

**Facultad de Derecho
y Ciencia Política**



**Universidad
Norbert Wiener**

Powered by **Arizona State University**



LIBRO DE ESTUDIOS DE CASOS

**I CURSO DE SUFICIENCIA
PROFESIONAL:
UNA EXPERIENCIA AL DERECHO**
Volumen 1

Editores: Delia Muñoz Muñoz y Jaime Agustín Sánchez Ortega



Abril de 2023

**Fondo Editorial
Universidad Norbert Wiener**

Libro de estudio de casos

I Curso de Suficiencia Profesional: Una experiencia al Derecho

Volumen 1

Delia Muñoz Muñoz y Jaime Agustín Sánchez Ortega (eds.)



Universidad
Norbert Wiener
Powered by Arizona State University



*Libro de estudio de casos. I Curso de Suficiencia Profesional:
Una experiencia al Derecho. Volumen 1*

© Editores: Delia Muñoz Muñoz y Jaime Agustín Sánchez Ortega
facultad.derecho@uwiener.edu.pe

© Universidad Privada Norbert Wiener S. A.
Jr. Larrabure y Unanue 110, Urb. Santa Beatriz. Lima, Perú
(01) 706 5555
www.uwiener.edu.pe
fondoeditorial@uwiener.edu.pe

Primera edición digital: mayo de 2023
Depósito Legal N.º: 2023-04214
ISBN: 978-612-49230-2-9
DOI: <https://doi.org/10.37768/unw.vri-cdcp.0012>

Edición general: Fondo Editorial de la Universidad Privada Norbert Wiener
Diseño de portada: Universidad Privada Norbert Wiener
Cuidado de textos: Ángel García Tapia
Diagramación de interiores: Juan Carlos Bondy

Se prohíbe la reproducción total o parcial de este libro sin autorización expresa de la Universidad Privada Norbert Wiener S. A.

Directorio de autoridades

Dra. Delia Muñoz Muñoz
Decana

Mg. Braulio Arias Villagómez
Secretario académico

Dr. Jaime Agustín Sánchez Ortega
Coordinador de Investigación

Mg. Nélida Rosalbina Pineda Huerta
Jefa de Grados

Equipo docente

Dr. Jaime Agustín Sánchez Ortega

Dra. Isabel Ramírez Peña

Dr. Abel Marcial Oruna Rodríguez



Universidad
Norbert Wiener
Powered by Arizona State University

Índice

Presentación	7
Introducción	9
Capítulo I. Derecho constitucional y solución de controversias	12
Eficiencia de la Procuraduría Pública en el arbitraje de ejecución de obra públicas: Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento, 2021	13
Impacto de la pandemia de COVID-19 en la reforma del Sistema Nacional de Pensiones: Pensión Proporcional, Ley N.º 31301	32
Prisión preventiva y presunción de inocencia del imputado, Distrito Judicial de Lima Norte, 2021. Expediente N.º 02830-2021	43
Capítulo 2. Derecho civil, penal y administrativo	58
El delito de trata de personas e impunidad delictiva en la interpretación legal en el Ministerio Público de Lima Este, 2022 (Expediente N.º 7258-2021-CSJ)	59
La tutela jurisdiccional efectiva en menores expuestos a un contexto de violencia doméstica	73
La prueba digital en los delitos contra la administración pública, Lima Metropolitana, 2022	86
Fraude informático y su impacto en los derechos fundamentales de la persona en el Cercado de Lima, 2022	100

Impacto de la suspensión perfecta de labores por caso fortuito en el despido arbitrario. Caso Llaxa, Lima, 2022	114
Capítulo 3. Derechos humanos. Gobernanza y ética	126
Derecho a la salud y calidad de las prestaciones en salud de la Red Prestacional Sabogal, 2019	127
Influencia de la ética del juez en los derechos fundamentales del justiciable, Lima, 2022	141

Presentación

Uno de los roles de la educación universitaria es contribuir a la mejora de la sociedad y el desarrollo del país mediante la formación de profesionales capaces de ejercer las más diversas actividades. La Escuela de Derecho y Ciencia Política “Javier Pérez de Cuéllar” prepara a sus estudiantes para desempeñarse como abogados, lo cual implica acceder al grado académico correspondiente y colegiarse, a fin de poner en práctica de forma plena las capacidades adquiridas.

De manera conjunta con el coordinador del área, se diseñó una estrategia que permitiera a los bachilleres desarrollar investigaciones que pudieran ser utilizadas dentro de la modalidad de suficiencia profesional para acceder al grado de abogado. En ese contexto, se ejecutó un primer curso de investigación, en el que fueron capacitados acerca del manejo de las nuevas normas metodológicas, lo que les permitió —bajo una exigente supervisión por parte de los asesores— desarrollar sus trabajos y sustentarlos ante el jurado. El proceso implicó la asistencia a clases obligatorias durante 14 semanas, periodo durante el cual tuvieron que plantear el tema, desarrollar el marco teórico, así como realizar el análisis del caso planteado y presentar sus conclusiones. La temática abordada nos permite conocer en forma directa la variedad de la realidad jurídica dentro de la cual se desenvuelven y desarrollan sus actividades laborales.

En las audiencias públicas de sustentación y defensa de los trabajos de suficiencia profesional, pudimos apreciar la riqueza de estos y, por ello, se decidió seleccionar los de mayor interés y compartirlos con la comunidad universitaria y la sociedad en general. Hoy, esos trabajos, con el valioso apoyo del Fondo Editorial, salen a la luz en esta primera entrega, bajo la modalidad de artículos arbitrados. Esta tarea permitió a nuestros abogados vivir la experiencia de la investigación seria y exigente en sus más diferentes facetas, especialmente el proceso de

elaboración del reporte y, luego, su conversión en un artículo, con el apoyo de asesores en redacción, edición y traducción.

Con gran orgullo, ponemos a su disposición los trabajos llevados a cabo por nuestros alumnos, cuyo propósito es enlazar la actividad académica con el debate jurídico sobre los diversos problemas que enfrenta actualmente nuestra sociedad.

Los invitamos a disfrutar de la lectura.

DELIA MUÑOZ MUÑOZ
Decana de la Facultad de
Derecho y Ciencia Política

Introducción

Los artículos son trabajos de investigación referidos al ámbito académico de la Ciencia política, sus disciplinas afines, temas éticos y de interés sociojurídico para la comunidad científica, académica, universitaria e institucional, así como la sociedad en general. Su objetivo es contribuir al desarrollo del Derecho, y divulgar el conocimiento especializado en temas de interés y actualidad. El libro de reporte de casos es una publicación en línea que consta de tres volúmenes. El primero corresponde a los meses de abril, mayo y julio de 2023; ha sido elaborado por la Facultad de Derecho y Ciencia Política en colaboración con el Vicerrectorado de Investigación, y lo edita el Fondo Editorial de la Universidad Norbert Wiener (Perú).

Entre sus artículos originales, esta edición incluye la investigación titulada “Eficiencia de la Procuraduría Pública en el arbitraje de ejecución de obras públicas: Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento, 2021”, cuyos autores señalan como objetivo el dar a conocer el nivel de eficiencia de la labor de la Procuraduría Pública en la protección de los intereses del Estado en el arbitraje de obras públicas en el Perú. Los laudos arbitrales revisados evidencian que no se ejerció de manera eficiente dicha función, por lo que se recomienda a su ente rector que lleve a cabo diversas medidas para gestionar su fortalecimiento interinstitucional.

Asimismo, este número contiene la investigación intitulada “Impacto de la pandemia de COVID-19 en la reforma del Sistema Nacional de Pensiones: Pensión Proporcional, Ley N.º 31301”, los autores sostienen, luego de un estudio cualitativo y diseño de caso, que el sistema de pensiones en tiempos de pandemia ha permitido determinar que la ley, con la reforma económica, ampara a los aportantes mayores, pues existe una sentencia firme de segunda instancia, como precedente, en la que se le otorga una pensión proporcional especial al demandante.

Para cerrar el ámbito del derecho constitucional y la solución de controversias, la investigación titulada “Prisión preventiva y la presunción de inocencia del imputado, Distrito Judicial de Lima Norte, 2021. Expediente N.º 02830-2021” define que esta medida vulnera el derecho a la libertad y al debido proceso, porque solo con presunciones no se puede perder la libertad. Para Labarthe “la prisión preventiva es la medida cautelar más lesiva y arbitraria que ha creado el derecho a través de su historia”. Por lo tanto, los autores indican que los derechos protegidos en nuestra carta democrática y los convenios internacionales son de obligatorio cumplimiento por quienes administran justicia.

En la especialidad de derecho penal, se publica el prolijo artículo “El delito de trata de personas e impunidad delictiva en la interpretación legal en el Ministerio Público de Lima Este, 2022”. Los autores analizan el delito de trata de personas y la impunidad delictiva en la interpretación legal, desde una perspectiva triádica. El artículo destaca la importancia de este tema y su relevancia en el contexto actual, además de proporcionar una valiosa contribución a la literatura especializada en este campo.

En la especialidad del derecho civil, se publica la investigación “La tutela jurisdiccional efectiva en menores expuestos a un contexto de violencia doméstica”, del abogado peruano Walter Gerard Chinchay Domínguez y el Dr. Abel Marcial Oruna Rodríguez, quienes analizaron, en un estudio de caso, la situación de los niños que se convierten en víctimas indirectas en las denuncias por violencia doméstica que se suscita entre padres. Este es un hecho que los jueces especializados de familia no toman en cuenta al momento de emitir sus resoluciones, pese a que son conscientes de que los niños deben recibir tutela, pero no lo hacen debido a que manifiestan que “no son competentes para pronunciarse sobre ellos”.

Asimismo, en derecho penal, se publica la investigación denominada “La prueba digital en los delitos contra la administración pública - Lima Metropolitana, 2022” del abogado peruano Víctor Jhon Alcalá Rengifo y el Dr. Abel Marcial Oruna Rodríguez, quienes analizaron un estudio caso relacionado con la importancia de la prueba digital como material probatorio especial en el proceso judicial siendo que se evidencia su necesidad de usarla para brindar veracidad de los hechos, a pesar que en la actualidad todavía no hay alguna regulación expresa referente al tema, ya que fácilmente se podría manipular y no garantizar la veracidad en el proceso”. Para concluir con el ámbito del derecho penal, se publica el artículo “Fraude informático y su impacto en los derechos fundamentales de la persona en el Cercado de Lima, 2022”, sobre el análisis de la afectación de los derechos fundamentales de las personas que son víctimas del delito informático contra el patrimonio – fraude

informático. Cabe mencionar que el ilícito analizado tiene carácter versátil como consecuencia del constante avance tecnológico, lo que dificulta tomar acciones preventivas para mitigar los delitos cometidos con el uso de la tecnología, considerando la Ley N.º 30096 y su modificatoria, Ley N.º 30171, Ley de Delitos Informáticos.

En el derecho laboral, se publica la investigación denominada “Impacto de la suspensión perfecta de labores por caso fortuito en el despido arbitrario. Caso Llaxa, Lima - 2022”. Los autores, basados en un estudio de caso, analizaron el incumplimiento de los empleadores del debido procedimiento administrativo ante la Autoridad Administrativa de Trabajo, ya que, para apelar a la causal de caso fortuito, no basta que este se suscite, sino que además debe comunicarse al Ministerio de Trabajo y a los trabajadores para cautelar sus derechos.

Asimismo, en derechos humanos, el artículo intitulado “Derecho a la salud y calidad de las prestaciones en salud de la Red Prestacional Sabogal, 2019” señala que se habría vulnerado el derecho a la salud del usuario por una inadecuada atención en la institución prestadora del servicio de salud. Por lo tanto, es importante mantener una adecuada infraestructura en los servicios de salud y, en especial, una esmerada atención por parte del personal del hospital, que evite la afectación de los derechos humanos de los pacientes.

Finalmente, en la especialidad de gobernanza y ética, se publica el artículo intitulado “Influencia de la ética del juez en los derechos fundamentales del justiciable en Lima, 2022”, del abogado peruano David Chamorro Morales y la Dra. Isabel Ramírez, quienes, desde un enfoque cualitativo y usando el estudio fenomenológico, analizan la influencia de la ética del juez en los juicios en los que se vulneran los derechos fundamentales y procesales del justiciable, a partir de una mirada triádica en la cual destaca la importancia del periodismo de investigación, la investigación universitaria y la fiscalización de la Junta Nacional de Justicia sobre los actos del juez.

Es esta una edición que reúne un conjunto de artículos de docentes y académicos que abordan diversas especialidades jurídicas y aportan conocimiento en sus respectivos campos del saber; con ello, aspiran a contribuir al desarrollo de los temas que tratan y motivan de esa manera a continuar investigando, hecho que constituye la razón del quehacer investigativo.

DR. JAIME AGUSTÍN SÁNCHEZ ORTEGA
Coordinador de investigación (Ed.)

Capítulo I

Derecho constitucional y solución de controversias

Eficiencia de la Procuraduría Pública en el arbitraje de ejecución de obra públicas: Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento, 2021

Efficiency of the public prosecutor's office in arbitration for the execution of public works: Ministry of Housing, Construction and Sanitation, 2021

LIC. LUZ ELMINA VARGAS RIMARACHÍN¹

luzelminavr@gmail.com

ORCID: 0000-0002-4705-7632

MG. NÉLIDA ROSALBINA PINEDA HUERTA²

npinedahuerta1@gmail.com

ORCID: 0000-0002-7126-2038

MG. DELIA MUÑOZ MUÑOZ²

deliamunozymunoz@gmail.com

ORCID: 0000-0002-4716-3216

DR. JAIME AGUSTÍN SÁNCHEZ ORTEGA²

jaime.sanchezo@uwiener.edu.pe

ORCID: 0000-0002-2916-7213

Resumen

La presente investigación tiene como objetivo determinar el nivel de eficiencia de la labor de defensa de los intereses del Estado de la Procuraduría Pública del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento (MVCS) en los arbitrajes de obra, bajo la normativa de la Ley de Contrataciones con el Estado. Se ha empleado una metodología de enfoque mixto mediante la cual se realizó el análisis

¹ Facultad de Derecho y Ciencia Política, Universidad Norbert Wiener. Lima, Perú.

² Ídem.

documentario de 20 laudos arbitrales emitidos durante el año 2021, con énfasis en el registro de datos empíricos para su contraste con los fundamentos alcanzados por el Tribunal Arbitral en la toma de decisiones. Los resultados obtenidos fueron antitéticos en relación con las tasas de éxito procesal y dinerario, con pérdidas que superan los S/ 15 millones, a pesar de obtener resultados favorables en la mayoría de los arbitrajes. Se concluye que la Procuraduría Pública del MVCS no ejerció de manera eficiente su labor de protección de los intereses del Estado en la disputa de arbitraje de obras, por lo que se recomienda, a su ente rector, diversas medidas para gestionar su fortalecimiento.

Palabras clave: contratos, eficiencia, Estado, arbitraje, interés público

Abstract

The objective of this research is to determine the level of efficiency in defending the interests of the State by the Public Prosecutor's Office of the Ministry of Housing, Construction and Sanitation in arbitration cases under the regulations of the State Contracting Law. A mixed-method approach was used, which involved documentary analysis of 20 arbitration awards issued during 2021, with emphasis on the registration of empirical data for its contrast with the foundations reached by the Arbitral Tribunal in decision-making. The results obtained were antithetical in relation to procedural and monetary success rates, with losses exceeding the S/ 15 million (the national currency), despite obtaining favourable results in most arbitrations. It is concluded that the Public Prosecutor's Office did not effectively exercise its role in regard to protecting the interests of the State in the construction arbitration disputes. Therefore, various measures are recommended to its governing body, to manage its strengthening.

Keywords: contracts, efficiency, State, arbitration, public interest

I. Introducción

La finalidad máxima de la Contratación estatal es la satisfacción de la necesidad pública de manera oportuna, bajo los criterios de buscar la calidad requerida al mejor precio posible. La inversión en infraestructura pública se ha convertido en uno de los pilares de la reactivación económica en nuestro país y ha originado, a su vez, que tanto el Estado como sus contratistas, recurran al arbitraje como medio obligatorio para la solución de sus conflictos en la ejecución de sus contratos.

Sobre lo mencionado, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE, 2017) ha elaborado una serie de recomendaciones en las que incide en la necesidad de un manejo estratégico del arbitraje en contrataciones públicas, que fomente la transparencia en la evaluación de indicadores de rendimiento para la solución de los conflictos que pueden surgir en los contratos durante la ejecución de las obras.

En el Perú, el Consejo de Defensa Jurídica del Estado (CDJE, 2017) informó que el Estado Peruano solo logró obtener un 3,18% del total de sus pretensiones en arbitrajes planteados contra constructoras brasileñas, en los que las contratistas fungieron como demandantes en más de 160 procesos y obtuvieron más del 70% de los montos pretendidos, en detrimento del erario. A junio del 2022, el Estado peruano reportó que el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento [MVCS] tenía 554 obras públicas paralizadas a nivel nacional, con un presupuesto de S/ 3 665 328 155, y que un 11% de estas se resolvían en un proceso arbitral (Contraloría General de la República, 2022).

En consecuencia, resulta válido preguntarse: ¿en qué medida es eficiente la labor de la Procuraduría Pública en el arbitraje de obras públicas del MVCS del Perú, 2021?

Como justificación teórica, el estudio incluirá las teorías de la variable eficiencia administrativa y de arbitraje en contrataciones públicas. Como justificación práctica, se buscará comprobar si la hipótesis de investigación —acerca de que el Estado pierde la mayoría de sus arbitrajes— es válida en la actualidad y desarrollar indicadores de eficiencia sobre los resultados obtenidos. Como justificación social, el impacto de los procesos arbitrales incide directamente en el presupuesto que gestiona el Estado en beneficio de todos sus ciudadanos. Como justificación metodológica, el análisis documental, a través de un instrumento de elaboración propia llamado Matriz de Análisis de Laudos Arbitrales, buscó generar información cierta con datos confiables y contrastables que podrán ser referentes para estudios posteriores.

Investigar sobre la eficacia de la defensa del Estado y el papel que desempeña en el arbitraje especializado de obras públicas es importante, pues la construcción de estas es una de las principales fuerzas motoras de desarrollo e inclusión del país. El Estado se convierte en fuente de sustento para miles de familias que forman parte de este esfuerzo país y que alcanza aún más a los que se beneficiarán directa o indirectamente de las mismas. La tasa de éxito derivada de la ejecución de las estrategias de defensa del interés público incide de manera directa en la mayor oportunidad de desarrollo de sus miembros. Cada obra paralizada genera

recesión y cada asignación mal ejecutada no solo genera oportunidades perdidas de desarrollo, sino también ahonda la brecha de desigualdades que tenemos como nación.

Se propuso como objetivo general determinar el nivel de eficiencia de la labor de la Procuraduría Pública del MVCS en el arbitraje de obras públicas en el Perú para 2021. Y como objetivos específicos tiene los siguientes: (a) Identificar los laudos arbitrales con participación de la Procuraduría del MVCS del Perú en 2021, señalando su duración y fallos; b) Analizar las materias controvertidas más frecuentes planteadas por las partes; y c) Determinar, la frecuencia de activación de nulidad de laudo arbitral por parte de la entidad.

2. Presentación del caso jurídico

2.1. Antecedentes

La contratación pública es, actualmente, una de las principales herramientas de gestión implementada por el Gobierno para la consecución de sus objetivos estratégicos y que se reflejan en la atención de las necesidades de la población peruana, bajo los criterios de precio, calidad y oportunidad. El uso de los fondos públicos requiere, para ello, de la aplicación de los principios de eficiencia y eficacia.

En la práctica, desde 1998, las contrataciones del Estado se amparan en un marco normativo específico, y fue la derogada Ley N.º 26850, Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, la primera que estableció el arbitraje y la conciliación como medios para la solución de disputas entre las partes durante la ejecución de los contratos, pues el Estado buscaba ofrecer a los contratistas un escenario más efectivo en comparación al del sistema judicial peruano.

Por ello, el Perú se convirtió en el primer país latinoamericano y, hasta la actualidad, en el único donde el arbitraje es un medio obligado para las partes para la solución de conflictos. El compromiso económico que genera para las partes, la ejecución del laudo arbitral, ha promovido un importante desarrollo en materia arbitral sobre contratos de construcción en nuestro país, bajo la normativa especial de la Ley N.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado, su Reglamento y el Decreto Legislativo N.º 1071, Ley de Arbitraje, así como las posteriores modificaciones de estos cuerpos normativos.

Respecto de los antecedentes internacionales, Ocampo (2021), en su tesis de maestría, señala que la Constitución de Colombia otorga jurisdicción al arbitraje

con una visión voluntaria dependiente de una cláusula de aceptación de arbitraje suscrita por las partes y delimitada en un arbitraje institucional (en centros autorizados) y de derecho, bajo la Ley 1563 de 2012, la Ley 1150 de 2007 y el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional de Colombia, de 2012.

Asimismo, Ballesteros (2017), en su tesis doctoral, incide en la naturaleza jurídica autónoma de la institución arbitral y el efecto público de sus fallos, de los cuales el Tribunal Constitucional de España se ha pronunciado sobre su obligatoriedad para los contratos administrativos públicos, por lo que las partes siempre deben acudir ante un juez para solicitar la ejecución del dictamen arbitral o recurrir a la vía judicial ante la solicitud de nulidad de dicho laudo.

En cuanto a los antecedentes en nuestro país, De la Cruz (2021) analizó 31 procesos arbitrales llevados por la Procuraduría Pública del Ministerio Público del Perú, entre los años 2016 y 2019, y concluyó que un 70% de los mismos obtuvieron resultados favorables o parcialmente favorables para la entidad, por lo que ordenó pagar solo un 23% de las pretensiones económicas pretendidas por los contratistas, equivalentes a S/ 1 700 661,78.

Asimismo, Iglesias (2020) postula la necesidad de devolver la voluntariedad al arbitraje sobre contratos públicos, mediante soluciones normativas, en aras de equilibrar la balanza para los contratistas, frente a un Estado con mayor número de normas que, a su parecer, limitan derechos de las partes y solo promueven más conflictos entre ellas.

2.2. Fundamento del tema elegido

El arbitraje ha evolucionado con mayor fuerza en los últimos 20 años y ampliado su espectro de aplicación como un mecanismo de resolución de conflictos en ámbitos de derechos reservados a bienes jurídicos no solo de libre disposición, como pueden ser los acuerdos comerciales, sino aún más a contratos con el Estado peruano. Soldevilla (2017) define el arbitraje como el “medio alternativo de solución de controversias que consiste en poner voluntariamente en manos de un tercero, denominado árbitro, la solución de conflicto, comprometiéndose las partes a respetar la decisión que aquel emita” (p. 27).

El arbitraje en la contratación pública ha evolucionado en el tiempo y se ha perfeccionado con la incorporación de normativas y reglamentaciones. Es de conocimiento general que existen dos tipos de arbitraje: el de derecho, por el cual los árbitros resuelven las controversias aplicando las leyes como un juez, y el de

conciencia, en el que los árbitros no se someten a ningún cuerpo legal específico y fallan de acuerdo con su experiencia y escala de entendimiento de la cuestión.

El arbitraje de conciencia trajo consigo muchas dificultades para el Estado peruano, pues algunos laudos arbitrales fueron impugnados en el Poder Judicial y eso extendió aún más los tiempos de resolución de conflictos y socavó directamente el principio de economía procesal, que es característico del arbitraje. Por ello, la actual Ley de Contrataciones con el Estado (N.º 30225) determina de manera clara que todos los procesos arbitrales serán resueltos bajo un arbitraje de derecho, el mismo que puede ser de carácter *ad hoc* (donde las partes determinan las reglas procedimentales del proceso arbitral, pero siempre subordinadas al D. L. N.º 1071 y a la Ley N.º 30225) o de carácter institucional, que tiende a ser el más usado en la actualidad.

El arbitraje institucional es llevado a cabo en centros de arbitrajes que poseen directivas propias para ordenar y reglamentar el proceso de arbitraje, las cuales pasan por determinación de plazos, selección de árbitros, audiencias a formular y otras. Es cierto también que los arbitrajes referentes a contratos con el Estado pueden versar sobre temas que no manejen los letrados; sin embargo, dentro del Tribunal Arbitral, puede tenerse como miembro a un ingeniero o especialista que no sea abogado, con la condición principal de que el presidente del Tribunal Arbitral sí lo sea.

La naturaleza jurídica del arbitraje con el Estado es aún fuente de distintas opiniones entre los concedores del Derecho; pero en lo que concuerdan es que esta busca responder a los fines de la contratación estatal, que consisten en alcanzar una solución eficaz de la controversia y lograr la paz social. La teoría de la jurisdicción indica que el arbitraje corresponde a un ámbito público en el que el Estado es quien otorga jurisdicción a los árbitros para dirimir el conflicto, lo que da al laudo la calidad de cosa juzgada, tal como la sentencia, y otorga seguridad jurídica a las partes frente a una intervención estatal. Por otro lado, la teoría contractual incide en la naturaleza privada del arbitraje que nace de la autonomía de la voluntad de las partes; por ende, los árbitros no ejercen jurisdicción, sino cumplen con un encargo de las partes que los convocan. La teoría mixta combina las dos primeras, pues señala que el arbitraje nace por acuerdo entre las partes, pero la decisión o laudo tiene consecuencias jurisdiccionales otorgadas por la ley. La teoría autónoma define al arbitraje como una especialidad que se ampara en los principios de autonomía de la voluntad y de igualdad, por lo que el arbitraje es diseñado de forma específica para determinadas especialidades, como las contrataciones con el Estado (Iglesias, 2020).

Los contratos de construcción incluyen tanto los contratos de consultoría de obras como los contratos de obras propiamente dichos, y abarcan un 18,3% de los contratos suscritos por el Estado hasta octubre de 2022 (OSCE, 2022). De acuerdo con la Contraloría General de la República (2022), el Estado ha suscrito un total de 2376 contratos en sus diferentes niveles de gobierno, con un costo total aproximado de S/ 21 074 457 092, de los cuales un 23,3% corresponden al sector vivienda, construcción y saneamiento.

El arbitraje en contrataciones del Estado se resuelve bajo la siguiente prelación normativa: primero, la aplicación de la Constitución Política del Perú; segundo, la Ley N.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado y su modificatoria Decreto Legislativo N.º 1341, así como su Reglamento (D. S. N.º 344-2018-EF, del 11 de julio de 2014) y su Texto Único Ordenado (Decreto Supremo N.º 082-2019-EF, del 13 de marzo de 2019). Además, se consideran las normas de derecho público y privado, como el Decreto Legislativo N.º 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje y el Texto Único Ordenado del Sistema Nacional de Conciliación y Arbitraje (Res. N.º 016-2004-CONSUCODE/PRE, modificada por la Resolución N.º 172-2012-OSCE/PRE).

La Procuraduría Pública tiene como misión principal la defensa de los bienes jurídicos del Estado, y es la representante del Estado en los diferentes procesos jurisdiccionales y administrativos, nacionales o internacionales, donde sea llamada como parte. Es una entidad adscrita al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, que ha buscado modernizarse en el ámbito arbitral, a través de la implementación de una Procuraduría Pública Especializada en Arbitrajes, conformada por servidores altamente especializados en arbitraje y formulación de peritajes indemnizatorios para procesos con cuantías mayores a 200 UIT, o a pedido del procurador de la entidad que justifique su intervención (Procuraduría General del Estado, 2022).

El arbitraje en contrataciones del Estado tiene una normativa propia que requiere por parte del procurador público ciertas características y facultades que le permitan ejercer dicha labor, a fin de elaborar una estrategia coordinada con equipos periciales, participar en la elaboración de las cláusulas arbitrales, determinar los árbitros que se asignan para las ternas arbitrales, elaborar la demanda arbitral con un correcto y fundamentado cálculo indemnizatorio, e interponer los recursos impugnatorios que la ley le faculta en el momento pertinente.

Ortiz (2022), procurador público del Ministerio de Transportes y Comunicaciones del Perú (MTC), advierte que, para abril de 2022, manejaba 885 procesos arbitrales y había logrado 214 laudos favorables al MTC y 41 sentencias de anulación de laudos, con lo que se evitó pagar alrededor de S/ 1 995 862 400,46.

Wunder y Gabardo (2021) definen la eficiencia administrativa como “un deber impuesto a la administración pública”, en la que se debe hacer uso de los medios de manera celer, económica y con la mayor producción, ateniéndose al marco jurídico que la Constitución impone. Por su parte, Martínez (2017) propone medir la eficiencia de la Procuraduría Pública a partir de dos perspectivas: cuantitativa (casos ganados/perdidos, montos comprometidos) y cualitativa (tiempo de duración del arbitraje, interposición de recursos de anulación ante resultados negativos para las entidades).

2.3. Aporte y desarrollo de la experiencia

La metodología empleada es de enfoque mixto, pues se han integrado datos cuantitativos y cualitativos para un análisis conjunto de la información recabada. Hernández Sampieri (2018) aconseja este enfoque a fin de integrar tanto la realidad objetiva como la subjetiva, y así mejorar la credibilidad de los resultados obtenidos. El conocimiento alcanzado se ordenó de manera sistemática y verificable, cualidades propias del paradigma naturalista, a través del diseño multicaso, con 20 laudos arbitrales y la técnica de recolección de datos es la de análisis documental, a través de la revisión de los laudos publicados en la página web del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento del Perú, 2021.

Para Giesecke (2020), la Matriz de Categorización Apriorística (tabla 1) es un instrumento metodológico que le da soporte a la investigación cualitativa, ya que le permite al investigador un análisis causal, lógico y lineal, de manera que resulta flexible para escoger la técnica más acorde con la investigación, lo que, a su vez, fortalece cada uno de sus niveles con una lectura integral.

Este trabajo se realizó a través del análisis y la revisión de decisiones laudatorias, como parte de las funciones asignadas como secrista en la Subdirección de Procesos Arbitrales de la Dirección de Arbitraje del Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado. En dicha entidad, presté apoyo administrativo en la labor realizada por la Secretaría Arbitral, como manejo y archivo de expedientes digitales, elaboración de informes, recopilación de información de los procesos arbitrales, contratos y fichas de contratos públicos, audiencias remotas e implementación de plataformas para la agilización trámites y análisis de laudos arbitrales, a fin de publicarlas en la plataforma virtual del OSCE.

La información alcanzada se basó en cinco etapas: 1) Identificación de los laudos publicados bajo la normativa de la Ley N.º 30225; 2) Recopilación de información

relativa a la demanda y reconvencción; 3) Análisis de las resoluciones finales del Tribunal Arbitral en relación con las pretensiones iniciales de la entidad y el fallo obtenido; 4) Revisión de la información consignada en el SEACE, institución arbitral o página web del Ministerio en cuestión, para verificar si la entidad recurrió el laudo arbitral a través de una solicitud de nulidad de dicha decisión ante el Poder Judicial; 5) Sobre la información obtenida, inferencia de los resultados más relevantes del presente trabajo.

Tabla 1

Matriz apriorística

Ámbito temático	Pregunta general	Objetivo general	Categorías	Subcategorías	Instrumento
Procuraduría Pública del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento	¿En qué medida es eficiente la labor de la Procuraduría Pública en el arbitraje de obras públicas del MVCS del Perú, 2021?	Analizar la eficiencia de la labor de la Procuraduría Pública en el arbitraje de obras públicas del MVCS del Perú, en 2021.	Categoría 1: Eficiencia	Eficiencia cuantitativa: casos ganados/perdidos, duración de arbitraje y fallos cuantitativos	Análisis documentario
				Eficiencia cualitativa: presentación de reconvencciones y solicitud de anulación de laudo arbitral	
			Categoría 2: Arbitraje de contratación de obras públicas	Principales controversias arbitraje de obras	

Nota: Elaborado por los autores (2022).

III. Presentación del reporte de caso jurídico

De acuerdo con lo desarrollado en los puntos precedentes, se ha obtenido una recopilación de laudos arbitrales publicados en la página web del Ministerio citado durante el año 2021. Se aplicó como criterio de búsqueda que su objeto de selección sean obras, que se aplique la Ley de Contrataciones con el Estado y que se detalle el monto total de la obra.

Categoría 1: Eficiencia de labor procuradural

Subcategoría 1: Eficiencia cuantitativa

El análisis laudatorio determinó que un 60% de los casos fueron dirimidos a través de un tribunal arbitral instalado principalmente en la ciudad de Lima, y el 95% de los procesos resueltos a través de arbitrajes institucionales. En la tabla 2, se plasman los resultados obtenidos por la Procuraduría del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento del Perú durante 2022. En consecuencia, el monto total de los contratos de obras ascendió a S/ 83 759 943,97, de los cuales S/ 14 892 835,47 fueron declarados a favor de los contratistas y solo S/ 578 719,51 a favor del MVCS (montos ordenados como pago para la contraparte).

Tabla 2

Resultados laudatorios obtenidos por la Procuraduría del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento, 2021

Resultados laudatorios	Frecuencia
A favor de entidad	10
A favor del contratista	9
A favor de ambas partes	1

Fuente: Elaboración propia (2022)

En la tabla 3, se muestra de manera objetiva que hubo mayor cuantía de los montos a favor del contratista que los que se obtuvieron a favor del Estado. La Procuraduría del MVCS obtuvo un poco más de S/ 500 000 en cuanto a condenas,

resultado pobre si se compara con los casi S/ 15 millones que tuvo que pagar en los laudos que perdió.

