salvo que, en este último caso, sea de menor gravedad o que afecte bienes jurídicos disponibles.

Esta modificatoria fue esencial en el trámite de los procesos de OAF, ya que puso fin a la práctica de algunos fiscales y jueces de incoar y aprobar el proceso inmediato por el delito de OAF, en mérito de las copias certificadas del proceso civil de alimentos; no obstante, en el Acuerdo Plenario Extraordinario n.º 2-2016/CIJ-116, del 1 de junio de 2017, se estableció como doctrina legal que un elemento del delito de OAF era la posibilidad de actuar del imputado.

A partir de la modificación del artículo 2.6 del CPP, el fiscal de oficio o a pedido del imputado o de la víctima, antes de incoar proceso inmediato por el delito de OAF, tiene el deber de abrir diligencias preliminares para realizar actos de investigación y proponer un acuerdo reparatorio²,

2 En la Casación n.º 437-2012-San Martín, del 19 de septiembre de 2013, los jueces supremos de la Sala Penal Permanente definieron al acuerdo reparatorio «como una forma de auto-composición procesal de las partes, en la cual se afecta menos la integridad personal y se evita la estigmatización del imputado y se ofrece a la víctima una respuesta de tipo económica que, de alguna manera, le permite subsanar el derecho vulnerado, catalogado en una norma, como delito» (fundamento 10, párr. 7).

pues si las partes convienen en el mismo, el fiscal se abstendrá de ejercitar la acción penal. Para ello, debe citar al imputado hasta en dos oportunidades.

Cuando todavía no se realizaba dicha modificatoria, existían dos posiciones contrapuestas respecto a si el fiscal debería abrir diligencias preliminares antes de incoar proceso inmediato por el delito de OAF: por un lado, se consideraba que el fiscal debía realizar actos de investigación para evidenciar la posibilidad de actuar del imputado y el elemento subjetivo del dolo, atendiendo a que el artículo 446 del CPP no solo requiere como presupuesto que el delito sea de OAF, sino también que los elementos de convicción acumulados sean evidentes³.

Por otro lado, se asumía que las copias certificadas del proceso civil de alimentos eran suficientes para incoar proceso inmediato por el delito de OAF, ya que el artículo 446.4 del CPP establecía un mandato imperativo para que el fiscal incoe el proceso inmediato por el delito de OAF, entre otros fundamentos que se pueden revisar en la Resolución n.º 6 (Huánuco, 12 de diciembre de 2018), recaída en el Expediente n.º 02785-2018-0-1201-JR-PE-01.

3. MODIFICACIONES JURISPRUDENCIALES

3.1. Requisitos de procedibilidad

En la Casación n.º 02-2010-Lambayeque, del 6 de abril de 2010, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, integrada por los jueces superiores Lecaros Cornejo, Prado Saldarriaga, Príncipe Trujillo, Calderón Castillo y Santa María Morillo, respecto de los requisitos de procedibilidad en el delito de OAF, dispuso lo siguiente:

3 «El delito evidente no tiene una referencia legislativa específica. Sin embargo, con arreglo a su acepción literal, *un delito evidente es aquel cierto, claro, patente y acreditado sin la menor duda*. Cuando la ley hace mención a la denominada “prueba evidente”, exige una prueba que inmediatamente, esto es, *prima facie*, persuada de su correspondencia con la realidad; busca que la apreciación del juez en aquel supuesto sea exacta con extrema probabilidad» (Brichetti, 1973, p. 17, citado por Corte Suprema de Justicia de la República, 2016, fundamento jurídico 8.C; las cursivas son nuestras).

Sexto. Que los requisitos de procedibilidad son elementos que condicionan el ejercicio de la acción penal y sin cuya presencia no es posible promoverla; que es requisito de procedibilidad solo aquel expresamente requerido en el texto del tipo penal; si la condición no se encuentra expresamente establecida en la ley, no es posible afirmar la concurrencia de requisito de procedibilidad. [...]. **Octavo.** Que, asimismo, el primer párrafo del artículo ciento cuarenta y nueve del Código Penal sanciona la conducta de quien «omite cumplir su obligación de prestar alimentos que establece una resolución judicial [...]», que, por tanto, no se advierte que en el citado tipo penal u otra norma legal haga referencia a cuestiones que condicionen la intervención punitiva a su previa satisfacción, de modo tal que en los delitos de omisión a la asistencia familiar es claro que no se requiere más que el incumplimiento de la obligación alimentaria —establecida en una resolución judicial— para que el afectado pueda incoar la respectiva acción penal; que, si bien en la práctica jurisdiccional se solicita entre otros, la resolución judicial que aprobó la liquidación de pensiones alimenticias devengadas, esta no constituye un requisito de procedibilidad para iniciar la acción penal; que, por consiguiente, no existe confusión o necesidad de desarrollo jurisprudencial.

Sin embargo, en la Sentencia de la Casación n.º 1977-2019-Lima Norte, del 14 de julio de 2021, la Sala Penal Permanente, integrada por los jueces superiores San Martín Castro, Sequeiros Vargas, Coaguila Chávez, Torre Muñoz y Carbajal Chávez, cambió criterio sobre los requisitos de procedibilidad en el delito de OAF:

Decimosexto. [...] para instar la acción penal en delitos de omisión a la asistencia familiar en la modalidad de incumplimiento de obligación alimentaria, la dependencia judicial que conoce la demanda de alimentos debe remitir al Ministerio Público las siguientes piezas: a) escrito de demanda de alimentos, b) escrito de apersonamiento del demandado así como de aquellos donde hubiere señalado domicilios real y procesal con sus respectivas variaciones, si esto se hubiere dado, c) la sentencia y la resolución que la declara consentida o en defecto de esta última su ejecutoria superior, de ser el caso, d) la liquidación de pensiones alimenticias

devengadas, con la resolución que la aprueba conteniendo el requerimiento conminatorio al demandado de su abono en determinado plazo, bajo apercibimiento de remitir copias a la Fiscalía para la incoación penal por delito de omisión a la asistencia familiar, e) la resolución que hace efectivo el apercibimiento advertido, y f) los respectivos cargos de notificación al demandado con las resoluciones aludidas en los literales d) y e), convergiendo estas en requisitos de procedibilidad. Además, [a] la Fiscalía, según cada caso en concreto —de considerarlo indispensable—, le atañe acopiar otras piezas que considere pertinentes durante la investigación penal.

De acuerdo con la ejecutoria suprema citada, el fiscal debe adjuntar a su requerimiento de incoación de proceso inmediato los documentos que a continuación enumeramos detalladamente, pues son requisitos de procedibilidad en el delito de OAF:

- a) Escrito de la demanda de alimentos o el formulario de demanda de alimentos para niñas, niños y adolescentes, aprobado por la Resolución Administrativa n.º 331-2018- CE-PJ, del 19 de diciembre de 2018, o copia certificada de la demanda de aumento, reducción o prorrateo de alimentos.
- b) Escrito de apersonamiento del demandado u otro donde consignó su domicilio real o procesal, con sus respectivas variaciones. Si no se apersonó al proceso, se debe adjuntar la resolución que lo declaró rebelde o la copia certificada de la audiencia única donde asistió el demandado y consignó su domicilio real.
- c) Sentencia y resolución que la declaró consentida o ejecutoriada. Si el proceso no concluyó con sentencia, se debe adjuntar la copia certificada del auto que aprobó la conciliación, la transacción extrajudicial o que declaró fundada la demanda del acta de conciliación por alimentos.
- d) Liquidación de pensiones alimenticias devengadas con la resolución que aprobó la liquidación y requirió al demandado su abono en determinado plazo, bajo apercibimiento de remitir copias a la Fiscalía para la incoación penal por el delito de OAF.
- e) Resolución que hace efectivo el apercibimiento decretado.

f) Cédulas de notificación al demandado con la resolución que aprobó y requirió la liquidación y la resolución que hizo efectivo el apercibimiento decretado y remitió las copias certificadas al Ministerio Público para que proceda conforme con sus atribuciones.

Si el fiscal omite adjuntar las copias certificadas mencionadas, en la audiencia única de incoación de proceso inmediato, el juez de la investigación preparatoria debe declarar improcedente el requerimiento fiscal y devolver la carpeta fiscal al Ministerio Público para que su representante recabe las copias certificadas del proceso civil de alimentos. A nivel nacional, en los juzgados de paz letrados se debe implementar como buena práctica remitir de oficio las copias certificadas establecidas como requisitos de procedibilidad en la Casación n.º 1977-2019-Lima Norte, a fin de evitar la demora de los procesos de OAF, donde prima el interés superior de la niña, el niño y el adolescente.

3.2. Elementos del delito de OAF

Villavicencio (2006) considera que «En el tipo doloso de omisión propia se pueden distinguir tres elementos estructurales de la imputación al tipo objetivo: situación típica generadora del deber, no realización de la conducta ordenada y capacidad para realizar la acción ordenada» (p. 656).

En esa línea, en el Acuerdo Plenario Extraordinario n.º 2-2016/CIJ-116, del 1 de junio de 2017, los jueces supremos en lo penal de la Corte Suprema de Justicia de la República establecieron como doctrina legal respecto a los elementos objetivos del tipo penal lo siguiente:

15. [...] El delito de omisión de asistencia familiar, por su propia configuración típica, exige la previa decisión de la justicia civil que se pronuncie acerca del derecho del alimentista y de la obligación legal del imputado, de la entidad del monto mensual de la pensión de alimentos y del objetivo cumplimiento del pago, previo apercibimiento, por el deudor alimentario. Es claro que tales elementos no son los únicos para fundar el juicio de culpabilidad ni necesariamente determinan la imposición de una sentencia condenatoria —*la posibilidad de actuar es esencial, pues lo que se pena no es el «no poder cumplir», sino el «no querer cumplir»*

(STSE 1148/1999, de 28 de julio); es la consecuencia de la cláusula general de salvaguarda propia de los comportamientos omisivos, según la cual solo comete un delito de dicha estructura quien omita la conducta debida pudiendo hacerlo [...]—, pero son suficientes —vista la corrección del juicio civil, y siempre que sea así— para estimar en clave de evidencia delictiva —y en principio— la admisión y procedencia del proceso inmediato, que no lo es necesariamente para la condena (las cursivas son nuestras).

La doctrina y la jurisprudencia nacional consideran la capacidad o la posibilidad de actuar del imputado⁴ como un elemento del delito de OAF. Por ejemplo, en la Sentencia de Vista recaída en el Expediente n.º 02945-2016-24-0401-JR-PE-01, los jueces superiores de la tercera sala penal de apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Arequipa indicaron lo siguiente:

2.2. La Sala considera en atención al principio de exhaustividad, respecto al cuestionamiento que realiza el representante del Ministerio Público, que el *A quo* ha motivado debidamente la sentencia venida en grado citando al profesor Queralt Jiménez y sustentando sus argumentos en el **Acuerdo Plenario n.º 02-2016/CIJ-116**, mismo que expresamente describe que el delito de omisión a la asistencia familiar, **por su propia naturaleza típica**, exige no solo la obligación legal del imputado,

4 Al respecto, Mendoza (2018) —siguiendo la línea jurisprudencial del Acuerdo Plenario Extraordinario n.º 2-2016/CIJ-116— la denomina y conceptualiza como «Posibilidad psicofísica del individuo para ejecutar la acción ordenada. No se ordena lo físicamente imposible. La obligación está referida a un autor en concreto y respecto de sus reales posibilidades; la capacidad exigida debe ser compatible con la acción ordenada, así, no se trata de una capacidad difusa de acción, sino una capacidad concreta compatible con la realización del mandato. Un principio central en los tipos omisivos es que no se obliga más allá de los límites de lo posible (*ultra posse obligatur*). No se puede requerir racionalmente que se haga más de lo mejor posible en determinada situación, por tanto, este es un componente central en los delitos omisivos y determina que la imputación concreta contenga una proposición fáctica de la capacidad que tenga el sujeto activo para que pueda cumplir materialmente con la conducta ordenada» (p. 87).

la entidad del monto mensual de la pensión de alimentos y del objetivo incumplimiento del pago, previo apercibimiento, por el deudor alimentario. Sino también, necesariamente **la posibilidad de actuar**, pues lo que se pena no es el «no poder cumplir», sino el «no querer cumplir»; es la consecuencia de la cláusula general de salvaguarda propios de los comportamientos omisivos, según la cual se comete un delito de dicha estructura.

La estructura típica del delito de omisión propia [omisión a la asistencia familiar] tiene un aspecto objetivo (tipo objetivo) y un aspecto subjetivo (tipo subjetivo). En el aspecto objetivo del tipo de omisión propia se establecen tres elementos distintivos:

- i) situación típica generadora del deber;
- ii) no realización de la conducta ordenada,
- iii) posibilidad psicofísica del individuo para ejecutar la acción ordenada.