Tabla 3

Condenas cuantificables en los procesos arbitrales MVCS, 2022

Unidad ejecutora	Contratista	Condena cuantificable en contra de la entidad	Condena cuantificable en contra del contratista	Recurso nulidad	Medida cautelar
Programa Nacional de Saneamiento Rural (PNSR)	Consortio Amazonas	33 595,59	33 595,59	No	
Programa Nacional de Saneamiento Rural (PNSR)	Consortio Maraón	50 688,66	50 688,66	No	
Programa Agua Segura para Lima y Callao (PASLC)	Proyecto Delta S. A. C.	172 394,63		No	
Programa Agua Segura para Lima y Callao (PASLC)	Consortio Agua SCM	54 191,02	54 191,02	No	
Programa Nacional de Saneamiento Urbano	Consortio Libertad	1 290 783,78	39 444,87	Sí	
Programa Nacional de Saneamiento Rural (PNSR)	Empresa de Transformación Agraria S. A. Sucursal del Perú	1 258 467,31	71 478,30	No	
Servicio Nacional de Capacitación para la Industria de la Construcción (Sencico)	Codimsur S. R. L.	24 115,34	50 980,24	No	
Programa Nacional de Saneamiento Rural (PNSR)	Empresa de Transformación Agraria S. A. Sucursal del Perú	891 713,43	48 424,62	No	

Programa Nacional de Saneamiento Rural (PNSR)	Empresa de Transformación Agraria S. A. Sucursal del Perú	902 472,86	59 184,05	No	
Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento	Anfer S. A. C.	19 121,30		No	
Unidad ejecutora 01	Consortio Nuevo Olmos	10 167 855,98	143 296,59	No	De no innovar (contratista)
Programa Nacional de Saneamiento Urbano	Consortio Calana	24 302,15	24 302,15	No	
Programa Nuestras Ciudades	Consortio Huaros Pampa	3 133,42	3 133,42	No	
TOTALES		14 892 835,47	578 719,51		

Subcategoría 2: Eficiencia cualitativa

Sobre la categoría precitada, en relación con la subcategoría de eficiencia cualitativa, debe señalarse que todos los laudos donde el Estado no obtuvo resultado favorable, solo en uno se ha presentado recurso de anulación de laudo arbitral ante el Poder Judicial. En el 90% de los casos, es el contratista quien inicia el arbitraje y en los mismos, en un 60% la Procuraduría presentó reconveniones, a diferencia del único caso donde el demandante fue el Estado y el contratista no realizó reconvenición. La media de duración de los procesos arbitrales es de 28 meses.

Categoría 2: Arbitraje de Contrataciones del Estado

Subcategoría: Materias recurrentes en Arbitraje de Obras

La segunda categoría referente al arbitraje de contratación de obras públicas corresponde a las principales materias controvertidas en los arbitrajes de obras. Tal como se advierte en la tabla 4, las principales causales de conflictos fueron pedidos de ampliación de plazo contractual y liquidación de obra (55%), seguidos por

resoluciones contractuales y reconocimiento de mayores gastos generales (50%); indemnizaciones por daños y perjuicios, y devolución de garantías o cartas fianza (40%); y penalidades (35%). De estas pretensiones y reconvenciones, se aprecia que el 45% fueron declaradas fundadas a favor de los contratistas; en contraste con un 55% a favor del Estado, con un 5% que fueron declaradas fundadas en parte.

Tabla 4

Materias recurrentes en arbitraje en obras de los laudos en los que participó el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento, 2021

Pretensiones de las partes	Frecuencia ³
Ampliación de plazo	11
Liquidación de obras	11
Resolución contractual	10
Mayores gastos generales	10
Indemnización por daños y perjuicios	8
Devolución de garantías	8
Penalidades	7

Fuente: Elaboración propia (2022)

IV. Discusión

En relación con el objetivo general, que busca analizar la eficiencia de la labor de la Procuraduría Pública, Martínez (2017) propone que esta se configura a través de los resultados de éxito en el proceso arbitral, ya que, al basarse en la teoría autónoma, busca dirimir, con rapidez y economía, los conflictos entre el Estado y sus contratistas para atender las necesidades que plantea la contratación pública. Los resultados de otras experiencias, como la del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, han logrado un 52% de éxito en sus procesos arbitrales durante 2021.

³ Debe tomarse en cuenta que las demandas arbitrales se presentan generalmente con más de una pretensión principal, siendo siempre una de ellas el pago de las costas y costos del proceso arbitral, que no se considera en la presente tabla.

Según el primer objetivo específico planteado, que mide la eficiencia a nivel cuantitativo, se verifica que los laudos tienen una duración media de 28 meses, con una tasa de éxito del 55%, pero con pérdidas superiores a los S/ 15 millones en egresos para el erario nacional. Estos resultados impactan directamente en la categoría de eficiencia cuantitativa pues, a pesar de que el MVCS, aparentemente, gana un importante número de casos, sus pérdidas monetarias son bastante considerables en comparación con los montos que percibe por los laudos ganados.

Respecto de lo considerado en el segundo objetivo específico, se busca determinar la eficiencia cualitativa de la labor procuraduría desde la revisión de las pretensiones reconventionales y solicitudes post laudarias que la entidad pueda presentar ante procesos que originan altos costos para el erario. Los resultados arrojan que la Procuraduría del MVCS solo presentó una solicitud de anulación de laudo arbitral, a pesar de tener múltiples procesos con decisiones gravosas, y que de los 18 casos en los que fue demandado, solo en 3 presentó reconventiones, todas las cuales fueron declaradas infundadas. Por tanto, la eficiencia cualitativa no alcanza el objetivo planteado por la Procuraduría General del Estado, lo que afecta de manera directa la eficiencia cuantitativa.

El tercer objetivo específico de esta investigación sobre las materias controvertidas más frecuentes planteadas por las partes de los laudos analizados indica que son los que mayores cifras de gasto demandan. Las ampliaciones de plazo, mayores gastos generales, liquidación de obras y resolución de contratos requieren, por parte de quien demande, una exhaustiva fundamentación y, por parte de la entidad, la participación de expertos que puedan determinar y probar fehacientemente las causales de resolución de contrato o de liquidación de obra. Estas causales permiten determinar, luego del análisis de los fundamentos presentados por los contratistas, que, en el caso de obras, las consultorías de obras previas a los contratos de construcción son deficientes y originan pérdidas para las partes, las cuales deben recurrir a arbitrajes costosos para solucionar los impases entre lo proyectado y lo ejecutado.

Finalmente, es importante mencionar las limitaciones propias del estudio, como la imposibilidad de incluir algunos laudos con información insuficiente suficiente para su ponderación adecuada, sobre todo los montos totales del contrato, el tipo de selección, el pago de honorarios arbitrales y gastos institucionales, entre otros. En la actualidad, no existe un modelo obligatorio de consignación de datos en los laudos arbitrales que deban cumplir los árbitros, a menos que la institución arbitral lo determine, y siempre quedará a criterio del árbitro o tribunal que

elabore el laudo arbitral. A eso debe agregarse que existe un desfase entre la emisión del laudo arbitral y su publicación en el SEACE⁴, pues el TUO de la LCE no señala un plazo determinado para cumplir dicha obligación, con lo cual se deja a los centros arbitrales determinarlo de acuerdo con sus reglamentos y estos, a su vez, dejan a criterio del árbitro el determinar la oportunidad para cumplir la obligación. La plataforma citada consigna de manera pública solo contratos a partir de noviembre de 2017. Acceder a información de contratos más antiguos necesita de buscadores con acceso restringido a trabajadores del Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado o la Contraloría General de la República.

V. Conclusiones

Primera. El arbitraje en contrataciones del Estado es una institución que se encuentra en evolución permanente, además de una vía idónea para la solución de controversias con el Estado, desde su implementación normativa como interpretativa, y que busca responder a los requerimientos que se exigen de ella, ante la urgente necesidad de implementación de obras públicas para el desarrollo del país. La respuesta de este mecanismo de solución de controversias, si bien es más rápida que la brindada por el Poder Judicial, resulta aún poco eficaz en cuanto a la duración del proceso para los fines que busca la contratación pública, que es atender la necesidad pública con eficiencia y oportunidad.

Segunda. Por tanto, hemos determinado que la labor de la procuraduría del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento, aun cuando puede resultar eficiente al analizar sus cifras de éxito, no se corresponde con los principios de economía y responsabilidad, parámetros rectores en la defensa de los intereses del Estado. Procesos céleres tendrían incidencia directa en el mejor manejo de los escasos recursos del Estado y el uso de prerrogativas, como el recurso de anulación de laudo arbitral, debería ser más utilizado por la defensa del Estado, después de aquilatar su conveniencia. Por tanto, urge fortalecer los equipos de arbitraje de las procuradurías públicas con base en estrategias de fortalecimiento interinstitucional.

⁴ Esta responsabilidad es señalada en el artículo 238.2 del TUO de la Ley de Contrataciones con el Estado.

Tercera. Con respecto a la interposición reconvenzional, se puede concluir que la Procuraduría del MVCS aún no se encuentra adecuadamente capacitada para la fundamentación de sus pretensiones, sobre todo de liquidaciones y solicitudes de indemnización, pues, en los pocos casos en los que fueron planteadas, se las declaró infundadas, por una inadecuada sustentación de los daños causados.

Cuarta. Respecto de las principales controversias que se resuelven en el arbitraje, es posible determinar que se requiere de partes preparadas en arbitraje de obras públicas, derecho de la construcción y equipos multidisciplinarios, para el adecuado cálculo de indemnizaciones y liquidaciones. Se concluye también que la labor de la Procuraduría en el arbitraje de contratación pública no responde a las características de este medio de resolución de conflictos. Por tanto, si establecemos la eficiencia en tasas de éxitos cuantitativa y cualitativa, tal como lo plantea Martínez (2017), debe concluirse que esta es ineficiente, con base en lo citado en los párrafos anteriores y que se contrasta con resultados obtenidos por sus pares, como la Procuraduría Pública del Ministerio de Transportes y Comunicaciones.

Referencias bibliográficas

- Alejos, O. (2019). Convenios arbitrales desequilibrados en los contratos públicos bajo la ley de contrataciones del Estado. *Derecho PUCP*, (82), pp. 1-24. <https://dx.doi.org/10.18800/derechopucp.201901.012>
- Ballesteros, C. (2017). *El arbitraje de derecho público* [Tesis doctoral]. Universitat Internacional de Catalunya. <https://bit.ly/3Vy6eqV>
- Becerra, A. (2016). Análisis de jurisprudencia arbitral. Formulación metodológica para el estudio de laudos arbitrales. *Estrado*, 3(5), 5-11. <http://hdl.handle.net/20.500.12749/11751>
- Bernardo, A. (2019). Las debilidades en las contrataciones administrativas. ¿Puede la Ciencia de la Administración hacer algún aporte para su fortalecimiento? *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, 1(17), 273- 286. <https://bit.ly/3OLa91A>
- Cárdenas, J. (2019). *Módulo de Arbitraje Nacional e Internacional*. Fondo Editorial de la Confederación Colombiana de Cámaras de Comercio. <http://up-rid2.up.ac.pa:8080/xmlui/handle/123456789/2455>
- Choi, S., Gulati, M. y Scott, R. (2016). Contractual Arbitrage. *Oxford Handbook of International Governance*. Duke and Columbia Law Schools Articles. <https://bit.ly/3ims1Ua>

- Contraloría General de la República. (23 de mayo de 2022). *Obras y proyectos paralizados. Comisión de Vivienda y Construcción* [ponencia]. Congreso de la República, Lima, Perú. <https://n9.cl/bhfe7>
- Decreto Supremo N.º 082 de 2019 [Ministerio de Economía y Finanzas]. Texto Único Ordenado de la Ley N.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado. 13 de marzo de 2019. <https://diariooficial.elperuano.pe/pdf/0022/tuo-ley-30225.pdf>
- Decreto Legislativo N.º 1071 de 2008. Decreto Legislativo que norma el Arbitraje. 1 de setiembre de 2008. <https://www.gob.pe/institucion/osce/normas-legales/308659-1071>
- De la Cruz, M. (2021). *Gestión de los procesos arbitrales referidos a las controversias que guardan relación con las contrataciones a cargo de la Oficina de Servicios Generales del Ministerio Público* [Tesis de maestría]. Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. <https://repositorioacademico.upc.edu.pe/handle/10757/658788>
- Resolución N.º 6-2022-PGE/PG [Procuraduría General del Estado]. Delegan facultades y/o atribuciones en diversos funcionarios de la Procuraduría General del Estado durante el año fiscal 2022. 14 de enero de 2022. <https://bit.ly/3VgH28Q>
- García-Álvarez, G. (3 de enero de 2022). Ejecución de los contratos públicos y arbitraje. *Observatorio de Contratación Pública*. <https://www.obcp.es/opiniones/ejecucion-de-los-contratos-publicos-y-arbitraje>
- Giesecke, M. (2020). Elaboración y pertinencia de la matriz de consistencia cualitativa para las investigaciones en ciencias sociales. *Desde el Sur*, 12(2), 397-417. <https://dx.doi.org/10.21142/des-1202-2020-0023>
- Guzmán-Barrón, C. y Zúñiga, R. (2018). *Tendencias del arbitraje de contratación pública: análisis de laudos arbitrales*. Centro de Arbitraje y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú. <https://bit.ly/3AUgUIK>
- Hernández-Sampieri, R. y Mendoza, P. (2018). *Metodología de la investigación: las rutas cuantitativa, cualitativa y mixta*. McGraw Hill.
- Herrada, T. y Prado, D. (2020). La eficiencia en la conducción del arbitraje de construcción. *Derecho y Sociedad*, (55), 1-19. <https://bit.ly/3AUHHo9>
- Iglesias, P. (2020). *El arbitraje en aplicación de la Ley de Contrataciones del Estado: A propósito de su obligatoriedad en los contratos domésticos del Estado con privados*. [Tesis de maestría]. Pontificia Universidad Católica del Perú. <http://hdl.handle.net/20.500.12404/17348>

- La Rosa, J. y Rivas, G. (2018). *Teoría del conflicto y mecanismos de solución*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Lián, J. (2019). El arbitraje como mecanismo alternativo de solución de conflictos eficaz en el marco del contrato estatal a la luz del ordenamiento jurídico colombiano. *Revista Vis Iuris*, 6(12), 29-45. <https://shorturl.at/dsvA1>
- Marjosola, H. (2019). The problem of regulatory arbitrage: A transaction cost economics perspective. *Regulation & Governance*, 15(2), 388-407. <https://doi.org/10.1111/rego.12287>
- Martínez, A. (2017). *Procurador Público y la Defensa Jurídica del Estado*. Presentación para el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. <https://n9.cl/u67rt>
- Mendoza, J., Román, C. y Hernández, M. (2019). La Economía Social y la contratación pública: la herramienta de los contratos reservados. *Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, (97), 213-244. <https://shorturl.at/dmpIO>
- Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento. (14 de setiembre de 2022). *Actas y Laudos Arbitrales*. <https://ww3.vivienda.gob.pe/transparencia/actas-de-conciliacion.html>
- Moreno, F. (2020). Arbitraje de derecho administrativo y fuerza vinculante del precedente constitucional en Colombia. *Revista de Derecho*, (53), 156-179. <https://doi.org/10.14482/dere.53.344>
- Morón, C. y Aguilera, Z. (2019). *Aspectos jurídicos de la contratación estatal*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Ñaupas, H., Mejía, E., Novoa, E. y Villagómez, A. (2018). *Metodología de la investigación cuantitativa-cualitativa y redacción de la tesis*. Ediciones de la U. <https://bit.ly/3UdCMFB>
- Núñez, M. y Talavera, A. (2021). *Contrataciones con el Estado: Perspectivas desde la práctica del Derecho*. Fondo Editorial de la Universidad del Pacífico. <https://repositorio.up.edu.pe/handle/11354/3254>
- Ocampo, D. (2021). *El arbitraje del contrato estatal en la profesión jurídica en Colombia: análisis de laudos del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá 2005-2019* [Tesis de maestría]. Universidad Nacional de Colombia. <https://repositorio.unal.edu.co/handle/unal/81584>
- Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado. (2022). *Informe de Análisis de Laudos Arbitrales – 2021*. <https://bit.ly/3VvDHT2>
- Ortiz, D. (2022). La defensa jurídica del Estado en materia arbitral. Procuraduría Pública del Ministerio de Transportes y Comunicaciones del Perú. <https://shorturl.at/cenY6>

- Prialé, G. (2020). *La gestión del gasto público en obras*. Editorial del Instituto Infraestructura Institucionalidad y Gestión. <https://bit.ly/3OLqVh5>
- Procuraduría General del Estado. (2021). *Informe de Gestión y Resultados 2017-2020 Procuraduría Pública Ad Hoc para el caso Odebrecht y otras*. Procuraduría Pública Ad Hoc para la defensa jurídica del Estado peruano en las investigaciones y procesos vinculados a delitos de corrupción de funcionarios, lavado de activos y otros derivados del caso Odebrecht. <https://bit.ly/3u8YeRS>
- Real Decreto-Ley 3/2020, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales. 4 de febrero de 2020. BOE-A-2020-1651. <https://www.boe.es/eli/es/rdl/2020/02/04/3/con>
- Soldevilla, C. (2017). *Arbitraje comercial e internacional*. Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Tafur, S. (2020). El Arbitraje Administrativo en la contratación pública peruana: ¿evolución o contradicción? *Advocatus*, (39), 219-232. <https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Advocatus/article/view/5130>
- Tarko, V. y Farrant A. (2019). The efficiency of regulatory arbitrage. *Public Choice* 181, 141-166. <https://doi.org/10.1007/s11127-018-00630-y>
- Torres, I. (2018). *Análisis de las causas de conflictos contractuales en proyectos de construcción en Chile* [Tesis de maestría]. Pontificia Universidad Católica de Chile. <https://repositorio.uc.cl/handle/11534/21988>
- Wunder, D. y Gabardo, E. (2018). El principio constitucional de eficiencia administrativa: contenido normativo y consecuencias jurídicas de su violación. *Revista Cuestiones Constitucionales*, (39), 131-167. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2018.39.12652>

Impacto de la pandemia de COVID-19 en la reforma del Sistema Nacional de Pensiones: Pensión Proporcional, Ley N.º 31301

Impact of the COVID-19 pandemic on the reform of the National Pension System: Proportional Pension, Law N° 31301

BACH. NATHALY ROSA VELIZ VELIZ⁵
nathalyvelizveliz@gmail.com
ORCID: 0000-0002-1045-2903

DR. JAIME AGUSTÍN SÁNCHEZ ORTEGA⁶
jaime.sanchezo@uwiener.edu.pe
ORCID: 0000-0002-2916-7213

Resumen

Como seres humanos, estamos destinados a envejecer y es en esa etapa en la que nos encontramos más vulnerables; por ello, nuestra Constitución protege el derecho a la pensión, la cual puede ser otorgada por la Oficina de Normalización Previsional o las Aseguradoras de Fondos Privados. El objetivo fue analizar en qué medida influyó la pandemia de COVID-19 en la reforma del Sistema Nacional de Pensiones: Pensión Proporcional, Ley N.º 31301. Se trabajó con un enfoque cualitativo, de método inductivo, con un diseño de estudio de caso, un instrumento de análisis documental, de tipo paradigma naturalista bajo el Expediente N.º 04481-2019-0-1801-JR-DC-03. Se ha comprobado que la pandemia de COVID-19 sí ha influido en la reforma del Sistema Nacional de Pensiones, toda vez que se han reducido los requisitos de aportaciones para tener una jubilación digna.

⁵ Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Norbert Wiener. Lima, Perú.

⁶ Ídem.

Se concluye que, con la reforma establecida por la Ley N.º 31301, se protege los derechos de los pensionistas y aportantes, ya que salvaguarda sus fondos y aportes a lo largo del tiempo.

Palabras clave: pandemia, COVID-19, pensión, protección social

Abstract

As human beings, we are destined to age and it is in this stage when we find ourselves most vulnerable. For this reason, our Constitution protects our right to a pension, which can be granted by the Previsional Normalization Office or the Private Fund Insurers. Objective: To analyze to what extent the COVID-19 pandemic influenced the reform of the National Pension System: Proportional Pension - Law No. 31301. Methodology: We worked with a qualitative approach, an inductive method, a case study design, a documentary analysis instrument and a naturalistic paradigm type to analyze File No. 04481-2019-0-1801-JR-DC-03. It has been found that the COVID-19 pandemic has influenced the reform of the National Pension System, since the contribution requirements to have a decent retirement have been reduced. It is concluded that, with the reform established by Law No. 31301, the rights of pensioners and contributors are protected, as it safeguards their funds and contributions over time.

Keywords: pandemic, COVID-19, pension, social protection

I. Introducción

El presente trabajo de suficiencia profesional tiene como objetivo realizar un análisis del impacto de la pandemia de COVID-19 en la reforma del Sistema Nacional de Pensiones. Al respecto, conforme al Decreto Ley N.º 19990, para que un aportante pueda gozar del derecho a la pensión, previamente debe cumplir con 20 años de aportaciones y tener 65 años de edad.

Según García (2021), la pandemia de COVID-19 ha tenido un severo impacto en América Latina, debido a la caída de las actividades económicas y el desempleo, lo cual ocasionó un deterioro en los indicadores del bienestar social.

Según Neira (2022), en América Latina, el bienestar de millones de personas de la tercera edad depende netamente de un adecuado funcionamiento de los sistemas de pensiones, y esto se convierte en un desafío más relevante e importante en

tiempos de pandemia. Por ello, es necesaria una adecuada política fiscal y la sostenibilidad financiera del Estado, para proteger los derechos de los aportantes.

En ese contexto, en Argentina, Chile, Colombia, Costa Rica, el Salvador, México, Perú y Uruguay, el gasto público en los sistemas de pensiones se ha incrementado del 4,8% al 5,5% entre enero de 2021 y octubre de 2022. Asimismo, el envejecimiento ha ido en aumento a nivel mundial, ya que más del 40% de la población actual tiene 65 años a más (Fruto y Osorio, 2013).

Según Abanto (2015), la pandemia de COVID-19 ha dejado crisis económica, sanitaria y social, la cual ha impactado y lesionado a distintas poblaciones de condiciones sociales bajas y altas, interrumpiendo todo tipo de actividad educativa y comercial, por lo que muchas personas han dependido de sus fondos de pensiones.

En el Perú, la crisis sanitaria dejó en quiebra a muchas empresas pequeñas o afectó su rentabilidad, lo que ocasionó la pérdida de empleos. El Estado, a través de bonos e incentivos económicos, ha contribuido a solventar los gastos económicos de una parte de la población, así como se aprobó en el Pleno del Congreso el dictamen que autorizaba el retiro facultativo de hasta 4 UIT para todos aquellos afiliados a las Administradoras de Fondos de Pensiones (Gestión, 2022).

El presente trabajo de suficiencia profesional es relevante y viable, ya que analiza el impacto de la pandemia de COVID-19 en la reforma del Sistema Nacional de Pensiones, mediante la cual las personas mayores de 65 años pueden disponer de parte de sus aportes para solventar sus gastos. Por ello, necesario plantear el siguiente problema general: ¿En qué medida influyó la pandemia de COVID-19 en la reforma del Sistema Nacional de Pensiones: Pensión Proporcional, Ley N.º 31301?

En cuanto a la justificación teórica, la presente investigación tiene enfoques teóricos conceptuales que sustentan las categorías y subcategorías propuestas; a través de estos enfoques se creará un nuevo conocimiento objetivo sobre la realidad problemática planteada. En cuanto a la justificación práctica, brindará información relevante sobre el impacto de la pandemia en la reforma del Sistema Nacional de Pensiones, de manera que la población podrá conocer sus beneficios y cómo este protege los derechos de los aportantes. Finalmente, en la justificación metodológica, a través de los enfoques y el análisis documental, se podrá obtener información válida y confiable que ofrezca respuesta a los objetivos de estudio planteados.

En cuanto al objetivo general, se plantea analizar en qué medida ha influido la pandemia de COVID-19 en la reforma del Sistema Nacional de Pensiones: Pensión Proporcional, Ley N.º 31301.

Como objetivo específico se tiene determinar si la Ley N.º 31301 protege realmente el derecho de los aportantes a una pensión digna.

II. Presentación del Caso Jurídico

2.1. Antecedentes

En cuanto a los antecedentes internacionales se tiene que Muñoz (2020), en Chile, analizó de qué manera el sistema de pensiones de vejez y su aptitud otorgan una pensión digna y suficiente. Al respecto, encontró deficiencias en cuanto a deslegitimar las pensiones que corresponden a los adultos mayores, lo cual ocasiona que los procedimientos de reclamo sean muy largos y no den respuesta a los pedidos que se formulan.

A nivel nacional, Ventura (2020) analizó la Ley N.º 30425, la cual modifica el Sistema Privado de Pensiones, y concluyó que esta vulnera el derecho fundamental a la pensión periódica del adulto mayor aportante al sistema de fondos comunes. Ocaña (2021) tuvo como objetivo analizar el régimen de la jubilación de pensiones en el Sistema Privado de Pensiones (SPP) y encontró que el sistema de pensiones privado vulnera los derechos de los aportantes porque, en muchos casos, no ofrece una pensión digna por el tiempo de trabajo en una empresa.

Por su parte, Chaves (2021) determinó la pensión mínima dentro del marco legal peruano sobre los afiliados al SPP y concluyó que el fondo de pensión mínima vulnera la vida digna del aportante, ya que no es suficiente para solventar sus gastos económicos, de salud y alimentación, lo que constituye un problema de nuestra realidad nacional.

2.2. Fundamento del tema elegido

En cuanto al presente estudio se tiene que el paradigma naturalista es aquella corriente en donde se deslucen aquellos conocimientos de un determinado lugar y momento, asimismo como fuente teórica se tiene al iusnaturalismo el cual está direccionado a la prevalencia y respeto de los derechos de cada persona (Morán, 2017).

Obregón y Pariona (2020), citando a Villarán, argumentan que ahora no señala que el fondo de pensiones se afectó a causa de la crisis económica que generó la pandemia por la COVID-19.

Por otro lado, Vázquez, citado en Caballero (2019), manifiesta que los principios de la seguridad social se clasifican en dos grupos. El primero se dirige a las prestaciones de servicios y el segundo, a la contribución de todo ciudadano para obtener una pensión con el tiempo. Por tanto, Novoa, citado por Caballero (2019), sostiene que toda persona que ingresa de forma voluntaria a un régimen de pensiones debe tener como requisito un tiempo mínimo de aportes, con el fin de elevar su monto total y así recibir una pensión que se ajuste sus necesidades.

La Constitución Política del Perú de 1993 indica, en su artículo 11, que el Estado peruano garantiza el libre acceso a las pensiones, a través de entidades públicas o privadas, y su eficaz funcionamiento. En esa línea, el Tribunal Constitucional, en su sentencia del Expediente N.º 0050-2004-AI/TC, define la seguridad social como una garantía institucional que permite asegurar una protección especial frente a las contingencias de la vida, considerando que los adultos mayores, por las condiciones de salud propias de su edad, ya no pueden trabajar ni recibir remuneraciones.

Por otro lado, Abanto *et al.* (2019), señala que las pensiones son una fuente segura de ingresos e importante en las sociedades, ya que tiene como objetivo la provisión de mecanismos de vida a los adultos mayores, por ser la población más vulnerable. Asimismo, recalca la función del Estado de proteger los intereses de los aportantes.

Ynga (2019) sostiene que el Sistema Nacional de Pensiones es el régimen en el que toda aquella persona mayor de 18 años, de manera libre o voluntaria, decide guardar su dinero para obtener una pensión justa en su vejez.

Carhuaricra (2017), citando a Revilla, reconoce que una pensión es aquella prestación económica que se brinda por los años de aportación sobre un determinado trabajo, la cual es otorgada a través de los años por la avanzada edad y el estado de incapacidad de una persona. Pues bien, en plena pandemia de COVID-19, se publicó con fecha 22 de julio del 2021, en el *Diario Oficial El Peruano*, la Ley N.º 31301, que establece medidas de acceso a una pensión proporcional a los asegurados del Sistema Nacional de Pensiones, regulada por el Decreto Ley N.º 19990.

Respecto de la Ley N.º 31301, se aprecia que los requisitos para gozar de la pensión de jubilación especial son: 1) Requisitos de edad: tener por lo menos 65 años y 2) Requisitos de aportes: acreditar de diez (10) a quince (15) años de aportes.

Pues bien, conforme indica Ávila (2020), se entiende la pandemia como la afectación de una enfermedad infecciosa de los humanos a lo largo de área geográfica, lo cual se ha extendido y afectado a nivel mundial.

Antes de la pandemia, conforme señala Ynga (2019), no todos los aportantes del Sistema Nacional de Pensiones no gozaban de pensión si no tenían un total de 20 años de aportes, problema que se hizo visible durante la pandemia de COVID-19, conforme mencionan Martínez *et al.* (2021). En cuanto a la reforma, según Méndez (2021), esta se refiere a un procedimiento el cual se realiza con el fin de modificar, mejorar, enmendar o actualizar un determinado ordenamiento, y se presenta como una transformación gradual de un determinado sistema. Asimismo, estas reformas se plantean como solución para corregir algo que no está funcionando conforme a una realidad establecida (Bermúdez, 2021).

En cuanto a la categoría Sistema Nacional de Pensiones, este es un sistema que incorpora a trabajadores sujetos al régimen de la actividad pública y privada, y su característica principal es que otorga prestaciones fijas con aportaciones colectivas, la cual es administrada por la Oficina de Normalización Previsional (ONP) (Alvarado, 2022).

En tanto, Quesada (2019) sostiene que la pensión es aquella compensación pecuniaria que se otorga de manera periódica por razones netamente naturales, por lo que es aquella suma dineraria, generalmente vitalicia, que constituirá los ingresos percibidos por una determinada persona durante un periodo de años.

III. Aporte y desarrollo de la experiencia

La metodología usada en la presente investigación contiene un enfoque cualitativo, el cual, según Hernández, Fernández y Baptista (2014), es aquel que estudia la realidad de un contexto que se muestra en un determinado momento de forma natural. El paradigma es naturalista, el cual, según Ulpiano (2019), es el que genera un conocimiento objetivo y nuevo sobre el fin de un determinado hecho, en relación con la interpretación de supuestos y objetivos planteados. Se usó el método inductivo que, según Gómez y Duque (2018), consiste en la formulación de objetivos y problemas que parten de la observación de una realidad. Finalmente, es un estudio de caso, diseño que, para Napurí (2019), estudia la realidad a través de la interpretación de un determinado suceso ya establecido, mediante análisis documental: para ello, se analizó los fundamentos de la sentencia de vista

recaída en el Expediente N.º 04481-2019-0-1801-JR-DC-03 Segunda Sala Constitucional de Lima, la cual ha resuelto respecto de la Ley N.º 31301.

IV. Presentación del reporte del caso jurídico

Categoría 1: Reforma en el Sistema Nacional de Pensiones

Problema general: ¿En qué medida influyó la pandemia por la COVID-19 en la reforma del Sistema Nacional de Pensiones: Pensión Proporcional, Ley N.º 31301?

Objetivo general: Analizar en qué medida influyó la pandemia por la COVID-19 en la reforma del Sistema Nacional de Pensiones: Pensión Proporcional, Ley N.º 31301.

En cuanto al presente análisis documentario, se tiene el análisis jurídico del Expediente N.º 04481-2019-0-1801-JR-DC-03. Al analizar el caso, se desprende de los considerandos 4.17 a 4.20 que, en lo referente a la acreditación de los aportes, la demandada, Oficina de Normalización Previsional, mediante Resolución Administrativa N.º 0000001288-2019-ONP/TAP, de fecha 20 de mayo de 2019, declaró Infundado el recurso de apelación contra la Resolución Administrativa N.º 0000043927-2018-ONP/DPR.GD/DL 19990 por no haber acreditado el número de aportaciones para el otorgamiento de pensión general, pues se reconocieron únicamente doce (12) años y diez (10) meses de aportaciones, pero si cumple con acreditar el periodo mínimo de aportaciones para obtener derecho a la pensión de jubilación proporcional especial, régimen en donde solo se requiere tener de diez a quince años de aportes.

Asimismo, en vigor de la Ley N.º 31301, el demandante cumple con los requisitos de edad: más de sesenta y cinco (65) años de edad y años de aportación: doce (12) años y diez (10) meses de aportaciones. Por consiguiente, la pretensión de la demanda corresponde ser estimada, en parte.

Categoría 1: Reforma en el Sistema Nacional de Pensiones

Subcategoría 1: Dación de la Ley N.º 31301

Objetivo específico: Determinar si la dación de la Ley N.º 31301 protege realmente el derecho a la pensión de los aportantes.

Dentro de la dación de la Ley N.º 31301, la decisión de Segunda Instancia se aprecia que, en la sentencia de vista citada, es necesario que el aportante cumpla los requisitos de edad (65 años) y los años de aportes (10 años); por ello, la Segunda Sala Constitucional de Lima, reforma la sentencia de primera instancia y declara fundada en parte la demanda y ordena que cumpla la parte demandada con otorgar pensión de jubilación, bajo los alcances del literal a), artículo 3 de la Ley N.º 31301.

V. Discusión

En relación con el objetivo general, la posición teórica de Ynga (2019), referida a la primera categoría, denominada Reforma del Sistema Nacional de Pensiones, se acredita que la pandemia de COVID-19 sí ha influenciado en la reforma del Sistema Privado de Pensiones y en el Sistema Nacional de Pensiones, ya que, debido a la presión social, se ha emitido, con fecha 22 de julio de 2021, la Ley N.º 31301, la cual reduce los años de aportes para tener derecho a una pensión, medida que evidencia una reforma en el Sistema Nacional de Pensiones.

En ese contexto, conforme a la materia legislativa, es aquella racionalización de procedimientos legales que tienen como fin y propósito el mejorar y actualizar el marco normativo de acuerdo con la necesidad de quien los solicita, ya que, ante la restricción de derechos fundamentales como el desplazamiento, por causa de la pandemia de COVID-19 —lo que impedía que cualquier persona pueda trabajar y ganar una remuneración mínima vital para el sustento de su familia—, era justo y necesario el recibir parte del dinero de pensiones para solventar gastos.

En cuanto a la investigación de Muñoz (2020), se tiene el derecho de acceder libremente a un régimen previsional, ya sea público o privado, en el que el empleador declare sus aportes, a fin de que se pueda contar con una pensión digna en un futuro, bajo requisitos estrictos en años de aportación, lo cual servirá para determinar el monto a cobrar.

En cuanto a lo establecido en el primer objetivo específico de esta investigación, respecto de la primera subcategoría, sobre la dación de la Ley N.º 31301, la posición de Abanto *et al.* (2019) concluye que la seguridad social en pensiones se convierte en un instrumento esencial para la garantía de las condiciones de existencia de los adultos mayores en su vejez, puesto que se encuentran vulnerables a enfermedades por su edad.

Se debe de tener en cuenta que la vejez es una etapa larga de la vida del ser humano, la cual se caracteriza por marcar el deterioro de las facultades físicas y mentales, lo que genera un déficit en cuanto a la interpretación y la realidad de las cosas, como el poder valerse por sí mismo.

Al respecto, Alvarado (2022) manifiesta que, para conseguir determinados recursos para una pensión digna, ya sea mínima, se debe de haber aportado al Sistema Nacional de Pensiones como mínimo 10 años, conforme a los requisitos y plazos establecidos para este tipo de mecanismo.

VI. Conclusiones

Primera. Se ha analizado que la pandemia de COVID-19 sí ha influenciado para la reforma del Sistema Nacional de Pensiones, al haberse emitido, con fecha 22 de julio de 2021, la Ley N.º 31301, a través de la cual se redujo los requisitos para tener una pensión y se otorga una proporcional especial si se cumple con 10 años de aportación y tener 65 años.

Segunda. Se determinó, en cuanto a la protección de la Ley N.º 31301, si protege los derechos a la pensión de los aportantes, pues ya existe una sentencia firme de segunda instancia, la cual es un buen precedente, en donde se le ha otorgado pensión proporcional especial al demandante, por cumplir los requisitos establecidos en dicha ley.

En cuanto a las limitaciones, no se ha podido recurrir al establecimiento del Sistema Nacional de Pensiones por el contexto de la pandemia. Asimismo, el presente estudio de caso nos ha permitido determinar que la Ley N.º 31301 con la reforma económica sí ampara a los aportantes mayores que cumplen los requisitos, pues se le brinda una pensión y un bono de retiro facultativo sobre su fondo común de pensiones.

Referencias bibliográficas

- Abanto, C. y Paitán, J. (2019). *Los regímenes de pensiones de la seguridad social en la jurisprudencia*. Gaceta Jurídica.
- Alvarado, C. (2022). *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del tribunal constitucional*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

- Bermúdez, J. (2021). La seguridad social y su implicancia en el aporte de jubilación digna de una persona. *Cadillac*, 1(7).
- Caballero, O. (2019). *La pensión mínima en el sistema privado de pensiones: una razón para plantear una reforma integral* [Tesis de maestría]. Pontificia Universidad Católica del Perú. <https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/15776>
- Chaves, R. (2021). *Tratamiento sobre la pensión en el Sistema de Jubilación Privada en el Perú*. Lima - Perú. Gaceta jurídica. Tomo IV.
- Arroyo, C. L. y Lozada, A. V. (2007). *Constitución política del Perú 1993: sumillas, reformas constitucionales, índice analítico*. Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Carhuaricra, R. (2017). *Pensión Minera* [Trabajo de Suficiencia Profesional para obtener el Título Profesional de abogado].
- Cepal. (2020). Regímenes complementarios de jubilación en el Perú: ¿una opción paralela? *Derecho PUCP*, (75).
- Fetzer, C. (2018). El derecho fundamental a una pensión y el principio de sostenibilidad financiera: un análisis desde el régimen de prima media con prestación definida en Colombia. *Justicia Juris*, 12(1), 40-55.
- García, C. (2021). *Análisis de la ley peruana que faculta el retiro del 95.5% del fondo de pensiones privado*. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, LXVII(269).
- Morales, F. (2022). El derecho constitucional a la seguridad social y la necesidad de implementar el sistema complementario de pensiones público y privado. *VOX JURIS*, 31(1): 71-80.
- Gervasio, E. (2022). El derecho a la pensión como derecho fundamental. *Pensamiento americano*, 3(4), 2027-2448.
- Hernández, R., Fernández, C. y Baptista, L. (2014). *Metodología de la investigación*. McGraw-Hill.
- Martínez, J. y Gonzales, C. (2020). Pensiones alimentarias y protección social ante la pandemia en América Latina durante el 2020: oportunidades para superar la desconexión. *Apuntes*, 48(89).
- Muñoz, F. (2020). *Sistema chileno de pensiones de vejes y su aptitud para otorgar una pensión digna y suficiente*. Servís.
- Méndez, K. (2021). *Políticas y mercados de pensiones*. Universidad Católica de Chile.
- Miranda, H. (30 de junio de 2022). La educación ante la pandemia en América Latina y el Caribe. *Acta Educativa*, 7(1). <https://acortar.link/kAeXCg>

- Neira, M. (2022). *El sistema privado de pensiones en el entorno del retiro del 95.5% en el Perú*. AFP-Análisis-del-retiro-del-95.5-1 analisis.pdf
- Napuri, J. (2019). *Tipos y diseños de investigación*. Tomo III. Marck.
- Obregon, J. y Pariona E. (2020). *Amenaza de crisis en los fondos de pensiones de las AFP a causa de la pandemia* [Tesis de grado]. Universidad César Vallejo. <https://repositorio.ucv.edu.pe/handle/20.500.12692/57417>
- Obregón Pérez, J. A. y Pariona Chambi, E. K. (2020). *Amenaza de crisis en los fondos de pensiones de las AFP a causa de la pandemia* [Tesis de grado]. Universidad César Vallejo. <https://shorturl.at/hIO67>
- Ocaña, G. (2021). *Tuición del derecho a la pensión y el régimen de jubilación por edad del Sistema Privado de Pensiones* [Tesis de maestría]. Universidad José Faustino Sánchez Carrión. <http://repositorio.unjfsc.edu.pe/handle/UNJFSC/5448>
- Quesada, P. (2019). *Los derechos de los asegurados sobre sus empleadoras*. Gaceta Dominical. Tomo I, Volumen 3.
- Ulpiano, H. (2019). *Investigación científica*. Tomo V. Newt.
- Ventura, C. (2020). *Vulneración al derecho fundamental a la pensión en el Sistema Privado de Administración del Fondo de Pensiones*.
- Ynga, F. (2019). *Necesaria reforma pensionaria, sobre una remuneración económica*. Gaceta Jurídica.

Prisión preventiva y presunción de inocencia del imputado, Distrito Judicial de Lima Norte, 2021. Expediente N.º 02830-2021

Preventive detention and presumption of innocence, Judicial District of Northern Lima, 2021. File No. 02830-2021

BACH. ROEDER DANIEL ARIAS ALVINO⁷
droeder792109@hotmail.com
ORCID: 0000-0001-6313-280

DR. JAIME AGUSTÍN SÁNCHEZ ORTEGA⁸
jaime.sanchezo@uwiener.edu.pe
ORCID: 0000-0002-2916-7213

Resumen

Esta investigación aborda la problemática a partir de la medida de coerción más grave y casi obligatoria que usan los jueces y fiscales responsables de los órganos jurisdiccionales del sistema penal. Para profundizar el análisis, citamos la normativa constitucional, las convenciones firmadas por el Perú respecto de la presunción de inocencia y la aplicación de la prisión preventiva, así como la forma básica de la interpretación dentro del ordenamiento jurídico. Se determinó que la prisión preventiva es aplicada de forma inquisitiva, sin cumplir el modelo garantista de nuestro código procesal sobre la libertad como regla general. La metodología es de enfoque cualitativo, con paradigma naturalista y método deductivo. Diseño estudio de caso, técnica análisis documental de diferentes perspectivas y análisis de autores que determinan que esta medida coercitiva no debe ser usada obligatoriamente. En los diferentes juzgados de nuestro país, se podría implementar un control interno sobre el avance de la investigación que

⁷ Facultad de Derecho y Ciencia Política, Universidad Norbert Wiener. Lima Perú.

⁸ Ídem.

restringe la libertad de locomoción del investigado, pues el control de plazo que existe en el código procesal no es suficiente, ya que, al pedir dicho control, los fiscales buscan de alguna forma declarar compleja y solicitar la prolongación de la medida cautelar, para así alargar el plazo de la investigación.

Palabras clave: prisión, presunción de Inocencia, derecho constitucional

Abstract

This research addresses the problem involving the most severe and almost mandatory measure of coercion used by judges and prosecutors responsible for the jurisdictional bodies of the penal system. To deepen the analysis, we cite constitutional regulations, conventions signed by Peru regarding the presumption of innocence and the application of preventive detention, as well as the basic form of interpretation within the legal system. Objective: It was determined that preventive detention is applied in an inquisitive manner, not complying with the guaranteeing model regarding freedom as a general rule. This study was conducted with a qualitative approach, a naturalistic paradigm, and a deductive method. A case study design was used, as well as documentary analysis techniques from different perspectives and analyses of authors who determine that this coercive measure should not be used compulsorily. In the different courts of our country, an internal control on the progress of the investigation that restrict the freedom of locomotion of the investigated person could be implemented, since the control of the deadline that exists in the procedural code is not enough. and by requesting such control, the prosecutors, in some way, seek to declare the case complex and request the extension of the precautionary measure in order to extend the period of the investigation.

Keywords: detention, presumption of innocence, constitutional law

I. Introducción

En actualidad, la prisión preventiva es uno de los mecanismos utilizados en contra del investigado que afecta los derechos de primera generación. Además, afecta los derechos económicos, separa familias y expone a la violencia dentro de un establecimiento carcelario, porque al aplicarse se pone al investigado en las mismas condiciones que un condenado con sentencia firme. Debemos considerar que la búsqueda de seguridad frente a la criminalidad no justifique la limitación

de libertad antes de una sentencia, pues la norma penal tiene otras medidas alternativas menos gravosas que se debe tener en cuenta.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), en su Artículo 11.1, especifica que “toda persona es considerada inocente mientras no se pruebe su culpabilidad en un juicio público y se cumplan todas las garantías de defensa”. En esa misma línea, el Convenio Europeo de los Derechos Humanos, en su artículo 6.2, detalla que “toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarado”. Entonces, las normas citadas nos indican que, para declarar culpable a un investigado, se debe hacer bajo una resolución motivada en juicio público y con las debidas garantías de un proceso. Rodríguez (2021) refiere que “después de la II Guerra Mundial, los países con democracias avanzadas han consolidado la presunción de inocencia en sus sistemas procesales garantizando el máximo reconocimiento”.

En Latinoamérica, la Convención Americana de los Derechos Humanos, en su artículo 8.2, define que la presunción de inocencia solo se pierde con una sentencia del juez que respete el debido proceso. En el Perú, nuestra Constitución (1993) define la necesidad de proteger los derechos de toda persona investigada y considerar su inocencia hasta que se pueda probar su culpabilidad con una sentencia firme. Valdiglesias (2021) determina que los administradores de justicia no consideran los principios del derecho procesal, son influenciados por presiones mediáticas y políticas, y aplican la prisión preventiva como una medida obligatoria.

Justificación: En nuestro país, es grave y negativo para el imputado que, a pesar de estar cumpliendo con todas la diligencias y citaciones, se solicite la medida de coerción más grave como una medida obligatoria, solo para asegurar su presencia mientras duren las investigaciones, sin tener en cuenta su excepcionalidad. Cabe mencionar que quienes administran justicia toman el artículo 268 de manera literal y obligatoria, y solicitan la medida más grave presumiendo la culpabilidad.

Problema general: ¿En qué medida la prisión preventiva afecta la presunción de inocencia del imputado del Distrito Judicial de Lima Norte, 2021? Objetivo general: Describir y analizar en qué medida la prisión preventiva afecta la presunción de inocencia del imputado del Distrito Judicial de Lima Norte, 2021. Objetivos específicos: Describir y analizar el principio de idoneidad, necesidad, proporcionalidad y duda razonable de la prisión preventiva, y la presunción de inocencia en el Distrito Judicial de Lima Norte, 2021.

II. Presentación del caso jurídico

2.1. Antecedentes

En el plano internacional, Villagrán (2022), en Ecuador, formuló el cuestionamiento a la falta de motivación de las actuaciones procesales, lo que vulnera la presunción de inocencia en los pronunciamientos judiciales sobre prisión preventiva, y sus consecuencias en cuanto a la motivación deficiente. Al respecto, propone que se capacite a los administradores de justicia para el mejor desarrollo de las instituciones del estado, observando los motivos del aumento de la población penitenciaria basada en el encarcelamiento preventivo.

En Brasil, Cabral (2021) observa una significativa reducción de la prisión preventiva, pero advierte que todavía se siguen los viejos reflejos del sistema inquisitivo; por lo tanto, representa todavía el más gravoso instrumento de control social, al igual que la privación de libertad con condena firme. Este problema recibió la atención legislativa en 2019, con la aprobación de la Ley 13.964/2019, que se creó con la finalidad de que sea obligatoriamente revisada de manera periódica. Esta investigación observó el impacto positivo después de la entrada en vigor de esta ley analizando los resultados del Tribunal de la 5.^a Región y determinando la reducción de la privación de libertad después de 2019.

En cuanto a los antecedentes nacionales, Rojas (2021) revisó la connotación de pena anticipada analizando 71 resoluciones sobre prisión preventiva, y observó que existe una deficiente motivación para aplicar esta medida, principalmente sobre el peligro de fuga, los 4 años de pena privativa y el peligro procesal. Determinó que el investigado puede aludir a la protección de su naturaleza humana de ante la inminente privación de la libertad e intente rehuir la acción de la justicia.

Nadal (2019) expone las consecuencias de la aplicación de la medida coercitiva más grave, la prisión preventiva, en la región de Puno. Para ello, toma como muestra 11 casos idénticos desde 2012 a 2016 sobre delitos de violación de la libertad sexual y tráfico de estupefacientes. Los acusados resultaron ser inocentes, a pesar de lo cual sufrieron daños a la moral, estigmatización social, perjuicios económicos y laborales, y se generó decepción sobre el aparato que administra justicia por los errores judiciales. En consecuencia, sugiere incorporar un artículo de control al código procesal sobre esta medida coercitiva e indemnización para las personas injustamente privadas de su libertad.

Zapata (2019) analizó la relación entre la prisión preventiva y la presunción de inocencia en la jurisdicción del Callao. Obtuvo como resultado que, en los juzgados

penales del Callao, se afecta la libertad temporal del imputado con la finalidad que el proceso no sea obstaculizado o se demore, y observó que dicha medida no equivale a un adelanto de condena, pues la delictuosidad que existe en el Callao ha generado que se tomen como culpables a la mayoría de los investigados.

2.2. Fundamento del tema elegido

Metodología. El paradigma naturalista es la búsqueda teórica o conjunto de ideas que discutan, interpreten y contribuyen a las tradiciones teóricas del entorno de las ciencias sociales. Para Gonzales (2021), es “el concepto de realidades construida sobre el dualismo entre sujeto que conoce y sujeto conocido, observando el criterio de credibilidad en función de una investigación” (p. 227). Prince (2022) determina que “las experiencias son esenciales para la búsqueda de conocimiento a través de la pesquisa e información documental y el paradigma socio crítico” (p. 242).

Asimismo, las corrientes teóricas de la ciencia social en el derecho penal devienen de las teorías del contrato social entre el Estado y las personas. Tamayo (2022) compara entre “las teorías de Hobbes que legitima la autoridad del Estado a través del pacto social y Rawls legitima a la sociedad política a través de los principios de justicia, en cooperación social” (p. 3).

Respecto de la prisión preventiva, Espín (2021) detalla que “se debe de considerar como una medida excepcional de última ratio, y no el uso literal de la norma” (p. 9). En la misma línea, Sarabia (2021) señala que “la prisión preventiva solo se debe usar cuando las otras medidas sean insuficientes y para aseguramiento de los objetivos del proceso” (p. 159). Sobre la presunción de inocencia, Sánchez (2020) indica que, en México, después de la reforma constitucional de 2008, se ha adoptado el respeto a un proceso justo y se presume inocencia dentro del derecho social democrático mientras que un juez no determine su culpabilidad con sentencia firme; solo así se podría perder su derecho constitucional de libertad (p. 11) Gomes (2019) menciona que “la presunción de inocencia es la esencia pura del garantismo constitucional dentro del proceso penal como lo describe la Constitución Española art. 24.2” (p. 183).

Labarthe (2020) señala que la prisión preventiva es la punta del iceberg del problema, pero el problema más grave está en la investigación preparatoria, porque la demora para determinar que el imputado sea inocente o culpable es la forma burocrática en la administración de justicia, porque utilizan los métodos de

investigación del siglo pasado. Entonces, la demora vulnera el derecho a la libertad y más aún con la prolongación.

Asencio (2019) manifiesta que la norma es clara sobre prisión preventiva y reitera la excepcionalidad de la medida, lo que excluye la aplicación automática. En ese caso, se tiene que tomar razonablemente la proporcionalidad de la medida considerando que lo descrito en la casación de 626-2013 Moquegua para establecer los objetivos.

Zaffaroni (2020) define que la defensa de la doctrina constitucional es la única forma de defenderse ante el poder punitivo público, subsumiendo en su defensa las garantías ganadas como el debido proceso y la presunción de inocencia, descritos en los acuerdos y tratados respetando la jerarquía normativa.

Sánchez (2017) determinó que en España, en 2014, en el marco de la seguridad ciudadana se privó de libertad a personas inocentes y, tras realizar investigaciones en la etapa de la instrucción, les dieron libertad. Finaliza manifestando que se debe de realizar una investigación exhaustiva y suficiente para no llegar a sentencias ni prisiones preventivas erróneas.

Luque (2020) afirma que los jueces y fiscales no pueden vulnerar el derecho a la libertad por presunciones dentro del proceso de investigación, pues ellos tienen el deber de evitar el uso doloso de la prisión preventiva como medida anticipada.

Guerra (2022) analiza la teoría general de la prueba, porque los indicios pueden ser válidos al momento de tomar una decisión, pero se debe de exigir una serie de condiciones para tomar una decisión, lo que se dificulta cuando las pruebas están basadas solo en indicios.

Fenoll (2016) manifiesta que “ante los prejuicios sociales de culpabilidad por parte de los Jueces, la presunción de inocencia los advierte de la duda razonable que favorece al imputado”. Entonces esto determina que solo con supuestas infracciones penales no puede restringirse la libertad.

La jurisprudencia vinculante, casación 626-2013 Moquegua, establece criterios de motivación y la proporcionalidad para su aplicación tomando como punto de partida los tres subprincipios: principio de idoneidad, ya que es necesario analizar lo relevante del medio más apto para asegurar la presencia del imputado en el juicio, y la finalidad de evitar una posible fuga o el entorpecimiento de la actividad probatoria; principio de necesidad, pues la prisión preventiva se debe aplicar cuando se hayan agotado las medidas menos graves y no cumplan los objetivos; y principio de proporcionalidad, cuando la restricción de la libertad es sopesada, entre la libertad como uno de los derechos de primer orden, determinado en el

plazo pertinente y necesario para que se lleven las investigaciones, y el juez determine la observando la complejidad de la investigación y la gravedad del delito. El acuerdo Plenario Extraordinario 01-2017/CIJ determina que, después de la reforma del decreto legislativo 1307 sobre la prolongación de prisión preventiva, se deben tener en cuenta las circunstancias de la investigación que en su primer momento no se advirtieron y que se hayan hecho más complejas.

El Acuerdo Plenario 2-2017 define que los jueces de garantías deben de pronunciarse sobre todos los presupuestos de la prisión preventiva que se ha debatido dentro de la audiencia y, si consideran que no existe suficiencia probatoria, de igual manera se deben pronunciar sobre los demás presupuestos, pero especialmente sobre la proporcionalidad, con el fin de aplicar otra medida menos grave, y en caso sea apelada se determine en la sala penal superior con derecho a la pluralidad de instancias.

2.3. Aporte y desarrollo de la experiencia

La metodología usada en la investigación contiene un enfoque cualitativo, de paradigma naturalista y método deductivo. Su diseño es un estudio de caso, con técnica de recojo de datos y análisis documentario basado en el expediente Nro. 02830-2021, así como en tesis, artículos científicos nacionales e internacionales con menos de cinco años de antigüedad, y jurisprudencias vinculantes al caso.

Para Arias y Giraldo (2011), la investigación cualitativa es el criterio entre interpretación y aplicación donde la ética y el compromiso social del investigador deben de ceñirse a los conceptos de validez confiabilidad de los elementos necesarios relacionados con la investigación (tabla 1).

Tabla 1

Prisión preventiva y presunción de inocencia del imputado, Distrito Judicial de Lima Norte, 2021

Ámbito Localidad	Problema general	Objetivo general	Objetivos específicos	Categorías	Subcategorías	Metodología
Lima Norte, 2021	P.G ¿En qué medida la prisión preventiva afecta presunción de inocencia del imputado caso: Distrito Judicial de Lima Norte, 2021?	O.G Describir y analizar en qué medida la prisión preventiva a la presunción de inocencia del imputado caso: Distrito Judicial de Lima Norte, 2021.	O.E1 Describir y analizar el principio de idoneidad de la prisión preventiva y presunción de inocencia en el Distrito Judicial de Lima Norte, 2021. O.E2 Describir y analizar el principio de necesidad de la prisión preventiva y presunción de inocencia en el Distrito Judicial de Lima Norte, 2021. O.E 3 Describir y analizar el principio de proporcionalidad de la prisión preventiva y presunción de inocencia en el Distrito Judicial de Lima Norte, 2021. O.E.4 Describir y analizar la duda razonable en la prisión preventiva y presunción de inocencia en el Distrito Judicial de Lima Norte, 2021.	C1. prisión preventiva C2. Presunción de inocencia	S.C1 Idoneidad S.C2 necesidad S.C3 proporcionalidad S.C4 Duda razonable	Enfoque cualitativo, paradigma naturalista Método inductivo Diseño estudio de caso Técnica de recogida de datos, análisis documental basado en el expediente

III. Análisis de resultado de estudio de caso

Respecto al caso, el expediente N.º 02830-2021, investigación seguida contra los investigados por la presunta comisión del delito contra la libertad proxenetismo, favorecimiento a la prostitución, ilícito penal tipificado en el artículo 179 del código penal.

Categoría 1: Prisión preventiva

La casación 626-2013 Moquegua determina sobre existencia de suficientes elementos de convicción, que las resoluciones de parte del juez de garantías deben ser motivadas y, de la misma manera, los requerimientos del Ministerio Público, la motivación sobre la proporcionalidad través de sus tres subprincipios como:

Subcategoría 1: Idoneidad

Autores	Respuestas
Casación 626 Moquegua	Que el requerimiento sea óptimo para asegurar que el imputado esté presente durante el proceso de investigación y evitar el posible peligro de fuga o el entorpecimiento de la actividad probatoria.
Guerra (2022)	Es necesario y razonable que parta de la teoría general de la prueba, observando la prueba indiciaria y las condiciones necesaria para que el juez aplique la medida.

Se ha identificado que el principio de idoneidad en este caso sea óptimo para el aseguramiento del imputado durante el proceso de investigación y evitar el posible peligro de fuga o el entorpecimiento de la actividad probatoria.

La relación entre la prisión preventiva y la apertura de la investigación preparatoria de parte del Ministerio Público se determina por la complejidad del caso, por estar involucradas más de 13 supuestas agraviadas; por tanto, las diligencias y la cantidad significativa de actos de investigación conducen al requerimiento.

Subcategoría 2: Necesidad

Autor	Respuesta
Casación 626 Moquegua	Es necesaria cuando, vencidas las otras medidas de coerción menos gravosas, no puedan cumplir los mismos objetivos que la prisión preventiva.
Asencio (2019)	Define sobre la claridad de la norma y su excepcionalidad excluyendo la aplicación obligatoria y automática.

Con respecto a la necesidad, el requerimiento de la prisión preventiva el Ministerio Público postuló que para alcanzar los objetivos del proceso no se podría imponer una medida menos gravosa, toda vez que los investigados vayan a susstraerse de la acción de la justicia señalando que se cumplen los presupuestos que indica la norma procesal, pero la defensa técnica señaló que existe la posibilidad de imponerle una medida de comparecencia con restricciones, o aplicar el pago de una caución; sin embargo, el juez de garantías observó la falta de arraigo domiciliario de los investigados, cumpliendo uno de los presupuestos que indica en código.

Subcategoría 3: Proporcionalidad

Autor	Respuesta
Casación 626 Moquegua	Permite el análisis de la duración de la medida en sentido estricto, además la fundamentación basada en el artículo 272 NCPP.
Labarthe (2020)	Determina el control de plazos de la prisión preventiva, está relacionada con la investigación preparatoria porque la demora de en esta etapa vulnera su derecho a la libertad.

Sobre el principio de proporcionalidad, la citada casación nos permite el análisis de la duración de la medida en sentido estricto. El juez tiene la tarea de ponderar la petición del fiscal, no está obligado a otorgarle el plazo requerido y puede aplicar un plazo menor.

En este caso, el requerimiento del Ministerio Público señala que la medida es adecuada, pues debe ponderar el bien jurídico afectado, la libertad de los investigados y, cumplidos los requisitos del 268 del NCPP, observando lo complejo de la investigación por tratarse de la pluralidad de supuestas víctimas.

Categoría 2: Presunción de inocencia

Subcategoría 1: Duda razonable

Autor	Respuesta
Fenoll (2016)	Describe la presunción de inocencia como un principio informador hacia los jueces en relación con los prejuicios sociales de culpabilidad en contra de los investigados.
Zaffaroni (2020)	El debido proceso y la presunción de inocencia son las garantías ganadas ante el poder punitivo público, pues la doctrina constitucional, los acuerdos y tratados son la defensa ante la vulneración de la libertad.

La duda razonable es uno de los principios que protege al investigado de las decisiones del juez. Su análisis desde la teoría general de la prueba determina que los indicios no son suficientes para restringir la libertad del investigado; aunque los indicios puedan ser fiables, aceptarla sería admitir la culpa y establecer un proceso desequilibrado donde el investigado se halle en inferioridad de condiciones frente al aparato persecutor del Estado.

IV. Discusión

En relación con el objetivo general, se determinó la posición teórica del profesor Del Río Labarthe (2020), quien critica la demora y la administración burocrática en el sistema penal. En esa misma línea, el profesor Asencio Mellado señala la excepcionalidad de la medida y que no se debe aplicar de forma automática o literal. En ese caso, se tiene que tomar razonablemente la proporcionalidad de la medida considerando que lo descrito en la casación de 626-2013 Moquegua es lo más esencial para establecer los objetivos.

En cuanto al primer objetivo, sabemos que esta medida en el proceso penal afecta el derecho fundamental de libertad, pero lo más importante es que se presume la inocencia, como indican la Carta Democrática y las convenciones firmadas por el Perú. Entonces, es idónea su aplicación para determinar el uso de la prisión preventiva como medida principal; aquí se determinará por el uso adecuado de la norma reflejado en el *fumus comissi delicti*, como característica principal.

Respecto del segundo objetivo, los administradores de justicia analizan el comportamiento del imputado dentro del proceso. Entonces, el principio de necesidad es relevante para que no se sustraiga de la acción de la justicia. En este caso, se determina la complejidad y la demora del proceso. El profesor Asencio Mellado indica sobre los elementos e indicios que acreditan el *periculum in mora* y la complejidad de la prueba indiciaria sobre la base de una presunción para justificar la medida, pues la carencia de justificación no aplica el razonamiento judicial necesario.

Sobre el tercer objetivo, la medida debe de cumplir el análisis de ponderación en sentido estricto; en este caso, la medida de coerción solicitada debe de ser proporcional ante los riesgos de peligro procesal que el imputado pueda generar, así como debe de estar orientada al cumplimiento de los plazos, pues en este caso la afectación de la libertad de locomoción debe de ser prioritaria.

En relación con el cuarto objetivo, las consecuencias y la justificación al momento de valorar la petición del fiscal, el juez de garantías tiene el deber valorar los indicios presentados y recurrir a la duda razonable que favorece al imputado y, más aún, sobre la prueba indiciaria. Como lo señala el profesor Fenoll, si se favorece la petición del fiscal, entonces carecería de fiabilidad y quebrantaría el modelo garantista del código procesal vigente.

V. Conclusiones

Sobre los objetivos generales y los efectos de la prisión preventiva como una pena anticipada, cabe mencionar que quebrantaría el modelo garantista del nuevo código procesal y se estaría retornando al modelo inquisitivo, porque los administradores de justicia todavía presentan tendencias de prejuicios sociales de culpabilidad; por lo tanto, al no considerar los presupuestos de la proporcionalidad y sus tres subprincipios estaríamos adelantando condenas sin un juicio y solo con indicios y presunciones.

Primero, hemos determinado la existencia de la motivación deficiente respecto del principio de idoneidad, pues la falta de motivos idóneos, suficientes y razonables la convierten en una decisión arbitraria por parte del juez de investigación preparatoria, con lo que se retrocede a la forma inquisidora y motiva que los investigados recurran al Tribunal Constitucional para defender su derecho a la libertad mediante acciones de *hábeas corpus* y tutela de derechos contra las resoluciones dictadas por los jueces que incurran en indebida motivación de las resoluciones.

Segundo, hemos determinado la existencia de falta de la motivación necesaria sobre la instrumentalidad del principio de necesidad, en busca de contrarrestar el fenómeno de la delincuencia; pero detrás de toda medida de control social de parte de la entidad estatal no puede haber un quebrantamiento de derechos como la presunción de inocencia.

Tercero, se ha determinado que los operadores del derecho no consideran que la instrumentalidad del principio de proporcionalidad es el tiempo de duración de la medida cautelar, obedeciendo al tiempo estrictamente dado por el juez de la investigación preparatoria mediante una resolución debidamente motivada. Esta medida no es indeterminada y en algunos casos se puede variar o sustituir.

Cuarto, una apreciación subjetiva que podrían tener los operadores del derecho es no observar la duda razonable, sobre todo cuando existen solo indicios sobre los medios probatorios que buscan restringir derechos como la libertad. Sabemos que los mecanismos procesales son garantías que tienen los investigados por ser necesarias y anteriores al juzgamiento, y si esto no se cumple estaríamos provocando un riesgo para el sistema de justicia.

Referencias bibliográficas

- Arias, M. M. y Giraldo, C. V. (2011). O rigor científico na investigação qualitativa. *Investigación y educación en enfermería*, 29(3), 500-514. <https://acortar.link/DgmGBz>
- Asencio, J. M. (2019). Prisión provisional y aplicación de la prueba indiciaria como procedimiento para valorar los riesgos cautelares. *Revista de Ciencias Sociales*, (75). <https://doi.org/10.22370/rcs.2019.75.2281>
- Cabral, G. E. G. (2021). *A prisão preventiva na conjuntura do estado democrático de direito: uma análise dos efeitos da Lei 13.964/2019 na duração das prisões preventivas federais* [Tesis de bachillerato]. Universidade Federal do Rio Grande do Norte. <https://repositorio.ufrn.br/handle/123456789/45799>

- Colomer, J. L. G. (2019). Presunción de inocencia. *Teoría & Derecho. Revista de pensamiento jurídico*, (26), 179-198. <https://doi.org/10.36151/td.2019.020>
- Constitución Política del Perú [Const]. 29 de diciembre de 1993. Perú. https://www.oas.org/juridico/spanish/per_res17.pdf
- Declaración Universal de los Derechos Humanos. (1948). Asamblea General de las Naciones Unidas. <https://acortar.link/ionFU4>
- Del Río Labarthe, G. (2008). La prisión preventiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Anuario de Derecho Penal*, 97. <https://acortar.link/rp4JUJ>
- Espín, G. R. (2021). *La aplicación de la prisión preventiva frente al principio de presunción de inocencia y el derecho a la libertad. Un estudio comparado entre Ecuador y Chile* [Tesis de maestría]. Universidad Tecnológica Indoamérica. <http://repositorio.uti.edu.ec//handle/123456789/2421>
- Convenio Europeo de Derechos Humanos. (2013). Tribunal Europeo de Derechos Humanos. https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_sp.pdf
- Fenoll, J. (2016) La razón de ser de la presunción de inocencia. *InDret*, 1. <https://ssrn.com/abstract=2737834>.
- Fuster, D. E. (2019). Investigación cualitativa: Método fenomenológico hermenéutico. *Propósitos y representaciones*, 7(1), 201-229. <https://orcid.org/0000-0002-7889-2243>
- González, J. (2001). El paradigma interpretativo en la investigación social y educativa: nuevas respuestas para viejos interrogantes. *Cuestiones pedagógicas*, 15, 227-246. https://idus.us.es/bitstream/handle/11441/12862/file_1.pdf
- Guerra, L. T. (2022). Aplicación de la prueba indiciaria en el proceso penal ecuatoriano y la duda razonable. *Revista Metropolitana de Ciencias Aplicadas*, 5, 128-137. <http://remca.umet.edu.ec/index.php/REMCA/article/view/567>
- Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica). 22 de noviembre de 1969. https://www.oas.org/dil/esp/1969_Convencion-C3%B3n_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf
- Luque, A. (2020). El derecho constitucional en el Ecuador: Presunción de inocencia y prisión preventiva. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 52(157), 169-192. <https://doi.org/10.22201/ij.24484873e.2020.157.15228>
- Nadal, G. L. (2019). *Imposición de la prisión preventiva y sus efectos en el encausado absuelto* [Tesis de maestría]. Universidad Andina Néstor Cáceres Velásquez. <http://repositorio.uancv.edu.pe/handle/UANCV/2622>
- Prince, A. (2022). Fenomenología: mecanismo de investigación innovadora en ciencias sociales. *Aula Virtual*, 3(7): 242-249. <https://acortar.link/NMyGnq>

- Rodríguez, R. (2021). Una lectura jurídica del 'caso Antonio David': ¿Hay presunción de inocencia en España? *The Conversation*. <https://acortar.link/8Y7hqN>
- Rojas, F. M. (2021). *La connotación de pena anticipada en los mandatos de prisión preventiva* [Tesis de maestría]. Universidad Nacional de Trujillo. <http://dspace.unitru.edu.pe/handle/UNITRU/18140>
- Sala Penal Nacional y Juzgados Penales Nacionales (2017). I Pleno Jurisdiccional 2017. Acuerdo Plenario N° 2-2017-SPN. <https://acortar.link/PwKCUv>
- Sánchez, N. (2017). El error judicial en el uso de la prisión preventiva: Personas en prisión que nunca llegan a ser condenadas. *Revista Iberoamericana de Psicología y Salud*, 8(1), 36-43. <https://doi.org/10.23923/j.rips.2017.08.004>
- Sarabia, R. G. H. (2021). La prisión preventiva: breve estudio en Argentina y Ecuador. Tratamiento en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. *Revista Metropolitana de Ciencias Aplicadas*, 4(2), 158-168. <http://remca.umet.edu.ec/index.php/REMCA/article/view/389>
- Sifriano, R. S. (2020). El impacto de los principios de presunción de inocencia y debido proceso legal en los derechos humanos en México. *Prospectiva Jurídica*, 9(17), 11-44. <https://prospectivajuridica.uaemex.mx/article/view/13606>
- Tamayo, G. S. (2022). El estado de naturaleza en Hobbes y la posición original en Rawls (puntos de contacto y diferencias). *Aequitas Virtual*, 14(33). <https://p3.usal.edu.ar/index.php/aequitasvirtual/article/view/6063>
- Valdiglesias, F. (2021). *La prisión preventiva y el derecho a la presunción de inocencia en el Perú al 2021* [Tesis de grado]. Universidad César Vallejo. <https://hdl.handle.net/20.500.12692/65020>
- Villafuerte, C. (2018, 19 de febrero). Comentarios a la Casación 626-2013, Moquegua. *Portal Jurídico*. <https://acortar.link/sf6XB9>
- Villagrán, J. A. (2022). *Ausencia de motivación en la prisión preventiva en el Ecuador* [Tesis de maestría]. Universidad Estatal Península de Santa Elena. <https://repositorio.upse.edu.ec/handle/46000/7904>
- Zaffaroni, E. R. y Croxatto, G. L. (2020). Las injusticias que (todavía) no vemos. *Revista de la Escuela del Cuerpo de Abogados y Abogadas del Estado*, (4), 597-601. <https://revistaecae.ptn.gob.ar/index.php/revistaecae/article/view/173>
- Zapata, A. M (2019). Prisión preventiva como medida cautelar frente a la presunción de inocencia del imputado en los juzgados penales del Callao [Tesis de maestría]. Universidad Nacional Federico Villarreal. <http://repositorio.unfv.edu.pe/handle/UNFV/3378>

Capítulo 2

Derecho civil, penal y administrativo

El delito de trata de personas e impunidad delictiva en la interpretación legal en el Ministerio Público de Lima Este, 2022 (Expediente N.º 7258-2021-CSJ)

The crime of human trafficking and criminal impunity in the legal interpretation in the Public Prosecutor's Office of East Lima, 2022 (File N° 7258-2021-CSJ)

BACH. MARÍA NÉLIDA ALARCÓN BAUTISTA⁹

a2020102769@uwiener.edu.pe

ORCID: 0000-0003-0344-5649

DRA. ISABEL RAMÍREZ PEÑA¹⁰

isabel.ramirez@uwiener.edu.pe

ORCID: 0000-0003-3248-6837

Resumen

El propósito de la investigación es analizar a profundidad el delito de trata de personas y la impunidad delictiva que existe en la interpretación legal del Ministerio Público de Lima Este 2022. El método empleado fue cualitativo, hermenéutico, estudio de caso, estudio fenomenológico y análisis documental. Como resultado de la triangulación, se pudo verificar que, en nuestro país, existen muchos casos de trata de personas en los cuales no se ha realizado una adecuada tipificación; por ello, en muchas oportunidades, se da una tipificación errónea o de menor gravedad, lo que beneficia al presunto autor, ya que la pena por imponerse es menor o, peor aún, los jueces los absuelven de la investigación, por lo que la víctima nunca llega a obtener justicia. Se concluye que existe una vulneración al derecho

⁹ Facultad de Derecho y Ciencia Política, Universidad Norbert Wiener. Lima, Perú.