Sin embargo, en la ciudad de Huánuco —desde la reforma del proceso inmediato por el Decreto Legislativo n.º 1194, que entró en vigencia el 29 de noviembre de 2015—, algunos fiscales y jueces implementaron como buena práctica el procedimiento de incoar y aprobar el proceso inmediato por el delito de OAF, en mérito de las copias certificadas del proceso civil de alimentos, sin realizar una diligencia preliminar que permita establecer la posibilidad de actuar del imputado (elemento objetivo) y el dolo en su conducta pasiva (elemento subjetivo), excepto recabar el certificado de antecedentes penales, reporte de consultas de casos a nivel nacional y el reporte de aplicación del principio de oportunidad del imputado.

Este procedimiento —que, en nuestra opinión, convertía a los fiscales y los jueces en los trabajadores de la Mesa de Partes de los juzgados de paz letrados—, se sustentaba en los siguientes argumentos: i) celeridad para garantizar el interés superior del niño, la niña y el adolescente; ii) ausencia de complejidad o gravedad del proceso inmediato por OAF; iii) las pruebas relacionadas a la culpabilidad se desarrollan en el juicio oral y iv) el Acuerdo Plenario Extraordinario n.º 2-2016/CIJ-116 instaura como doctrina legal que para estimar en clave de evidencia delictiva bastan la admisión y la procedencia del proceso inmediato.

En los argumentos expuestos se observa que prevalece la celeridad de los procesos inmediatos por OAF sobre el debido proceso; no se toma en cuenta la función de la teoría del delito⁵ y los presupuestos legales para incoar y aprobar el requerimiento del proceso inmediato por OAF (el artículo 446 del CPP exige como presupuestos que el delito sea de OAF y que los elementos de convicción acumulados sean evidentes). Respecto a la doctrina legal del Acuerdo Plenario Extraordinario n.º 2-2016/CIJ-116, se realiza una lectura superficial, omitiendo que dicho acuerdo precisa que la corrección del juicio civil sería suficiente para la admisión y la procedencia del proceso inmediato, siempre que sea así.

Ahora bien, si en el requerimiento fiscal no se han adjuntado elementos de convicción que evidencien la posibilidad de actuar del imputado (elemento objetivo) y el dolo en su conducta pasiva (elemento subjetivo), ¿cómo el juez de investigación preparatoria podría aprobar el proceso inmediato? Cabe subrayar que el escriba no comparte los fundamentos citados precedentemente porque, al haberse omitido recabar, durante las diligencias preliminares, los elementos de convicción que evidencien la posibilidad de actuar del imputado y el dolo en su conducta pasiva, el juez de la investigación preparatoria no podría aprobar el requerimiento de proceso inmediato por el delito de OAF, pues, según la Resolución n.º 5 recaída en el Expediente n.º 03240-2018-0-1201-JR-PE-01, en la práctica judicial se observan casos donde el imputado podría i) haber sido diagnosticado con esquizofrenia o sufrido un accidente de tránsito grave que lo imposibilitó para trabajar en el período liquidado; ii) haber asumido la tenencia del menor alimentista en el período liquidado; iii) haber cancelado directamente a la madre las pensiones alimenticias devengadas; iv) haber estado recluido en el penal en el período

5 Al respecto, Villegas Paiva (2017), citando a Pablo Larsen, afirma que «[s]e le asigna a la teoría del delito una función vinculada a la seguridad jurídica, toda vez que la aplicación racional del derecho supone la eliminación de la arbitrariedad en el ejercicio del poder penal del Estado, para lo cual es útil y necesario contar con un sistema coherente que permita pautar de antemano las decisiones y que sirva para “atar” al juez a la dogmática, ya que el Estado de derecho no puede coexistir con la vigencia del puro decisionismo, del arbitrio y de la discrecionalidad judicial» (p. 20).

liquidado; v) haber estado aislado en su domicilio sin trabajar por el estado de emergencia sanitaria decretado por el Gobierno a causa de la COVID-19 o vi) haber fallecido.

En estos casos prácticos, si se aprobara el proceso inmediato en mérito de las copias certificadas remitidas por el juzgado de paz letrado, se generaría la absolución de los imputados en juicio por insuficiencia probatoria o porque la acción penal se ha extinguido debido a la muerte del imputado. Este procedimiento intensificaría el descontento de la población en la administración de justicia, ya que la madre alimentista comprobaría que la celeridad procesal en el trámite del proceso penal por OAF solo sirvió para absolver al imputado, pero no para obtener la tutela jurisdiccional efectiva.

De suerte que esta problemática se encuentra superada con la Revisión de Sentencia NCPP n.º 154-2019-Lima, del 25 de noviembre de 2020, emitida por los jueces supremos de la Sala Penal Permanente, quienes, entre las cuestiones previas, han indicado que

Octavo. El tipo penal del delito de omisión de asistencia familiar, previsto en el artículo 149 del Código Penal, exige para su configuración los elementos típicos siguientes:

- i. Sujeto activo, que corresponde a la persona que se ve obligada al pago de una pensión de alimentos fijada en una sentencia previa.
- ii. Sujeto pasivo, que es la persona que tiene el derecho a que se le asista con la pensión de alimentos.
- iii. Situación típica, referida a una resolución que requiere el pago alimentario, que nominalmente corresponde a la resolución mediante la que se requiere al obligado el pago de un monto liquidado devengado.
- iv. Posibilidad psicofísica de realizar la conducta ordenada.
- v. No realización de la conducta ordenada materializada en el comportamiento omisivo que se traduce en el incumplimiento de la obligación alimentaria fijada en la resolución.
- vi. Finalmente, el sujeto debe obrar con dolo para la realización de los elementos del tipo objetivo, esto es, que conozca que está incumpliendo con la resolución que lo vincula con el pago alimentario.

A partir de la jurisprudencia citada, la Sala Penal de Apelaciones de Huánuco ha cambiado de criterio respecto a la problemática materia de análisis, conforme se puede leer en los fundamentos de la Resolución n.º 8 (Huánuco, 18 de agosto de 2021), recaída en el Expediente n.º 00415-2021-0-1201-JR-PE-02.

4. CONCLUSIONES

- a) El delito de OAF fue incorporado en el ordenamiento jurídico mediante la Ley n.º 13906, promulgada el 24 de marzo de 1962 por Manuel Prado Ugarteche, bajo el título de «Disposiciones y sanciones para los que incumplan en prestar alimentos a un menor de 18 años, o al mayor incapaz, al ascendiente inválido, o al cónyuge indigente no separado legalmente».
- b) El delito de OAF se ha incrementado progresivamente, llegando a constituir, desde la entrada en vigencia del proceso inmediato reformado, el 52.21 % de procesos judiciales a nivel nacional, que equivale a un total de 4 000 907 procesos por OAF.
- c) Debido al aumento de la carga procesal, se han presentado varias propuestas de despenalización del delito de OAF; el Poder Ejecutivo acogió la propuesta de Pablo Sánchez Velarde, exfiscal de la Nación, a través del Decreto de Urgencia n.º 008-2020, que modificó el artículo 2.6 del CPP, estableciendo la obligatoriedad de realizar —en despacho fiscal— el acuerdo reparatorio por el delito de OAF antes de promover la acción penal.
- d) Los jueces supremos de la Sala Penal Permanente, en la Casación n.º 1977-2019-Lima Norte y la Revisión de Sentencia NCPP n.º 154-2019-Lima, han dispuesto los requisitos de procedibilidad y los elementos típicos del delito de OAF, respectivamente.
- e) Estas modificaciones normativas y jurisprudenciales han sido muy importantes para el proceso penal por OAF, ya que garantizaron el debido proceso de los imputados y disminuyeron la carga procesal de los órganos jurisdiccionales; sin embargo, son insuficientes para desincentivar la comisión del delito y reducir la carga procesal de la Fiscalía. Por ello, se debe modificar el artículo 566-A del Código Procesal

Civil, incorporando el apercibimiento de ordenarse la detención del obligado hasta por 48 horas, en caso de que incumpla el pago de la liquidación de pensiones alimenticias devengadas.

- f) Estas modificaciones normativas y jurisprudenciales han logrado poner fin al procedimiento exprés de algunos fiscales y jueces de incoar y aprobar el proceso inmediato por el delito de OAF, en mérito de las copias certificadas del proceso civil de alimentos que, en la práctica, los convertía en trabajadores de Mesa de Partes de los juzgados de paz letrados.

REFERENCIAS

Congreso de la República (1962). Ley n.º 13906. Lima: 24 de enero de 1962; promulgada el 24 de marzo de 1962. <https://docs.peru.justia.com/federales/leyes/13906-jan-24-1962.pdf>

Corte Superior de Justicia de Arequipa (2017). Resolución n.º 08. Expediente n.º 02945-2016-24-0401-JR-PE-01. Arequipa: 23 de agosto de 2017.

Corte Suprema de Justicia de la República (2010). Auto de Calificación del Recurso de Casación. Casación n.º 02-2010-Lambayeque. Lima: 6 de abril de 2010. https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/4ece4b804bdb27ef879fdf40a5645add/Casacion_02-2010-Lambayeque_calificacion_090710.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=4ece4b804bdb27ef879fdf40a5645add

_____ (2013). Sentencia. Casación n.º 437-2012-San Martín. Lima: 19 de septiembre de 2013. <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/368bb00044a07fc18281da01a4a5d4c4/CAS+437-2012+San+mart%C3%ADn.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=368bb00044a07fc18281da01a4a5d4c4>

_____ (2016). Acuerdo Plenario Extraordinario n.º 2-2016/CIJ-116. Lima: 1 de junio de 2016. http://www.justiciaviva.org.pe/new/wp-content/uploads/2016/10/Acuerdo_Plenario_Extraordinario_2-2016.pdf

- _____ (2020). Revisión de Sentencia NCPP n.º 154-2019-Lima. Lima: 25 de noviembre de 2020. <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2021/01/Revision-de-sentencia-fundada-154-2019-Lima-LP.pdf>
- _____ (2021). Sentencia. Casación n.º 1977-2019-Lima Norte. Lima: 14 de julio de 2021. <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2021/08/Casacion-1977-2019-Lima-Norte-LP.pdf?>
- Gómez, A. (2018). *Sobre la propuesta de otorgar competencia a los jueces civiles para que abran los procesos penales por delito de omisión de asistencia familiar: ¿populismo judicial o medida acertada?* Gaceta Jurídica.
- Guzmán, I. (2017, 30 de abril). Más de 2 mil padres recluidos por no pasar pensión alimenticia. *Diario Correo*. <https://diariocorreo.pe/peru/mas-de-2-mil-padres-recluidos-por-no-pasar-pension-alimenticia-746701/>
- LP Pasión por el Derecho (2020, 14 de diciembre). Proponen que juez civil tenga facultad de ordenar detención de deudores alimentarios. *LP Pasión por el Derecho*. <https://lpderecho.pe/proponen-juez-civil-facultad-ordenar-detencion-deudores-alimentarios/>
- Mendoza, F. (2018). La construcción de la imputación concreta en los delitos de omisión de asistencia familiar. En Jurado, D. y Revilla, P. (coords.), *El delito de omisión de asistencia familiar. Principales problemas*. Gaceta Jurídica.
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (2020). *Código Procesal Penal. Decreto Legislativo n.º 957*. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1542316/Libro%20Procesal%20Penal.pdf>
- Ministerio Público (2016). Proyecto de Ley n.º 841/2016-MP. Lima: 1 de diciembre de 2016. https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Proyectos_de_Ley_y_de_Resoluciones_Legislativas/PL0084120161229.pdf

Panamericana (2017, 11 de enero). Ejecutivo propone que omisión familiar ya no se castigue con cárcel. *Panamericana*. <https://panamericana.pe/24horas/politica/220055-ejecutivo-propone-omision-familiar-castigue-carcel>

Poder Judicial (2017, 3 de julio). Mayoría de procesos en casos de flagrancia son por omisión a la asistencia familiar. *Poder Judicial*. https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/cortesuprema/s_cortes_suprema_home/as_inicio/as_enlaces_destacados/as_imagen_prensa/as_notas_noticias/2017/cs_n-mayoria-de-procesos-en-caso-de-flagrancia-son-por-omision-asistencia-familiar-03072017

_____ (2018, 2 de febrero). Jueces civiles que fijan pensión alimenticia podrán abrir proceso penal a padres morosos. *Poder Judicial*. https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/cortesuprema/s_cortes_suprema_home/as_inicio/as_enlaces_destacados/as_imagen_prensa/as_notas_noticias/2018/cs_n-jueces-civiles-que-fijan-pension-alimenticia-podran-abrir-proceso-penal-a-padres-morosos

_____ (2021, 3 de septiembre). Presidenta del Poder Judicial anuncia proyecto que propone unificar en un solo procedimiento los procesos por alimentos. *Poder Judicial*. https://pprfamilia.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/cortesuprema/s_cortes_suprema_home/as_inicio/as_enlaces_destacados/as_imagen_prensa/as_notas_noticias/2021/cs_n-presidenta-poder-judicial-anuncia-proyecto-unificar

Villavicencio, F. (2006). *Derecho Penal. Parte general*. Grijley. <https://drive.google.com/file/d/1wfepIMvUa42Bx6S09gDvKyrDKmJdmrcQ/view>



IUS VOCATIO

REVISTA DE INVESTIGACIÓN DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE HUÁNUCO

Vol. 4, n.º 4, enero-diciembre, 2021, 119-133

Publicación anual. Huánuco, Perú

ISSN: 2810-8043 (En línea)

DOI: 10.35292/iusVocatio.v4i4.554

EL RAZONAMIENTO INDICIARIO PARA PROBAR LOS ESTADOS MENTALES. LA REALIDAD PSICOLÓGICA DEL DOLO A TRAVÉS DE INDICIOS¹

INDIRECT REASONING TO PROVE MENTAL STATES. THE PSYCHOLOGICAL REALITY OF DOLUS THROUGH INDICIA

DAVID ROSARIO MENDIGURI PERALTA
Corte Superior de Justicia de Arequipa
(Arequipa, Perú)

Contacto: dmendigurip@pj.gob.pe
<https://orcid.org/0000-0001-7931-6881>

RESUMEN

El presente trabajo expone las concepciones normativas y psicológicas sobre la prueba de estados mentales. Se decanta por la última y se sustenta que un caso de feminicidio pone a prueba el razonamiento indiciario para verificar el sustrato psicológico del dolo: finalidad típica.