¹⁰ Ídem.

de la libertad, la dignidad y otros derechos humanos, y en muchos casos no existe una debida motivación, porque existe una falta de conocimiento por parte de algunos fiscales en el delito de trata de personas, para que, en el momento de realizar una tipificación, esta sea la adecuada de acuerdo con los elementos de convicción existentes. Hasta la fecha, hay pocas fiscalías especializadas sobre el delito.

Palabras clave: trata de personas, impunidad delictiva, debida motivación, función fiscal

Abstract

The purpose of this research is to analyze in depth human trafficking and the criminal impunity crimes that exist in the legal interpretation of the Public Prosecutor's Office of East Lima in 2022. The method used was qualitative, hermeneutic, phenomenological study, case study and documentary analysis. As a result of the triangulation, it was possible to verify that in our country, there are many cases of human trafficking in which there has not been an adequate definition. Therefore, in many cases, there is an erroneous or less severe classification, which benefits the alleged perpetrator because the imposed penalty is less serious, or even worse, the judges acquit them from the investigation; hence, the victim never gets justice. It is concluded that there is a violation of the right to freedom, to dignity and to other human rights. In many cases there is no proper motivation and there is also a lack of knowledge in some prosecutors regarding the crime of human trafficking, which prevents a case typification, from being adequate, according to the existing conviction elements. To date, there are few public prosecutor's offices specialized in this crime.

Keywords: human trafficking, criminal impunity, proper motivation, prosecutor's function

I. Introducción

En España, Trujillo (2017) refiere que el tráfico de seres humanos debe ser visto como una violación aberrante de los derechos humanos protegidos por los tratados internacionales, lo cual supone que sus Estados miembros recaen obligaciones al respecto. Asimismo, existen órganos de control expresamente previstos por ellos, que son los encargados de verificar el cumplimiento de las normas impuestas al Estado. En Argentina, Riganti (2017) indica que: "No existe una

tipificación jurídica específica para las conductas del prostituyente en el delito de trata con fines de explotación sexual en el derecho penal argentino”. Por tanto, existen vacíos legales que son aprovechados por la defensa de los tratantes.

En Ecuador, Orozco (2014) establece sus propios estándares para la explotación laboral, al señalar que sigue siendo una de las formas más populares de sacar provecho de las víctimas de la trata el restringir los derechos laborales que le corresponden a los trabajadores. En lo concerniente a este tipo de explotación, las víctimas son utilizadas en las mineras, fábricas y tareas domésticas. En Cusco, Cáceres *et al.* (2019) señalan que “las barreras a la interposición de denuncias ante los tribunales, no solo la dificultad de obtener una resolución pronta y justa de los conflictos que involucran a las personas, sino también las barreras que se tiene para acceder a la justicia. ilusorias después de haber sido hechas, y para que puedan ser consideradas en el momento oportuno”.

En Puerto Maldonado, Villalva (2017) menciona que “abandonar a un menor es el descuido, abandono o negligencia o descuido de los niños y jóvenes por parte de los responsables de su cuidado, ya sean padres, madres, tutores u otras personas”. Por ende, se aprovechan de que los niños se encuentren en esas condiciones para posteriormente explotarlos de diferentes maneras. En Lima, Chiara (2014) indica que “la mayoría de doctrinarios consideraban que la trata es un delito proceso, por ende, existía interpretaciones equívocas porque la conducta descrita de alguna forma brindaba la calidad de que el sujeto activo del delito, se daba cuando se cumplía una relación de favorecimiento, financiamiento o promoción del hecho criminal”.

En relación con el problema existente, el derecho penal inflige drásticas sanciones contra este delito; por ello, es importante determinar de qué manera el delito de trata de personas influye en la impunidad delictiva por una falta de interés en la interpretación legal en el Ministerio Público. Campos (2020) argumenta una investigación tiene importancia cuando su objetivo genera el pensamiento crítico sobre temas relacionados al ámbito social. Sobre la justificación social, el actual estudio se desarrollará en la esfera del Ministerio Público de Lima Este. Buscar la ampliación del conocimiento, a través de la justificación teórica, es metodológica porque será utilizada como base, permitiendo contribuir en futuras investigaciones; además, es práctica porque su resultado sirve para solucionar problemas, según Cortes *et al.* (2004).

Como pregunta general se planteó la siguiente: ¿Cómo impacta el delito de trata de personas e impunidad delictiva en la interpretación legal en el Ministerio Público de Lima Este, 2022? Para los problemas específicos se plantearon las

siguientes: ¿Cómo impacta la autonomía de personas e impunidad delictiva en la interpretación legal en el Ministerio Público de Lima Este, año 2022? y ¿Cómo impacta la libertad de personas e impunidad delictiva en la interpretación legal en el Ministerio Público de Lima Este, 2022?

Asimismo, como objetivo principal se propuso analizar el impacto del delito de trata de personas e impunidad delictiva en la interpretación legal en el Ministerio Público de Lima Este, 2022, y como objetivos específicos, analizar cómo impacta la autonomía de personas e impunidad delictiva en la interpretación legal en el Ministerio Público de Lima Este, 2022 y analizar cómo impacta la libertad de personas e impunidad delictiva en la interpretación legal en el Ministerio Público de Lima Este, 2022.

II. Presentación del caso jurídico

2.1. Antecedentes

En Colombia, Gonzales y Castro (2020) usaron el método cuantitativo con alcance descriptivo, para lo cual aplicaron encuestas y hallaron que las personas desconocen o no consideran la trata de personas: experimentación biomédica, 32,8%; explotación laboral, 32,3%; servidumbre, 30,7%; mendicidad, 30,2%; adopción ilegal, 27%; venta de órganos, 23,3%; casos de matrimonio forzado, 23,2%; explotación de menores en actividades delictivas, 18%; casos de trabajo forzado, 25,9%; esclavitud, 13,8%; pornografía infantil, 8,5%; y explotación sexual, 1%.

Asimismo, indicaron que las potenciales víctimas han oído hablar de la trata de personas, pero no eran conscientes de sus riesgos potenciales, ya que es común o frecuente en su vida cotidiana, en situaciones como la mendicidad, la explotación laboral y la servidumbre. En México (2018), una investigación concluye que la trata de personas es uno de los problemas sociales más complejos de estos tiempos, pues afecta a todo el mundo. Este fenómeno se remonta al siglo pasado, por lo que no resulta nuevo para la sociedad. Sus elementos esenciales son la seguridad jurídica y la justicia.

En el Perú, Vargas (2020) concluyó que el número total de condenas e imputados, y el grado de efectividad de las sanciones y procesamientos difirieron significativamente, por lo que la efectividad de las sentencias relacionadas con el procesamiento fue del 63,3%.

Chilón (2018) concluye que el índice delictivo es un delito elevado; asimismo, establece que la trata de personas tiene doble naturaleza jurídica: la general es la dignidad humana y la específica, la libertad individual, y existe falta de enjuiciamiento, incluida la validez del consentimiento de la víctima a la compensación del agente.

Del mismo modo, en la ciudad de Lima, ante la sobrecarga laboral que afrontan las Fiscalías Especializadas en el Delito de Trata, no llegan a asumir competencia en todas las investigaciones, las cuales son asumidas por las fiscalías comunes que, por falta de interés o desconocimiento, no realizan las investigaciones adecuadamente, lo que permite la impunidad delictiva. Este trabajo de investigación nos permitirá conocer las razones que llevan a los funcionarios fiscales a presentar una falta de motivación en las investigaciones del delito en cuestión.

2.2. Fundamento del tema elegido

Respecto de la primera categoría, referida a la trata de personas, el filósofo Kant, citado por Rodríguez (2004), manifiesta que la libertad y la autonomía se inician desde la constitución de la persona humana, ya que sin esto no se puede desarrollar como un ser racional; por ello, no habría oportunidad de servirse de su propia razón.

Asimismo, menciona que, a través de la libertad, el ser humano ineludiblemente logra instruirse a sí mismo; pero a inicios del siglo XXI, con la trata de seres humanos, se vuelve improbable que el ser humano se desarrolle por su propia voluntad.

En relación con la primera subcategoría, Fernández (2009) sustenta que el derecho a la libertad supone la posibilidad de toda persona de elegir un proyecto de vida dentro del bien común y realizarse completamente. Por su parte, Mendivil (2017) afirma que la libertad de todo ser humano involucra que puede hacer lo que desee, siempre y cuando se encuentre dentro del marco de la ley, porque es uno de los derechos civiles inherentes y el más trascendental, puesto que, si no se reconoce, los demás no podrían practicarse.

Varsi (2014) refiere que en nuestra carta magna se establecen los límites de la libertad, los cuales son la legalidad y las normas de protección y convivencia de los derechos de los individuos en convivencia social.

En referencia a la segunda subcategoría, Sepúlveda (2003) indica que la autonomía es la capacidad de desarrollarse independientemente por sí mismo, lo que

permite tomar decisiones, el sentido de ser responsable. Por su parte, Maldonado (2017) señala que la autonomía es una cualidad que permite a las personas actuar por sí mismas y las convierte en protagonistas de su propia vida dentro de un contexto interaccional determinado.

En relación con la segunda categoría, Shiappa (1997) menciona que el acceso a la justicia no solo es un derecho, sino una necesidad humana y, al mismo tiempo, un satisfactor de otras necesidades básicas. En la primera subcategoría, Santiago (1989) indica que derecho humano encamina alternativas sobre fundamentos y rasgos de los derechos humanos, lo que permite la elección de esos fundamentos. Scerpella (2012) indica que un derecho humano, como la libertad de expresión, corresponde a un uso del pleno de los derechos humanos, como un principio primordial de cualquier otra actividad humana.

En la segunda subcategoría, Maslow (1943) explica que las motivaciones ligadas a ella son el dinamismo o impulso que conduce a los individuos al desarrollo de su personalidad en diferentes ámbitos de la vida. Por su parte, Colvin *et al.* (2008), usando el modelo de Maslow, indican que, conforme el ser humano satisface sus necesidades, luego nacen otras que modifican o cambian el comportamiento; asimismo, que cuando una necesidad se ha cumplido nace otra nueva.

2.3. Aporte y desarrollo de la experiencia

El método que se empleó en el presente trabajo fue el enfoque cualitativo. Al respecto, Hernández *et al.* (2014) indican que este emplea la recolección de datos, sin medición numérica, lo que le permite ir descubriendo las preguntas de investigación. Además, Sandín (2003) indica que la investigación cualitativa involucra resultados que no necesariamente se producen de manera estadística o mediante una cuantificación, pero pueden ser cuantificables.

Cabe mencionar que el presente trabajo utilizó el estudio de caso, el cual contiene características convenientes para estudiar a los grupos sociales, como los fiscales de los delitos de trata de personas. Hyett *et al.* (2014) mencionan que el método de estudio de casos es muy utilizado por diferentes investigadores cualitativos, pero también se utiliza en el ámbito cuantitativo.

Los métodos de investigación hermenéuticos son plenamente aplicables, ya que se llevan a cabo interpretaciones de documentos normativos y textos de investigación para aclarar objetivos; por ello, Odman (1988), citado en Oruna *et al.* (2021), indica que “el objetivo es incrementar la comprensión, lo que permite entender

otros grupos, culturas, condiciones e individuos, además el estilo de vida que se da desde un aspecto del presente y pasado”.

El presente trabajo fue dividido en tres etapas. Como primer paso, se consultó a diferentes autores para tener un extenso conocimiento en doctrina sobre el tema, lo que fue plasmado en la matriz de categorización. En la segunda etapa, se contrastó la información sobre las bases teóricas encontradas previamente con las posiciones de los diferentes autores consultados. Robert (2021) indica que es una estrategia de los trabajos que utilizan el método cualitativo y es denominada triangulación. Finalmente, en la tercera parte, se abordaron las conclusiones.

En relación con el aspecto ético, fundamental para la culminación de este trabajo de investigación, se utilizó la 7.^a edición de la normativa APA, a fin de realizar una investigación precisa y objetiva, puesto que estas normas evitan el plagio, para lo cual se empleó el parafraseo, las citas, etc., y se referenció a los autores citados. Pico (2016) manifiesta que se trata de normas metodológicas que sirven para relacionar el manejo de información de diversos documentos académicos, y que es de uso obligatorio para redactar los trabajos.

Finalmente, esta investigación fue elaborada siguiendo los lineamientos del modelo otorgado por esta casa de estudios, Universidad Norbert Wiener, quienes han orientado indicando las pautas convenientes lo que permitió el desarrollo del presente trabajo, utilizando la estructura de acuerdo con el modelo de investigación, lo que sirvió para realizar concepciones concernientes a los objetivos diseñados.

Matriz de Categorización Apriorística. El delito de trata de personas e impunidad delictiva en la interpretación legal en el Ministerio Público de Lima Este, 202

Ámbito temático	Problema general	Problemas específicos	Objetivo general	Objetivos específicos	Categoría	Subcategoría	Técnica	Instrumentos
Perú	¿Cómo impacta el delito de trata de personas e impunidad delictiva en la interpretación legal en el Ministerio Público de Lima Este, 2022?	¿Cómo impacta la autonomía de personas e impunidad delictiva en la interpretación legal en el Ministerio Público de Lima Este, 2022?	Analizar el impacto del delito de trata de personas e impunidad delictiva en la interpretación legal en el Ministerio Público de Lima Este, 2022	Analizar cómo impacta la autonomía de personas e impunidad delictiva en la interpretación legal en el Ministerio Público de Lima Este, 2022	Impunidad delictiva	Autonomía Libertad	Análisis documental	Guía documental
	¿Cómo impacta el delito de trata de personas e impunidad delictiva en la interpretación legal en el Ministerio Público de Lima Este, 2022?	¿Cómo impacta la libertad de personas e impunidad delictiva en la interpretación legal en el Ministerio Público de Lima Este, 2022?	Analizar el impacto del delito de trata de personas e impunidad delictiva en la interpretación legal en el Ministerio Público de Lima Este, 2022	Analizar cómo impacta la libertad de personas e impunidad delictiva en la interpretación legal en el Ministerio Público de Lima Este, 2022	Trata de personas	Derecho humano Necesidad humana		

III. Presentación del reporte de caso jurídico

Realizar labores como practicante de derecho y ser efectivo policial fueron primordiales para entender aspectos relevantes, conocer en profundidad el delito de trata de personas y los delitos conexos, que muchas veces son confundidos por la forma y circunstancias como suceden los hechos. En el delito de tráfico de seres humanos se vulneran varios derechos fundamentales, entre ellos la libertad y la dignidad humana, por lo cual, estar sensibilizada con el tema y trabajar en ello me permitió conocer que existen muchas deficiencias por parte de los operadores de justicia.

Hasta la fecha, existen solo diez (10) fiscalías especializadas; por ello, en la mayoría de casos, los fiscales que están a cargo de dirigir la investigación son aquellos que se encuentran de turno, de los cuales muy pocos los que conocen el delito, por ende, no se da la tipificación adecuada, pese a que existen los elementos de convicción, para que el presunto tratante tenga una pena conforme al delito cometido.

En la investigación presentada, se expone el expediente N.º 7258-2021, en el que la Corte Suprema de Justicia de la República, específicamente la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente, en la que se revisa el caso del Sr. Nelson Alejandro Gil Reina, quien fuera autor del delito contra la libertad —proxenetismo— y favorecimiento de la prostitución en agravio de Dennis Zegarra Olivares y otras agraviadas. Yanac (2019) manifiesta que el acuerdo se da entre la fiscalía y el imputado, mientras que la agraviada se mantiene al margen del arreglo para evitar que exista contacto directo con el agresor y no se afecte su dignidad como persona, al tener que confrontarse con su victimario.

IV. Discusión

El propósito primordial de la investigación es analizar el impacto del delito de trata de personas e impunidad delictiva en la interpretación legal en el Ministerio Público de Lima Este en 2022, sobre la posición teórica del filósofo Kant, referenciado por Rodríguez (2004), quien manifiesta que viola el principio de autonomía, porque el hombre debe ser un fin y no un medio, ya que si se le utiliza como tal se está cometiendo una violación al principio de la dignidad humana, e incide en la segunda categoría impunidad delictiva, que se sustenta en la teoría de acceso

a la justicia. Por ese motivo, Shiappa (1997) menciona que el acceso a la justicia no solo es un derecho, también constituye una necesidad humana y, al mismo tiempo, es un satisfactor de otras necesidades básicas. En este caso, se está cumpliendo con el objetivo general.

Respecto del primer objetivo de la investigación, analizar cómo impacta la autonomía de personas y la impunidad delictiva en la interpretación legal en el Ministerio Público de Lima Este en 2022, referente a la impunidad delictiva en relación de la primera categoría del delito de trata de personas y sus dos subcategorías, según la teoría de Kant, referenciado por Rodríguez (2004), a través de la libertad, el individuo ineludiblemente logra ilustrarse a sí mismo. Sin embargo, en los principios del siglo XXI, con el tráfico de los seres humanos, se vuelve imposible que se desarrolle bajo su propia voluntad; por ende, afectaría los derechos de las personas.

En ese ámbito, se relaciona con la postura de Salmón (2019), quien señala que se debe tener en cuenta que el deber de investigar, juzgar y sancionar las violaciones a los derechos humanos implica una negación de las violaciones de derechos humanos hasta la impunidad, por lo que impacta en la segunda categoría. Con esto, se sugiere se debe realizar una correcta investigación del delito. A partir de lo planteado en el segundo objetivo de esta investigación, es necesario analizar cómo impactan la libertad de personas y la impunidad delictiva en la interpretación legal en el Ministerio Público de Lima Este, en 2022, respecto del incremento de otros delitos afines y, en especial, la segunda subcategoría sobre la impunidad delictiva, por la falta de interés de los fiscales.

La posición teórica de Villavicencio (2013) indica que la penalización debe estar asociada con una acción específica, típicamente descrita. Dicha sanción, por tanto, representa solo una reacción a la conducta de un individuo y no a toda la vida del autor ni los peligros que pueden esperarse de él en el futuro. Por su parte, Roxin (1997) dice que antes de que el hecho punible sea sancionado como delito, se debe prohibir por el derecho penal; por ende, la prohibición y la sanción deben estar recogidas en la ley penal, con lo que se sugiere que los fiscales deberían realizar una evaluación cuando tipifican un delito y de acuerdo con ello se imponga la pena por el acto cometido, para que la víctima pueda obtener justicia.

V. Conclusiones

Primera. Hemos determinado que, para el presente caso, sí existe impacto del delito de trata de personas, a partir de la posición teórica del filósofo Kant, referenciado por Rodríguez (2004), y se encuentra vinculada a otros delitos de explotación humana, por lo que corroboran el objetivo general de esta investigación. En consecuencia, el Ministerio Público tiene una ardua tarea para realizar una eficiente calificación del tipo penal, puesto que eso determina la investigación y el proceso penal.

Segunda. Hemos determinado que sí existe impacto en el delito de trata de personas, con base en lo referido en la teoría de Kant, referenciado por Rodríguez (2004). Asimismo, se relaciona con la postura de Salmón (2019), lo que ha permitido confirmar el primer objetivo de esta investigación, ya que algunos fiscales, al no tener el conocimiento necesario, realizan una incorrecta tipificación de la norma.

Tercera. Hemos determinado que sí impacta los derechos humanos en el acceso a la justicia. Las posiciones teóricas de Villavicencio (2013) y Roxin (1997) indican que las sanciones deben ser impuestas, es por ello que se requiere realizar un trabajo coordinado entre los operadores de justicia, para que la investigación termine en una sanción ejemplar. Asimismo, es importante que el fiscal a cargo, quien es el director técnico de la investigación, estudie de manera permanente las normas.

Cuarta. En la presente investigación, se han tenido algunas limitaciones, por ejemplo, el encontrar las teorías fue un arduo trabajo, y para ello se emplearon libros, tesis, artículos y revistas como sustento. Finalmente, se recomienda una investigación con mayor profundidad que sirva como herramienta y sea utilizada por el Estado con la finalidad de que la incorporen a través de políticas públicas, para disminuir la cifras por este delito, que muchas veces puede ocasionar que las víctimas pierdan la vida.

Referencias bibliográficas

Cáceres, A. y Huamán, R. (2019). *Acceso a la justicia de las víctimas de trata de personas: Estudio de las barreras procesales y procedimentales en la región Cusco* [Tesis de grado]. Universidad Nacional de San Antonio de Abad del Cusco. <https://repositorio.unsaac.edu.pe/handle/20.500.12918/3787>

- Campos, P. J. (29 de julio de 2020). La importancia de la investigación formativa como estrategia de aprendizaje. *Educare Et Comunicare*, 8(1), 88-94. <https://revistas.usat.edu.pe/index.php/educare/article/view/397/1508>
- Chiara, M. (2014). La modificación del tipo penal en el delito de trata de personas. IDEHPUCP. https://idehpucp.pucp.edu.pe/opinion_1/la-modificacion-del-tipo-penal-en-el-delito-de-trata-de-personas/
- Chilón (2018). *Análisis hermenéutico del bien jurídico y consentimiento de la víctima y su represión penal en el delito de trata de personas*, Bagua, 2015-2016 [Tesis de grado]. Universidad Nacional Toribio Rodríguez de Mendoza de Amazonas. <https://repositorio.untrm.edu.pe/handle/20.500.14077/2002>
- Colvin, M. (2008). Is Maslow's Hierarchy of Needs a Valid Model of Motivation? Louisiana Tech University. Recuperado de <http://www.business.latech.edu/>
- Cortés, M. e Iglesias, M. (2004). *Generalidades sobre la metodología de la investigación*. Universidad Autónoma del Carmen. https://www.unacar.mx/contenido/gaceta/ediciones/metodologia_investigacion.pdf
- Daza, M. (31 de octubre de 2013). La ética del deber funcional desde la filosofía he-lenística. *Derecho Público*. <https://derechopublicomd.blogspot.com/2022/10/la-etica-del-deber-funcional-desde-la.html>
- González, D. C. y Castro, M. A. (2020) *Conocimiento de los colombianos acerca de la trata de personas* [Tesis de pregrado]. Universidad Cooperativa de Colombia. <https://repository.ucc.edu.co/handle/20.500.12494/17638>
- Hernández S, R., Fernández, C. y Baptista (1997). *Metodología de la investigación*. McGraw Hill.
- Hyett, N. K. (2014). Methodology or method? A critical review of qualitative case study reports. *International Journal of Qualitative Studies in Health and Well-being*, 9(1), 23606. <https://doi.org/10.3402/qhw.v9.23606>
- Kant, E. (2004). ¿Qué es la ilustración? Filosofía de la historia. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/13/6161/7.pdf>
- Maldonado, B. C. (2017). *El rol del docente como favorecedor del desarrollo de la autonomía en los niños de tres años de una I. E. de Miraflores* [Tesis de grado]. Pontificia Universidad Católica del Perú. https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/8914/Maldonado_Palacios_Rol_docente_favorecedor_1.pdf?sequence=1
- Maslow, A. (1943). A theory of human motivation. *Psychological Review*, 50(4), 370-396. doi: 10.1037/h0054346

- May, B. (2018). Trata de personas y explotación sexual infantil en México. *Ecos Sociales*, 6(17), 585-594. <https://revistas.ujat.mx/index.php/ecosoc/article/view/2578>
- Mendivil, Á. (2017). *El derecho a la libertad de la persona humana y la seguridad jurídica en el Perú* [Tesis de doctorado]. Universidad Inca Garcilaso de la Vega. <https://shorturl.at/qALP8>
- Millones, J. M. (2021). El exceso de sanción administrativa disciplinaria a policías por conducir en estado de ebriedad en el Perú [Tesis de grado]. Universidad San Ignacio de Loyola. <https://repositorio.usil.edu.pe/server/api/core/bitstreams/5a8fa14b-8124-417f-9d6d-97fee9287f92/content>
- Orozco, K. L. (2014). Análisis del Protocolo de Palermo y su utilización en la legislación procesal penal ecuatoriana, en los casos de trata de personas y niños [Trabajo de conclusión de carrera]. Universidad del Pacífico de Quito. <https://repositorio.upacifico.edu.ec/simple-search?query=Orozco%2C+KL%2C>
- Oruna, A., Valencia, E., Oruna, M. y Sánchez, J. (2021). Documento Identidad Nacional Electrónico: Seguridad asociada y mecanismo de ampliación tributaria. *Revista Venezolana de Gerencia*, 26(97), 97-114. https://doi.org/10.5209/rev_REVE.2021.v26.n97.114973
- Pacori Cari, J. (22 de julio de 2019). Los bienes protegidos en el procedimiento disciplinario policial. *Pasión por el derecho*. https://lpderecho.pe/los-bienes-protegidos-en-el-procedimiento-disciplinario-policial/#_ftnref23
- Pico, A. (2016). *Recomendaciones para el uso de Normas APA. Guía para la Presentación de Trabajos Académicos*. Colegio de Estudios Superiores de Administración. <https://www.cesa.edu.co/wp-content/uploads/2018/05/NORMAS-APA-v-2016.pdf>
- Riganti, M. (2017). *La criminalización del prostituyente en el delito de trata de personas, con fines de explotación sexual: estudio desde una perspectiva feminista-abolicionista del derecho* [Tesis de maestría]. Universidad Nacional del Sur. <http://repositoriodigital.uns.edu.ar/handle/123456789/4514>
- Sandín, E. (2003). Investigación cualitativa en educación. Fundamentos y tradiciones. *Revista de Pedagogía*, 26(77). http://ve.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0798-97922005000300007
- Santiago, C. (1989). *Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación*. Ariel.
- Scerpella, C (2012). *Empresas y derechos humanos: la iniciativa de los principios voluntarios de seguridad y los derechos humanos* [Tesis de maestría]. Pontificia Universidad Católica del Perú.

- Sepúlveda, R. (2003). Autonomía moral: Una posibilidad para el desarrollo humano desde la ética de la responsabilidad solidaria. *Revista de Psicología*, 12(1), 1-20. <https://revistapsicologia.uchile.cl/index.php/RDP/article/view/17294/18034>
- Schiappa, Ó. (1997). El problema de acceso a la justicia en el Perú. En *Acceso a la justicia*. Oficina Técnica de Proyectos de Cooperación Internacional del Poder Judicial Lima.
- Trujillo, A. (2017). *La “trata delito” y la “trata violación de Derechos Humanos”. Reconsideraciones sobre el concepto de trata y examen de las obligaciones de los estados* [Tesis doctoral]. Universidad Carlos III. https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/25837/TESIS_Trata_Alejandro_Trujillo_2017.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Vargas, P. (2020). *Eficacia en la persecución y sanción del delito de Trata de Personas en la fiscalía provincial Especializada Contra la Criminalidad Organizada de San Martín 2018- 2019* [Tesis de maestría]. Universidad César Vallejo. <https://hdl.handle.net/20.500.12692/48318>
- Varsi, E. (2014). *Tratado de Derechos de las Personas*. Gaceta Jurídica.
- Villalba, M. (2017). *Menores de estado de abandono como factor causal de trata de personas en el distrito de Tambopata, provincia de Tambopata, departamento de Madre de Dios* [Tesis de pregrado]. Universidad Andina del Cusco. <https://repositorio.uandina.edu.pe/handle/20.500.12557/1010>
- Yanac, Y. (2019). *Vulneración de los principios de economía y celeridad procesal con la improcedencia de la terminación anticipada en el delito de proxenetismo en el Perú* [Tesis de grado]. Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo. <http://repositorio.unasam.edu.pe/handle/UNASAM/4806>

La tutela jurisdiccional efectiva en menores expuestos a un contexto de violencia doméstica

The effective jurisdictional protection in minors exposed to a context of domestic violence

BACH. WALTER GERAD CHINCHAY DOMÍNGUEZ¹¹
a2020103207@uwiener.edu.pe
ORCID: 0000-0002-7352-7263

DR. ABEL MARCIAL ORUNA RODRÍGUEZ¹²
abel.m.oruna@gmail.com
ORCID: 0000-0001-6380-1014

Resumen

La problemática en torno a esta investigación es que muchos niños son víctimas indirectas en las denuncias por violencia doméstica que se dan entre padres y que los jueces especializados de familia no toman en cuenta al emitir sus resoluciones. Esta investigación tiene como propósito determinar la influencia de la tutela jurisdiccional efectiva en menores expuestos a un contexto de violencia doméstica. La metodología empleada fue de enfoque cualitativo, empleando como técnicas la recolección de datos como marcos teóricos, análisis de textos, material audiovisual y estudio de casos, entre otros, aplicando el método hermenéutico interpretativo. El resultado de la presente investigación fue la identificación de un caso que muestra como la tutela jurisdiccional efectiva influye en los menores expuestos a un contexto de violencia doméstica. Se concluye que los magistrados, en sus resoluciones judiciales en materia de violencia familiar, no indagan si se encuentran menores inmersos indirectamente en el proceso; sin embargo, son conscientes de que los menores deben recibir tutela, pero no

¹¹ Facultad de Derecho y Ciencia Política, Universidad Norbert Wiener. Lima, Perú.

¹² Ídem.

lo hacen debido a que manifiestan que no son competentes para pronunciarse sobre ellos.

Palabras clave: violencia doméstica, niñez, relación padres-hijos, derechos del niño

Abstract

The problem around this investigation is that many children are indirect victims in complaints of domestic violence that occurs between parents and that specialized family judges do not take into account when issuing their decisions. The purpose of this research is to determine the influence of effective judicial protection in minors exposed to a context of domestic violence. The methodology used was a qualitative approach, using data collection techniques such as theoretical frameworks, text analysis, audiovisual material and case study, among others, applying the interpretative hermeneutic method. The result of this investigation was the identification of a case that shows how effective judicial protection influences minors exposed to a context of domestic violence. It is concluded that the magistrates in their judicial resolutions in the matter of family violence do not inquire if minors are indirectly immersed in the process; however, they are aware that minors should receive guardianship, but they do not do so because they state that they are not competent to pronounce on them.

Keywords: domestic violence, childhood, parent child relationship, rights of the child

I. Introducción

En España, las medidas más adoptadas por el juzgado que atendió a 3387 niños en contexto de violencia doméstica establecieron que el agresor brinde alimentos y las medidas menos adoptadas se relacionan con el régimen de visitas, la patria potestad y la custodia (Consejo General del Poder Judicial, 2019). En Estados Unidos, los niños víctimas de maltratos tienen mayores probabilidades de generar síntomas como náuseas y estrés psicológico (Van Tilburg *et al.*, 2010). En Bangladesh, los menores de 5 años expuestos a violencia doméstica disminuían sus niveles inmunológicos y desarrollaban enfermedades respiratorias (Silverman, 2009).

En Argentina, 4828 menores estuvieron inmersos en una denuncia por violencia doméstica en 2018. De ese grupo, un 94% sufría violencia psicológica (Corte Suprema de la Argentina, 2018). En Brasil, niños y niñas en un contexto de

violencia doméstica tienen mayores probabilidades de ingresar a hospitales por desnutrición aguda severa (Hasselmann y Reicheim, 2006). En Ecuador, las mujeres que reciben medidas de protección las utilizan para alejar al presunto agresor de sus hijos (Castillo *et al.*, 2001).

En el Perú, aquellas familias en las que la mujer es agredida, los niños tienen mayores probabilidades de desarrollar cuadros de estrés y ser víctimas de violencia por parte del mismo agresor (Grupo de Análisis para el Desarrollo, 2016).

En cuanto al objeto de estudio, los menores en un contexto de violencia doméstica no son considerados por los magistrados, quienes brindan protección únicamente a la denunciante, a pesar de que el artículo 22-B de la Ley 30364 señala que el juez puede otorgar medidas como alimentos, régimen de visitas u otras relacionadas con el menor.

Como diagnóstico de nuestra investigación, se observa que los menores expuestos a violencia doméstica tienen mayor riesgo de ser afectados física y emocionalmente. Asimismo, los jueces de familia no consideran al menor que se encuentra inmerso en procesos de violencia familiar.

En cuanto a la importancia de la investigación, esta busca sustentar por qué a los menores expuestos a un contexto de violencia familiar también se les debe brindar tutela jurisdiccional.

En relación con la justificación teórica, práctica y metodológica, debemos indicar las razones por las cuales es conveniente realizar el estudio o investigación, y sus beneficios (Hernández, 2006). Así, la presente investigación es necesaria para que los jueces de familia tengan en cuenta al menor inmerso a un contexto de violencia doméstica y así reduzcan las posibilidades de que este vea afectada su salud física o emocional.

Al respecto, planteamos como problema general de investigación: ¿cómo influye la tutela jurisdiccional efectiva en menores expuestos a un contexto de violencia doméstica?, y como problemas específicos: ¿cómo influye el acceso a la justicia de la tutela jurisdiccional en los menores expuestos a un contexto de violencia doméstica?, ¿cómo influye el debido proceso de la tutela jurisdiccional efectiva en los menores expuestos a un contexto de violencia doméstica? y ¿cómo influye la búsqueda de justicia de la tutela jurisdiccional efectiva en los menores expuestos a un contexto de violencia doméstica?

Como objetivo general de esta investigación tenemos: Determinar la influencia de la tutela jurisdiccional efectiva en menores expuestos a un contexto de violencia doméstica; y como objetivos específicos: Determinar cómo influye el acceso a la

justicia de la tutela jurisdiccional en los menores expuestos a violencia doméstica, Determinar cómo influye el debido proceso de la tutela jurisdiccional efectiva en los menores expuestos a violencia doméstica, y Determinar la búsqueda de justicia de la tutela jurisdiccional efectiva en los menores expuestos a violencia doméstica.

II. Presentación del caso jurídico

2.1. Antecedentes

En el caso de las investigaciones internacionales, citamos a Escudero y Montiel (2017), quienes concluyen que existe abundante evidencia científica que demuestra que los menores sometidos a violencia doméstica presentan riesgo de sufrir problemas físicos, cognitivos, conductuales, emocionales o sociales en la infancia y adultez. Por su parte, Silva y Guerrón (2017) señalan que existe una relación entre ansiedad y violencia familiar en los menores que fueron atendidos por psicólogos de la Dinapen.

En relación con las tesis nacionales, Benites y López (2021) sostienen que el ordenamiento jurídico no regula las situaciones de la convivencia entre un menor con el agresor de violencia familiar, lo que vulnera el interés superior del niño. En el caso de García (2015), este concluye que es importante que la opinión del menor que se encuentra en medio de un proceso judicial sea tomada en cuenta, ya que pasará a ser visto como un individuo con opiniones propias.

2.2. Fundamento del tema elegido

Para sustentar nuestra primera categoría, denominada Tutela jurisdiccional efectiva, recurrimos a la teoría de los derechos públicos subjetivos de Jellinek (1865), que desvela la relación existente entre el ser humano y el Estado, reconociéndole al primero la facultad de accionar cuando desea tutelar un bien o interés (Jellinek, 1865). Dicha relación se vuelve eficaz cuando este último dota de ciertas garantías al procedimiento, un debido proceso, el derecho de motivación, etc., es decir, cuando protege los derechos de primera generación, como el derecho a la igualdad, la libertad, el acceso a la justicia, entre otros. Las subcategorías para esta teoría son: Acceso a la justicia, Debido proceso y Búsqueda de justicia.

En relación con la primera subcategoría de la primera categoría, Acceso a la justicia, debemos indicar que es aquel mecanismo primordial por el cual quien considere que sus derechos son vulnerados pueda acudir a un órgano jurisdiccional competente y, mediante la decisión motivada de los magistrados, arribar a una óptima solución (Bernales, 2019).

Respecto de la segunda subcategoría, Debido proceso, es uno de los principios aplicables en materia procesal, que se encarga del cumplimiento obligatorio de todos los actos procesales de manera correlativa para dar solución a las controversias establecidas (Glave, 2017).

En cuanto a la tercera subcategoría de la primera categoría, Búsqueda de justicia, es aquella herramienta que permite a los jueces cumplir su función dentro de un determinado proceso, mediante un fallo judicial, y permite a las partes de acudir ante un juez imparcial (Vásquez, 2021).

Para sustentar nuestra segunda categoría, denominada Menores expuestos a un contexto de violencia doméstica, recurrimos a la teoría de la indefensión aprendida de Seligman y Maier (1967), la cual establece que las personas que han sufrido violencia, actúan de forma pasiva, normalizándola y sin responder ante ella. Señala que la víctima, después de vivir en un ambiente de violencia continua, termina afectada de forma psicológica de modo que no logra interiorizar métodos efectivos para escapar de esa situación. Las subcategorías para esta teoría son Depresión infantil, Afectación psicológica del menor de edad y Empoderamiento de la víctima menor de edad.

En relación con la primera subcategoría de la segunda categoría, es decir, Depresión infantil, Graham (2019) la define como aquel estado de ánimo que genera una afectación emocional y psíquica en los niños, quienes son considerados como vulnerables.

Respecto de la segunda subcategoría, Afectación psicológica del menor de edad, debemos indicar que es aquella variación o cambio de ánimo del niño a raíz de una problemática desarrollada dentro de su corta experiencia; el mayor exponente es la violencia familiar (Modovar y Ubeda, 2017).

En cuanto a la tercera subcategoría, Empoderamiento de la víctima menor de edad, es aquel estímulo que se les brinda a los niños para que puedan resaltar su fortalezas y habilidades, a fin de aplicarlos en un contexto de relevancia social (Hamayanda, 2019).

2.3. Aporte y desarrollo de la experiencia

La metodología empleada para dar respuesta al problema y lograr el objetivo es el enfoque cualitativo, ya que, a través de un proceso inductivo, se observará un hecho en particular y, para ello, se explorarán diversas fuentes no numéricas que permitan recolectar datos que emergerán poco a poco como marcos teóricos, análisis de textos, material audiovisual, entre otros, a fin de entender y dar solución al caso (Gómez, 2006).

En agosto de 2019, Eddy Rojas Jarama acudió al estudio jurídico donde laboraba como asistente, ya que le notificaron una resolución de medidas de protección a causa de una denuncia por violencia familiar en su contra, realizada por la madre de su hijo. Estas medidas fueron usadas por la madre para impedir que él se acercara a su hijo.

Al analizar el expediente 17890-2019-1-JR-FC.09, me percaté de que la resolución se emitió sin realizarse la audiencia oral y que el juez no indagó que había un menor de por medio y restringió el derecho del padre de ver a su hijo.

Se me encomendó realizar la apelación a las medidas de protección, con la finalidad de revocar dichas medidas. Para ello, revisé la Ley 30364, específicamente el artículo 22-B, el cual señala que el juez de familia a cargo de los casos de violencia familiar puede pronunciarse sobre pretensiones como alimentos, régimen de visitas, tenencia y otros aspectos relacionados con un menor. Asimismo, revisé la diversa jurisprudencia relacionada con el caso.

El 16 de agosto del 2019, se presentó el recurso de apelación al juzgado; sin embargo, recién el 13 de diciembre de ese año el juez emitió la resolución que declara la variación de las medidas de protección y menciona que no se puede pronunciar sobre pretensiones como alimentos o régimen de visitas del menor.

Tabla 1.

Matriz de categorización *apriorística*

Ámbito temático	Problema general	Problemas específicos	Objetivo general	Objetivos específicos	Categoría	Subcategoría	Técnica	Instrumentos
Perú	¿Cómo influye la tutela jurisdiccional efectiva en menores expuestos a un contexto de violencia doméstica?	¿Cómo influye el debido proceso de la tutela jurisdiccional efectiva en los menores expuestos a un contexto de violencia doméstica?	Determinar la influencia de la tutela jurisdiccional efectiva en menores expuestos a un contexto de violencia doméstica	Determinar cómo influye el acceso a la justicia de la tutela jurisdiccional en los menores expuestos a violencia doméstica.	Tutela jurisdiccional efectiva	Acceso a la justicia Debido proceso		
				Determinar cómo influye el debido proceso de la tutela jurisdiccional efectiva en los menores expuestos a violencia doméstica.		Búsqueda de justicia	Búsqueda y análisis documental	Fichas electrónicas
	¿Cómo influye la búsqueda de la justicia de la tutela jurisdiccional efectiva en los menores expuestos a un contexto de violencia doméstica?	¿Cómo influye la búsqueda de la justicia de la tutela jurisdiccional efectiva en los menores expuestos a un contexto de violencia doméstica?		Determinar la búsqueda de justicia de la tutela jurisdiccional efectiva en los menores expuestos a violencia doméstica.	Menores expuestos a un contexto de violencia doméstica	Afectación psicológica del menor de edad		
						Empoderamiento de la víctima		

Fuente: Elaboración propia (2022)

III. Presentación del reporte de caso jurídico

El 13 de junio de 2019, Herlinda Salazar Bazán interpuso denuncia por violencia familiar, en la modalidad de violencia psicológica, en contra de Eddy Rojas Jarama, padre de su menor hijo, bajo el amparo de la Ley N.º 30364. La denuncia obra en el expediente N.º 17890-2019 en el 9.º Juzgado de Familia Sub Especialidad en Violencia contra las mujeres e integrantes del grupo familiar. En ese sentido, el juez dictó medidas de protección a favor de la agraviada prescindiendo de la audiencia oral, ordenó terapias psicológicas para ambas partes e impidió el acercamiento del denunciado a la agraviada; medidas que fueron utilizadas por la recurrente para impedir el acercamiento del denunciado a su hijo.

El denunciado interpuso un recurso de apelación contra las medidas de protección, el cual se le concedió sin efecto suspensivo y sin la calidad diferida, y se fijó fecha de audiencia de vista de la causa para el día 17 de octubre de 2019. Posteriormente, mediante Resolución N.º 03, de fecha 13 de diciembre de 2019, se varió la medida de protección para eliminar el impedimento de acercamiento, debido a que el denunciado se veía imposibilitado de visitar a su hijo.

En la resolución señalada, el juez evitó pronunciarse sobre la situación del niño y señaló que las pretensiones referidas a los menores, como alimentos, régimen de visitas o tenencia, no pueden ser vistas en ese proceso, ya que no es la vía competente, a pesar de que el artículo 22-B de la Ley 30364 sí lo faculta.

IV. Discusión

Respecto del objetivo general de esta investigación, los derechos públicos subjetivos de Jellinek (1865), referidos a la primera categoría, Tutela jurisdiccional efectiva, develan la relación que existe entre el ser humano y el Estado, y le reconocen al primero la facultad de accionar la tutela de un bien o interés, lo que tiene incidencia en la segunda categoría, Niños en contexto de violencia doméstica, sustentada en la teoría de la indefensión aprendida de Seligman y Maier (1967), pues señala que las personas que han sufrido violencia pueden normalizarla y no responder ante ella. Esto evidencia que, en el caso, se cumple lo previsto en la teoría, ya que el juez, al no brindar tutela, puede generar en el menor sentimientos de desprotección. Por tanto, es necesario que el magistrado lleve a cabo la audiencia oral que permita pronunciarse sobre el menor.

El primer objetivo consiste en determinar cómo influye el acceso a la justicia de la tutela jurisdiccional en los menores expuestos a violencia doméstica en relación con la primera categoría, Tutela jurisdiccional efectiva, y especialmente a la primera subcategoría, Acceso a la justicia. La posición de Bernales (2019) indica que quien considere una supuesta vulneración de sus derechos pueda acudir a un órgano jurisdiccional competente, lo que se corrobora con lo identificado en el caso cuando el señor Rojas pidió la variación de las medidas de protección al no poder ver a su hijo. Esto se relaciona con la posición de Graham (2019) sobre la depresión infantil, en el sentido de que los menores en un contexto de violencia doméstica corren el riesgo de desarrollar afectaciones emocionales. Por lo indicado, podemos decir que lo señalado se cumple en el caso, pues impacta en los menores expuestos a un contexto de violencia doméstica; en consecuencia, sugerimos que el juez de familia debe indagar si hay menores en las denuncias de violencia familiar, a fin de evitar impactos negativos en su salud emocional.

De acuerdo con lo establecido en el segundo objetivo, respecto de la primera categoría, Tutela jurisdiccional efectiva, y en especial la segunda subcategoría, Debido proceso, la posición de Glave (2017) indica que es el respeto de las diversas garantías constitucionales en un proceso lo que se corrobora con el caso, ya que el juez prescindió de la audiencia oral antes emitir las medidas de protección. Esto se relaciona con la postura de Modovar y Ubeda (2017) sobre la afectación psicológica del menor, en el sentido que al estar expuesto a violencia doméstica puede ver afectado su estado de ánimo. Por tanto, podemos expresar que lo desarrollado se cumple en el caso. Por ello, sugerimos que los jueces tomen en cuenta en sus medidas de protección que no se vulneren los vínculos afectivos entre las partes y el menor.

En cuanto al tercer objetivo de esta investigación, en relación con la primera categoría tutela jurisdiccional efectiva y, en especial, a la tercera subcategoría, Búsqueda de justicia, la posición de Vásquez (2021) indica que los jueces actúen con imparcialidad, lo que se corrobora con el caso en el sentido que el magistrado no ha escuchado a todas las partes procesales. Asimismo, se relaciona con la posición de Hamayanda (2019) sobre empoderamiento de la víctima menor de edad, en el sentido que a los menores que viven en un contexto de violencia doméstica se les debe brindar acompañamiento psicológico. Por lo indicado, podemos expresar que lo desarrollado en el caso tiene limitaciones que impactan en los menores. A respecto, sugerimos que los jueces dictaminen terapia psicológica para el menor y generen el menor impacto sobre él en el conflicto que se da entre los padres.

V. Conclusiones

Primero. Hemos determinado que sí existe impacto de tutela jurisdiccional efectiva en los menores expuestos a violencia doméstica; en virtud de que los jueces no puede dejar de brindar tutela jurisdiccional a menores que están inmersos en un proceso judicial. Esto se basa en la teoría de los derechos subjetivos de Jellenik (1865) y la posición de Seligman (1967), con su teoría de la indefensión aprendida, lo que ha permitido corroborar el primer objetivo de esta investigación. Es importante que el juez de familia tome en cuenta la abundante evidencia científica que demuestra que los niños expuestos a violencia doméstica pueden ser afectados emocionalmente.

Segundo. Hemos determinado que sí existe impacto en el acceso a la justicia de la tutela jurisdiccional en los menores expuestos a violencia doméstica, en virtud de que se acude a la jurisdicción judicial cuando existe una vulneración de un derecho. Esto se basa en la teoría de Bernales (2019) y la posición de Graham (2019) sobre la depresión infantil, y ha permitido corroborar el segundo objetivo secundario de esta investigación, porque se el juez de familia, en su resolución, solo ordena tratamiento psicólogo para la víctima y el agresor, pero deja de lado la salud mental del menor.

Tercero. Hemos determinado que sí existe impacto del debido proceso de la tutela jurisdiccional efectiva en los menores expuestos a violencia doméstica, en virtud de que se deben respetar las garantías constitucionales para obtener una resolución imparcial. Esto a partir de la teoría de Glave (2017) y la posición de Ubeda (2017) sobre la afectación psicológica del menor, lo que ha permitido corroborar el tercer objetivo secundario de esta investigación, porque se observa que el juez de familia, al prescindir de la audiencia oral, ha emitido una resolución que afecta psicológicamente al niño por no poder ver a su padre.

Cuarto. Hemos determinado que sí existe impacto de la búsqueda de justicia de la tutela jurisdiccional efectiva en los menores expuestos a violencia doméstica; en virtud de que el juez de familia debe ser imparcial y escuchar a todas las partes procesales. Esto se basa en la teoría de Vásquez (2021) y la posición de Hamayanda (2019) sobre empoderamiento de la víctima menor de edad, y ha permitido corroborar el tercer objetivo secundario de esta investigación, pues el juez de familia ha señalado que no puede pronunciarse sobre pretensiones relacionadas con los menores, cuando la Ley 30364 sí lo faculta para ello.

Finalmente, debemos indicar que hemos tenido algunas limitaciones al no existir muchas investigaciones sobre la tutela judicial que deben recibir los menores en los procesos de violencia doméstica; asimismo, no existe información sobre datos estadísticos de menores expuestos inmersos en procesos de violencia doméstica, por lo que es recomendable que se lleven a cabo más estudios a nivel nacional sobre el tema y conocer esta problemática con base en la realidad peruana.

Referencias bibliográficas

- Alvarado, N. y Carranza, E. (2021). *Exposición ante la violencia familiar en niños y adolescentes: Revisión sistemática* [Tesis de grado]. Universidad César Vallejo. <https://cutt.ly/cNb3cDh>
- Arévalo Carranza, V. (2019). *Factores que impiden garantizar la tutela jurisdiccional efectiva a las víctimas de violencia psicológica ante la fiscalía provincial mixta de la Banda de Shilcayo, Periodo 2016-2017* [Tesis de maestría]. Universidad Alas Peruanas. <https://cutt.ly/jNnqU3U>
- Benites, H. y López Castillo, K. E. J. D. (2021). *Afectación del interés superior del niño y del adolescente al convivir con el agresor en casos de violencia familiar ejercida contra la madre, 2021* [Tesis de grado]. Universidad César Vallejo. <https://cutt.ly/PBCv7iW>
- Bernales, G. (2019). El acceso a la justicia en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos. *Ius et Praxis*, 25(3), 277-306. <https://doi.org/10.4067/s0718-00122019000300277>
- Benavides, M. y León J. (2013). Una mirada a la violencia física contra los niños y niñas en los hogares peruanos: magnitudes, factores asociados y transmisión de la violencia de madres a hijos e hijas. Documento de Investigación, 71. Grade. <https://cutt.ly/gNb9M7H>
- Castillo Martínez, E. X. y Ruiz Castillo, S. V. (2021). La eficacia de las medidas de protección en los casos de violencia intrafamiliar en Ecuador. *Revista de Derecho*, 6(2), 123-135. <https://cutt.ly/kBCr3fs>
- Ley 30364 de 2015. Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar. 6 de noviembre de 2015. *Diario Oficial El Peruano*. <https://cutt.ly/g1yjAGQ>
- Consejo General del Poder Judicial. (2019). *La violencia sobre la mujer. Informe anual 2019*. <https://cutt.ly/2BCrLV4>

- Corte Suprema de la Argentina. (2018). *Informe estadístico sobre niñas, niños y adolescentes afectados por situaciones de violencia doméstica*. <https://cutt.ly/KBCaif8>
- Escobar, P. y Hernández, M. (2016). *El interés superior del niño como principio general del derecho* [Tesis de grado]. Universidad de Chile. <https://cutt.ly/RNbKEmK>
- Flores Espinoza, L. A. y Moscol Marchán, M. (2016). *Impacto de la violencia familiar en la autoestima de los niños y niñas de la Institución Educativa N.º 14083 – Sechura - Piura - 2014* [Tesis de maestría]. Universidad César Vallejo. <https://cutt.ly/6Nnqq0x>
- García, A. (2015). *Violencia familiar y régimen de visitas para el agresor en el ordenamiento peruano* [Tesis de grado]. Universidad de Piura. <https://cutt.ly/XBCbdMY>
- Graham, Y. (2019). Depresión infantil: una revisión bibliométrica. *Consensus*, 24(2), 167-181. <https://revistas.unife.edu.pe/index.php/consensus/article/download/2326/2393/7187>
- Glave Mavila, C. (2017). Apuntes sobre algunos elementos del contenido del derecho al debido proceso colectivo en el Perú. *Derecho PUCP*, 78, 43-68. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201701.003>
- Grupo de Análisis para el Desarrollo. (2016). *Los efectos de la violencia doméstica sobre la salud infantil de los niños y las niñas menores de cinco años en el Perú*. <https://repositorio.minedu.gob.pe/handle/20.500.12799/4948>
- Hasselmann, M. H. y Reichenheim, M. E. (2006). Parental violence and the occurrence of severe and acute malnutrition in childhood. *Paediatric and perinatal epidemiology*, 20(4), 299-311. <https://doi.org/10.1111/j.1365-3016.2006.00735.x>
- Hamayanda, A. (2017). Enfoque en el empoderamiento. *Children.org*. https://www.children.org/globalassets/03_stories/journeys/4_journeys-vol-12-issue-1/summer17_sp.pdf
- Hernández Sampieri, R., Fernández, C y Baptista, L. (2006). *Metodología de la Investigación*. McGraw-Hill.
- INEI. (2014). Encuesta Demográfica y de Salud Familiar (Endes) 2013 y 2014. <https://cutt.ly/HNb3tWY>
- Mallma, D. (2020). *Percepción de la afectación del interés superior del niño y adolescente y violencia familiar respecto al artículo 97 Código de los Niños y Adolescentes* [Tesis de grado]. Universidad Autónoma del Perú. <https://cutt.ly/DBCbZj7>

- Mayor, S. y Salazar, C. (2019). La violencia intrafamiliar. Un problema de salud actual. *Gaceta Médica Espirituana*, 21(1): 96-105. <http://scielo.sld.cu/pdf/gme/v21n1/1608-8921-gme-21-01-96.pdf>
- Modovar, C. y Ubeda, M. (2017). *La violencia en la primera infancia*. Unicef. https://www.unicef.org/lac/sites/unicef.org.lac/files/2018-03/20171023_UNICEF_LACRO_FrameworkViolencia_ECD_ESP.pdf
- Sausa, M. (2018). Maltrato infantil en el Perú crece: en 2017, hubo 21600 casos de violencia. *Perú 21*. <https://cutt.ly/ANb8iFu>
- Seligman, M. E. y Maier, S. F. (1967). Failure to escape traumatic shock. *Journal of experimental psychology*, 74(1), 1.
- Seminario Córdova, S. E. (2021). *Programas para desarrollar resiliencia en niños víctimas de violencia familiar: Una revisión sistemática* [Tesis de maestría]. Universidad César Vallejo. <https://cutt.ly/UNb6cQE>
- Silupú Temoche, P. K. (2018). *Consecuencias legales en perjuicio de menores en actos de violencia familiar* [Tesis de grado]. Universidad Nacional de Piura. <https://cutt.ly/2Nb6uHQ>
- Susame, G. y Guilera, G. (2016). Exposición indirecta a violencia en adolescentes del Sistema de Justicia Juvenil de Cataluña. *Infancia, Juventud y Ley*, 7. <https://cutt.ly/INb37qU>
- Toldos, M. (2002). *Adolescencia, violencia y género* [Tesis doctoral]. Universidad Complutense de Madrid. <https://cutt.ly/CBCnsfl>
- Van Tilburg, M., Runyan, D., Zolotor, A., Graham, C., Dubowitz, H., Litrownik, A., Flaberty, E., Chikara, D. y Whitehead, W. (2010). Unexplained gastrointestinal symptoms after abuse in a prospective study of children at risk for abuse and neglect. *The Annals of Family Medicine*, 8(2), 134-140. <https://doi.org/10.1370/afm.1053>
- Vásquez, D. (2021). Derecho fundamental del acceso a la justicia y políticas institucionales del Poder Judicial en la lucha contra la corrupción en el Perú. *Revista Oficial del Poder Judicial. Órgano de Investigación de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú*, 13(15), 127-161. <https://doi.org/10.35292/ropj.v13i15.392>

La prueba digital en los delitos contra la administración pública, Lima Metropolitana, 2022

*Digital evidence in crimes against the public administration,
Metropolitan Lima, 2022*

BACH. VÍCTOR JHON ALCALÁ RENGIFO¹³
a2022802767@uwiener.edu.pe
ORCID: 0000-0003-0357-8695

DR. ABEL MARCIAL ORUNA RODRÍGUEZ¹⁴
abel.m.oruna@gmail.com
ORCID: 0000-0001-6380-1014

Resumen

En la actualidad, el desarrollo de nuevas tecnologías ha permitido una relación íntima entre la sociedad y la tecnología digital de información. La prueba digital se está volviendo notable en los procesos judiciales, la cual no garantiza siempre la aprobación del juez. Este estudio tiene como propósito determinar de qué manera influye la prueba digital en los delitos contra la administración pública. La metodología fue de enfoque cualitativo, mediante un estudio de caso. Como resultado, se identificó la importancia de la prueba digital como material probatorio en el proceso judicial, a pesar de que todavía no hay ninguna regulación referente al tema, ya que fácilmente se podría manipular y no garantiza la veracidad a la hora de aportar pruebas durante el proceso. En conclusión, la prueba digital suele ser un medio especial, por lo cual determina una eficacia probatoria importante en los procesos judiciales a fin de brindar la veracidad de los hechos, pero en la actualidad no existe regulación para su tratamiento procesal.

Palabras clave: prueba digital, evidencia digital, prueba electrónica

¹³ Facultad de Derecho y Ciencia Política, Universidad Norbert Wiener. Lima, Perú.

¹⁴ Ídem.

Abstract

At present, the development of new technologies has allowed an intimate relationship between society and digital information technology. Digital evidence is becoming significant in judicial processes, which does not always guarantee the approval of the judge. The purpose of this study is to determine how digital evidence influences crimes against public administration. The methodology used was qualitative, through a case study. As a result, the importance of digital evidence as probative material in the judicial process was identified in the case study, despite the e current lack of regulation regarding the subject, since it could easily be manipulated and does not guarantee the veracity when providing evidence during the process. In conclusion, digital evidence is usually a special means, which is why it determines an important probative effectiveness in judicial processes in order to provide the veracity of the facts, but currently there is no regulation for its procedural treatment.

Keywords: digital evidence, electronic evidence

I. Introducción

El presente trabajo se realizó por el interés de conocer la importancia de la prueba digital en la valoración probatoria de hechos relacionados con delitos contra la administración pública, a fin de que contribuyan a una decisión justa por parte del juez.

De la revisión de fuentes bibliográficas digitales, podemos señalar el caso citado por Pereira (2013), en España, quien señala que la prueba digital en la valoración en los procesos penales se debe asociar con un enfoque de seguridad respecto de la integridad de las pruebas digitales, con el objeto de no afectar su autenticidad e información.

En Estados Unidos, Rodríguez (2018) manifiesta que todavía no existe una regulación especial para los medios de prueba digital y que permanece la forma análoga, ya que está regido por el *Common Law* y se direcciona pronunciamiento judicial vinculante. Asimismo, en Chile, se refiere que la prueba digital está considerada como documento electrónico, como un medio de prueba válido que, pese a no estar regulado por su normativa, tiene validez para generar veracidad.

Además, en el caso de Sudamérica, Puetate 2021, en Ecuador; Yépez (2022), en Colombia; y Zarzosa (2018), en Perú, refieren que la prueba digital se puede

validar como una fuente probatoria y que se adecúa como materia documental y debe cumplir ciertos requisitos para su admisibilidad en el proceso.

Es importante considerar que, en nuestro país, el Tribunal Constitucional consideró como valor probatorio las conversaciones de WhatsApp o Facebook, lo que sienta un precedente para otros casos.

De igual forma, con respecto al delito contra la administración pública, Benito (2013) señala que Alemania fue uno de los países elegidos para regular su legislación en materia de corrupción de funcionarios, puesto que ha dejado de ser un problema local para convertirse en un problema transnacional, pues no existe frontera para accionar un hecho ilícito.

Años de corrupción se ha convertido en un fenómeno generalizado en nuestro país. Esto limita las proyecciones de crecimiento y confianza en la administración pública, tal como lo señala Paredes (2017).

El diagnóstico que podemos emitir, después de revisar varias fuentes bibliográficas nacionales e internacionales, es que en nuestro país todavía no se atribuye la prueba digital como prueba autónoma, pues solo está establecida como prueba documental.

Cabe mencionar que la sentencia T-043/20 de la Corte Constitucional de Colombia analizó aspectos importantes del valor empírico de las “capturas de pantalla” de los mensajes de WhatsApp. Si no pueden adjuntar los chats de WhatsApp y se necesita ayuda con capturas de pantalla impresas, se deberán adjuntar otros tipos de evidencia, según las fuentes de la ley (2020).

El investigador Hernández (2014) indica que la investigación necesita ser justificada por el razonamiento. El presente trabajo parte de los aspectos teóricos en los que se fundamentan la incorporación de la prueba digital en los delitos contra la administración pública, y en los aspectos prácticos que identificaremos mediante la revisión documental.

Asimismo, planteamos como problema general de esta investigación el siguiente: ¿De qué manera la prueba digital influye en los delitos contra la administración pública - Lima Metropolitana, 2022?, y como problemas específicos: ¿De qué manera influye la relevancia jurídica de la prueba digital en los delitos contra la administración pública - Lima Metropolitana, 2022?, ¿De qué manera influye la identificación de la prueba digital en los delitos contra la administración pública - Lima Metropolitana, 2022? y ¿De qué manera influye la calidad de la prueba digital en los delitos contra la administración pública - Lima Metropolitana, 2022?

Finalmente, como objetivo general de esta investigación planteamos Determinar de qué manera influye la prueba digital en los delitos contra la administración pública - Lima Metropolitana, 2022; y como objetivos específicos: Determinar de qué manera influye la relevancia jurídica de la prueba digital en los delitos contra la administración pública - Lima, Metropolitana, 2022; Determinar de qué manera influye la identificación de la prueba digital en los delitos contra la administración pública - Lima Metropolitana, 2022, y Determinar de qué manera influye la calidad de la prueba digital en los delitos contra la administración pública - Lima Metropolitana, 2022.

II. Presentación del caso jurídico

2.1. Antecedentes

En Colombia, Herrera (2021) establece que los mecanismos de defensa de la evidencia electrónica por nulidad, por adquisición ilegal, falsedad, por falta de equivalencia funcional y desconocimiento de los mensajes de datos, deben ser claros y precisos.

Asimismo, en Ecuador, Punguil (2019) señala que, para garantizar la valoración de la prueba digital, se debería solicitar al notario, lo cual certificará lo escrito y así no será fácil su manipulación.

Además, en Chile, Carmona (2019) afirma que la corrupción es un fenómeno que viola la obligación de sus funciones en el poder estatal y genera beneficios ilícitos propios o para terceros.

Del mismo modo, en Perú, García (2019) explica que los delitos contra la administración pública consisten en las acciones que realiza el funcionario público o servidor público para sacar un provecho propio o para un tercero, por intermedio de ofrecer o recibir una dádiva para agilizar los procesos burocráticos en la administración.

Igualmente, Paredes (2017) con referencia a los delitos contra la administración pública, indica que se trata de un fenómeno que desencadena la desconfianza del ciudadano hacia los administradores públicos, por el hecho de recibir una dádiva por un beneficio propio.

En este orden de ideas, nuestra investigación se centra en el delito de cohecho pasivo propio, por el cual un servidor público abusa de su cargo para obtener un beneficio económico a cambio de generar un puesto laboral para un tercero.

2.2. Fundamento del tema elegido

Para la primera categoría de nuestro estudio, denominada Prueba digital, nos basamos en la teoría de la prueba de los hechos de Michele Taruffo (2002), la cual establece que los hechos son objeto de prueba y los analiza mediante su individualización. Esta teoría se logra por su relevancia jurídica, identificación y calidad.

En relación con la primera subcategoría, Relevancia jurídica, según Sánchez (2001), se considera relevante o irrelevante en la perspectiva de su idoneidad en términos de aplicabilidad a la perspectiva legal de la actividad humana. Así, el perito Blanco (2022) refiere que la idoneidad resulta ser el primer criterio para la valoración de la prueba, lo cual implica resolver alguna cuestión que acredite el hecho.

Respecto de la segunda subcategoría, Identificación, podemos considerar, según la postura Martín (2015), que el propósito de esta fase es determinar la posible comisión de un hecho delictivo, lo que resulta necesario para identificar a los posibles autores. Laura (2021) señala que, para que se establezca un hecho delictivo, debe reunir los elementos esenciales que acrediten el hecho y estos son: conducta, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.

En cuanto a la tercera subcategoría, Calidad, Giraldo (2015) establece que todas las decisiones en la comunidad legal deben basarse en el análisis y la evaluación de la calidad de la evidencia y cumplir ciertos parámetros. Por ello, Chumi (2017) refiere que la prueba es inherente a la actividad probatoria, que establece parámetros en la calificación de la admisibilidad de los medios probatorios, los cuales corresponden a requisitos intrínsecos o de fondo, que son conducencia, pertinencia o relevancia, utilidad y legal, y extrínsecos, que son oportunidad procesal, formalidades procesales, legitimación del juez, competencia del juez y capacidad del juez.

Para la segunda categoría de nuestra investigación, denominada Delitos contra la administración pública, nos amparamos en la teoría del dominio del hecho de Claus Roxin (1998). El autor refiere que, cuando una persona comete un delito, adquiere diferentes títulos de imputación, la cual puede distinguir entre autores y partícipes. Además, Roxin plantea tres formas de dominar este hecho, lo que establece como subcategorías el dominio de la acción, el dominio de la voluntad y el dominio funcional, que se explican a continuación.

En relación con la primera subcategoría, Dominio de la acción, Roxin se refiere a quien realiza la acción delictiva. Este es el caso de la autoría directa. En ese sentido, el jurista peruano Caro (2021) refiere que quien, en determinada situación,

realiza un acto en posesión del hecho, siempre se calificará como criminal, ya que no es posible considerarlo de otra manera.

En referencia a la segunda categoría, Dominio de la voluntad, llamada autoría mediata, según Roxin, quien responde es la persona que utiliza un instrumento o intermediario para realizar la acción delictiva. En ese sentido, Salazar (2018) establece que el control de la voluntad se concreta evidencia cuando el sujeto que realiza la acción (el autor inmediato) no puede controlar los hechos.

En cuanto a la tercera subcategoría, Dominio funcional, Roxin la conceptualiza como evidencia para los supuestos de coautoría, en los que hay varias personas que realizan el hecho delictivo. Del mismo modo, Márquez (2007) señala que se produce cuando las acciones típicas son realizadas directa o indirectamente por varias personas en colaboración.

2.3. Aporte y desarrollo de la experiencia

La presente investigación utiliza una metodología de enfoque cualitativo. Desde esa perspectiva, según Hernández y Mendoza (2018), la investigación se enfoca en comprender y explorar los fenómenos desde la perspectiva de los participantes en su entorno y contexto natural. Por tanto, se desarrolló el tema de investigación uniendo la primera y segunda categorización en el tema de las teorías me permitieron a estructurar todo el caso jurídico.