Palabras clave: razonamiento indiciario; dolo; feminicidio.

¹ Este texto fue presentado con el mismo título en una ponencia virtual organizada por la Comisión de Capacitación de la Corte Superior de Justicia de Huánuco el 1 de octubre de 2020; la versión actual contiene algunas variaciones propias de un trabajo escrito.

ABSTRACT

This paper discusses the normative and psychological conceptions on the proof of mental states. It defends the latter and argues that a case of femicide puts the circumstantial reasoning to the test to verify the psychological substrate of *dolus*: typical finality.

Key words: indexical reasoning; *dolus*; femicide.

Recibido: 15/04/2021

Aceptado: 30/07/2021

1. INTRODUCCIÓN

Existen posiciones jurisprudenciales y doctrinales que sostienen que el *dolo* no se prueba, sino que se imputa. En esa línea, en el presente trabajo se sostendrá que el razonamiento indiciario es el mecanismo idóneo para probar los componentes del *dolo*.

Cabe aclarar que asumimos la «prueba de indicios» como un razonamiento o método de valoración y no un «medio de prueba». Los estados mentales se pueden probar, aunque con algunas limitaciones, como ocurre en cualquier disciplina, ya sea científica o psicológica; es decir, dichos estados mentales se relacionan con los fenómenos temporales: según el concepto de irreversibilidad (la flecha de tiempo), no cabe retrotraerse a situaciones pasadas para determinar qué pensaba o conocía uno en cada momento.

En principio, nos referiremos brevemente al razonamiento indiciario; luego, trataremos las diferentes concepciones de la prueba de los estados mentales; después, argumentaremos que de los indicios se puede inferir el *dolo* y, finalmente, analizaremos un caso concreto.

2. EL RAZONAMIENTO INDICIARIO Y SUS EXIGENCIAS

Para conceptualizar la prueba por indicios debemos definir sus elementos, a saber: hecho base, enlace inferencial y hecho indiciado. En cuanto al «hecho» (que la doctrina denomina «hecho base»), según González (2007), es una entidad compleja que combina «elementos observacionales

y teóricos, [...]. Los [primeros] dependen de la observación de la realidad a través de nuestros sentidos» (párr. 1, secc. II), por ejemplo, las dimensiones de un palo, el olor de un cadáver, la forma de un arma, etc. En contraste, «los elementos teóricos, normativos o interpretativos [...] dependen de la red de conceptos con los que los clasificamos y comprendemos» (párr. 1, secc. II), como la relación de causalidad o la acción intencional.

Ahora bien, cabe subrayar que primero observamos la realidad a partir de un bagaje teórico de normas o redes de conceptos; después, la clasificamos. Por lo tanto, lo propio es distinguir hechos externos independientes de nuestras percepciones e interpretaciones, hechos percibidos y hechos interpretados. Es a partir de esa distinción que evaluamos en nuestro medio si el denominado hecho base (que forma el razonamiento indiciario) puede, a su vez, provenir de una anterior inferencia probatoria, que conllevaría a una red de inferencias probatorias. En la actualidad, este asunto está en pleno debate; por ejemplo, la doctrina nacional propone que el hecho base solo puede ser objeto de determinación o prueba con medios de prueba directos; mientras que otros entienden que no hay distinción entre prueba directa y prueba de indicios, pues ambas exigen cadenas de inferencias.

Por lo pronto, nos quedaremos con el inicial concepto de hecho base, respaldado con datos aportados por medios de prueba, específicamente, la existencia de un palo y sus dimensiones, los cuales han de probarse con la presentación de la evidencia en juicio y el informe del perito que midió dicho instrumento.

De otro lado, el razonamiento indiciario exige una conexión o enlace que conlleva a otro hecho consecuente. En las conexiones de ambos hechos podemos identificar las reglas de la ciencia, la lógica y la experiencia. Las características de ese enlace estriban en su fundamento, finalidad y fuerza. Por ejemplo, en el enlace denominado «reglas de la experiencia» (utilizadas para probar estados mentales), el fundamento está basado en la observación regular de los hechos: si el piso está mojado, es porque normalmente ha llovido. Su finalidad es aproximarse a la verdad (en realidad, ha llovido) y la fuerza está determinada en cuanto no haya otra explicación razonable del dato (la humedad del piso no se debe a otras causas).

El tercer componente es el «hecho presunto, o afirmación presumida (hecho-consecuencia o hecho indiciado), [que] compone la conclusión a partir del indicio o hecho-base y, como tal, constituye [...] la afirmación que se desprende de la prueba de indicios [...]. Esta se corresponde con el hecho descrito en el tipo penal» (San Martín, 2020, p. 875).

Finalmente, el grado de verdad de este hecho presunto se relaciona directamente con el grado de coincidencia del hecho base con la realidad; además, requiere que el enlace no suscite controversia y esté vigente. El gran reto es identificar y explicitar, por cada razonamiento inferencial, el enlace que se utilice y no realizar una simple enumeración de los hechos base y los hechos presuntos.

3. LA PRUEBA DE LOS ESTADOS MENTALES

Respecto a la «prueba o determinación» de los estados mentales (deseos, sensaciones, temor, dolor, intención, conocimiento, consentimiento, buena fe, creencias, etc.), podemos distinguir dos tipos de concepciones.

3.1. Concepciones normativas o adscriptivistas

Afirman que la prueba de la intención (estado mental) es un juicio de imputación; esto es, una actividad que no tiende a descubrir ninguna realidad interna o psicológica; ello debido a que, desde esta perspectiva, no existen los estados mentales (tema de carácter ontológico), no pueden ser conocidos por las ciencias psicológicas (temas de epistemología) o se asume que no es relevante ni necesario conocer un estado mental en específico. De acuerdo con la finalidad de la pena o el proceso, se atribuye tal o cual estado mental.

En nuestro medio, el tratadista García Caveró (2019) sostiene que

La comprensión normativa del dolo parte de la idea de que el conocimiento del autor no se constata, ni se verifica, sino que se imputa. [...]. En este sentido, [debe partirse de] las incumbencias de conocimiento de los riesgos que le impone al autor el desempeño del rol (general o especial) en el

contexto específico de la actuación. Para ello es necesario [...] que el autor haya podido alcanzar ese conocimiento en sus circunstancias personales (pp. 518-519).

Nótese que el citado autor aún realiza una exigencia de carácter subjetivo (en sus términos, circunstancias personales), lo cual ocasiona que el grado de normativización no sea del todo objetivo.

En el ámbito jurisprudencial, recientemente esta concepción fue asumida por la Corte Suprema de Justicia de la República. En el Recurso de Apelación n.º 6-2018-Ayacucho, del 5 de febrero de 2019, la Sala Penal Permanente indicó lo siguiente:

Cuarto. [...] el dolo no se prueba, se atribuye o se imputa al autor con base en criterios de referencia sociales asumidos por el derecho penal. [...] tratándose incluso de un juez, el conocimiento del derecho está en función a su propio rol, a lo que se exige de él —conocer las normas sobre inscripción de partidas de nacimiento es, desde luego, factible un conocimiento en atención a sus circunstancias personales— [...].

[...]

Sexto. [...] su entendimiento del derecho penal ha sido erróneo, al punto incluso que planteó exigencias inaceptables, como que el dolo se prueba y con un medio de prueba específico [...].

Sobre este punto, recurrimos a la genialidad de Gracia (2016), quien precisó que

al individuo empírico no se le puede *imputar* absolutamente nada, porque todo lo existente en él y relacionado con él ya es todo suyo y le pertenece como exclusivamente suyo porque ya se encuentra en él mismo, sintetizado con él mismo mediante un nexo inescindible que, a lo sumo, podrá ser escindido solo en el *pensamiento*, pero no *conceptualmente*, y ciertamente solo y nada que a efectos *analíticos* y de explicación por separado de los singulares elementos sintetizados (p. 28, nota 77; las cursivas provienen del original).

Asimismo, en un trabajo posterior, con base en el concepto de imputación jurídica (pues puede haber otra clase de imputación, por ejemplo, una persona religiosa que atribuye ciertas consecuencias a entes o dioses)², suscribió que

la imputación no es la conexión de una conducta con el ser humano que la ha realizado; para eso no se necesita ninguna conexión por medio de una norma, pues la conducta no se puede escindir en ningún caso del ser humano que la ha realizado (Gracia, 2020, p. 23).

En esa línea, conviene recordar que este autor considera impensable

hablar de la imputación a un individuo de su cerebro, piel, huesos, etc., tan absurdo como esto resultaría hablar de la imputación a un individuo de su propia voluntad; y por lo mismo tiene que verse como absurdo hablar de la imputación del resultado a la voluntad del individuo que lo ha causado, simplemente porque igual que el cerebro de un individuo es suyo propio, también lo causado por una voluntad es ya sin más suyo propio de ella, y [sería] completamente absurdo tratar de imputar a una voluntad lo suyo propio (Gracia, 2016, p. 28, nota 77).

Con esa cita, queda claro que decir que al individuo se le imputan sus propios conocimientos o su voluntad es superfluo y absurdo, ya que todo lo relacionado con el individuo (su conducta y sus componentes) le pertenece como exclusivamente suyo. Por ello, cabe únicamente probarlo y no imputarlo.

3.2. Concepciones cognoscitivistas o descriptivistas

Las concepciones descriptivistas, en contraposición a las anteriores, sostienen que la prueba de aquellos estados mentales es una actividad de

2 «La imputación jurídica es el nexo efectuado con base en la norma entre un estado de hecho del ser y un sujeto, es decir, una conexión de elementos completamente peculiar y totalmente diferente e independiente de la causal y teleológica, y se puede caracterizar como normativa porque resulta de la norma» (Kelsen, 1923, p. 72, citado por Gracia, 2020, p. 23, nota 44).

descubrimiento, cognoscitiva y orientada a establecer juicios de atribución verdaderos o falsos. Ello presupone que los estados mentales existen y tenemos una forma para comprobarlo; es importante realizar dicha comprobación dentro del proceso penal.

De hecho, en la medida en que se asuma que la finalidad institucional de la prueba es la averiguación de la verdad y que, precisamente, el aspecto subjetivo es determinante para saber si un comportamiento tiene o no relevancia penal, no parece difícil asumir que la prueba del dolo pueda ser vista como una que tienda a descubrir una realidad subjetiva. En efecto, el tratadista que ha refutado los argumentos de las tesis normativistas es González (2006), quien explica que se debe reconocer la conexión entre la actuación intencional y la racional: «actuar con intención es actuar persiguiendo un fin. [...] procurar ese fin es la razón de nuestra acción. [...] Actuar intencionalmente también se puede definir como actuar *por* una razón» (p. 182; la cursiva proviene del original).

Esto se vincula con el concepto de dolo como finalidad típica. En efecto, en la línea de la dogmática finalística, se ha de reconocer que la actividad humana gozaría, en todo caso, de un substrato material: finalidad que dirige la acción (Welzel, 1993, p. 39). Es falso que

al concebir [...] el dolo como finalidad jurídicopenalmente relevante, es decir, [...] como finalidad referida a un tipo delictivo, *el concepto de finalidad y, por tanto, el concepto finalista de la acción* adquiera un contenido normativo. *Es únicamente el dolo el que adquiere un contenido normativo por la referencia de la finalidad a un tipo delictivo* (Cerezo, 2003, p. 49; las cursivas provienen del original).

El dolo es una «especie» de la finalidad, es la finalidad jurídica penalmente relevante por cuanto su contenido son los elementos del tipo. La transformación de una finalidad previa en dolo, mediante un acto legislativo, no afecta en lo más mínimo a la estructura ontológica de la finalidad misma, pues el núcleo del dolo continúa siendo la finalidad (Gracia, 2005, p. 155). En definitiva, «el dolo es siempre y solo finalidad referida a la realización de los elementos objetivos de un tipo» (Gil Gil, 2005, p. 349).