Carretero (2019) indica que el uso constante de WhatsApp ha convertido este medio en una fuente principal de comunicación, por lo que los mensajes enviados y recibidos constituyen un medio de prueba en el mundo de la legalidad para su análisis probatorio.

Cabe resaltar, en cuanto a mi participación en el expediente fiscal, fue la de elaborar la disposición de investigación preliminar y apoyar en las diligencias preliminar concernientes a la declaración indagatoria y testimonial en los partícipes del caso. En consecuencia, se pudo esclarecer los hechos del presente caso.

Respecto de la incorporación, la prueba digital está considerada como prueba documental, pues detalla las comunicaciones entre los participantes del presente caso por intermedio del aplicativo de WhatsApp, y se presentó al despacho fiscal mediante una impresión de papel. Es importante señalar que la defensa de la imputada no cuestionó la valoración de la prueba digital presentada en su momento.

En este sentido, la obtención de datos como prueba para garantizar el éxito de las investigaciones penales requiere que los investigadores responsables de la

recopilación, el almacenamiento, el análisis y la presentación de pruebas digitales hagan un trabajo impecable para garantizar su autenticidad e integridad antes de presentarlas en el juicio oral, tal como lo señala el Manual de evidencia digital (2017).

Este tipo de pruebas también puede presentar una alta complejidad tecnológica, lo que implica la ayuda técnica de un perito informático para resolver este tema. En ese sentido, procede a la acusación del delito y anexado al informe del levantamiento de las comunicaciones y bancarias, lo que concluye que la denunciada es la responsable de la acción ilícita penal bajo la modalidad de cohecho pasivo propio contra la administración pública.

Asimismo, se aprecian algunos problemas en el inicio de la investigación en el despacho fiscal, el cual señala la prueba digital como prueba documental que en la actualidad no está regulada. También se pudo apreciar la falta de conocimiento acerca del manejo de la prueba digital en la etapa inicial por parte de los operadores jurídicos, a pesar de que existe un Manual de evidencia digital, publicado en 2017.

Con respecto a futuras mejoras, se considera implementar capacitaciones por parte del personal especializado de la Unidad Fiscal Especializada en Ciberdelincuencia, a fin de instruir a los operadores jurídicos en sus planteamientos jurídicos de caso.

Tabla I

Matriz de categorización *apriorística*

Ámbito temático	Problema general	Problemas específicos	Objetivo general	Objetivos específicos	Categoría	Subcategoría	Técnica	Instrumentos
Perú	¿De qué manera influye la prueba digital en los delitos contra la administración pública - Lima Metropolitana, 2022?	¿De qué manera influye la relevancia jurídica de la prueba digital en los delitos contra la administración pública - Lima Metropolitana, 2022?	Determinar de qué manera influye la prueba digital en los delitos contra la administración pública - Lima Metropolitana 2022	Determinar de qué manera influye la prueba digital en los delitos contra la administración pública - Lima Metropolitana 2022	Prueba digital	Relevancia jurídica	Revisiones documentales	Fichas electrónicas
						Identificación		
Perú	¿De qué manera influye la prueba digital en los delitos contra la administración pública - Lima Metropolitana, 2022?	¿De qué manera influye la identificación de la prueba digital en los delitos contra la administración pública - Lima Metropolitana, 2022?	Determinar de qué manera influye la prueba digital en los delitos contra la administración pública - Lima Metropolitana 2022	Determinar de qué manera influye la identificación de la prueba digital en los delitos contra la administración pública - Lima - Metropolitana 2022	Delito contra la administración pública	Dominio de la acción	Revisiones documentales	Fichas electrónicas
						Dominio de la voluntad		
		¿De qué manera influye la calidad de la prueba digital en los delitos contra la administración pública - Lima Metropolitana, 2022?		Determinar de qué manera influye la calidad de la prueba digital en los delitos contra la administración pública - Lima Metropolitana, 2022?				

Fuente: Elaboración propia (2022)

III. Presentación del reporte de caso jurídico

El presente estudio de caso se refiere a la Carpeta Fiscal N.º 294-2022, por la presunta comisión de delito contra la administración pública en la modalidad de cohecho pasivo propio, y que estuvo a cargo del Quinto Despacho de la Primera Fiscalía Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Lima.

Se inicia con la denuncia que señala como la presunta autora a Roxana Milagros Garibay Bravo, por la comisión de los delitos contra la administración pública en la modalidad de cohecho pasivo propio.

Según la denuncia realizada por la afectada, Consuelo Minaya Giudiche, se contactó con la denunciada Roxana Garibay Bravo a fin de conseguir un puesto laboral como digitadora en EsSalud y la denunciada le refirió para que pueda ser efectivo su pedido tenía que abonar a su estado de cuenta la suma de S/ 10 500. La afectada solo abonó la suma de S/ 3500, como primera parte, y quedaron pendientes dos cuotas, las cuales desistió de entregar.

En vista que Minaya no completó el pago acordado, Garibay comenzó a realizar actos hostigamiento laboral contra ella, para obligarla a renunciar. Todas las acciones ilícitas del presente caso se evidencian mediante las conversaciones entre Minaya y Garibay por medio del WhatsApp.

Por ello, Minaya se apersonó a la oficina de personal del Hospital Almenara, con el fin de presentar su queja y, posteriormente, el representante del nosocomio elevó la denuncia al Ministerio Público.

Se recabaron los medios de prueba como testimonial y documental en los que existen elementos de convicción para su formalización. Cabe señalar que la evaluación de la evidencia se da como parte integral del proceso, y genera etapas de conceptos democráticos o autoritarios, lo cual resalta Houed (2007).

IV. Discusión

En relación con el objetivo general de esta investigación, la posición teórica de Taruffo (2002), referida a la primera categoría, denominada Prueba digital, señala que los hechos son objeto de prueba y que analiza mediante su individualización, y tiene incidencia en la segunda categoría, Delitos contra la administración pública, de acuerdo con la teoría del dominio del hecho, de Roxin (1998).

Cuando una persona comete un delito, adquiere diferentes títulos de imputación, que puede variar entre autores y partícipes, lo que evidencia que, en el caso C.F. N.º 294-2022, se cumple al ser necesario conocer el grado de participación en la acción punitiva teniendo como instrumento la prueba digital.

Asimismo, se corrobora el primer objetivo específico, porque la *relevancia jurídica* según Sánchez basado en la posición de Taruffo (2002) influye en el dominio de la acción sostenida por Caro y postulada por Roxin (1998) evidenciándose la idoneidad del ámbito jurídico en la calificación del hecho punible.

En cuanto a la subcategoría Identificación, según Martín basada en la teoría de Taruffo (2002) así como en el dominio de la voluntad a la que se refiere Salazar señalada por Roxin (1998), los autores indican que la responsabilidad penal es asumida a sabiendas y voluntariamente por cualquiera que quiera lograr el resultado de una actividad delictiva, cuya identificación será la atribución de su accionar de manera directa o indirecta.

Por otro lado, en relación con la subcategoría *calidad* según lo señala Giraldo en virtud a la posición de Taruffo (2002) influye en la posición del dominio funcional aludida por Márquez basado en la teoría de Roxin (1998) al tener mayor realce puesto que debe cumplir ciertos parámetros para la incorporación de medios probatorios en la etapa preliminar a efectos de establecer la participación directa e indirecta del autor del delito criminal, esto con referencia a los que se suscitan contra la administración pública.

V. Conclusiones

Primera. Hemos determinado que sí existe influencia de la prueba digital en los delitos contra la administración pública, basada en la teoría de Taruffo (2002), porque va a permitir, mediante la evaluación de la prueba digital, interpretar aquellos elementos cognitivos que aporten evidencia de los delitos contra la administración pública y estos sean aceptables bajo criterios valorativos que puedan conducir a conclusiones que formen el razonamiento y decisión del juez.

Segunda. Hemos determinado que sí existe influencia de la relevancia jurídica en la prueba digital, en virtud de los delitos contra la administración pública basados en la teoría de la prueba y la posición de Taruffo (2002). Esto ha permitido corroborar el primer objetivo de esta investigación, porque se demuestra la relevancia jurídica en la motivación de conocer más a fondo casos que impliquen delitos

contra la administración pública, respecto de la prueba digital como fuente probatoria en los procesos judiciales.

Tercera. Hemos determinado que sí existe influencia de la identificación de la prueba digital, en virtud de los delitos contra la administración pública basados en la teoría de Sinchi (2018), lo que ha permitido corroborar el segundo objetivo de esta investigación porque nos dirige a la búsqueda de los participantes de los hechos delictivos a través de la prueba digital, lo que indicará su inocencia o culpabilidad en el presente caso.

Cuarta. Hemos determinado que sí existe influencia de la calidad de la prueba digital, en virtud de los delitos contra la administración pública basados en la teoría Vílchez (2014), lo que ha permitido corroborar el tercer objetivo de esta investigación, porque nos ayuda reconocer sus límites aceptables, lo cual no incluye un área que garantice su seguridad para la veracidad del contenido.

Quinta. Finalmente, debemos señalar que, durante la investigación del presente caso, hemos tenido algunas limitaciones como el acceso a la recolección del caso completo, pues, para acceder a parte de la información, nos sugirieron la privacidad de los datos y confidencialidad de los documentos. Asimismo, en el ámbito internacional y nacional, no existe mucha información de casos parecidos, ni fuentes del derecho, como jurisprudencia, doctrina, etc., a fin de conocer más el tema, lo cual queda pendiente para las próximas investigaciones.

Referencias bibliográficas

- Blanco Huanca, H. (2022). La idoneidad como requisito de valoración pericial. *Revista Latinoamericana de Derecho*. <https://iuslatin.pe/la-idoneidad-como-requisito-de-valoracion-pericial/>
- Benito Sánchez, D. (2013). Estudio sobre los delitos de cohecho de funcionario público comunitario, extranjeros y de organizaciones internacionales en el derecho penal alemán. *Revista Electrónica de Defensa*, (15). <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4165582>
- Carmona Lizana, C. (2019). *Cohecho en funcionario de la administración pública* [Tesis de licenciatura]. Universidad de Chile. <https://repositorio.uchile.cl/handle/2250/168019>
- Caro, J. (2021). Revisión crítica de la teoría del dominio del hecho. PUCP. <https://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/182678>

- Chumi Pasato, A. (2017). *El deber judicial de admisión de los medios probatorios y la vulneración al derecho a la prueba en relación con el derecho a la defensa* [Tesis de maestría]. Universidad Andina Simón Bolívar. <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/5633/1/T2285-MDP-Chumi-El%20deber.pdf>
- Hernández Sampieri, R., Fernández, C y Baptista, L. (2014). *Metodología de la investigación*. McGraw Hill Education.
- Hernández Sampieri, R. y Mendoza, P. (2018). *Metodología de la investigación. Las rutas cuantitativa, cualitativa y mixta*. McGraw Hill Education.
- Herrera Moreno, J. M. (2021). *Estudio de la prueba electrónica, su preservación, adulteración, mecanismo de defensa y valoración en el proceso judicial* [Tesis de maestría]. Universidad Externado de Colombia. <https://bdigital.uexternado.edu.co/entities/publication/94b49d64-77f7-4a8f-b5a7-aebcefb5768>
- Houed Vega, M. (2007). *La prueba y su valoración en el proceso penal*. Instituto de Estudio de Investigación Jurídica - Nicaragua. <https://www.sijufor.org/uploads/1/2/0/5/120589378/03-la-prueba-y-su-valoracion-1-1.pdf>
- García Mendoza, G. (2019). *Delitos contra la administración pública y su relación con el cumplimiento del pago de las reparaciones civiles en Tarapoto, periodo 2017* [Tesis de grado]. Universidad César Vallejo. <https://repositorio.ucv.edu.pe/handle/20.500.12692/32020>
- Giraldo Montoya, C. y Escudero, C. (2015). *Libro de Derecho Probatorio*. Universidad Católica de Colombia. <https://repository.ucatolica.edu.co/entities/publication/fe9e9b31-31ba-4765-a3a0-fa4538382ad0>
- Iriarte, P. (2020) Precisiones en torno a la prueba digital y tecnológica. *Revista Latinoamericana de Derecho*. <https://iuslatin.pe/precisiones-en-torno-a-la-prueba-digital-y-tecnologica/>
- Laura Arantegui, A. (19 de mayo de 2021). Elementos esenciales que tiene que reunir todo hecho delictivo. *IurisCrimPol Blog de los Estudios de Derecho y Ciencia Política*. <https://blogs.uoc.edu/edcp/author/laurarentegui/>
- LP Derecho. (2020). *¿Las capturas de pantalla de WhatsApp tiene eficacia probatoria?* Sentencia T 043/20 Corte Constitucional de Colombia. <https://lpderecho.pe/capturas-pantalla-whatsapp-tienen-eficacia-probatoria/>
- Martín Brañas, C. (2015). Reconocimiento del delincuente: nuevas diligencias de identificación. *Boletín del Ministerio de Justicia de España*. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5342699>
- Márquez Cárdenas, A. (2007). La coautoría: concepto y requisitos en la dogmática penal. *Dialogos de Saberes*, (26), 71-102. <https://shorturl.at/gINT6>

- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (2017). *Manual de evidencia digital*. American Bar Association. https://www.mpfh.gob.pe/Docs/0/files/manual_evidencia_digital.pdf
- Paredes Guevara, B. (2017). *Delitos de corrupción de funcionarios y servidores públicos en los Gobiernos locales* [Tesis de maestría]. Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo. <https://repositorio.unprg.edu.pe/handle/20.500.12893/7364>
- Pereira Puigvert, S. (2013). *La exhibición de documentos probatorios y soportes informáticos* [Tesis doctoral]. Universidad Nacional de Girona. <https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/104485/tspp.pdf>
- Puetate Páucar, J. M., Coka Flores, D. F y Méndez Cabrera, C. (2021). La prueba digital en procesos judiciales aplicables al Código Orgánico General de Procesos, a partir de la pandemia Covid-19. *Revista Dilemas Contemporáneos*, VIII. https://www.researchgate.net/publication/352036291_La_prueba_digital_en_procesos_judiciales_aplicables_al_Codigo_Organico_General_de_Procesos_COGEP_a_partir_de_la_pandemia_COVID-19
- Punguil Coro, J. J. (2019). *Validez y eficacia de la prueba electrónica como medio probatorio en los procesos judiciales* [Tesis de Maestría]. Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. <http://repositorio.ucsg.edu.ec/handle/3317/14040>
- Rodríguez Prada, J. D. (2018). *La evidencia digital como medio de prueba en los delitos informáticos* [Trabajo de grado]. Pontificia Universidad Javeriana. <https://repository.javeriana.edu.co/handle/10554/41491>
- Roxin, C. (2000). *La autoría y dominio del hecho en el derecho penal*. Ediciones Jurídicas y Sociales. https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4272632/mod_resource/content/0/Autor%C3%ADa%20y%20dominio%20del%20hecho%20en%20derecho%20penal..pdf
- Salazar Arellano, Andrés (2018). *La autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizado* [Tesis de maestría]. Universidad Andina Simón Bolívar. <https://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/4261>
- Sánchez de la Torre, A. (2001). *Dimensiones jurídicas de los derechos humanos*. Centro de Estudios Registrales del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=827953>
- Sierra, S. (2019). *El impacto de las nuevas tecnologías en materia probatoria civil y penal* [Tesis de grado]. Universidad Pontificia Comillas. <https://repositorio.comillas.edu/xmlui/handle/11531/29254>
- Taruffo, M. (2022). *La prueba de los hechos*. Trotta.

- Vílchez Quevedo, M. (2014). *La obtención de la prueba ilícita en el ordenamiento procesal penal peruano y la vulneración a los derechos fundamentales* [Tesis de maestría]. Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo. <https://repositorio.unprg.edu.pe/handle/20.500.12893/7423>
- Yépez Gómez, M. M., Pérez Benitorevollo, J. A. y Peinado, M. (2022). Aplicación de la prueba electrónica en el marco normativo colombiano. *Novum Jus*, 16(1), 253-277. <https://novumjus.ucatolica.edu.co/article/view/4163>
- Zarzosa Cadillo, E. S. (2018). *Tratamiento de la prueba digital ofrecida por las partes en el Proceso Penal del Ministerio Público de Ventanilla, Callao - 2017* [Tesis de maestría]. Universidad César Vallejo. <https://repositorio.ucv.edu.pe/handle/20.500.12692/21042>

Fraude informático y su impacto en los derechos fundamentales de la persona en el Cercado de Lima, 2022

Computer fraud and its impact on the fundamental rights of the individual in Cercado de Lima, 2022

BACH. ROSA CLARA TUESTA ESTELA¹⁵
a2020103519@uwiener.edu.pe
ORCID: 0000-0002-4109-1354

DRA. ISABEL RAMÍREZ PEÑA¹⁶
isabel.ramirez@uwiener.edu.pe
ORCID: 0000-0003-3248-6837

Resumen

El delito informático con mayor incidencia es el fraude informático. El presente trabajo tiene como propósito determinar el impacto que genera el fraude informático en los derechos fundamentales de la persona en el Cercado de Lima, 2022. Se utilizó como metodología el enfoque cualitativo, tipo básico, de paradigma fenomenológico, nivel descriptivo-explicativo, de diseño no experimental, de carácter transeccional tratándose de un estudio de caso, y se usó como técnica de recolección de datos y análisis documental. Los resultados obtenidos indican que existe predominancia de los delitos de fraude informático dentro del ámbito de la ciberdelincuencia y, en gran medida, esto obedece a la enorme dependencia de las personas de los dispositivos tecnológicos en el desarrollo de sus actividades. Como conclusión, se determinó que el fraude informático impacta en los derechos fundamentales de la persona, en el Cercado de Lima, 2022. Lo más importante es evidenciar que este delito vulnera no solo derechos, sino también principios y garantías fundamentales para la persona. Para

¹⁵ Facultad de Derecho y Ciencia Política, Universidad Norbert Wiener. Lima, Perú.

¹⁶ Ídem.

determinarlo, lo que más ayudó fueron las doctrinas relacionadas con el tópico de estudio, mientras que el aspecto más difícil representó el tiempo disponible para la ejecución del estudio.

Palabras clave: cibercrimen, delito informático, derechos humanos

Abstract

The computer crime with the highest incidence is computer fraud. This study aims to determine the impact of computer fraud on the fundamental human rights in Cercado de Lima - 2022. The methodology used was the qualitative approach, with a basic type, phenomenological paradigm, descriptive - explanatory level, non-experimental design and a cross-sectional case study. Documentary analysis was used as a data collection technique. The results show that computer fraud is the most prevalent form of cybercrime, largely due to the enormous dependence of people on technological devices in their daily activities. As a conclusion, it was determined that computer fraud has an impact on fundamental human rights in Cercado de Lima - 2022. The most important aspect of it is the fact that this crime not only violates rights but also fundamental principles and guarantees of individuals. In order to determine this, what helped the most were the doctrines found in relation to the topic of research, while the most challenging aspect was the limited time available for the execution of this study.

Keywords: cybercrime, computer crime, human rights

I. Introducción

En Chile, tenemos a Mayer y Oliver (2020), quienes refieren que la ciberdelincuencia y la jurisprudencia en torno a ella son bastante nóveles; pese a ello, estas presentan un crecimiento vertiginoso, en concordancia con el exponencial avance de las TIC.

En Latinoamérica, se han adoptado diversas posturas para enfrentar este delito; esta diversidad no permite estandarizar la respuesta frente a ellos, sobre todo en el tratamiento jurídico-legal y punitivo (Riega, Huamani y Machuca, 2021). En el caso de República Dominicana, se incorpora una normativa puntual para contener la ciberdelincuencia; por el contrario, países como Colombia, Panamá o Nicaragua han integrado a sus ordenamientos jurídicos ciertos cambios en los que se establecen las previsiones para evitar la ciberdelincuencia. Mientras tanto,

países como El Salvador aplican figuras jurídicas clásicas modificadas parcialmente para normar este delito (Vinelli, 2021).

En el caso del Perú, recién en 2019 se suscribió el Convenio de Budapest (Zevallos, 2020), el cual estipula las acciones estratégicas que deben adoptar las naciones para contener la cibercriminalidad (Leyva, 2021). Esta suscripción tardía explica el gran atraso que existe en nuestro país con respecto a la regulación de estos ilícitos. En el Perú, el fraude cibernético es uno de los ciberdelitos con mayor incidencia. La cibercriminalidad supera las 7000 denuncias (hasta abril de 2022), de las cuales más de 5000 se encuentran tipificadas en nuestro ordenamiento jurídico (Andina, 2022).

La problemática que representan los delitos informáticos, en general, es sumamente compleja, puesto que son ilícitos camaleónicos y, por lo general, siempre están un paso delante de la normativa legal, debido a que usan como medio los grandes avances tecnológicos.

Ante ello, resulta menester que el Estado actualice la normativa en relación con la regulación de estos ilícitos, además de considerar el derecho comparado y las experiencias exitosas en otros países, además de las medidas jurídico-legales necesarias para su emulación en nuestro ordenamiento jurídico.

Resulta importante el estudio de estas nuevas modalidades delictivas, así como su gran versatilidad y capacidad de reinención, lo que hace más compleja su detección y su regulación normativa.

En ese sentido, la presente investigación se justifica dentro de un enfoque cuádruple. Teóricamente, se encuentra respaldada por distintas posturas dentro del acervo científico existente en torno al fraude informático y los derechos fundamentales. Dentro de un enfoque práctico, pretende constituirse en una herramienta académica de consulta; desde lo social, pretende incidir en el respeto de estos derechos, los que por su propia naturaleza son inviolables y cuyo respeto y tutela efectiva deben ser garantizados por el Estado; metodológicamente, el estudio ha seguido todos los lineamientos y parámetros de la investigación científica (Hernández y Mendoza, 2018).

Para ello, se ha planteado como problema general el siguiente: ¿Cómo impacta el fraude informático en los derechos fundamentales de la persona en el Cercado de Lima - 2022? Y como problemas específicos se plantean: ¿Cómo impacta el fraude informático en los derechos a algo en el Cercado de Lima - 2022?, ¿Cómo impacta el fraude informático en las libertades en el Cercado de Lima - 2022? y ¿Cómo impacta el fraude informático en las competencias en el Cercado de Lima - 2022?

Por otro lado, el objetivo general busca determinar el impacto del fraude informático en los derechos fundamentales de la persona, en el Cercado de Lima - 2022. Asimismo, como objetivos específicos, se busca lo siguiente: Determinar el impacto del fraude informático en los derechos a algo en el Cercado de Lima - 2022, Determinar el impacto del fraude informático en las libertades en el Cercado de Lima - 2022 y Determinar el impacto del fraude informático en las competencias en el Cercado de Lima - 2022.

II. Presentación del caso jurídico

2.1. Antecedentes

Con respecto a las investigaciones realizadas en el ámbito internacional, en Ecuador, Paguay (2020) señala que un 80% de los participantes del estudio coincide en que las transacciones comerciales realizadas en el contexto informático no se encuentran debidamente reguladas; a partir de ello, el autor concluye que todas las personas demandan la tutela efectiva por parte del Estado de sus derechos constitucionales ante ilícitos perpetrados en el contexto informático.

En Chile, Utreras (2017) señala que el fraude informático representa un delito de alta complejidad, lo cual imposibilita que su tratamiento jurídico-legal sea el mismo que con la estafa convencional; de esto, concluye que la carencia de una tipificación concreta en el ordenamiento jurídico chileno acerca del fraude informático y la no inclusión en modos convencionales de delitos origina una serie de dificultades a nivel dogmático y criminológico, las cuales son utilizadas por los delincuentes para mantener sus delitos impunes.

Respecto de los trabajos desarrollados en el ámbito nacional, se tiene la tesis de Ayma (2020), quien halla una inadecuada aplicación de la normativa existente en relación con delitos informáticos por parte de los operadores de justicia, lo cual deviene en una serie de vulneraciones a los derechos fundamentales de los agraviados e imputados, incluso en desmedro del propio Estado. Por tanto, concluye que sí existe relación entre los ciberdelitos y las pesquisas judiciales preliminares en el ámbito de estudio.

En tanto, Palacios (2021) menciona que los delitos que atentan contra los datos e informaciones en el plano informático representan una flagrante vulneración de uno de los derechos más fundamentales de la persona: su intimidad. Por ello, indica que resulta muy importante realizar estudios más profundos y con mayor

alcance que permitan abordar jurídica y legalmente la naturaleza intangible e imputabilidad de los ciberdelitos, así como sus implicancias en los derechos fundamentales, si se tiene en cuenta que el referido ilícito dispone de autonomía frente al Código Penal vigente.

2.2. Fundamento del tema elegido

Sobre la categoría Fraude informático, para su entendimiento, abordaremos la teoría de Mayer y Oliver (2020), quienes refieren que muchas veces se entiende mal el fraude informático al vincularlo con delitos frustrados o tentativa de los mismos. Los autores puntualizan que, dentro de la gama de fraudes informáticos, destacan dos modalidades: el *phishing* y el *pharming*, los cuales comparten la particularidad de que acontecen en el ámbito bancario.

Con respecto a las subcategorías estudiadas, Mayer y Oliver (2020) refieren que el *phishing* se configura cuando los delincuentes tienen acceso de manera fraudulenta a información personal del cliente bancario, con el fin de realizar operaciones sin su consentimiento en favor de sí mismo o un tercero (Hernández y Baluja, 2021). Para ello, utilizan argucias técnicas y de ingeniería social con el fin de sustraer datos y claves de las cuentas bancarias de los clientes (Estrada, Unás y Flórez, 2021). Por su parte, Méndez *et al.* (2007) señalan que este tipo de ataque se efectúa a través de correos electrónicos que parecen ser enviados desde una fuente real, con la intención de inducir al usuario a que abra un archivo adjunto malicioso o siga una dirección URL falsa.

En relación con la segunda subcategoría, el *pharming* se configura cuando el delincuente crea y opera una página web falsa, de aspecto idéntico a la original, con el fin de que los usuarios realicen sus operaciones normalmente y proporcionen información personal que ayude a los ciberdelincuentes a validar sus operaciones en los canales virtuales dispuestos por el banco (Oxman, 2013). Al respecto, Rico (2013) señala que el *pharming* no se configura con el envío de *mails* en modo masivo, si no que vulnera el llamado DNS de una web lícita para redirigir a las personas que ingresen a un alojamiento falso que aparenta ser el verdadero (Vargas, 2020).

Por otro lado, con respecto a la categoría Derechos fundamentales de la persona, Pinho (2015) refiere que son los derechos conferidos de manera innata a la persona por su sola condición de ser humano (Landa, 2002). Se ha considerado conveniente respaldar la presente categoría mediante la teoría de Alexy (1993),

la cual sostiene que todo lo que cause afectación a la existencia del ser humano representa un derecho fundamental que debe ser tutelado y protegido de manera efectiva. En ese sentido, engloba estos derechos en tres (03) grandes grupos: derechos a algo, libertades y competencias.

Con respecto a la subcategoría Derechos a algo, suponen aquellos derechos que el Estado se encuentra impedido de obstaculizar o interferir sobre algunas acciones específicas que le confiere al titular del derecho, y que no deben verse afectadas en ninguna circunstancia porque eso trasciende la dignidad de la persona (Carpizo, 2011). La subcategoría Libertades supone para Alexy que todas las personas nacemos libres y que es obligación del Estado garantizar que dicha cualidad no se pierda, amparado en las normas constitucionales sobre su tutela efectiva y respeto irrestricto (Montiel, 2017). Por último, la subcategoría Competencias obedece principalmente a la naturaleza facultativa de los derechos fundamentales sobre otros derechos de diferente orden, además que refiere al otorgamiento de competencias jurídicas a la persona, con el fin de incrementar el alcance de su libertad jurídica (López, 2016).

III. Aporte y desarrollo de la experiencia

En relación con la metodología utilizada, se basó en un estudio de caso, Hernández y Mendoza (2018) refieren que se trata de estudios basados en el análisis de una unidad holística para responder al planteamiento de una determinada problemática, y de tipo básico porque que tienen como propósito principal la obtención de nuevos conocimientos a partir de fundamentaciones teóricas acerca de un tópico de estudio específico, los resultados que se logran con estos estudios son usados de fundamento para las investigaciones aplicadas (Ñaupas *et al.*, 2018; Caballero, 2014; Vara, 2012).

En lo que respecta al diseño, se hace uso de la teoría fundamentada, la cual consiste en el acopio de información proveniente de distintas fuentes, con la finalidad de encontrar fundamento teórico al estudio realizado (Hernández y Mendoza, 2018; Guerrero y Guerrero, 2014; Baena, 2017).

El enfoque utilizado fue el fenomenológico, el cual tiene como propósito el estudio de los aspectos más complejos de la vida humana, basándose en la subjetividad antes que en lo objetivo, pues su finalidad va más allá de lo cuantitativo (Fuster, 2019). En tanto, el estudio se encuentra dentro de un nivel descriptivo-explicativo,

el cual desarrolla un análisis cualitativo de un hecho o fenómeno real, basado en la revisión documental (Tamayo y Tamayo, 2003).

La revisión sistemática del bagaje teórico-científico existente sobre el tópico de estudio, el análisis de las distintas carpetas fiscales que contienen delitos informáticos, específicamente en su modalidad de fraude informático, y la información proveniente de especialistas en ciberdelincuencia, que son los efectivos de la División de Investigación de Delitos de Alta Tecnología (DIVINDAT-DIRINCRI-PNP), fueron las actividades que permitieron mejorar significativamente el nivel de conocimiento acerca del tema de estudio.

Como característica propia de un trabajo de investigación, se presentaron algunos problemas para su desarrollo, tales como la falta de datos debidamente consolidados y actualizados con respecto a la comisión de los delitos informáticos; la pandemia sanitaria, que complicó la disposición de esta información estadística, la cual se encontraba muy dispersa; y la disposición de los elementos que servirían para el análisis documental (carpetas fiscales), que debían ser solicitados con la debida antelación al Ministerio Público (MP), situación supuso un reto mayúsculo debido al carácter reservado de estos documentos.

Ante la diversificación de la información, se vio por conveniente realizar coordinaciones dentro de la misma DIVINDAT-DIRINCRI-PNP para la obtención de los datos existentes y consolidarlos; para ello, se tuvo la colaboración de efectivos policiales pertenecientes a esta División. En el caso de las carpetas fiscales, algunas de ellas se encontraban en posesión de la DIVINDAT-DIRINCRI-PNP; sin embargo, otras fueron solicitadas al Ministerio Público (MP), a fin de contar con las carpetas fiscales que aborden específicamente delitos informáticos en su modalidad de fraude informático y que de alguna manera expongan el impacto que generan en los derechos fundamentales de las personas; en este caso puntual se tuvo el apoyo de personal perteneciente al Área de Archivo del MP. Asimismo, se contó con el apoyo de profesionales del derecho en materia penal para conocer las implicancias jurídicas de este tipo de ilícitos en los derechos fundamentales.

Tabla 1: Matriz de consistencia o apriorística

Título: “El fraude informático en los derechos fundamentales de la persona, en el Cercado de Lima - 2022”

Ámbito temático	Problema general	Problemas específicos	Objetivo general	Objetivos específicos	Categorías	Subcategorías	Técnica	Instrumento
Perú	¿Cómo impacta el fraude informático en los derechos fundamentales de la persona, en el Cercado de Lima - 2022?	¿Cómo impacta el fraude informático en los derechos a algo en el Cercado de Lima - 2022?	Determinar el impacto del fraude informático en los derechos fundamentales de la persona, en el Cercado de Lima - 2022.	Establecer el impacto del fraude informático en los derechos a algo en el Cercado de Lima - 2022.	Fraude informático	Phishing* Pharming*		
				Establecer el impacto del fraude informático en las libertades en el Cercado de Lima - 2022.			Análisis documental	Guía de revisión documental
				Establecer el impacto del fraude informático en las competencias en el Cercado de Lima - 2022.	Derechos fundamentales de la persona	Derechos Libertades Competencias		

*Fuente: Elaboración propia (2022)

IV. Presentación del reporte de caso jurídico

La experiencia profesional conseguida gracias a pertenecer 11 años a la DIVIN-DAT-DIRINCRI-PNP, con especialización en delitos informáticos contemplados en el Código Penal y en la Ley N.º 30096 y sus modificatorias, en sus diversas modalidades: fraude informático, suplantación de identidad, entre otras, resultó determinante para establecer el impacto que tiene el fraude informático en los derechos fundamentales de la persona.

El caso está contenido en la carpeta fiscal N.º 4106014504-2022-1416-0, por el delito de fraude informático. Los hechos se inician cuando el agraviado ingresó al aplicativo móvil del Banco de la Nación y, al revisar su estado de cuenta, visualizó que se habían realizado dos transferencias interbancarias diferidas por la suma de S/ 3500 cada uno, por lo que procedió a bloquear su cuenta y se apersonó a la sede del banco donde interpuso el reclamo. Allí le informaron que se habían realizado cuatro transferencias por el monto de S/ 3500 cada uno.

En el presente caso, se denuncia la presunta comisión del delito informático contra el patrimonio-fraude informático previsto en el artículo 8 de la Ley N.º 30096, el cual establece que este delito se basa en el uso de las TIC para lograr un beneficio propio en perjuicio de un tercero.

Poe estas consideraciones, se dispuso abrir diligencias preliminares, a fin de que los involucrados rindan sus manifestaciones respectivas; además, se conminó a la entidad bancaria a remitir el resultado del reclamo realizado por el denunciante y las diversas operaciones que este realizó y los beneficiarios de las transferencias. Asimismo, se solicitó que se realicen las pericias del caso a los distintos dispositivos tecnológicos de los involucrados. Finalmente, se indica que se practiquen las pericias correspondientes diligencias tendientes a lograr la identificación de los autores del hecho delictivo.

V. Discusión

Con respecto al objetivo general, la posición teórica de Mayer y Oliver (2020), referida a la categoría fraude informático, señala que este delito implica una disparidad en el medio utilizado para perpetrar el perjuicio patrimonial, lo cual incide en la categoría derechos fundamentales de la persona, sustentada en la teoría de Alexy (1993), que sostiene que todo lo relacionado con la existencia de una persona presupone la existencia de una normativa sobre este derecho. Ambas posiciones

se comprueban y guardan ciertas coincidencias con lo expuesto por Pinho (2015), quien considera la vulneración de los derechos fundamentales de la persona a raíz de la perpetración de los delitos acontecidos en el ciberespacio, por su carácter intangible y alta complejidad respecto de su detección y regulación jurídico-legal. De acuerdo con lo planteado en el objetivo específico 1, en relación con la subcategoría Derecho a algo, la posición teórica acerca de los derechos fundamentales de Alexy (1993) indica que la persona es un ser único poseedor de derechos inviolables por su sola existencia, dicho postulado se relaciona con lo expuesto por Paguay (2020), quien incide en el rol que cumple el Estado en relación con la tutela de estos derechos, sea cual fuere el ámbito en donde se cometen (ciberespacio). Asimismo, esta posición concuerda con lo señalado por Carpizo (2011), quien indica la imposibilidad del Estado de obstaculizar o interferir en la tutela efectiva de estos derechos bajo ninguna circunstancia.

En cuanto a lo planteado en el objetivo específico 2, en relación con la segunda subcategoría, Libertades, la posición teórica de Alexy (1993) indica que todas las personas nacemos libres y que es obligación del Estado garantizar que dicha cualidad en el ser humano no se pierda. Esto se complementa con lo expuesto por Montiel (2017), quien reafirma que la libertad es parte de la esencia del ser humano, lo que la califica como una cualidad inviolable, y se relaciona con lo expuesto por Utreras (2017), quien sostiene que el ser humano es un ser eminentemente libre y que dicha característica se limita cuando transgrede la libertad de los demás.

Respecto de lo planteado en el objetivo específico 3, en relación con la subcategoría Competencias, las posiciones de Alexy (1993) y López (2016) coinciden en señalar la necesidad del otorgamiento de competencias jurídicas a la persona, con el fin de incrementar el alcance de su libertad jurídica. Dicha posición encuentra coincidencias con las posturas de Ayma (2020) y Palacios (2021), quienes coinciden en que los delitos informáticos vulneran derechos fundamentales de las personas, para lo cual se valen muchas veces de engaños y atentados contra la buena fe (mal uso de sus competencias).

VI. Conclusiones

Primera. Se determinó el impacto del fraude informático en los derechos fundamentales de la persona en el Cercado de Lima - 2022, en virtud a que este ilícito restringe derechos, libertades y competencias propias del ser humano, con base

en la teoría de Mayer y Oliver (2020) y la posición de Alexy (1993). Esto ha permitido corroborar el objetivo principal de esta investigación porque se demostró que la comisión del delito de fraude informático vulnera los derechos fundamentales de la persona.

Segunda. Se estableció el impacto del fraude informático en los derechos a algo en el Cercado de Lima - 2022, en virtud de que condiciona el desenvolvimiento y accionar libre de la persona, lo que restringe los derechos que le son conferidos por su sola existencia y condición, según lo indicado por Hernández y Baluja (2021) y la posición de Paguay (2020). Esto ha permitido corroborar el primer objetivo específico de esta investigación, porque se demostró que el fraude informático contraviene lo amparado por derechos que buscan salvaguardar los intereses de la persona en distintos planos de su vida.

Tercera. Se estableció el impacto del fraude informático en las libertades en el Cercado de Lima - 2022, en virtud de que limita su accionar normal por la enorme vulnerabilidad que supone la interacción en el ciberespacio, según lo indicado Utreras (2017) y la posición de Montiel (2017). Esto ha permitido corroborar el segundo objetivo específico de esta investigación, porque se demostró que el fraude informático restringe y limita las libertades que le son conferidas a la persona por su sola condición de ser humano.

Cuarta. Se estableció el impacto del fraude informático en las competencias en el Cercado de Lima - 2022, en virtud de que limita las facultades y capacidades de la persona para el ejercicio de sus actividades normalmente, según lo mencionado por Ayma (2020) y la posición de Palacios (2021). Esto ha permitido corroborar el segundo objetivo específico de esta investigación, porque se demostró que el delito de fraude informático vulnera las competencias personales que forman parte de sus derechos fundamentales constitucionalmente amparados.

Quinta. Finalmente, debemos indicar que hemos tenido algunas limitaciones como la dispersión de información y el tiempo disponible para el desarrollo de la investigación, situaciones que no nos permitieron un estudio más profundo y con mayor alcance. Por ello, es recomendable el desarrollo de estudios con mayor profundidad en relación con los delitos informáticos como fraude informático, puesto que por su carácter versátil, como consecuencia de los constantes avances tecnológicos, se dificulta tomar acciones preventivas que permitan mitigar los efectos nocivos de la ciberdelincuencia contra los derechos fundamentales de las personas.

Referencias bibliográficas

- Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales. <https://www.iecm.mx/www/sites/DDHH/publicaciones/01.pdf>
- Pichihua, S. (15 de julio de 2022). Conoce las modalidades más comunes de delitos informáticos y cómo denunciarlos en el Perú. *Andina*. <https://shorturl.at/nstY6>
- Ayma, H. (2020). *Delitos informáticos y su relación con el proceso de investigación preliminar en el distrito fiscal de Lima Norte año 2019* [Tesis de maestría]. Universidad Alas Peruanas. <https://repositorio.uap.edu.pe/xmlui/handle/20.500.12990/6216>
- Baena, G. (2017). *Metodología de la investigación*. Grupo Editorial Patria.
- Caballero, R. A. (2014). *Metodología integral innovadora para planes y tesis. La metodología del cómo formularlos*. Cengage Learning.
- Carpizo, J. (2011). Los derechos humanos: Naturaleza, denominación y características. *Cuestiones Constitucionales*, (25), 3-29.
- Estrada, R., Unás, J. y Flórez, O. (2021). Prácticas de seguridad de la información en tiempos de pandemia. Caso Universidad del Valle, sede Tuluá. *Logos Ciencia & Tecnología*, 13(2), 98-110.
- Fuster, G. D. (2019). Investigación cualitativa: Método fenomenológico hermenéutico. *Propósito y Representaciones*, 7(1), 201-229. <https://dx.doi.org/10.20511/pyr2019.v7n1.267>
- Guerrero, G. y Guerrero, C. (2014). *Metodología de la investigación*. Grupo Editorial Patria.
- Hernández, A. y Baluja, W. (2021). Principales mecanismos para el enfrentamiento al phishing en las redes de datos. *Revista Cubana de Ciencias Informáticas*, 35(3), 413-441.
- Hernández, R. y Mendoza, C. (2018). *Metodología de la Investigación. Las rutas cuantitativa, cualitativa y mixta*. McGraw Hill Education.
- Landa, C. (2002). Teorías de los derechos fundamentales. *Cuestiones Constitucionales*, 6, 17-48.
- Leyva, C. (2021). Estudio de los delitos informáticos y la problemática de su tipificación en el marco de los convenios internacionales. *Lucerna Iuris Et Investigatio*, (1), 29-47.
- López, E. (2016). En torno al concepto de competencia: Un análisis de fuentes. *Profesorado*, 20(1), 311-322.

- Mayer, L. y Oliver, G. (2020). El delito de fraude informático: Concepto y delimitación. *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, 9(1), 151-184.
- Méndez, J., Fdez-Riverola, F., Díaz, F. y Corchado, J. (2007). Sistemas inteligentes para la detección y filtrado de correo spam: una revisión. *Inteligencia Artificial*, 11(34), 63-81. <https://www.redalyc.org/pdf/925/92503405.pdf>
- Montiel, F. (2017). La libertad como principio humano, como fundamento ético y como medio para la cultura. Las tesis de La persona humana y el Estado totalitario, de Antonio Caso. *El Cotidiano*, (202), 127-128.
- Ñaupas, H., Valdivia, M., Palacios, J. y Romero, H. (2018). *Metodología de la investigación. Cuantitativa - Cualitativa y Redacción de la Tesis*. (5.ª ed.). Ediciones de la U.
- Oxman, N. (2013). Estafas informáticas a través de Internet: acerca de la imputación penal del “phishing” y el “pharming”. *Revista de Derecho (Valparaíso)*, 40(1), 211-262.
- Paguay, V. (2020). *Las nuevas perspectivas regulatorias de delitos informáticos en las compras a través de internet* [Tesis de pregrado]. Universidad Nacional de Chimborazo. <http://dspace.unach.edu.ec/bitstream/51000/7607/1/8.-TESIS%20OVER%C3%93NICA%20LILIANA%20PAGUAY%20CALDER%C3%93NDER.pdf>
- Palacios, E. (2021). *Los delitos informáticos contra datos, y su vulneración al derecho de la intimidad personal, en la ciudad de Ayacucho, 2020* [Tesis de pregrado]. Universidad César Vallejo. <https://repositorio.ucv.edu.pe/handle/20.500.12692/74705>
- Pinho De Oliveira, M. (2015). Comentarios sobre los derechos fundamentales como garantías del sistema de amparo. *Provincia*, (34), 25-46.
- Rico, M. (2013). Los desafíos del derecho penal frente a los delitos informáticos y otras conductas fraudulentas en los medios de pago electrónicos. *IUS*, 7(31), 207-222.
- Riega, Y., Huamani, H. y Machuca, J. (2021). Contratación electrónica y los delitos informáticos en protección al consumidor en el Perú. *Lex (Lima)*, 19(28), 197-236.
- Tamayo y Tamayo, M. (2003). *El proceso de la investigación científica*. Limusa.
- Utreras, P. (2017). *La necesidad de tipificar el delito de fraude informático en Chile* [Tesis de pregrado]. Universidad de Chile. <https://repositorio.uchile.cl/handle/2250/151758>

- Vara, A. (2012). *Desde la idea hasta la sustentación: Siete pasos para una tesis exitosa. Un método efectivo para las ciencias empresariales*. Instituto de Investigación de la Facultad de Ciencias Administrativas y Recursos Humanos de la Universidad San Martín de Porres.
- Vargas, P. (2020). Internet negro. El lado oscuro de la red. *PAAKAT*, 10(20), 34-39.
- Vinelli, R. (2021). Los delitos informáticos y su relación con la criminalidad económica. *Ius et Praxis*, (53), 95-110.
- Zevallos, Ó. (22 de mayo de 2020). Delitos informáticos: ¿Cuáles son los principales fraudes informáticos que se pueden cometer a través del E-Commerce? IUS 360. <https://ius360.com/delitos-informaticos-cuales-son-los-principales-fraudes-informaticos-que-se-pueden-cometer-a-traves-del-e-commerce-oscar-zevallos-prado/>

Impacto de la suspensión perfecta de labores por caso fortuito en el despido arbitrario. Caso Llaxa, Lima, 2022

Impact of the perfect suspension of employment due to fortuitous events on unfair dismissal. Case Llaxa, Lima, 2022

BACH. EVELYN VERÓNICA QUIQUIA PALPA¹⁷
a2022802768@uwiener.edu.pe
ORCID: 0000-0001-8949-0103

DR. ABEL MARCIAL ORUNA RODRÍGUEZ¹⁸
abel.m.oruna@gmail.com
ORCID: 0000-0001-6380-1014

Resumen

La suspensión perfecta de labores por caso fortuito es una herramienta que faculta al empleador a suspender las labores de forma unilateral, para lo cual debe cumplir con el correcto procedimiento ante la autoridad administrativa de trabajo. El objetivo de esta investigación fue determinar el impacto de la suspensión perfecta de labores en los despidos arbitrarios. La metodología fue el enfoque cualitativo, con revisión de un caso jurídico, apoyado en teorías y normas, y aplicando el método hermenéutico interpretativo. En el resultado se identifica que los empleadores incumplen con el debido procedimiento administrativo ante la AAT, ya que no basta que suceda el caso fortuito, sino que se debe comunicar inmediatamente a la autoridad y los trabajadores. En conclusión, en el caso revisado el empleador despidió al demandante y, posteriormente, pretendió subsanar dicha situación tramitando la suspensión perfecta, lo que no produjo ningún efecto, ya que en la realidad la empresa consideró extinguir el vínculo laboral.

¹⁷ Facultad de Derecho y Ciencia Política, Universidad Norbert Wiener. Lima, Perú.

¹⁸ Ídem.

Palabras clave: suspensión perfecta, despido arbitrario, vínculo laboral, estabilidad laboral, caso fortuito, principio de continuidad laboral

Abstract

The perfect suspension of work due to a fortuitous event is a tool that empowers employers to suspend work unilaterally, for which they must comply with the correct procedure before the Administrative Labor Authority (ALA). The objective of this research was to determine the impact of the perfect suspension of employment on unfair dismissals. The methodology used was a qualitative approach with a review of a legal case, supported by theories and norms, applying the interpretative hermeneutic method. The result identified that employers fail to comply with the due administrative procedure before the ALA, since the happening of a fortuitous event is not enough. In conclusion, in the reviewed case, the employer dismissed the plaintiff and later tried to remedy the situation by processing the perfect suspension that did not produce any effect, since, in reality, the company considered terminating the employment relationship.

Keywords: perfect suspension, unfair dismissal, employment relationship, job stability, fortuitous event, principle of employment continuity

I. Introducción

La economía impacta directamente en las relaciones laborales. En Alemania, se pronostica una recesión de hasta el 1,5% y las empresas empiezan a reducir su producción, lo que afecta las relaciones laborales (Conde, 2022).

En Estados Unidos se está atravesando una gran inflación, lo que aumenta el riesgo de una recesión y tiene como impacto despidos masivos. Sin embargo, el Gobierno ofrece beneficios estatales por desempleo (Reuters, 2022).

En España, el problema se presenta al identificar una situación fortuita o de razón económica, debido a que pueden asemejarse y confundirse en el procedimiento. Esto implica un mayor esfuerzo para demostrar esta situación en la empresa afectada (López, 2020).

En Paraguay, según Benrey (2011), tienen una lista de causales de suspensión del contrato que no es taxativa; por el contrario, establece una lista enunciativa, lo que deja abierta la posibilidad de otras causales de suspensión dentro del contrato de trabajo.

En Ecuador, Según Tapia (2022), la Corte Suprema de Justicia realizó una interpretación de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario Derivada del COVID-19 y agregó un requisito adicional para la suspensión perfecta de labores (SPL), al establecer un cese total y decisivo en la actividad económica del empleador, lo cual constituiría una vulneración al trabajo y a las partes contratantes.

En el Perú, la SPL por caso fortuito se regula mediante el artículo 15 del D. L. N.º 728 (2020), que suspende las labores sin necesidad de una autorización previa por un máximo de hasta (90) días, con comunicación inmediata a la Autoridad Administrativa del Trabajo (AAT). Uno de los principales problemas es la falta de concordancia entre la declaración jurada y la comprobación de los hechos, así como la comunicación inmediata, tal como lo establece la ley. Ampliaremos estos puntos a lo largo de la investigación (Vega, 2020).

En cuanto al diagnóstico, considero que la medida de la suspensión perfecta de labores tiene un gran finalidad, sobre todo en aquellas situaciones que ponen en riesgo la continuidad de la empresa, pues ayuda a mitigar los efectos económicos causados a los trabajadores y empleadores. La medida tiene una buena finalidad, que es preservar las relaciones laborales y otorgarle la más larga duración al vínculo laboral; sin embargo, una mala aplicación puede derivar en el despido arbitrario. En el caso estudiado, se ha determinado que el caso fortuito fue real, el problema se presenta por un mal procedimiento administrativo (Álvarez, 2016).

En cuanto a la justificación metodológica, teórica y práctica, el presente trabajo está orientado a identificar los principales problemas al aplicar la suspensión perfecta de labores. No es necesario tener vínculo laboral para recién adquirir el derecho. Una situación diferente es adquirir los derechos a una remuneración justa o suficiente, a tener beneficios sociales y a una jornada máxima de trabajo, los cuales no siempre obedecen a los requisitos de la universalidad.

Al respecto, planteamos como problema general de investigación el siguiente: ¿Cómo impacta la suspensión perfecta de labores por caso fortuito en el despido arbitrario? Como problemas específicos tenemos: ¿Cómo impacta la estabilidad laboral en el despido arbitrario? y ¿Cómo impacta el principio de la continuidad laboral en el despido arbitrario?

Como objetivo general de esta investigación está determinar el impacto de la suspensión perfecta de labores en los despidos arbitrarios del caso Llaxa Vásquez Toribio Lima; y como objetivos específicos determinar el impacto de la estabilidad laboral en el despido arbitrario y determinar el impacto del principio de la continuidad laboral en el despido arbitrario.

II. Presentación del caso jurídico

2.1. Antecedentes

A nivel internacional, Cheuquelaf y Gamonal (2010), señalan que la suspensión del contrato de trabajo por caso fortuito o fuerza mayor se debe interpretar con base en dos principios del derecho laboral: principio de continuidad laboral y principio de buena fe, pues en la causa invocada el trabajador no solo pierde el trabajo, sino que, por ley laboral, no puede exigir una indemnización.

Para Tapia (2022), la incorrecta aplicación de este instituto jurídico por caso fortuito ocasiona despidos contrarios a la ley, ya que, si bien se trata de un instituto excepcional, muchas veces es usado de forma errónea o contraria a los principios de derecho laboral, como el de favorabilidad para el trabajador.

En cuanto a las investigaciones nacionales, Gallardo y Montenegro (2021) indican que, dentro de una relación laboral, la permanencia dentro del vínculo laboral —lo que significa estabilidad laboral— no debe ser invocada de manera arbitraria o sin causa objetiva.

Paredes (2019) menciona que otorgar automáticamente la suspensión perfecta de labores ante la sola solicitud del empleador en los ceses colectivos por temas financieros afecta a la estabilidad laboral, si se considera que este mecanismo tiene como finalidad suspender las obligaciones del empleador con sus trabajadores, sin que se haya verificado el caso fortuito que justifique el cese colectivo.

2.2. Fundamento del tema elegido

Para sustentar nuestra primera categoría, denominada Suspensión perfecta del vínculo laboral, Herrera (2020) señala que, para que la suspensión dictada por una empresa sea atendida por razones económicas y considerada como un hecho de fuerza mayor o caso fortuito, deberá cumplir con características como ser un hecho irresistible, imprevisible e inimputable; por tanto, no se trata de una simple dificultad, sino de un hecho absolutamente insuperable para quien tiene la obligación.

Sobre la primera subcategoría de la primera categoría, es decir, Estabilidad laboral, debemos indicar que, en contraposición a la tendencia legislativa de flexibilizar las relaciones laborales, la Corte Constitucional ha ido fortaleciendo, a través de las garantías laborales, e interpretando, con base en principios de igualdad,

solidaridad y dignidad humana. Esto ha sido denominado constitucionalización del derecho del trabajo (Vallecilla, s. f.).

En relación con la segunda subcategoría de la primera categoría, Principio de continuidad, debemos indicar que es la falta de certidumbre con respecto al contenido de este principio cuyo mayor desarrollo se positiviza en la estabilidad laboral “lo que conlleva a pronunciamiento por parte de la justicia Constitucional, [...] estableciendo un régimen de protección frente al despido” (Ferro, 2021, p. 7).

Para Álvarez (2016), en cuanto a la decisión de mandar a una suspensión del contrato por caso fortuito, se da de forma unilateral por parte del empleador. Respecto de la comunicación a la AAT, esta es obligatoria y se debe ejecutar de forma inmediata y paralela al comunicado de los trabajadores afectados, según el artículo 15 de la LPCL.

Según Gutiérrez (2008), para preservar estabilidad laboral, se debe establecer una proporcionalidad en la medida al momento de restringir algún derecho fundamental, una prueba de idoneidad al ámbito laboral establecerá si la medida impuesta por el empleador a los trabajadores es la única herramienta para contribuir a la estabilidad de su empresa.

En relación con la segunda categoría, denominada Despido arbitrario, recurrimos a la teoría del principio de causalidad del despido, de Bustamante (2002). Son lesivas del principio de causalidad del despido, lo cual se considera el núcleo del derecho al trabajo, al tratar de legitimarse a discreción del empleador, sin un motivo justificado, lo cual es incompatible con el derecho mencionado.

Para sustentar nuestra primera subcategoría de la segunda categoría, denominada Efectos jurídicos, recurrimos a la teoría de la pirámide de Maslow (citado por Alcalde y Tiznado, 2022), quien explica que motiva la conducta humana y tiene cinco niveles que se encuentran en ordenados según las necesidades que debemos ir cubriendo.

En relación con la segunda subcategoría de la segunda categoría, es decir, la Remuneración, debemos indicar que “existen aspectos que se deben tomar en cuenta con respecto a la motivación de los trabajadores que tiene relación con su remuneración, y reconocimiento por sus funciones [...], y el *status* equitativo como parte de su desarrollo dentro de la empresa” (Alcalde y Tiznado, 2022, p. 25).

Para Astohuamán (2022), “al otorgar la SPL de forma automática ante la solicitud del unilateral del empleador en los ceses colectivos por causas financieras estaría vulnerando los derechos del trabajador.

III. Aporte y desarrollo de la experiencia

En la presente investigación, utilizaremos el enfoque cualitativo y el método hermenéutico jurídico y dogmático jurídico; asimismo, haremos una recolección y análisis de datos para esclarecer las preguntas formuladas a partir del tema elegido. En esa misma línea, iremos desarrollando las hipótesis como posibles respuestas. Por tanto, la formulación indagatoria será dinámica entre la realidad de los hechos y el sentido de su interpretación (Hernández Sampieri, 2017).

Con fecha 30 de agosto de 2020, se presentó la demanda por despido arbitrario del caso Llaxa Vásquez. El 16 de febrero de 2021, la Corte Superior de Justicia de Trabajo de Lima Este admitió a trámite la demanda contra la empresa Etiquetas Industriales S. A., sobre indemnización por despido arbitrario. El 18 de mayo de 2021, se llevó a cabo la audiencia de conciliación. El 20 de mayo de 2021, se solicitó remitir el expediente administrativo de la Orden de inspección N.º 4041-2021-SUNAFIL/ILM, incluyendo la constancia de inspectivas de investigación, de fecha 10 de febrero de 2021.

Mediante Resolución N.º 06, de fecha 15 de junio de 2022, el Juzgado Especializado de Trabajo de Ate - Zona 02 emitió sentencia y declaró fundada en parte la demanda interpuesta por Toribio Llaxa Vásquez contra la empresa Etiquetas Industriales S. A.; por lo que ordenó a la demandada pagar una indemnización por despido arbitrario, la compensación por tiempo de servicios, y una indemnización por daño moral. Finalmente, mediante resolución N.º 07, de fecha 12 de julio de 2022, la Corte Superior de Justicia de Trabajo de Lima Este - Juzgado de Trabajo - Zona 02, del Módulo Corporativo Laboral Fortaleza, declaró consentida la sentencia y requirió a la demandada Etiquetas Industriales S. A. que cumpla con pagar en el plazo de tres días.

Tabla I

Matriz de categorización *a priori*ística

Ámbito temático	Problema general	Problemas específicos	Objetivo general	Objetivos específicos	Categoría	Subcategoría	Técnica	Instrumentos
Perú	¿Cómo impacta la suspensión perfecta de labores por caso fortuito en el despido arbitrario?	¿Cómo impacta la estabilidad laboral en el despido arbitrario?	¿Determinar de qué manera impacta de la suspensión perfecta de labores en los despidos arbitrarios?	Determinar el impacto de la estabilidad laboral en el despido arbitrario.	Despido arbitrario	_____		
				Determinar el impacto del principio de la continuidad laboral en el despido arbitrario.	Remuneración	_____	Revisión de documentos	Fichas electrónicas
					Suspensión perfecta del vínculo laboral	Estabilidad laboral		
						_____		Principio de continuidad

Fuente: Elaboración propia (2022)

IV. Presentación del reporte de caso jurídico

El señor Llaxa Vásquez Toribio mantuvo una relación laboral del 14 de agosto de 2014 hasta el 31 de julio de 2020 con la empresa Etiquetas Industriales S. A., mediante un contrato indeterminado bajo el régimen laboral privado. El lunes 3 de agosto de 2020, no se le permitió el ingreso. Ante el injusto hecho, se realizó una constatación policial y se remitió una Carta Notarial el día 5 de agosto de 2020.

Respecto de la responsabilidad de la empresa, se señalan cuatro elementos de la responsabilidad civil: 1) Antijurídica, ante el incendio ocurrido el día 31 de julio de 2020 (caso fortuito), la demandada debía comunicar inmediatamente a la AAT, pero la empresa no adoptó medidas menos perjudiciales para los trabajadores; 2) Nexo causal, la relación causal la constituye, precisamente, el accionar del empleador al despedir sin causa objetiva; 3) Daño, pues ha impactado en el vínculo laboral y constituye un claro detrimento al derecho tutelado y al de la remuneración, lo que ocasiona un perjuicio moral dada la afectación a la dignidad personal y profesional; y 4) Factor de atribución, ya que la emplazada cesó al accionante de manera arbitraria e informal. Por tanto, según el Artículo 1318 del Código Civil, se determina la causa de atribución de responsabilidad civil por daño moral.

V. Discusión

En relación con el objetivo general de esta investigación, De qué manera impacta la suspensión perfecta de labores del vínculo laboral por caso fortuito en el despido arbitrario, caso Llaxa Vásquez, la posición teórica de Herrera (2020) señala que una empresa puede adoptar esta medida por razones económicas y considerada como un caso fortuito, pero deberá cumplir con tres características: irresistibilidad, imprevisibilidad e inimputabilidad. Por tanto, no se trata de una simple dificultad, sino de un hecho absolutamente insuperable para quien tiene la obligación. Esto tiene incidencia en la segunda categoría, denominada Despido arbitrario, que, de acuerdo con la teoría del principio de causalidad del despido, de Bustamante (2002), son lesivas al principio, ya que esta tiene su núcleo en el derecho de trabajo y trata de legitimarse a discreción del empleador, sin un motivo justificado, lo cual es incompatible con el derecho al trabajo.

De acuerdo con lo establecido en el primer objetivo específico de esta investigación, Determinar el impacto de la estabilidad laboral en el despido arbitrario,

en relación con la primera categoría, Suspensión perfecta del vínculo laboral y, en especial, la primera subcategoría, Estabilidad Laboral, la posición de la teoría contraposición de la tendencia legislativa de flexibilizar las relaciones laborales (Vallecilla, s. f.); así, la Corte Constitucional ha ido fortaleciendo las relaciones laborales, lo que se corrobora con lo identificado en el caso de estudio. Se establecen garantías laborales con base en los principios de igualdad, solidaridad y dignidad humana, lo que se relaciona con la posición de Cheuquela y Gamonal (2010) en el sentido que de aplicar este instituto jurídico sin tener en cuenta la conservación de derechos adquiridos perjudica la estabilidad laboral.

En cuanto al segundo objetivo específico de esta investigación, determinar el impacto del principio de continuidad laboral en el despido arbitrario, en relación con la primera categoría, Suspensión perfecta del vínculo laboral, y en especial a la segunda subcategoría, Principio de continuidad, la posición de la teoría de positivización de Ferro (2021), relacionada con la estabilidad laboral, indica que, ante falta de certidumbre en las relaciones laborales, se requiere un despliegue de protección frente al despido arbitrario. Por lo indicado, podemos expresar que en el caso Llaxa Vásquez no se respetó el debido procedimiento administrativo ante la AAT, lo cual impacta en la segunda categoría, denominada Despido arbitrario.

VI. Conclusiones

Primera. Hemos determinado que existe impacto de la suspensión perfecta de labores por caso fortuito en los despidos arbitrarios, en el caso Llaxa Vásquez Toribio - Lima, en virtud de la posición teórica de Herrera, (2020), basados en la teoría de la SPL del vínculo laboral y la posición de Bustamante B, (2002), lo que ha corroborado el objetivo general de esta investigación.

Segunda. Hemos determinado que sí existe impacto en la estabilidad laboral en el despido arbitrario, en el caso Llaxa Vásquez – 2022, basados en el estudio de la primera subcategoría, Estabilidad laboral, apoyada en la teoría de Vallecilla (s. f.). Las principales causas fueron no seguir el correcto procedimiento administrativo, en tanto no existió la comunicación inmediata a la AAT ni a los trabajadores sobre su situación laboral.

Tercera. Hemos determinado el impacto del principio de continuidad laboral en el despido arbitrario. Basados en el estudio de la segunda subcategoría, Principio de continuidad, apoyada en la teoría de Ferro (2021), es la falta de certidumbre

con respecto al sentido de este principio, cuyo mayor avance se positiviza en la estabilidad laboral, la cual se consagra en los artículos 22 y 27 de la Constitución Política.

Finalmente, las limitaciones encontradas se relacionan con la dificultad para encontrar teorías del caso. Respecto del problema general de la investigación, tenemos una resolución del Tribunal de Fiscalización Laboral que se relaciona directamente con el caso, de mala interpretación del sentido de la ley, por lo que decae en un despido injustificado. Por lo indicado, no se está cumpliendo con la vocación del derecho al trabajo de atribuirle la prolongación a la relación laboral, por lo que es recomendable un pronunciamiento en ese sentido.

Referencias bibliográficas

- Alcalde, C. y Tiznado, W. (2022). *El impacto en la motivación laboral de los colaboradores administrativos del área de operaciones comerciales de la empresa Luz del Sur durante pandemia del COVID-19* [Tesis de licenciatura]. Universidad de Lima. <https://hdl.handle.net/20.500.12724/16165>
- Alegria Muñoz, C. y Pinto Robles, C. (2005). *La suspensión de la relación laboral* [Tesis de grado]. Universidad de Chile. <https://repositorio.uchile.cl/handle/2250/107560>
- Álvarez, G. L. (2016). La suspensión de labores por caso fortuito y fuerza mayor: análisis legal y casuístico. *Ius et Veritas*, 52. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/16385>
- Astohuamán, A. (2022). *El compromiso laboral y la suspensión perfecta durante la pandemia del Covid 19 en los trabajadores de dos empresas de la industria de oleaginosas de ucajali - 2020* [Tesis de doctorado]. Universidad Nacional de Ucajali. <http://repositorio.unu.edu.pe/handle/UNU/5314>
- Benrey, J. (2011). Análisis de la figura de la suspensión de contrato de trabajo del trabajador particular en Colombia y algunas menciones a la legislación extranjera. *Estudios Socio-Jurídicos*, 13(2), 379-410. <https://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/1775>
- Bustamante, B. (2002). El derecho al trabajo y el despido arbitrario. A propósito de una sentencia del tribunal constitucional. *Ius Et Veritas*, 13(25), 268-280. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/16213>
- Bustamante, C. B. (2016). *Derechos fundamentales de la persona y la relación de trabajo*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

- Cheuquelaf Contreras, M. y Gamonal Villarroel, S. (2010). *El despido por caso fortuito y los derechos del trabajador despedido* [Tesis de grado]. Universidad de Chile. <https://repositorio.uchile.cl/handle/2250/111053>
- Conde, L. (21 de setiembre de 2022). Alemania empobrece, y reclama sangre, sudor y lágrimas. *El País*. https://cincodias.elpais.com/cincodias/2022/09/20/opinion/1663667305_581237.html
- Decreto Legislativo N.º 728 de 1991. Ley de Productividad y Competitividad Laboral. 8 de noviembre de 1991. *Diario Oficial El Peruano*. <https://diariooficial.elperuano.pe/pdf/0081/tuo-decreto-legislativo-728-reglamento.pdf>
- Department of Industrial Relations. (2020). Guía sobre la suspensión condicional de los requisitos de aviso de la Ley de WARN de California conforme al Decreto Ejecutivo N-31-20. <https://www.dir.ca.gov/dlse/spanish/warn-faqs.html>
- Ferro, V. (2021). *El principio de continuidad de los contratos y el régimen de protección frente a la desvinculación laboral individual y colectiva* [Tesis de grado]. Pontificia Universidad Católica del Perú. <https://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/183028>
- Gallardo Villavicencio, M. M. y Montenegro Alvitez, V. (2021). *Suspensión perfecta de labores en el estado de emergencia COVID-19 y los derechos de los trabajadores* [Tesis de grado]. Universidad Privada Antonio Guillermo Urrelo. <http://repositorio.upagu.edu.pe/handle/UPAGU/1600>
- Guiza, O. E. (2020). *La re conceptualización del derecho del trabajo en el siglo XXI*. *Justicia*, 25(38), 53-76. <https://revistas.unisimon.edu.co/index.php/justicia/article/view/4400>
- Gutiérrez, M. (2008). *Ciudadanía en la empresa y derechos fundamentales inespecíficos* [Tesis de grado]. Universidad de Sevilla. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r38307.pdf>
- Hernández Sampieri, R., Fernández, C y Baptista, L. (2017). *Metodología de la investigación*. McGraw Hill Education.
- Herrera, A. (2020). *La suspensión del contrato de trabajo por fuerza mayor o caso fortuito* [Tesis de grado]. Universidad EAFIT. https://repository.eafit.edu.co/bitstream/handle/10784/24430/ANAMARIA_HERRERAROMERO_2020.pdf?sequence=2&isAllowed=y
- López, E. (4 de abril de 2020). *Medidas de protección laboral y de seguridad social aplicadas en España durante el estado de alarma provocado por la epidemia del COVID-19*. <https://shorturl.at/dixFT>

- Casación N.º 1693 Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente Corte Suprema de Justicia de La República. (2014). *Lpderecho*. <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2021/09/Casacion-1693-2014-Lima-LP.pdf>
- Ministerio de Trabajo y Economía Social. (2022). *Guía Laboral*. https://www.Mites.Gob.Es/Es/Guia/Texto/Guia_7/Contenidos/Guia_7_16_1.Htm
- Monereo, J. (1996). *Derechos Sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*. Consejo Económico y Social de España. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=233400>
- Neves, J (2005). Derecho Internacional del Trabajo. *Ius et Veritas*, 31. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12417>
- Paredes Valdiviezo, P. (2019). *Suspensión perfecta en el procedimiento de cese colectivo por causas económicas y la vulneración a los derechos del trabajador* [Tesis de grado]. Universidad Privada Antenor Orrego. <https://repositorio.upao.edu.pe/handle/20.500.12759/4551>
- Quezada, P. (2020). Caso fortuito o fuerza mayor como para terminar un contrato de trabajo laboral en Ecuador. *FA Legal*. <https://www.puenteasociados.com/wp-content/uploads/2020/07/Caso-fortuito-o-fuerza-mayor-Paola-Quezada-1-1.pdf>
- Salazar, M. V. (2007). *Los derechos laborales como derechos fundamentales frente a la globalización y la flexibilización laboral*. *Pensamiento Constitucional*, 12(12). <https://shorturl.at/aoEU5>
- Verano Silvera, L. (2016). *Aspectos favorables de la suspensión temporal perfecta de labores por motivos económicos* [Tesis de grado]. Pontificia Universidad Católica del Perú. <https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/8379>
- Tapia, A. y Coba, M. (2022). *El caso fortuito o fuerza mayor como forma de terminación de los contratos de trabajo* [Tesis de grado]. Universidad Nacional de Chimborazo. <http://dspace.unach.edu.ec/handle/51000/9203>
- Toyama Miyagusuku, J. (2010). *Reflexiones sobre los sujetos de la relación laboral*. *Ius et Veritas*, (40). <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12146>
- Resolución N.º 162-2022-SUNAFIL/TFL-Primera Sala. 21 de febrero de 2022. <https://actualidadlaboral.com/wp-content/uploads/2022/03/Resolucion-162-2022-Sunafil-TFL.pdf>
- Vallecilla, L. F. (2018). La relación laboral y el contrato de trabajo. En L. A. Diazgranados y E. A. Perafán del Campo (Eds). *Derecho laboral en Colombia* (pp. 27-69). Editorial Universidad Católica de Colombia.