Esta concepción era la dominante e incluso todavía es asumida por la Corte Suprema de Justicia de la República, pues en el Acuerdo Plenario n.º 1-2016/CJ-116, del 12 de junio de 2017, dejó sentado lo siguiente:

la prueba del dolo en el feminicidio, para distinguirlo de las lesiones (leves o graves), de las vías de hecho o incluso de lesiones con subsecuente muerte, es una labor compleja. Hurgar en la mente del sujeto activo los alcances de su plan criminal es una tarea inconducente. Ha de recurrirse a indicios objetivos para dilucidar la verdadera intencionalidad del sujeto activo. Deben considerarse como criterios, por ejemplo, la intensidad del ataque, el medio empleado, la vulnerabilidad de la víctima, [los lugares] en donde se [produjeron] las lesiones, indicios de móvil, el tiempo que medió entre el ataque a la mujer y su muerte (fundamento 47).

4. EL RAZONAMIENTO INDICIARIO COMO MÉTODO DE DETERMINACIÓN DEL SUSTRATO FÁCTICO DEL DOLO

Como se observa, actualmente conviven dos posiciones en nuestro medio: probar o atribuir el dolo; empero, estimamos que con la estructura del razonamiento indiciario se pueden determinar los componentes del dolo. Ello se funda en cuatro razones. En principio, como se señaló, no cabe hablar de «imputación» de una conducta con sus componentes hacia una persona, debido a que le pertenece como exclusivamente suya, es parte de él.

En segundo lugar, el dolo o, de manera general, los elementos subjetivos del delito forman parte del juicio de hecho en una sentencia. Esta afirmación se encuentra respaldada con las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como la sentencia emitida en el caso Igual Coll c. España, del 10 de marzo de 2009, donde se dispuso que necesariamente debe verificar la intención del acusado con relación a los hechos que se le imputan. Es, pues, un juicio de hecho y no un juicio jurídico.

En tercer lugar, la naturaleza normativa del dolo no implica la exclusión de todo aspecto fáctico psicológico; por lo tanto, no tiene exclusivamente carácter adscriptivo, pues hay una realidad psicológica subyacente (la

finalidad) que ha de describirse y probarse, aunque de forma aproximativa (Pérez, 2017, p. 355). En efecto, la parte subjetiva del tipo no es observable directamente, sino que debe ser deducida del conjunto de la acción ejecutada por el autor en el mundo exterior. Sin embargo, no debe confundirse la dificultad probatoria de un fenómeno (el componente interno de la acción humana) con la existencia, la naturaleza y la manifestación misma de ese fenómeno (Romeo, 2009, p. 12).

En cuarto lugar, a nivel de la prueba de los aspectos subjetivos, contamos con diferentes métodos (prueba tazada, *dolus ex re* y la presunción del dolo), pero el razonamiento indiciario permite mayor subjetivación de la responsabilidad. En el sistema legal o prueba tazada, se lleva a una absoluta normativización; las máximas de la experiencia no son susceptibles de impugnación; lo mismo ocurre con el sistema *dolus ex re*, en el que el dolo carece de autonomía probatoria, ya que deriva de forma automática de la acreditación de los hechos objetivos de tipo penal.

En contraste, el razonamiento indiciario es de carácter abierto, dado que posibilita una mayor subjetivación de la responsabilidad penal, pues no hay limitación de los indicios o hechos base; no son tazados. La vinculación (el enlace) es de probabilidad, ya que las reglas de la experiencia tampoco están limitadas y, finalmente, es refutable, pues se pueden impugnar los mismos enlaces. Es un método que facilita reconstruir un estado psicológico pretérito sin prescindencia de lo que realmente ocurre en la cabeza del autor, pues permite que un solo dato psíquico contrario a las reglas de atribución pueda sustentar uno u otro estado mental.

Así, aplicando la estructura del razonamiento indiciario, tenemos que los hechos bases constituirían la conducta externa del agente y las circunstancias del contexto, para luego aplicar un enlace (reglas de la experiencia, la lógica o la ciencia) y concluir ciertos estados mentales, como el conocimiento y la voluntad del agente.

Ahora bien, teniendo en cuenta que la prueba por indicios es un mecanismo que también sirve para probar los aspectos objetivos, sin duda, es un medio idóneo para desvirtuar la presunción de inocencia dentro de los parámetros de la probabilidad (no de certeza), ya que ni siquiera en las ciencias empíricas se habla de certezas.

Planteadas así las cosas, la problemática que surge es, precisamente, identificar o crear los enlaces entre los hechos base o los hechos consecuencias; en otras palabras, el reto es identificar (tal vez elaborar) las reglas que definen en qué condiciones es seguro (o por lo menos probable) que alguien conoce algo.

En ese contexto, los denominados «indicios tipos» pueden ayudar a sentar las bases para la construcción de regla de la experiencia; por ejemplo, en el delito de receptación, se ha considerado el valor ínfimo del bien objeto de receptación como un indicio para afirmar el conocimiento de la procedencia ilícita del bien y los criterios expuestos por el Acuerdo Plenario citado pueden ayudar a perfilar aquellas reglas.

El tratadista Ragués i Valles (1999) propone algunos criterios para asumir que una persona conoce algo; sostiene que la prueba indiciaria no puede garantizar que tengamos la plena seguridad de que una persona conoce algo. Según este autor, para que la conclusión probatoria coincida con la realidad efectivamente acaecida deberá contarse, en primer lugar, con una regla de experiencia de vigencia incontrovertible que explique en qué condiciones es segura la existencia de un determinado grado de conocimiento en una persona y, en segundo lugar, los hechos probados (o hechos bases), que, a modo de premisas menores, se vinculan con dichas reglas de la experiencia, no pueden suscitar dudas en cuanto a su plena coincidencia con la realidad (p. 257).

Estamos de acuerdo en que no se puede saber si hubo o no una perfecta coincidencia o correspondencia entre la conclusión probatoria con la realidad subjetiva de una persona. Pero ¿acaso existe alguna disciplina que la pueda descartar? No hay disciplina científica o del conocimiento que pueda garantizar lo uno o lo otro. Incluso dicho autor acepta un cierto riesgo: las reglas de atribución de conocimiento por él propuestas pueden no coincidir con lo realmente acontecido en la mente del agente.

Así, los criterios de atribución de conocimiento que Ragués i Valles (1999) planteó como conocimientos mínimos, previos, exteriorizados y conducta externa no son aquellas reglas de la experiencia que, en definitiva, propuso como reglas de decisión.

5. EL RENDIMIENTO DEL RAZONAMIENTO INDICIARIO. EL DOLO EN EL FEMINICIDIO

5.1. Caso

A continuación, detallaremos un caso en el que la parte acusada cuestionó que los actos que ejecutó no estuvieron teñidos de la intención de asesinar a la agraviada, es decir, no tuvo la finalidad de matarla.

Se probó que el 5 de enero de 2018, a las 00:30 horas, aproximadamente, el acusado ingresó a la vivienda de la agraviada (su exconviviente) provisto de un palo de picota y, dentro de una mochila, un cuchillo de cocina, fósforos, una soga y un chisguete con alcohol. Ya en ese lugar, se probó que el acusado le increpó con palabras soeces su infidelidad; cuando la agraviada le dijo que se comunicaría con la Policía, el acusado sacó de su espalda el palo de picota con el cual golpeó tres veces la cabeza de la agraviada, ocasionándole lesiones (tres heridas contusas suturadas en el cuero cabelludo). Todo ello sucedió en presencia de la hija de ambos, quien empezó a llorar y gritar, por lo que el acusado sacó de su bolsillo el chisguete tipo aerosol (que contenía alcohol) y roció el contenido sobre el rostro de la agraviada y su hija, para luego retirarse.

El acusado aceptó que se le sancionó por el delito de lesiones leves por violencia familiar, pero no por tentativa de feminicidio. En cambio, la Fiscalía afirmó que infiere dolo homicida por el arma empleada, la zona atacada y porque el acusado llevó un cuchillo, soga y fósforos.

5.2. Propuesta para realizar el razonamiento indiciario

En el caso propuesto, desde una mirada inicial, se podría inferir dolo homicida por el arma empleada (incluyendo el hecho de que el acusado llevaba un cuchillo, soga y fósforos), además del número o la intensidad de los golpes y el tipo de zona afectada, tal como lo ha postulado la Fiscalía. Veamos con detalle el razonamiento indiciario.

a) La clase de arma utilizada

Es cierto que, abstractamente, dar tres golpes con un palo en la cabeza de la víctima, *per se*, resulta un acto idóneo para matar a alguien,

pero también cabe considerar que no todo golpe puede ocasionar la muerte, pues ello depende de la forma y el tipo de golpe (regla de la experiencia médica).

En general, las personas conocen la peligrosidad de golpear con un palo en la cabeza (conocimientos mínimos). Se probó que el acusado sacó de su espalda el palo de picota con el cual golpeó (tres veces) en la cabeza de la agraviada (hecho base). Por lo que, *prima facie*, es razonable inferir que el acusado tuvo que representarse el peligro que generó su accionar (hecho indiciado); empero, precisamente, al ser consciente de ese peligro, pudo adoptar las medidas que eviten ese desenlace, como utilizar dicho objeto con poca intensidad para solo producir heridas superficiales (regla de la experiencia). Por lo tanto, lo determinante es el número de repeticiones y la intensidad del ataque.

Ahora bien, se puede deducir que el acusado planificó todo para matar a su exconviviente (hecho indiciado), pues la experiencia enseña que si una persona tiene intención de matar a otra, se abastece de los medios idóneos para hacerlo (regla de la experiencia); en este caso, el acusado, además de ese palo, llevó un cuchillo, una soga, alcohol y fósforos (hecho base). Eso es una mera posibilidad, ya que no utilizó el cuchillo, el cual, a diferencia del palo, es un arma de mayor letalidad (regla de experiencia); en efecto, es poco frecuente que una persona que tiene varios medios use el menos letal; lo normal es que si su finalidad era ultimar a una persona, lo hiciera con el cuchillo y no con un palo (regla de la experiencia). Por este motivo, es probable que el acusado planificara todo ello para agredir, atacar o incluso para matarla si hubiera sorprendido al hombre que supuestamente dormía con su exconviviente cerca de su hija (hecho indiciado); no obstante, el acusado, al verificar que no era así, no ejecutó su plan, lo reordenó o desistió; encolerizado por ser nuevamente rechazado por la agraviada, decidió golpearla y, al ver gritar a su hija, se retiró (hecho indiciado).

b) El número o la intensidad de los golpes

En principio, se probó que la intensidad del ataque no fue de una fuerza tal que haya provocado fractura o edema cerebral en la agraviada (hecho base).

c) La zona del cuerpo afectada, la gravedad de la lesión infligida y su potencial resultado letal

A la vista de las lesiones que presentaba la agraviada, las tres heridas contusas suturadas en el cuero cabelludo pudieron haberse ocasionado tan solo con el contacto o el raspado del extremo del palo (hecho base).

Evaluando estos indicios, podemos asumir que, probablemente, el acusado había planificado matar a la agraviada (por eso llevó el mago de madera, el cuchillo, la soga y los fósforos) si y solo si la sorprendía con otro hombre, pues él fue en horas de la madrugada a la casa de la agraviada, irrumpió sin autorización en el cuarto donde dormía y, aunque no observó ningún hombre, le propinó hasta tres golpes en la cabeza con un mago de madera, se imaginó el peligro que sus agresiones originarían en la vida de ella y, luego de escuchar los gritos de su hija, se retiró del lugar.

Sin embargo, es igualmente probable que el acusado abandonara aquel inicial plan criminal al comprobar que su exconviviente no dormía con otro hombre y que, al ser rechazado nuevamente por la agraviada, quien iba a llamar a la Policía, le dio aquellos golpes en un contexto de forcejeo y sin ninguna fuerza, pues únicamente pretendía lesionarla. Si hubiese tenido la intención de acabar con la vida de su exconviviente, nada le hubiera impedido agarrar con sus dos manos el palo de madera y destrozarle el cráneo o hacer lo propio con el cuchillo que llevaba.

A partir de la estructura de este razonamiento, suscribimos que la verdad de estos hechos exige dos condiciones irrenunciables: que la conexión o el enlace sea vigente e incontrovertible y que en el hecho base no puede suscitar ningún tipo de dudas con la plena coincidencia de la realidad (Ragués i Valles, 1999, p. 257); asimismo, es claro que ni en las ciencias empíricas se exigen certezas absolutas, sino probabilidades.

6. REFLEXIÓN FINAL

Los procesos psicológicos existen como realidades naturales y las limitaciones de su conocimiento no los afectan únicamente a ellos, sino a toda clase de hechos en el proceso penal. Aquella realidad psicológica no es accesible a la observación directa, pero podría ser probada mediante

el razonamiento indiciario. Urge crear una doctrina sobre el proceso intelectual de la inferencia, lo cual conlleva a identificar las reglas de la experiencia y explicitarlas.

REFERENCIAS

- Cerezo, J. (2003). Ontologismo y normativismo en el finalismo de los años cincuenta. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2(12), 45-61. <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:revistaDerechoPenal yCriminologia-2003-12-5020/Documento.pdf>
- Corte Suprema de Justicia de la República (2017). Acuerdo Plenario n.º 1-2016/CJ-116. Lima: 12 de junio de 2017. <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/deb14080431af710ad35bfe6f9d33819/X+Pleno+Supremo+Penal.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=deb14080431af710ad35bfe6f9d33819#:~:text=%22Ser%C3%A1%20reprimido%20con%20pena%20privativa,hostigamiento%20o%20acoso%20sexual%3B%203.>
- _____ (2019). Sentencia de Apelación. Recurso de Apelación n.º 6-2018-Ayacucho. Lima: 5 de febrero de 2019. <https://www.gacetajuridica.com.pe/boletin-nvnet/ar-web/Ap-6-2018-Ayacucho.pdf>
- García Cavero, P. (2019). *Derecho penal. Parte general* (3.ª edición corregida y actualizada). Ideas Solución Editorial.
- Gil Gil, A. (2005). Feijoo Sánchez, B. (2001). *Resultado lesivo e imprudencia*. Barcelona: Bosch. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2(16), 347-377. <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:DerechoPenalyCriminologia-2005-16-3150/PDF>
- González, D. (2006, julio-diciembre). La prueba de la intención y la explicación de la acción. *Isegoría*, (35), 173-192. <https://isegoria.revistas.csic.es/index.php/isegoria/article/view/35/35>
- _____ (2007). Hechos y conceptos. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, (15), 1-11. <https://www.uv.es/CEFD/15/lagier.pdf>
- Gracia, L. (2005). *Fundamentos de dogmática penal. Una introducción a la concepción finalista de la responsabilidad*. Idemsa.

- _____ (2016). La serie «infracción-culpabilidad-sanción» desencadenada por individuos libres como síntesis jurídica indisoluble derivada de la idea y del concepto *a priori* del derecho. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 18(18), 1-131. <http://criminet.ugr.es/recpc/18/recpc18-18.pdf>
- _____ (2020). Consideraciones críticas sobre las erróneamente supuestas capacidades de infracción y sanción de la persona jurídica en el derecho sancionador administrativo. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, (55), 12-118. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/7606382.pdf>
- Pérez, M. (2017). Prueba y subsunción en el dolo: una cuestión de garantías constitucionales. En Silva, J., Queralt, J., Corcoy, M. y Castiñeira, M. (coords.), *Estudios de derecho penal: libro homenaje a Santiago Mir Puig* (pp. 355-369). B de F y Euros Editores.
- Ragués i Vallès, R. (1999). *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Bosch.
- Romeo, C. (2009). *Sobre la estructura del dolo*. Ubijus y Editorial Sa de CV.
- San Martín, C. (2020). *Derecho procesal penal. Lecciones*. Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales.
- Welzel, H. (1993). *Derecho penal alemán. Parte general* (trads. Juan Bustos y Sergio Yáñez). Editorial Jurídica de Chile.

NORMAS PARA AUTORES



NORMAS PARA AUTORES

1. MISIÓN

Publicar artículos inéditos y originales que son el resultado de estudios e investigaciones sobre temas jurídicos y de administración de justicia, con especial énfasis en la casuística que se presenta en el Distrito Judicial de Huánuco.

2. SECCIONES DE LA REVISTA

Ius Vocatio. Revista de Investigación de la Corte Superior de Justicia de Huánuco incluye la siguiente sección:

- Artículos de investigación

3. CARACTERÍSTICAS PARA EL ENVÍO DE LOS ARTÍCULOS

3.1. Los artículos deben cumplir los siguientes requisitos:

- Ser originales.
- Ser inéditos.
- No deberán postular simultáneamente a otras revistas u órganos editoriales.
- Los artículos deberán presentar título principal tanto en castellano como en inglés, además de un resumen/*abstract* (10 líneas como máximo) y un mínimo de tres palabras clave, todo en ambos idiomas. Debajo del título se debe indicar el nombre del autor, el nombre de la institución a la que pertenece, su dirección de correo electrónico institucional y su

código de investigador ORCID (*Open Researcher and Contributor ID*, en español, Identificador Abierto de Investigador y Colaborador).

- Los artículos deberán estar compuestos en tipo de letra Times New Roman de 12 pts., con interlínea a espacio y medio, con los márgenes siguientes: superior e inferior 2.5 cm. e izquierda y derecha 2.5 cm. Los artículos tendrán una extensión mínima de 10 páginas (5000 palabras) y máxima de 30 (15 000 palabras).
- Si los artículos incluyen gráficos, fotografías, figuras o portadas de libros, las imágenes deben tener una resolución mínima de 600 KB y contar con su respectiva leyenda.
- Las palabras o frases extranjeras deberán ir solo en cursivas, sin comillas, ni negritas, ni subrayadas.

3.2. Los autores de los textos son responsables del contenido y los comentarios expresados, los cuales no coinciden necesariamente con la dirección editorial de la revista.

3.3. Los interesados en publicar en *Ius Vocatio. Revista de Investigación de la Corte Superior de Justicia de Huánuco* deben enviar su artículo haciendo clic en la pestaña «Enviar un artículo» de la página web de la revista, para que de este modo sean evaluados por el sistema de revisión por pares ciegos.

3.4. *Ius Vocatio* considera un proceso editorial de dos a tres meses, tomando en cuenta las etapas de recepción, evaluación y confirmación de publicación. La editora de la revista se reserva el derecho de distribuir en los distintos números de *Ius Vocatio* los textos evaluados según los requerimientos de cada edición; estos se orientarán generalmente por criterios temáticos.

4. NORMAS PARA LA CITACIÓN DE LAS REFERENCIAS EN EL CUERPO DEL ARTÍCULO

Los trabajos presentados deben cumplir con las siguientes normas de referencias según la séptima edición del *Publication Manual of the American Psychological Association* (APA, 2019).

4.1. Texto de un solo autor

Todas las citas, ya sean textuales o mediante paráfrasis, deben tener al final una referencia, que es la información que servirá al lector para conocer la fuente de donde se ha tomado la cita. Esta referencia será indicada al final de la cita, anotando entre paréntesis el apellido del autor, seguido del año de publicación y el número de página:

«Necesitamos repensar el modelo de un juez de vigilancia penitenciaria, porque esto no es un tema administrativo, la ejecución de los juzgados es parte de la potestad jurisdiccional y tenemos que ver modelos de roles» (San Martín, 2017, p. 38).

Sin embargo, cuando el nombre del autor se mencione antes de insertar la cita, ya no será necesario incluir su apellido en la referencia parentética:

El juez César San Martín (2017) propone que «Necesitamos repensar el modelo de un juez de vigilancia penitenciaria, porque esto no es un tema administrativo, la ejecución de los juzgados es parte de la potestad jurisdiccional y tenemos que ver modelos de roles» (p. 38).

Si el autor citado tiene más de un texto en las referencias, el año de la publicación identifica el texto citado. Y si se presenta coincidencia de autor y año, la referencia se identifica mediante letra minúscula (a, b, etc.):

«Según el inciso 1 del artículo 28 de la Constitución Política del Perú, el Estado garantiza el derecho a la libertad sindical. Esta garantía se manifiesta no solo en la protección de los dirigentes frente a los actos antisindicales, sino también en el reconocimiento de ciertas prerrogativas para que dichos dirigentes puedan ejercer de modo eficaz su actividad de representación, así como en facilidades para el funcionamiento de la organización sindical. Entre estas facilidades están la licencia o permiso sindical y la cuota sindical» (Arévalo, 2019a, p. 94).

«En el derecho romano se distinguió entre el arrendamiento de cosas y el arrendamiento de servicios. Por el contrato de arrendamiento de cosas (*locatio conductio rei*) el locador se comprometía a otorgar al conductor el disfrute temporal de una cosa mueble (se incluía a los animales y a los esclavos) o inmueble, a cambio de lo cual percibía un ingreso de dinero llamado *merces*» (Arévalo, 2019b, p. 23).

4.2. Texto de dos autores

Si el texto citado tiene dos autores, sus apellidos se colocarán separados por la conjunción «y».

«Asimismo, para que este proceso civil oral sea viable, resulta imprescindible que se cambie o varíe la organización de los despachos judiciales del modelo tradicional que existe hasta la fecha. En efecto, organizacionalmente, en este tipo de procesos orales, como se tiene dicho, el hito central ya no es el expediente, sino la audiencia; por lo tanto, los recursos del Juzgado deben estar colocados en función de la más eficaz y eficiente organización de la audiencia» (Bustamante y Angulo, 2020, p. 34).

4.3. Texto de múltiples autores

Si el texto citado es de tres, cuatro o cinco autores, se colocará el apellido de todos los autores la primera vez que aparezca la referencia. En las citas posteriores se incluirá el apellido del primer autor seguido de la abreviatura et al. (sin cursivas y con punto después de *al*):

«Hasta hace no mucho tiempo, una de las preguntas fundamentales sobre el derecho internacional público era si efectivamente era un derecho y si podía ser objeto de investigación científica. Por ejemplo, y por nombrar solo dos obras clásicas de la filosofía del derecho, Kelsen (2017 [1960], pp. 554-558) abre precisamente con esa pregunta su capítulo VII sobre Estado y derecho internacional de la *Teoría pura del derecho* (segunda edición) y así también

comienza Hart (1994, pp. 212-216) el capítulo X sobre el derecho internacional en *El concepto del derecho*» (Lucas, Tijmes, Salassa y Sommer, 2019, p. 388).

«Tener clara la existencia del derecho internacional ha facilitado (y probablemente ha incentivado) dirigir la mirada desde el núcleo de la disciplina hacia sus fronteras y límites. Tenemos claro que sí es derecho y tal vez por eso nos estamos preguntando si esa respuesta no será demasiado categórica. El derecho internacional público es derecho, ¿pero es solo derecho? ¿Es un fenómeno exclusivamente jurídico? Y a partir de las preguntas anteriores: ¿cuáles son las fronteras metodológicas para la investigación sobre el derecho internacional?» (Lucas et al., 2019, p. 389).

4.4. Texto de un autor institucional

Si el texto citado no consigna el nombre del autor, se colocará el nombre de la institución o la entidad responsable de la publicación:

En el caso de los nombramientos judiciales de primera y segunda instancia, estos eran «ratificados por la Corte Suprema cada cinco años» (Congreso de la República, 1929, artículos 148 y 152).

«Si bien los plenos jurisdiccionales superiores se inician en la década de 1990, será a partir del presente siglo, que tendrán regularidad y vocación de permanencia en la práctica. Por primera vez se han organizado plenos exclusivamente en materia contencioso administrativa, comercial y abuso y explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes» (Poder Judicial, 2012, p. 19).

«Declaran Patrimonio Cultural de la Nación al manuscrito autógrafa “Rusia ante el Segundo Plan Quinquenal (1932-1933)”, del escritor peruano César Abraham Vallejo Mendoza» (El Peruano, 2019, p. 17).

4.5. Cómo insertar las citas

Si la cita literal tiene menos de cinco líneas de extensión, se señala con comillas y se incorpora como parte del texto:

El presidente del Poder Judicial, en su Mensaje al Perú, anunció que «está en marcha un proyecto para área verde en la azotea de este Palacio de Justicia que antes era depósito de chatarra, así como la instalación del primer Panel Solar en el Poder Judicial» (Rodríguez, 2017, p. 26).

Si la cita literal excede las cinco líneas de extensión, deberá ir sin comillas y en un párrafo aparte, con sangría a la izquierda, con interlineado y tipografía menor (Times New Roman de 10 pts.):

El presidente del Poder Judicial, en su Mensaje al Perú, anunció que
está en marcha un proyecto para área verde en la azotea de este Palacio de Justicia que antes era depósito de chatarra, así como la instalación del primer Panel Solar en el Poder Judicial, que permitirá con energía limpia iluminar por lo menos la Presidencia de la Corte Suprema, siendo al mismo tiempo un mensaje a los jueces del Perú para que asuman la defensa del medio ambiente como bien jurídico y la salud de nuestro gran hogar que es el planeta Tierra (Rodríguez, 2017, pp. 26-29).

Cabe precisar que no es necesario el uso de los puntos suspensivos [...] al principio ni al final de la cita literal a menos que, con el fin de prevenir una interpretación errónea, se requiera enfatizar que la cita comienza o inicia en medio de la oración.

4.6. Citas de material en línea sin paginación

Todas las citas de los textos en línea deben tener sus respectivas referencias, ya que estas servirán para conocer la fuente de donde se ha tomado cada cita. Esta referencia será indicada al final de la cita, anotando entre paréntesis el apellido del autor, seguido del año de publicación y el número del párrafo, utilizando la abreviatura (párr.), pues muchas fuentes electrónicas no proporcionan los números de las páginas:

«La obra que está haciendo el Poder Judicial del Perú sobre las Reglas de Brasilia merece algo más que un reconocimiento simbólico, porque sus avances en materia de implementación y concienciación de estas reglas lo sitúan en primera línea, a la vanguardia, siendo un referente para todos los países iberoamericanos» (Martínez, 2020, párr. 3).

En los casos en los que el texto en línea tenga abundantes párrafos, se puede incluir el subtítulo del texto entre paréntesis, para así dirigir al lector a la ubicación del texto citado con mayor precisión:

«Que el Poder Judicial se legitime socialmente y que para ello se transformen sus estructuras es algo que el país exige y espera con ansias, casi como si buscara un reformador que clave en las puertas de Palacio 95 tesis que expresen su furia y desazón, pero también su esperanza en el imprescindible cambio» (Calderón, 2020, «El necesario cambio», párr. 4).

4.7. Parafraseo o resumen

Si la cita no es literal y se parafrasea o resume la idea, se recomienda indicar el número de página o párrafo, pues esta información ayudará a un lector interesado a ubicar el fragmento relevante de un texto largo.

Ejemplo de cita literal:

El presidente del Poder Judicial, en su Mensaje al Perú, anunció que «está en marcha un proyecto para área verde en la azotea de este Palacio de Justicia que antes era depósito de chatarra, así como la instalación del primer Panel Solar en el Poder Judicial» (Rodríguez, 2017, p. 26).

Ejemplo de parafraseo:

El presidente del Poder Judicial, en su Mensaje al Perú, afirmó que en el Palacio de Justicia se implementará el primer panel solar (Rodríguez, 2017, p. 26).

5. LISTADO DE LAS REFERENCIAS FINALES

Al final del artículo se deberá incluir solo las referencias citadas en la redacción de su texto, organizadas alfabéticamente. Si se citaron dos o más textos de un mismo autor, se ordenarán por antigüedad, empezando por el texto más antiguo. Y en caso de que se hayan citado dos o más textos de un autor publicados en el mismo año, estos se diferenciarán con las letras a, b, c, etc., después del año de publicación:

Tello, J. (2019a). Entrevista única para niñas, niños y adolescentes en las cámaras Gesell. En Tello, J. y Calderón, C. (comps.), *Protección y acceso a la justicia para niñas, niños y adolescentes. A 30 años de la Convención sobre los Derechos del Niño* (pp. 239-256). Comisión Permanente de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad; Fondo Editorial del Poder Judicial.

Tello, J. (2019b). Derecho a la igualdad de trato y a formar una familia para las personas LGTBQI. En Tello, J. y Calderón, C. (comps.), *Acceso a la justicia: discriminación y violencia por motivos de género* (pp. 115-130). Comisión Permanente de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad; Fondo Editorial del Poder Judicial.

5.1. Cómo referenciar un libro

5.1.1. Libro impreso

Apellido, iniciales de los nombres del autor (año). *Título* (después del título, incluya cualquier información de la edición entre paréntesis, sin cursiva). Editorial.

Lorenzetti, R. L. y Lorenzetti, P. (2021). *Derecho ambiental*. Comisión Nacional de Gestión Ambiental del Poder Judicial del Perú; Fondo Editorial del Poder Judicial del Perú.

5.1.2. Versión electrónica de libro impreso

Apellido, iniciales de los nombres del autor (año). *Título*. URL

Narváez, J. R. (2016). *Los jueces en el cine. La administración de justicia y la argumentación en el séptimo arte*. <http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/3fdd98004f2f29918bd4abecaf96f216/Los+jueces+en+el+cine.pdf?MOD=AJPERES>

5.1.3. Libro exclusivamente electrónico

Apellido, iniciales de los nombres del autor (año). *Título*. URL

García, P. (2016). *La lucha contra la criminalidad organizada en el Perú: la persecución del patrimonio criminal, el lavado de activos y la responsabilidad penal de las personas jurídicas*. https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/23a7af004a5258018bdbffb1377c37fd/La-lucha-contra-la-criminalidad-organizada-en-el-Perú_compressed.pdf?MOD=AJPERES

5.2. Cómo referenciar un capítulo de un libro

5.2.1. Capítulo de libro impreso

Apellido, iniciales de los nombres del autor (año). Título del artículo. En Apellido, iniciales de los nombres del editor (ed.), el compilador (comp.) o el coordinador (coord.), *Título del libro* (paginación del artículo). Editorial.

Ramos, C. (2018). La justicia en *El mundo es ancho y ajeno*. En Távara, F. (ed.), *Ciro Alegría: asedios jurídicos* (pp. 25-59). Fondo Editorial del Poder Judicial.

5.2.2. Versión electrónica

Apellido, iniciales de los nombres del autor (año). Título del artículo. En Apellido, iniciales de los nombres del editor (ed.), el compilador (comp.) o el coordinador (coord.), *Título del libro* (paginación del artículo). URL

San Martín, C. (2017). Jueces y seguridad ciudadana. En Poder Judicial (ed.), *V, VI, VII, VIII y IX Congresos Nacionales de Jueces* (pp. 33-39). <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/f7ba0b0043b73730a3e9afd60181f954/V%2C+VI%2C+VII%2C+VIII+Y+IX+CONGRESOS+NACIONALES+DE+JUECES.pdf?MOD=AJPERES>

5.3. Cómo referenciar un artículo de una revista

5.3.1. Artículo en una revista impresa

Apellido, iniciales de los nombres del autor (año). Título del artículo. *Título de la revista*, volumen(número), paginación del artículo sin incluir la abreviatura *pp.*

Ramírez, N. (2010). La revisión de las sentencias constitucionales. *Revista Peruana de Derecho Público*, 11(21), 57-90.

5.3.2. Artículo en una revista en línea

Apellido, iniciales de los nombres del autor (año). Título del artículo. *Título de la revista*, volumen(número), paginación del artículo sin incluir la abreviatura *pp.* URL

Atienza, M. (2020). García Amado y el objetivismo moral. *Ipsa Jure. Revista de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque*, (50), 24-42. <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/40edc7004f0dcfc696fdb76976768c74/IPSO+JURE+50+-+Versi%C3%B3n+final.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=40edc7004f0dcfc696fdb76976768c74>

5.3.3. Artículo en una revista con DOI

Apellido, iniciales de los nombres del autor (año). Título del artículo. *Título de la revista*, volumen(número), paginación del artículo sin incluir la abreviatura *pp.* DOI

Bustamante, R. y Angulo, D. (2020). La oralidad en el proceso civil. Una realidad gestada por los propios jueces civiles del Perú. *Revista Oficial del Poder Judicial. Órgano de Investigación de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú*, 11(13), 19-40. DOI: 10.35292/ropj.v11i13.38

5.4. Cómo referenciar un artículo de un periódico

5.4.1. Versión impresa

Apellido, iniciales de los nombres del autor (año, día y mes). Título del artículo. *Nombre del periódico*, página sin incluir la abreviatura *p.* o *pp.*

Patrón, C. (1999, 4 de diciembre). Crisis adolescente del Código Civil. *El Comercio*, B-3.

5.4.2. Versión electrónica

Apellido, iniciales de los nombres del autor (año, día y mes). Título del artículo. *Nombre del periódico*. URL

Salas, R. (2021, 23 de junio). Los contratos civiles frente al covid-19. *Diario Oficial El Peruano*. <https://elperuano.pe/noticia/123225-los-contratos-civiles-frente-al-covid-19>

5.5. Cómo referenciar una tesis

5.5.1. Tesis impresa inédita

Apellido, iniciales de los nombres del autor (año). *Título* [Tesis doctoral, tesis de maestría o tesis de licenciatura]. Universidad.

Paredes, C. A. (2002). *La eximente de miedo insuperable en el Código Penal peruano de 1991, su aplicación por los juzgados y salas penales de Junín* [Tesis doctoral]. Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

5.5.2. Tesis en línea

Apellido, iniciales de los nombres del autor (año). *Título* [Tesis doctoral, tesis de maestría o tesis de licenciatura, universidad]. URL

Beltrán, J. A. (2001). *La posibilidad de reconocer un sistema de causa única de transferencia de propiedad inmobiliaria en el Código Civil de 1984* [Tesis de maestría, Pontificia Universidad Católica del Perú]. <http://hdl.handle.net/20.500.12404/1095>

5.6. Cómo referenciar expedientes

5.6.1. Versión impresa

Nombre del autor institucional (año). Nombre y número del expediente-año-código del juzgado y cualquier información descriptiva adicional. Corte Superior de Justicia o Distrito Judicial: fecha de sentencia.

Poder Judicial (2015). Expediente n.º 03671-2015-0-1801-JPCI-08. Lima: 6 de mayo de 2015.

5.6.2. Versión electrónica

Nombre del autor institucional (año). Nombre y número del expediente-año-código del juzgado y cualquier información descriptiva adicional. Corte Superior de Justicia o Distrito Judicial: fecha de sentencia. URL

Tribunal Constitucional (2015). Expediente n.º 08238-2013-PHD/TC-Lambayeque. Lima: 6 de mayo de 2015. <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2015/08238-2013-HD.pdf>

5.7. Cómo referenciar resoluciones

5.7.1. Versión impresa

Nombre del autor institucional (año). Nombre y número de la resolución-año-código del juzgado y cualquier información descriptiva adicional. Corte Superior de Justicia o Distrito Judicial: fecha de resolución.

Poder Judicial (2013). Resolución Administrativa n.º 120-2013-P-PJ. Lima: 12 de abril de 2013.

5.7.2. Versión electrónica

Nombre del autor institucional (año). Nombre y número de la resolución-año-código del juzgado y cualquier información descriptiva adicional. Corte Superior de Justicia o Distrito Judicial: fecha de resolución. URL

Poder Judicial (2018). Resolución Administrativa n.º 335-2018-CE-PJ. Lima: 19 de diciembre de 2018. <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/0b34e5004ce9dbde9e7affe93f7fa794/RA-335-2018-CE-PJ.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=0b34e5004ce9dbde9e7affe93f7fa794>

5.8. Cómo referenciar casaciones, autos, decretos, leyes y otros textos jurídicos

5.8.1. Versión impresa

Nombre del autor institucional (año). Nombre y número de la casación, el auto, el decreto o la ley-año y cualquier información descriptiva adicional. Corte Superior de Justicia o Distrito Judicial: fecha de la casación, el auto, el decreto o la ley.

Corte Suprema de Justicia de la República (2018). Recurso de Nulidad n.º 910-2018-Lima Este. Sala Penal Transitoria. Lima: 5 de diciembre de 2018.

5.8.2. Versión electrónica

Nombre del autor institucional (año). Nombre y número de la casación, el auto, el decreto o la ley y cualquier información descriptiva adicional. Corte Superior de Justicia o Distrito Judicial: fecha de la casación, el auto, el decreto o la ley. URL

Congreso de la República (2017). Ley n.º 30709. Ley que prohíbe la discriminación remunerativa entre varones y mujeres. Lima: 27 de diciembre de 2017. http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/ADLP/Normas_Legales/30709-LEY.pdf

5.9. Cómo referenciar medios audiovisuales y redes sociales

5.9.1. Película

Apellido, iniciales de los nombres del director (director). (año). *Título de la película* [Película]. Productora.

Lumet, S. (director). (1996). *El lado oscuro de la justicia* [Película]. Paramount Pictures.

5.9.2. Documental

Apellido, iniciales de los nombres del director (director). (año). *Título del documental* [Documental]. Productora. Si son varias compañías productoras, se separarán con punto y coma.

Ramos, M. A. (directora). (2004). *Justiça* [Documental]. Selfmade Films; Limite Produções; NPS Television.

5.9.3. Entrevista

Apellido, iniciales de los nombres del entrevistador (entrevistador). (año, día y mes). Título de la entrevista [Entrevista]. En *Título del programa*. Medio de difusión. URL

RPP Noticias (entrevistador). (2020, 25 de julio). Pilar Mazzetti: Las cifras de COVID-19 «van a seguir incrementando» [Entrevista]. En *La Rotativa del Aire*. Radio Programas del Perú. <https://www.youtube.com/watch?v=7xK4YDbT-gc>

5.9.4. Podcast

Apellido, iniciales de los nombres del productor (productor). (año, día y mes). Título del podcast [Audio en podcast]. En *Título del programa*. Medio de difusión. URL

Carvalho, F. (productor). (2020, 24 de julio). La Contraloría contra la impunidad [Audio en podcast]. En *Las cosas como son*. Radio Programas del Perú. <https://rpp.pe/audio/podcast/lascosascomoson/la-contraloria-contra-la-impunidad-4429>

5.9.5. Video en YouTube

Apellido, iniciales del autor (año, día y mes). *Título del video* [Video]. En Fuente de difusión. URL

Lama, H. (2017, 7 de agosto). *Implementación y Funcionamiento del Expediente Judicial Electrónico* [Videoconferencia]. En Aula Virtual del Poder Judicial. <https://www.youtube.com/watch?v=M6YiExoKW3U>

GUIDELINES FOR AUTHORS

1. MISSION

To publish the manuscript and original articles as a result of studies and researches on legal topics and administration of justice problems. All this with emphasis on the casuistry that occurs in the Judicial District of Huánuco.

2. SECTIONS OF THE REVIEW

Ius Vocatio. Research Review of the Superior Court of Justice of Huánuco includes the following section:

- Research articles

3. CHARACTERISTICS FOR THE SUBMISSION OF THE ARTICLES

3.1. The articles must comply with the following requirements:

- Be original.
- Be unpublished.
- Authors cannot submit the same paper to more than one journal at the same time.
- Articles should have a main title in both Spanish and English, plus an abstract/resumen (10 lines maximum) and a minimum of three key words, all in both languages. The author's name, institutional

affiliation, institutional e-mail address and ORCID (Open Researcher and Contributor ID) code should be indicated below the title.

- The articles should be written in Times New Roman 12 pt. font, with space and a half between the lines, with the following margins: top and bottom 2.5 cm. and left and right 2.5 cm. Articles should have a minimum length of 10 pages (5000 words) and a maximum length of 30 pages (15 000 words).
- If the articles include graphics, photographs, figures, or book covers, the images must have a minimum resolution of 600 KB and must have their respective legend.
- Foreign words or phrases should be in italics only, without quotation marks, bold or underlined.

3.2. The views expressed are those of the authors and do not necessarily reflect the policy of the review.

3.3. All those interested in publishing in *Ius Vocatio. Research review of the Superior Court of Justice of Huánuco* should send their article by clicking on the «Enviar artículo» tab on the review's web page, so that they can be evaluated by the blind peer review system.

3.4. *Ius Vocatio* considers an editorial review process of two to three months, taking into account the stages of reception, evaluation, and confirmation of publication. The review can be reserve and distribute the manuscript according to the requirements of each edition and the thematic criteria of each publication.

4. RULES FOR CITING REFERENCES IN THE BODY OF THE ARTICLE

Papers submitted must meet the following reference standards according to the seventh edition of the *Publication Manual of the American Psychological Association* (APA, 2019).

4.1. Text of a single author

All quotes, either literal or paraphrased, must have a bibliographical reference at the end, which will guide the reader to learn the source of the quotation. This bibliographical reference shall be consigned at the end of the quotation, mentioning the author's surname followed by the year of publication and the number of pages, each in both in brackets:

«Necesitamos repensar el modelo de un juez de vigilancia penitenciaria, porque esto no es un tema administrativo, la ejecución de los juzgados es parte de la potestad jurisdiccional y tenemos que ver modelos de roles» (San Martín, 2017, p. 38).

However, when the name of the author is mentioned prior to inserting the citation, the inclusion of his surnames in parentheses in the reference will no longer be necessary:

El juez César San Martín (2017) propone que «Necesitamos repensar el modelo de un juez de vigilancia penitenciaria, porque esto no es un tema administrativo, la ejecución de los juzgados es parte de la potestad jurisdiccional y tenemos que ver modelos de roles» (p. 38).

If the cited author has more than one text in the final bibliography, the year of publication identifies the citation. The reference is identified in small letters (a, b, etc.), when the name of the author and the year coincide:

«Según el inciso 1 del artículo 28 de la Constitución Política del Perú, el Estado garantiza el derecho a la libertad sindical. Esta garantía se manifiesta no solo en la protección de los dirigentes frente a los actos antisindicales, sino también en el reconocimiento de ciertas prerrogativas para que dichos dirigentes puedan ejercer de modo eficaz su actividad de representación, así como en facilidades para el funcionamiento de la organización sindical. Entre estas facilidades están la licencia o permiso sindical y la cuota sindical» (Arévalo, 2019a, p. 94).

«En el derecho romano se distinguió entre el arrendamiento de cosas y el arrendamiento de servicios. Por el contrato de arrendamiento de cosas (*locatio conductio rei*) el locador se comprometía a otorgar al conductor el disfrute temporal de una cosa mueble (se incluía a los animales y a los esclavos) o inmueble, a cambio de lo cual percibía un ingreso de dinero llamado *merces*» (Arévalo, 2019b, p. 23).

4.2. Text citation with two authors

The cited text will be separated by the conjunction «and», when it has two authors.

«Asimismo, para que este proceso civil oral sea viable, resulta imprescindible que se cambie o varíe la organización de los despachos judiciales del modelo tradicional que existe hasta la fecha. En efecto, organizacionalmente, en este tipo de procesos orales, como se tiene dicho, el hito central ya no es el expediente, sino la audiencia; por lo tanto, los recursos del Juzgado deben estar colocados en función de la más eficaz y eficiente organización de la audiencia» (Bustamante y Angulo, 2020, p. 34).

4.3. Text citation with multiple authors

If the cited text has three, four or five authors, put the surname of all the authors the first time the reference appears. In subsequent citations include the surname of the first author followed by the abbreviation et al. (without italics and with a full stop after *al*):

«Hasta hace no mucho tiempo, una de las preguntas fundamentales sobre el derecho internacional público era si efectivamente era un derecho y si podía ser objeto de investigación científica. Por ejemplo, y por nombrar solo dos obras clásicas de la filosofía del derecho, Kelsen (2017 [1960], pp. 554-558) abre precisamente con esa pregunta su capítulo VII sobre Estado y derecho internacional de la *Teoría pura del derecho* (segunda edición) y así también

comienza Hart (1994, pp. 212-216) el capítulo X sobre el derecho internacional en *El concepto del derecho*» (Lucas, Tijmes, Salassa y Sommer, 2019, p. 388).

«Tener clara la existencia del derecho internacional ha facilitado (y probablemente ha incentivado) dirigir la mirada desde el núcleo de la disciplina hacia sus fronteras y límites. Tenemos claro que sí es derecho y tal vez por eso nos estamos preguntando si esa respuesta no será demasiado categórica. El derecho internacional público es derecho, ¿pero es solo derecho? ¿Es un fenómeno exclusivamente jurídico? Y a partir de las preguntas anteriores: ¿cuáles son las fronteras metodológicas para la investigación sobre el derecho internacional?» (Lucas et al., 2019, p. 389).

4.4. Text citation of an institutional author

If the cited text does not include the author's name, it will be registered the institution's name or entity responsible for the publication.

En el caso de los nombramientos judiciales de primera y segunda instancia estos eran «ratificados por la Corte Suprema cada cinco años» (Congreso de la República, 1929, artículos 148 y 152).

«Si bien los plenos jurisdiccionales superiores se inician en la década de 1990, será a partir del presente siglo, que tendrán regularidad y vocación de permanencia en la práctica. Por primera vez se han organizado plenos exclusivamente en materia contencioso administrativa, comercial y abuso y explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes» (Poder Judicial, 2012, p. 19).

«Declaran Patrimonio Cultural de la Nación al manuscrito autógrafa "Rusia ante el Segundo Plan Quinquenal (1932-1933)", del escritor peruano César Abraham Vallejo Mendoza» (El Peruano, 2019, p. 17).

4.5. How to insert citations

If the literal citation is less than five lines long, it will be indicated with quotation marks and it will be incorporated as part of the text.

El presidente del Poder Judicial, en su Mensaje al Perú, anunció que «está en marcha un proyecto para área verde en la azotea de este Palacio de Justicia que antes era depósito de chatarra, así como la instalación del primer Panel Solar en el Poder Judicial» (Rodríguez, 2017, p. 26).

If the literal quote exceeds five lines in length, it should be without quotation marks and in a separate paragraph, indented to the left, with line spacing and minor typography (Times New Roman 10).

El presidente del Poder Judicial, en su Mensaje al Perú, anunció que
está en marcha un proyecto para área verde en la azotea de este Palacio de Justicia que antes era depósito de chatarra, así como la instalación del primer Panel Solar en el Poder Judicial, que permitirá con energía limpia iluminar por lo menos la Presidencia de la Corte Suprema, siendo al mismo tiempo un mensaje a los jueces del Perú para que asuman la defensa del medio ambiente como bien jurídico y la salud de nuestro gran hogar que es el planeta Tierra (Rodríguez, 2017, pp. 26-29).

It is not necessary to use the ellipsis [...] neither at the beginning nor at the end of the literal citation unless, in order to prevent a misinterpretation, it is required to emphasize that the quotation begins or begins in the middle of the sentence.

4.6. Quotations of online material without paging

All quotations from online texts must have their respective references because these will serve to know the source from which the quotation has been taken. This reference will be indicated at the end of the quotation, noting in brackets the author's last name, followed by the year of publication and the paragraph number, using the abbreviation (párr.), as many electronic sources do not provide page numbers:

«La obra que está haciendo el Poder Judicial del Perú sobre las Reglas de Brasilia merece algo más que un reconocimiento simbólico, porque sus avances en materia de implementación y concienciación de estas reglas lo sitúan en primera línea, a la vanguardia, siendo un referente para todos los países iberoamericanos» (Martínez, 2020, párr. 3).

In cases where the online text has many paragraphs, the subtitle of the text can be included in parentheses, in order to direct the reader to the location of the quoted text more precisely:

«Que el Poder Judicial se legitime socialmente y que para ello se transformen sus estructuras es algo que el país exige y espera con ansias, casi como si buscara un reformador que clave en las puertas de Palacio 95 tesis que expresen su furia y desazón, pero también su esperanza en el imprescindible cambio» (Calderón, 2020, «El necesario cambio», párr. 4).

4.7. Paraphrasing or summarizing

If the citation is not literal and the general idea is paraphrased or summarized, it is recommended to indicate the page or paragraph number, as this information will help a reader interested in locating the relevant fragment of a long text.

Example of a literal quotation:

El presidente del Poder Judicial, en su Mensaje al Perú, anunció que «está en marcha un proyecto para área verde en la azotea de este Palacio de Justicia que antes era depósito de chatarra, así como la instalación del primer Panel Solar en el Poder Judicial» (Rodríguez, 2017, p. 26).

Example of paraphrasing:

El presidente del Poder Judicial, en su Mensaje al Perú, afirmó que en el Palacio de Justicia se implementará el primer panel solar (Rodríguez, 2017, p. 26).

5. LIST OF FINAL REFERENCES

At the end of the article, only the references cited in the text should be included and it will be organized alphabetically. If you cited two or more works by the same author, it should be ordered by age, starting with the oldest work. And if two or more works by the same author published in the same year are cited, they should be distinguished with the letters a, b, c, etc., after the year of publication:

Tello, J. (2019a). Entrevista única para niñas, niños y adolescentes en las cámaras Gesell. En Tello, J. y Calderón, C. (comps.), *Protección y acceso a la justicia para niñas, niños y adolescentes. A 30 años de la Convención sobre los Derechos del Niño* (pp. 239-256). Comisión Permanente de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad; Fondo Editorial del Poder Judicial.

Tello, J. (2019b). Derecho a la igualdad de trato y a formar una familia para las personas LGTBQI. En Tello, J. y Calderón, C. (comps.), *Acceso a la justicia: discriminación y violencia por motivos de género* (pp. 115-130). Comisión Permanente de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad; Fondo Editorial del Poder Judicial.

5.1. How to reference a book?

5.1.1. Printed book

Surname, initials of the names of the author (year). *Title* (after the title, include any editing information in parentheses, without italics). Publishing House.

Narváez, J. R. (2016). *Los jueces en el cine. La administración de justicia y la argumentación en el séptimo arte*. Fondo Editorial del Poder Judicial; Red Iberoamericana de Cine & Derecho.

5.1.2. Electronic version of printed book

Surname, initials of the names of the author (year). *Title*. URL

Narváez, J. R. (2016). *Los jueces en el cine. La administración de justicia y la argumentación en el séptimo arte*. <http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/3fdd98004f2f29918bd4abecaf96f216/Los+jueces+en+el+cine.pdf?MOD=AJPERES>

5.1.3. Exclusively electronic book

Surname, initials of the names of the author (year). *Title*. URL

García, P. (2016). *La lucha contra la criminalidad organizada en el Perú: la persecución del patrimonio criminal, el lavado de activos y la responsabilidad penal de las personas jurídicas*. https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/23a7af004a5258018bdbffb1377c37fd/La-lucha-contra-la-criminalidad-organizada-en-el-Perú_compressed.pdf?MOD=AJPERES

5.2. How to reference a book chapter?

5.2.1. Printed book chapter

Surname, initials of the names of the author (year). Title of the article. In Surname, initials of the names of the publisher (ed.), the compiler (comp.) or the coordinator (coord.), *Title of the book* (article page). Publisher.

Ramos, C. (2018). La justicia en *El mundo es ancho y ajeno*. En Távara, F. (ed.), *Ciro Alegría: asedios jurídicos* (pp. 25-59). Fondo Editorial del Poder Judicial.

5.2.2. Electronic version

Surname, initials of the names of the author (year). Title of the article. In Surname, initials of the names of the publisher (ed.), the compiler (comp.) or the coordinator (coord.), *Title of the book* (article page). URL

San Martín, C. (2017). Jueces y seguridad ciudadana. En Poder Judicial (ed.), *V, VI, VII, VIII y IX Congresos Nacionales de Jueces* (pp. 33-39). <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/f7ba0b0043b73730a3e9afd60181f954/V%2C+VI%2C+VII%2C+VIII+Y+IX+CONGRESOS+NACIONALES+DE+JUECES.pdf?MOD=AJPERES>

5.3. How to reference an article of a review?

5.3.1. Article in a stamped review

Surname, initials of the author's names (year). Title of the article. *Title of the review*, volume(number), page number of the review without the abbreviation *pp.*

Ramírez, N. (2010). La revisión de las sentencias constitucionales. *Revista Peruana de Derecho Público*, 11(21), 57-90.

5.3.2. Article in an electronic version review

Surname, initials of the author's names (year). Title of the article. *Title of the review*, volume(number), page number of the article without the abbreviation *pp.* URL

Atienza, M. (2020). García Amado y el objetivismo moral. *Ipsa Jure. Revista de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque*, (50), 24-42. <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/40edc7004f0dcfc696fdb76976768c74/IPSO+JURE+50+-+Versi%C3%B3n+final.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=40edc7004f0dcfc696fdb76976768c74>

5.3.3. Article in an DOI review

Surname, initials of the author's names (year). Title of the article. *Title of the review*, volume(number), page number of the article without the abbreviation *pp.* DOI

Bustamante, R. y Angulo, D. (2020). La oralidad en el proceso civil. Una realidad gestada por los propios jueces civiles del Perú. *Revista Oficial del Poder Judicial. Órgano de Investigación de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú*, 11(13), 19-40. DOI: 10.35292/ropj.v11i13.38

5.4. How to reference a newspaper article?

5.4.1. Printed version

Surname, initials of the names of the author (year, day and month). Title of the article. *Name of the newspaper*, page number of the article without the abbreviation *p. o pp.*

Patrón, C. (1999, 4 de diciembre). Crisis adolescente del Código Civil. *El Comercio*, B-3.

5.4.2. Electronic version

Surname, initials of the names of the author (year, day and month). Title of the article. *Name of the newspaper*, URL

Salas, R. (2021, 23 de junio). Los contratos civiles frente al covid-19. *Diario Oficial El Peruano*. <https://elperuano.pe/noticia/123225-los-contratos-civiles-frente-al-covid-19>

5.5. How to reference a thesis?

5.5.1. Unpublished thesis

Surname, initials of the names of the author (year). *Title* [Doctoral thesis, master's thesis or bachelor's thesis]. University.

Paredes, C. A. (2002). *La eximente de miedo insuperable en el Código Penal peruano de 1991, su aplicación por los juzgados y salas penales de Junín* [Tesis doctoral]. Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

5.5.2. Thesis in an electronic version

Surname, initials of the names of the author (year). *Title* [Doctoral thesis, master's thesis or bachelor's thesis, name of the university]. URL

Beltrán, J. A. (2001). *La posibilidad de reconocer un sistema de causa única de transferencia de propiedad inmobiliaria en el Código Civil de 1984* [Tesis de maestría, Pontificia Universidad Católica del Perú]. <http://hdl.handle.net/20.500.12404/1095>

5.6. How to reference dockets?

5.6.1. Printed version

Name of the institutional author (year). Name and number of docket-year-court code and any additional descriptive information. Court of Appeals or Judicial District: date of judgment.

Poder Judicial (2015). Expediente n.º 03671-2015-0-1801-JPCI-08.
Lima: 6 de mayo de 2015.

5.6.2. Electronic version

Name of the institutional author (year). Name and number of docket-year-court code and any additional descriptive information. Court of Appeals or Judicial District: date of judgment. URL

Tribunal Constitucional (2015). Expediente n.º 08238-2013-PHD/
TC-Lambayeque. Lima: 6 de mayo de 2015. <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2015/08238-2013-HD.pdf>

5.7. How to reference resolutions?

5.7.1. Printed version

Name of the institutional author (year). Name and number of resolution-year-court code and any additional descriptive information. Court of Appeals or Judicial District: date of resolution.

Poder Judicial (2013). Resolución Administrativa n.º 120-2013-P-PJ.
Lima: 12 de abril de 2013.

5.7.2. Electronic version

Name of the institutional author (year). Name and number of resolution-year-court code and any additional descriptive information. Court of Appeals or Judicial District: date of resolution. URL

Poder Judicial (2018). Resolución Administrativa n.º 335-2018-CE-PJ. Lima: 19 de diciembre de 2018. <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/0b34e5004ce9dbde9e7affe93f7fa794/RA-335-2018-CE-PJ.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=0b34e5004ce9dbde9e7affe93f7fa794>

5.8. How to reference cassations, orders, decrees, laws and other legal texts?

5.8.1. Printed version

Name of the institutional author (year). Title and number of cassation, order, decree or act-year and any additional descriptive information. Court of Appeals or Judicial District: date of cassation, order, decree or act.

Corte Suprema de Justicia de la República (2018). Recurso de Nulidad n.º 910-2018-Lima Este. Sala Penal Transitoria. Lima: 5 de diciembre de 2018.

5.8.2. Electronic version

Name of the institutional author (year). Title and number of cassation, order, decree or act and any additional descriptive information. Court of Appeals or Judicial District: date of publication of the cassation. URL

Congreso de la República (2017). Ley n.º 30709. Ley que prohíbe la discriminación remunerativa entre varones y mujeres. Lima: 27 de diciembre de 2017. http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/ADLP/Normas_Legales/30709-LEY.pdf

5.9. How to reference an audiovisual media and social media?

5.9.1. Film

Surname, initials of the names of the director (director). (year). *Title of the film* [Film]. Film Studio.

Lumet, S. (director). (1996). *El lado oscuro de la justicia* [Película]. Paramount Pictures.

5.9.2. Documentary

Surname, initials of the names of the director (director). (year). *Title of the documentary* [Documentary]. Film Studio.

Ramos, M. A. (directora). (2004). *Justiça* [Documental]. Selfmade Films; Limite Produções; NPS Television.

5.9.3. Interview

Surname, initials of the names of the interviewer (interviewer). (year, day and month). Title of the interview [Interview]. In *Name of the Program*. Broadcasting means. URL

RPP Noticias (entrevistador). (2020, 25 de julio). Pilar Mazzetti: Las cifras de COVID-19 «van a seguir incrementando» [Entrevista]. En *La Rotativa del Aire*. Radio Programas del Perú. <https://www.youtube.com/watch?v=7xK4YDbT-gc>

5.9.4. Podcast

Surname, initials of the names of the producer (producer) (year, day and month). *Title of the podcast* [Audio in podcast]. In *Title of the program*. Broadcasting means. URL

Carvalho, F. (productor). (2020, 24 de julio). La Contraloría contra la impunidad [Audio en podcast]. En *Las cosas como son*. Radio Programas del Perú. <https://rpp.pe/audio/podcast/lascosacomoson/la-contraloria-contra-la-impunidad-4429>

5.9.5. YouTube video

Surname, initials of the names of the author (year, day and month). *Title of the video* [Video]. In name of the font of information. URL

Lama, H. (2017, 7 de agosto). *Implementación y Funcionamiento del Expediente Judicial Electrónico* [Videoconferencia]. En Aula Virtual del Poder Judicial. <https://www.youtube.com/watch?v=M6YiExoKW3U>

IUS VOCATIO

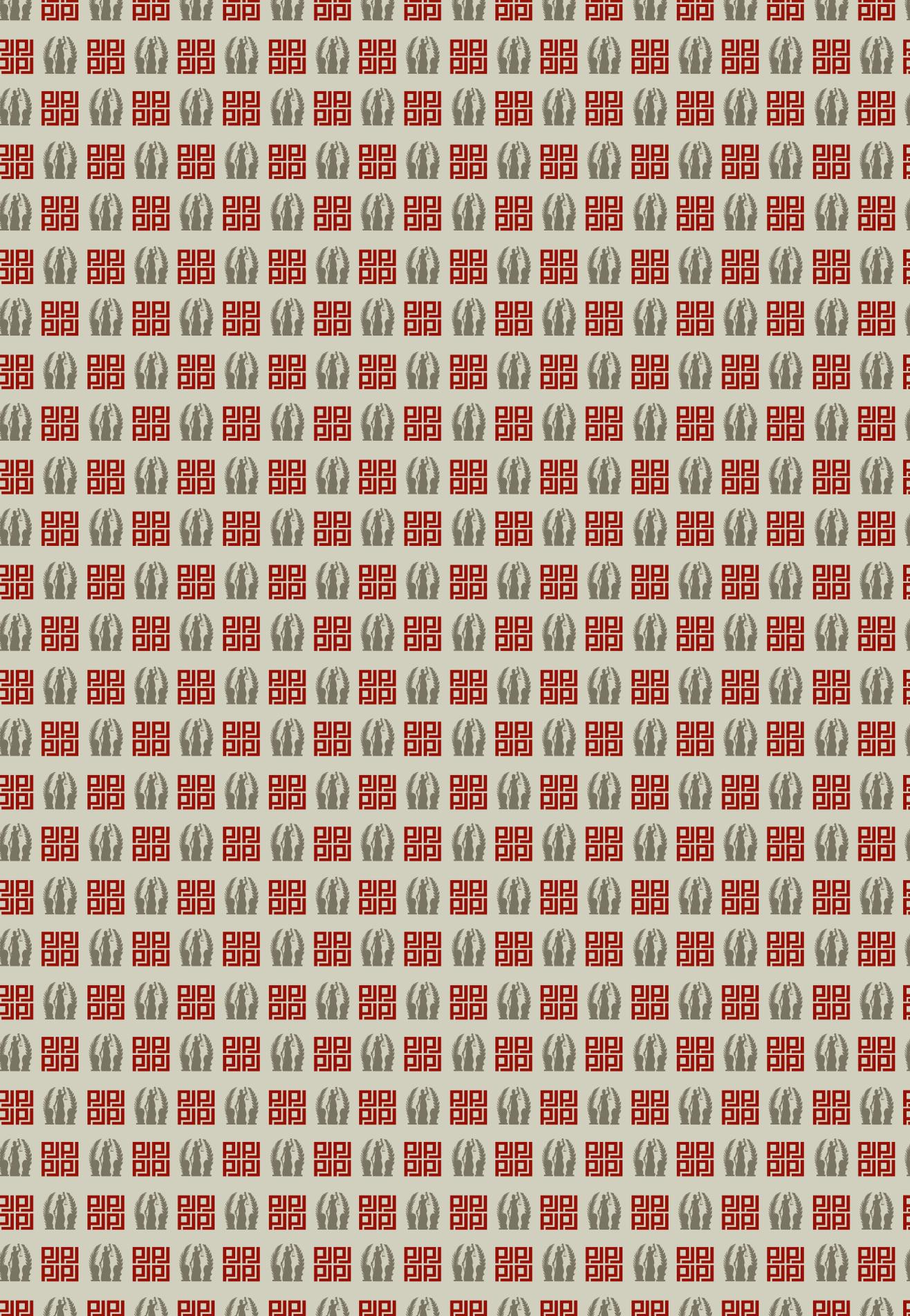
REVISTA DE INVESTIGACIÓN DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE HUÁNUCO

Vol. 4, n.º 4, enero-diciembre, 2021
Publicación anual. Huánuco, Perú

La edición de este cuarto número
de la revista estuvo a cargo de Gladys Flores Heredia;
el diseño lo realizó Rodolfo Loyola Mejía;
la diagramación, Miguel Condori Mamani;
la corrección de textos, Gloria Pajuelo Milla;
y la traducción de textos, Yuri Tornero Cruzatt.

Ius Vocatio n.º 4
se terminó de producir digitalmente en diciembre de 2021
en el Fondo Editorial del Poder Judicial.

ISSN: 2810-8043 (En línea)
DOI: 10.35292/iusVocatio.v4i4



- Presentación
ELOY MARCELO CUPE CALCINA

ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN

- Presupuestos de aplicación del principio de humanidad en la determinación judicial de la pena
ELOY MARCELO CUPE CALCINA
- Principios jurídicos para el diseño de una política criminal contra la corrupción en el Estado constitucional de derecho
JEREMÍAS ROJAS VELÁSQUEZ
- Las audiencias virtuales en los procesos penales durante el estado de emergencia nacional
ABRAHAM DE JESÚS LIMAYLLA TORRES
- La custodia compartida en las relaciones familiares en conflicto
ANA CECILIA GARAY MOLINA
- Análisis de las modificaciones normativas y jurisprudenciales del delito de omisión de asistencia familiar
ÁNGEL GÓMEZ VARGAS
- El razonamiento indiciario para probar los estados mentales. La realidad psicológica del dolo a través de indicios
DAVID ROSARIO MENDIGURI PERALTA

NORMAS PARA AUTORES

GUIDELINES FOR AUTHORS