Capítulo 3

Derechos humanos Gobernanza y ética

Derecho a la salud y calidad de las prestaciones en salud de la Red Prestacional Sabogal, 2019

Right to health and quality of health benefits of the Sabogal Service Network, 2019

BACH. GUADALUPE MORALES KAHN¹⁹
gmoralesk71@gmail.com,
ORCID: 0000-0003-3044-0501

DR. JAIME AGUSTÍN SÁNCHEZ ORTEGA²⁰
jaime.sanchezo@uwiener.edu.pe
ORCID: 0000-0002-2916-7213

Resumen

El presente trabajo tuvo como objetivo analizar la afectación del derecho a la salud y la calidad de prestaciones en salud de la Red Prestacional Sabogal, 2019. Para tal fin, se empleó como metodología el enfoque cualitativo y el paradigma naturalista, utilizando el método inductivo y diseño de estudio de caso. Los resultados obtenidos indicaron que lo desarrollado en el Expediente N.º 075-2019/TRI-PSE habría vulnerado el derecho a la salud de la usuaria, por haberse realizado una inadecuada atención en la Institución Prestadora de Servicio de Salud (en adelante, IPRESS) de la Red Prestacional Sabogal. En conclusión, se ha determinado que existe una afectación a los derechos humanos desde los dos enfoques abordados durante la estancia de la paciente en el nosocomio.

Palabras claves: derecho a la salud, servicio de salud, paciente, salud, derechos humanos

¹⁹ Facultad de Derecho y Ciencia Política, Universidad Norbert Wiener. Lima, Perú.

²⁰ Ídem.

Abstract

The aim of this paper was to analyze the impact of the right to health and the quality of health services of the Sabogal Social Security Network, 2019. To this end, the qualitative approach and naturalistic paradigm were used as a methodology, using the inductive method and case study design. The results obtained indicated that what was developed in File N° 075-2019/TRI-PSE would have violated the right to health of the USER due to inadequate care in the Health Service Provider Institution (hereinafter IPRESS) of the Sabogal Service Network. In conclusion, it has been determined that there is an impact on human rights from the three approaches addressed during the patient's stay in the hospital.

Keywords: right to health, health service, patient, health, human rights

I. Introducción

Actualmente, la vigilancia, inspección y control en los servicios de salud en diversos países ha detectado inconvenientes. En Colombia, por ejemplo, la Superintendencia Nacional de Salud (2022) ha verificado que algunas entidades prestadoras de salud no cumplen con garantizar una adecuada calidad de los servicios en pacientes pediátricos diagnosticados con desnutrición aguda; y en Ecuador, según *El Universo* (2022), las autoridades del Hospital Básico Jipijapa no cumplen con una adecuada cobertura de insumos y medicamentos para los usuarios.

A nivel nacional, según el boletín estadístico de la Superintendencia Nacional de Salud (2022), al primer trimestre se procesaron un total 38 744 solicitudes, de las cuales 17 981 (46,4%) fueron denuncias por vulneración de derechos en salud. Esta cifra nos lleva a la conclusión que, desde la perspectiva del usuario, las IPRESS no cumplen con brindar una adecuada atención de calidad; no obstante, si tenemos en cuenta que en el Perú los servicios se realizan por medio de centros asistenciales, lo cuales están agrupados, en la mayoría de casos, por redes prestacionales/asistenciales, sería pertinente analizar la problemática de la Red Prestacional Sabogal.

Por ello, resulta válido preguntarse, como problema general, ¿de qué manera se ve afectado el derecho a la salud y calidad de las prestaciones en salud de la Red Prestacional Sabogal, 2019? Los problemas específicos serían los siguientes: i) ¿cómo afecta el acceso a los servicios de salud en el derecho a la salud y calidad de las prestaciones en salud de la Red Prestacional Sabogal, 2019? y ii) ¿cómo

afectan los bienes hospitalarios en el derecho a la salud y calidad de las prestaciones en salud de la Red Prestacional Sabogal, 2019?

El trabajo tiene como justificación teórica contribuir al análisis entre el derecho a la salud y calidad de las prestaciones en salud de la Red Prestacional Sabogal. La justificación práctica es contribuir al diagnóstico oportuno de los problemas en las IPRESS, en salvaguarda del derecho a la salud del usuario. La justificación metodológica consiste en demostrar que, mediante el análisis documental, basado en el estudio de caso del Expediente N.º 075-2019/TRI-PSE, existe una relación con las bases teóricas. La importancia del presente trabajo se fundamenta en interpretar la realidad de algunas IPRESS de la Red Prestacional Sabogal, a fin de verificar si el derecho a la salud y calidad de las prestaciones en salud de la Red Prestacional Sabogal se relacionan.

El objetivo general es analizar la afectación del derecho a la salud y calidad de las prestaciones en salud de la Red Prestacional Sabogal, 2019; mientras que los objetivos específicos son: i) analizar el acceso a los servicios de salud en el derecho a la salud y calidad de las prestaciones en salud de la Red Prestacional Sabogal, 2019; y ii) analizar los bienes hospitalarios en el derecho a la salud y calidad de las prestaciones en salud de la Red Prestacional Sabogal, 2019.

II. Presentación del caso jurídico

2.1. Antecedentes

A nivel internacional, Criado (2021), en su tesis, cuyo objetivo fue analizar los informes más importantes emitidos por los organismos internacionales, así como su implicancia en la jurisprudencia y doctrina española referente al derecho a la salud, concluyó que la salud se encuentra protegida por medio de la conexión con otros derechos fundamentales.

Montoya *et al.* (2021) analizaron la apreciación de los usuarios en la IPS COLMEDI SAS, y determinaron que la perspectiva del consumidor (usuario-paciente) es un indicador significativo que permite detectar las deficiencias de la calidad de un servicio prestado.

Venegas (2019) tuvo como objetivo demostrar una nueva postura normativa constitucional sobre el derecho a la salud, a través de los criterios actuales internacionales, y halló que se requiere una configuración eficaz de la constitucional chilena basada en las obligaciones internacionales contraídas.

A nivel nacional, Sangama (2022) buscó establecer la relación entre la vulneración del derecho a la salud y su inaplicación de la leyes de los usuarios en el Centro de Salud San Fernando, y encontró que las causas frecuentes de vulneración de derechos en salud se deben al desconocimiento de las leyes por parte de los usuarios, la falta de respecto a la dignidad e intimidad por parte del personal durante la atención del paciente, y la no difusión de los canales de quejas y reclamos.

León (2021) revisó el derecho a la salud desde la perspectiva de la Carta Magna del Perú y su ordenamiento jurídico, y señaló que la Ley General de Salud comprende la salud como parte imprescindible de la persona (individual) y la sociedad (general), y debe ser garantizada por el Estado peruano.

Por su parte, Reátegui *et al.* (2020), analizó la demanda de los servicios en salud bajo el modelo de TUSALUD en beneficio de los pacientes, y llegó a la conclusión de que este genera un impacto positivo en la calidad de los servicios de salud.

2.2. Fundamento del tema elegido

Los derechos humanos, según Sandro y Vásquez (2011), son derechos subjetivos (expectativas ante una acción u omisión) y universales (indispensables e inalienables) que tienen como propósito el desarrollo de la persona y su dignidad. Dicha posición se encuentra sustentada en la teoría de Luigi Ferrajoli (2006), la cual versa sobre dos conceptos básicos: derecho y deber. De acuerdo con su naturaleza, se encuentran clasificados de la siguiente manera: derechos naturales, derechos morales (principios y valores compartidos), derechos positivos y derechos históricos (conforme lo analizado por Román, 2016). Entre las características consideradas por la dogmática general, según Morales (2001), se resalta la interdependencia, la cual pone énfasis en que los derechos deben comprenderse como un todo.

A partir de ello, el derecho a la salud, según la Organización Mundial de la Salud (2014), es definido como el más alto nivel posible de disfrute que tiene todo ser humano para vivir de manera digna. Su efectividad se sustenta mediante la aplicación de políticas públicas y en normas del Estado e internacionales, por ejemplo, la Observación General N.º 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2000; citado en Cabezas, 2016), el cual precisó que los Estados miembros tienen la obligación de proteger, respetar y garantizar a los usuarios el acceso a los servicios en salud.

El derecho a la salud, según Fernández y Johanson (2021), así como Castañeda (2015), se fundamenta en los elementos identificados por el Comité de Derechos

Económicos, Sociales y Culturales, los cuales son: i) disponibilidad, relacionada con la existencia de los servicios en salud; ii) accesibilidad, comprende que cada establecimiento, bienes y servicios en salud deban ser accesibles a todo ciudadano sin discriminación; iii) aceptabilidad, referida a la ética médica y cultura de cada persona; y iv) calidad, ya que los servicios deben ser brindados con una adecuada infraestructura, aparatos tecnológicos y personal capacitado. Ruiz (2019) sostiene que estos elementos son necesarios para garantizar y mejorar el acceso de las personas a los servicios básicos de salud.

La calidad de la salud, según Donabedian (1986; citado en Requiz, 2021) comprende el proceso de atención para el cuidado y maximización de bienestar del paciente, lo cual incluye la salud y estado del paciente. La atención sanitaria tiene igual, menor o mayor calidad en la medida que sus atribuciones se aproximen al tipo de análisis: calidad absoluta (científico-técnico), referida a la restauración de la salud del paciente; calidad individualizada, por la cual el usuario es partícipe de la toma de decisiones respecto al proceso médico que realiza el profesional de salud; y calidad social, relacionada con el beneficio económico y la distribución de la ayuda para toda la población (Botton *et al.*, 2021).

La calidad de la atención en salud, según la Organización Panamericana de la Salud (2001; citado en Vargas *et al.* 2013), debe entenderse como una forma de salvaguardar el acceso a los servicios en salud para la población, con el fin de mejorar la perspectiva del usuario. La calidad del servicio en el ámbito de la salud, según Schiffman y Lazar (1997), se relaciona con la percepción y expectativa del usuario-paciente, lo cual implica que el otorgamiento de la conformidad de la atención se base en la interacción del usuario-paciente y los recursos técnico-científicos empleados. Según Donabedian (1986), estos recursos otorgan mayores beneficios con los menores riesgos posibles, lo cual implica que se debe cumplir con las expectativas del consumidor sobre lo que espera recibir del servicio; para ello, según Lewis y Booms (2016), se debe llevar a cabo un constante monitoreo antes de la entrega del servicio al consumidor.

2.3. Aporte y desarrollo de la experiencia

La metodología empleada fue un enfoque cualitativo y un paradigma naturalista, el cual, según Hernández *et al.* (2014), se basa en la recolección y análisis de datos para interpretar y explicar la obtención de los resultados a preguntas e hipótesis previamente establecidas, y mejorarlas. El método inductivo, según Vizcarra y

Fraile (2009), se utiliza para explicar las interacciones que se producen entre el derecho a la salud y la calidad de prestaciones en salud.

La técnica de recogida de datos fue el análisis documental, el que, según Bernal (2010), se basa en el análisis de la información escrita respecto del tema de estudio. Para ello, se revisó las plataformas de acceso abierto confiables (Scopus, Alicia Concytec, repositorios de universidades, entre otros) que cumplieran con los objetivos planteados.

El diseño empleado fue el estudio de caso, el cual, según Hernández *et al.* (2014), se centra en el análisis profundo de una determinada situación o caso. En el presente trabajo, luego de realizar una búsqueda exhaustiva de las resoluciones finales emitidas por el Tribunal de Salud de Susalud en relación con las IPRESS de la Red Prestacional Sabogal, se identificó el Expediente N.º 075-2019/TRI-PSE, el cual será abordado en tres enfoques: i) derecho a la salud y calidad de las prestaciones de salud; ii) derecho a la salud y acceso a los servicios de salud; y iii) prestaciones de salud y bienes hospitalarios.

**Tabla 1. Matriz de categorización apriorística
Derecho a la salud y calidad de las prestaciones en salud de la Red Prestacional Sabogal, 2019**

Problema de investigación	Pregunta general	Objetivo general	Preguntas específicas	Objetivos específicos	Categorías	Subcategorías	Metodología
Red Prestacional Sabogal	¿De qué manera se ve afectado el derecho a la salud y la calidad de las prestaciones en salud de la Red Prestacional Sabogal, 2019?	Analizar la afectación del derecho a la salud y la calidad de las prestaciones en salud de la Red Prestacional Sabogal, 2019.	PE 1: ¿Cómo afecta el acceso a los servicios de salud en el derecho a la salud y calidad de las prestaciones en salud de la Red Prestacional Sabogal, 2019?	OE 1: Analizar el acceso a los servicios de salud en el derecho a la salud y calidad de las prestaciones en salud de la Red Prestacional Sabogal, 2019.	Categoría 1: Derecho a la salud	SC 1: Acceso a los servicios de salud	Enfoque: Cualitativo y Paradigma Naturalista Diseño: Estudio de Caso
			PE 2.1: ¿Cómo afecta los bienes hospitalarios en el derecho a la salud y calidad de las prestaciones en salud de la Red Prestacional Sabogal, 2019?	OE 2.1: Analizar los Bienes Hospitalarios en el derecho a la salud y calidad de las prestaciones en salud de la Red Prestacional Sabogal, 2019.	Categoría 2: Prestaciones en salud	SC 2.1: Bienes hospitalarios	Instrumento: Guía de Análisis Documental
Hospital Nacional Alberto Sabogal Sologuren							Método: Inductivo

III. Presentación del reporte de caso jurídico

Categoría 1: Derecho a la salud

Categoría 2: Calidad de las prestaciones en salud

Problema general: ¿De qué manera se ve afectado el derecho a la salud y calidad de la calidad de las prestaciones en salud de la Red Prestacional Sabogal, 2019?

Objetivo general: Analizar la afectación del derecho a la salud y calidad de las prestaciones en salud de la Red Prestacional Sabogal, 2019.

De la evaluación del Expediente N.º 075-2019/TRI-PSE, se observó que la queja formulada por la usuaria fue elevada al órgano instructor de Susalud (Intendencia de Fiscalización y Sanción - IFIS) para la evaluación del posible inicio del procedimiento trilateral sancionador contra el Hospital Nacional Alberto Sabogal Sologuren (en adelante, IPRESS) de la Red Prestacional Sabogal, sustentándose en que la IPRESS no habría brindado una adecuada atención a la usuaria el día 26 de junio de 2018, cuando fue trasladada a la Unidad de Diálisis por caída de camilla, lo que habría originado un traumatismo encéfalo craneano (TEC) moderado que evolucionó a TEC grave y provocó el fallecimiento de la afectada.

El órgano resolutorio de Susalud (Superintendencia Adjunta de Regulación y Fiscalización, Sarefis) concluyó que la IPRESS habría cometido infracción administrativa por el hecho indicado por la usuaria; por lo que, luego de haberse dispuesto el inicio del procedimiento trilateral sancionador, se resolvió imponer una multa ascendente a 314 UIT, por cuanto se habría vulnerado el derecho a la salud de la usuaria debido a una inadecuada calidad de prestaciones. Dicha posición fue confirmada por el Tribunal de Salud Susalud, al declarar infundada la apelación interpuesta por la IPRESS, lo cual dio por agotada la vía administrativa.

Categoría 1: Derecho a la salud

Subcategoría 1.1: Acceso a los servicios de salud

Problema específico 1: ¿Cómo afecta el acceso a los servicios de salud en el derecho a la salud y calidad de las prestaciones en salud de la Red Prestacional Sabogal, 2019?

Objetivo específico 1: Analizar el acceso a los servicios de salud en el derecho a la salud y calidad de las prestaciones en salud de la Red Prestacional Sabogal, 2019.

De la evaluación del Expediente N.º 075-2019/TRI-PSE, el Tribunal de Salud determinó que la IPRESS no habría desvirtuado el hecho indicado por la usuaria, al haber sufrido una caída de camilla, lo que le provocó una lesión grave (traumatismo encéfalo craneano grave). De este modo, incumplió lo dispuesto en la Ley General de Salud y el Reglamento de Establecimientos de Salud, referido a que toda persona tiene derecho a recibir acceso a los servicios de salud, así como una atención de calidad que evite riesgos innecesarios. Dicha posición reafirma que la IPRESS no habría aplicado la directiva sobre prácticas seguras y gestión del riesgo para la prevención de caídas de pacientes, y demostró que se habría cometido una infracción por causas ajenas a la voluntad de la IPRESS. Quedó acreditado así que no brindó una adecuada atención, lo que habría originado el fallecimiento de la usuaria mientras recibía el servicio de salud que habría contratado.

Categoría 2: Prestaciones de salud

Subcategoría 2.1: Bienes hospitalarios

Problema general: ¿Cómo afecta los bienes hospitalarios en el derecho a la salud y calidad de las prestaciones en salud de la Red Prestacional Sabogal, 2019?

Objetivo específico 2: Analizar los bienes hospitalarios en el derecho a la salud y calidad de las prestaciones en salud de la Red Prestacional Sabogal, 2019.

De la evaluación del Expediente N.º 075-2019/TRI-PSE se observó que, según la *Guía de procedimiento de enfermería de transporte de paciente no crítico*, el traslado del paciente en camilla debe ser realizado por dos personas (técnico y camillero), quienes deben asegurarse de que las barandas estén subidas y que, durante todo el traslado, la camilla se empuje desde la cabecera, de manera que el lado de los pies vaya por delante, como abriendo camino para evitar cualquier caída u obstáculos.

No obstante, en el caso en concreto, se evidenció que un miembro del personal (enfermera) sujetó el lado derecho de uno de los extremos de la camilla, pero el otro extremo no fue sujetado por el camillero; por el contrario, este último lo deslizó (empuja) y lo soltó, por lo que la camilla se volteó y la usuaria cayó y golpeó su cabeza contra el muro de concreto.

Dicha posición se sustenta en los fundamentos establecidos en la Resolución N.º 089-2019-Susalud/TRI-TSE, la cual indica que la IPRESS no remitió documentación que acrediten fehacientemente quién habría realizado el mantenimiento de la camilla, así como los registros de mantenimiento preventivo y correctivo, e incidentes registrados en el Servicio de Emergencia durante los últimos años.

IV. Discusión

Según lo establecido en el objetivo general, la posición teórica del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2000; citado en Cabezas, 2016), referida a la categoría Derecho a la Salud, manifiesta que, al ser reconocida la salud como un derecho fundamental, se debe garantizar el acceso básico de los usuarios a las prestaciones de salud. Esto tiene incidencia en la categoría Prestaciones en salud, la cual se sustenta en la teoría de la Organización Mundial de la Salud (2014), por cuanto los Estados deben crear mecanismos que vigilen el cumplimiento de prestaciones de salud a la población en salvaguarda de sus derechos fundamentales. En consecuencia, podemos expresar que lo desarrollado en el Expediente N.º 075-2019/TRI-PSE cumple adecuadamente el objetivo general planteado.

Respecto del primer objetivo específico del presente trabajo, relacionado con la categoría Derecho a la salud y, en especial a la subcategoría Acceso a los servicios de salud, la posición de Samagna (2022) indica que la calidad de la atención en los servicios de salud debe ser entendida como una manera de garantizar el acceso a las prestaciones de salud, lo cual forma parte integral del derecho a la salud. Esto se corrobora con lo identificado en el caso de estudio, en el sentido de que se habría acreditado que la IPRESS brindó una inadecuada atención a la paciente el 26 de junio de 2018, quien sufrió una aparatosa caída al ser transportada en camilla a la Unidad de Hemodiálisis y se golpeó la cabeza, lo que le provocó un TEC grave. Lo señalado se relaciona con la posición de la Organización Panamericana de la Salud (2001; citado en Vargas *et al.* 2013) en el sentido de que el derecho a la salud debe ser salvaguardado por medio del cumplimiento de las perspectivas del usuario, así como con la posición de Donabedian (1986; citado en Requiz, 2021). Por tanto, podemos expresar que lo desarrollado en el Expediente N.º 075-2019/TRI-PSE cumple adecuadamente el objetivo general planteado.

En relación con el segundo objetivo específico, referido a la categoría Prestaciones en salud y, en especial, a la subcategoría Bienes Hospitalarios, la teoría de Donabedian (1986) indica que, con la finalidad de garantizar la vida y seguridad del paciente durante su estancia, se deben brindar las garantías correspondientes para no agravar su salud durante su permanencia en el centro asistencial. Esto corrobora lo indicado en el caso de estudio, pues la IPRESS no habría otorgado a la usuaria los bienes hospitalarios adecuados, toda vez que no remitieron documentos que acrediten fehacientemente que se habría realizado un mantenimiento a la camilla utilizada en el servicio de emergencia. Dicha situación se

relaciona con la posición Lewis y Booms (2016), en el sentido de que, para cumplir las expectativas del paciente, se deben optimizar y supervisar los recursos. Por lo indicado, podemos expresar que lo desarrollado en el Expediente N.º 075-2019/TRI-PSE cumple adecuadamente el objetivo general planteado.

V. Conclusión

Primero, hemos determinado que sí existe una relación entre el derecho a la salud y la calidad de las prestaciones en salud de la Red Prestacional Sabogal, en virtud de la teoría planteada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2000; citado en Cabezas, 2016) y la Organización Mundial de la Salud (2014), lo que permitió corroborar el objetivo general de esta investigación.

Segundo, hemos determinado que sí existe impacto del acceso a los servicios de salud en el derecho a la salud y la calidad de las prestaciones en salud de la Red Prestacional Sabogal, en virtud de la teoría planteada por Samagna (2022) y la Organización Panamericana de la Salud (2001; citado en Vargas *et al.* 2013), lo que permitió corroborar el primer objetivo específico de esta investigación.

Tercero, hemos determinado que, con respecto a los bienes hospitalarios, sí existe impacto en el derecho a la salud y la calidad de las prestaciones en salud de la Red Prestacional Sabogal, en virtud de la teoría planteada por Donabedian (1986) y Lewis y Booms (2016), lo que permitió corroborar el segundo objetivo específico de esta investigación.

Referencias bibliográficas

- Bernal, C. (2010). *Metodología de la investigación*. Pearson Educación.
- Botton, L., Ramos, R., Soler-Gallart, M. y Suriñach, J. (2021) Scientifically Informed Solidarity: Changing Anti-Immigrant Prejudice about Universal Access to Health. Sustainability <https://doi.org/10.3390/su13084174>
- Cabezas Poma, A. K. (2016). *Los derechos económicos, sociales y culturales, las obligaciones que generan y sus particularidades en el caso del derecho a la salud reproductiva* [Tesis de grado]. Universidad Privada San Martín de Porres. <https://repositorio.usmp.edu.pe/handle/20.500.12727/2278>

- Castañeda, M. (Comp.). (2015). *Compilación de Tratados y Observaciones Generales del Sistema de Protección de Derechos Humanos de Naciones Unidas*. Comisión Nacional de los Derechos Humanos. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r34177.pdf>
- Criado Sánchez, L. (2021). *El derecho fundamental a la protección de la salud* [Tesis de doctorado]. Universidad Complutense de Madrid. <https://eprints.ucm.es/id/eprint/67624/1/T42842.pdf>
- Donabedian, A. (1986). Quality assurance in our health care system. *American College of Utilization Review of Physicians*, 1(1), 6-12. https://deepblue.lib.umich.edu/bitstream/handle/2027.42/66752/10.1177_0885713X8600100104.pdf?sequence=2&isAllowed=y
- Reclamos y quejas de trabajadores de salud y usuarios ante falta de medicinas en dos hospitales manabitas. (26 de abril de 2022). *El Universo*. <https://www.eluniverso.com/noticias/ecuador/reclamos-y-quejas-de-trabajadores-de-salud-y-usuarios-ante-falta-de-medicinas-en-dos-hospitales-manabitas-nota/>
- Fernández, E. y Johanson, A. O. (2021). *Vulneración de acceso al derecho a la salud por causas económicas durante la pandemia Covid-19, en el distrito de Cajamarca, 2020* [Tesis de licenciatura]. Universidad Privada del Norte. <https://hdl.handle.net/11537/30391>
- Ferrajoli, L. (2006). *Sobre los derechos fundamentales y sus garantías. Conversación con Mauro Barberis*. Trotta. https://www.sijufor.org/uploads/1/2/0/5/120589378/los_derechos_y_sus_garantias-luigi_ferrajoli.pdf
- Fraile, A. y Vizcarra, M. T. (2009). La Investigación naturalista e interpretativa desde la actividad física y el deporte. *Revista de Psicodidáctica*, 14(1), 119-132. <https://www.redalyc.org/pdf/175/17512723008.pdf>
- Hernández, R., Fernández, C. y Baptista, P. (2014). *Metodología de la investigación científica*. McGraw Hill.
- Lewis, B. R., Reid, I. y Bamford, D. (2016). *Managing Quality: An Essential Guide and Resource Gateway*. Wiley.
- León Cisneros, N. M. (2021). *Derecho a la salud, un derecho fundamental rezagado a ser un derecho social: reflexión por la pandemia del COVID-19* [Tesis de Grado]. Universidad César Vallejo. <https://hdl.handle.net/20.500.12692/73692>
- Morales, R. (2001). Dogmática jurídica y sistema jurídico: aproximaciones a la sociología y antropología jurídicas. *Ius et Veritas*, 2(23). https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasportales/op_20081222_01.pdf

- Montoya Velasco, J. V., Romero Galindo, L. L. y Yustre Cantor, L. G. (2021). *Estudio de percepción de calidad de servicio en la IPS COLMEDI SAS ZOMAC* [Trabajo de grado]. Universidad Cooperativa de Colombia. <https://repository.ucc.edu.co/handle/20.500.12494/35445>
- Organización Mundial de la Salud (31 de diciembre de 2014). *Documentos básicos*. <https://apps.who.int/gb/bd/PDF/bd48/basic-documents-48th-edition-sp.pdf?ua=1#page=7>
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (11 de agosto de 2000). Observación general N.º 14: El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). <https://www.refworld.org/es/docid/47ebcc492.html>
- Organización Panamericana de la Salud. (2001). *Calidad de los Servicios de Salud en América Latina y el Caribe: Desafíos para la enfermería*. Programa de Organización y Gestión de Sistema de Servicios de Salud. https://docs.bvsalud.org/biblioref/2018/12/966390/2002_ops_hr_23_es.pdf
- Reátegui Rodríguez, A. L., Tutaya Quispe, O. A. y Urquiza Vásquez, A. A. (2020). *TUSALUD: plataforma digital de soporte a servicios de salud* [Tesis de maestría]. Universidad Esan. <https://hdl.handle.net/20.500.12640/2028>
- Requiz Reyes, R. (2021). *Diagnóstico de la calidad en un hospital de Ayacucho durante la primera y segunda ola de la pandemia del COVID* [Tesis de maestría]. Universidad Esan. <https://hdl.handle.net/20.500.12640/2766>
- Ruiz Paredes, T. (2019). *Impedimento del autocultivo de cannabis y la vulneración del derecho fundamental a la salud de los pacientes que utilizan medicinal y terapéuticamente en Tacna, año 2019* [Tesis de doctorado]. Universidad Alas Peruanas. <https://hdl.handle.net/20.500.12990/6907>
- Román Díaz, M. (2015). *Los Derechos Humanos en el pensamiento de Norberto Bobbio* [Tesis de doctorado]. Universidad Carlos II de Madrid. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r38076.pdf>
- Sangama Lobera, K. N. y Ruiz Pezo, M. (2022). *Vulneración de los derechos a la salud y la Inaplicación de la ley que establece los derechos de las personas usuarias que acuden al centro de salud San Fernando, Manantay 2020* [Tesis de grado]. Universidad Nacional de Ucayali. <http://repositorio.unu.edu.pe/handle/UNU/5301>
- Serrano, S. y Vásquez, D. (2011). *Curso IV. Fundamentos teóricos de los derechos humanos*. Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal. <https://shorturl.at/bhrxS>

- Schiffman, L. y Lazar, L. (1997). *Comportamiento del consumidor*. Prentice-Hall Hispanoamericana.
- Superintendencia Nacional de Salud (2 de septiembre de 2022). Boletín Estadístico Primer Trimestre 2022. <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/3585181/Bolet%3%ADn%20Estad%3%ADstico%202022%201er%20trimestre.pdf.pdf>
- Superintendencia Nacional de Salud. (02 de noviembre de 2022). Supersalud sanciona a EPS Indígena por desprotección de menores con desnutrición aguda en La Guajira. <https://www.supersalud.gov.co/es-co/Noticias/listanoticias/supersalud-sanciona-a-eps-indigena-por-desproteccion-de-menores-con-desnutricion-aguda-en-la-guajira>
- Vargas González, V., Valecillos, J. y Hernández, C. (2013). Calidad en la prestación de servicios de salud: Parámetros de medición. *Revista de Ciencias Sociales (RCS)*, 19(4), 663-671. <https://www.redalyc.org/pdf/280/28029474005.pdf>
- Venegas Weisser, C. (2019). *El derecho a la salud en una nueva constitución: una mirada desde el derecho internacional de los derechos humanos* [Memoria de grado]. Universidad de Chile. <https://repositorio.uchile.cl/handle/2250/171126>

Influencia de la ética del juez en los derechos fundamentales del justiciable, Lima, 2022

(Caso de ejecución de garantías, en el Segundo Juzgado Civil de la Corte Superior de Lima)

Influence of the ethics of the judge on the fundamental rights of the defendant, Lima, 2022

(Case of execution of guarantees, in the Second Civil Court of the Superior Court of Lima)

BACH. DAVID MARTÍN CHAMORRO MORALES²¹

a2022803027@uwiener.edu.pe

ORCID: 0000-0002-2035-5525

DRA. ISABEL RAMÍREZ PEÑA²²

isabel.ramirez@uwiener.edu.pe

ORCID: 0000-0003-3248-6837

Resumen

La ética es valor fundamental del ordenamiento jurídico. El objetivo de este estudio es determinar la influencia de la ética del juez en los derechos fundamentales del justiciable, en casos estudiados en la ciudad de Lima, en 2022. Se usó la metodología aplicada, con un enfoque cualitativo y el estudio de casos, como estudio fenomenológico; de tipo básico, explicativo, con método inductivo, de corte transversal. Asimismo, incluyó análisis documental y bibliográfico. Los resultados indican que existe una identificación de las teorías trianguladas con los objetivos, por lo que se determinó la influencia del principio de justicia del juez, en relación con la primera categoría ética. Como conclusión, se determinó la influencia de la ética del juez en los derechos fundamentales del justiciable. Es importante

²¹ Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Norbert Wiener. Lima, Perú.

²² Ídem.

destacar la necesidad de complementar teorías como las de Busch, Idelfonso y Guzmán para entender que existe un control social sobre los actos del juez, realizado por instituciones como la OCMA y la Junta Nacional de Justicia; sin embargo, ese control social es insuficiente y debe ser fortalecido promoviendo investigaciones científicas sobre el control que ejerce el periodismo de investigación en la administración de justicia, pues de ese modo se evitan actos de corrupción al interior de la magistratura.

Palabras clave: ética, derecho constitucional, juez, periodismo

Abstract

Ethics is a fundamental value of the legal system. The purpose of this case study is to determine the influence of the ethics of the judge on the fundamental rights of the litigant, Lima, 2022. The applied method was used, with a qualitative approach and case study, as a phenomenological study; the study type was basic, explanatory, using an inductive method, and a cross-sectional design. In addition, documentary and bibliographic analysis. The results indicate an identification of the triangulated theories with the objectives, for which the influence of the judge's principle of justice was determined, in relation to the first ethical category. In conclusion, the influence of the judge's ethics on the fundamental rights of the litigant was determined, Lima, 2022. It is important, to highlight the need to complement theories, as the ones proposed by Busch, Idelfonso and Guzmán, to understand that there is a social control over the actions of the judge carried out by the government institutions such as OCMA and the JNJ (National Board of Justice). However, that social control is insufficient and must be strengthened by promoting scientific research on the social control exercised by investigative journalism, in the administration of justice, in order to prevent acts of corruption within the judiciary.

Keywords: Ethics, constitutional law, judge, journalism

I. Introducción

A nivel internacional, Busch (2018), en Chile, y Arruga (2019), en Ecuador, han abordado la influencia de la ética del juez en los derechos fundamentales del justiciable. Lo que se resalta de Busch es la posición teórica que demuestra la necesidad de un control interno y externo o social sobre el juez, que se reflejado en audiencias públicas y otros instrumentos. A nuestro parecer, ello tiene relación

con el hallazgo de Arruga, que valora la ética como relevante para establecer un modelo del desempeño del juez en sus funciones.

Por otra parte, en Estados Unidos, una investigación de Lezra (2022), en el *Wall Street Journal*, muestra que 131 jueces federales cometieron una grave falta contra el sistema de ética de justicia federal y violaron la ley al escuchar casos en los que tenían un interés financiero respecto de una de las partes. Sin embargo, el presidente del Tribunal Supremo, John Roberts, se muestra en desacuerdo con dicho posición, al indicar que solo una parte de todos los jueces federales han procedido de esa forma. Nuestra postura sobre la realidad problemática, difiere de la posición del juez supremo Roberts, porque sí se puede valorar la dimensión de un valor subjetivo como la ética del juez por la cantidad de casos en los que se refleja corrupción en la judicatura.

Lo expuesto por Lezra (2022) y Busch (2018) no concuerda con la posición teórica de Blacio (2014), en Ecuador, quien refiere que las normás éticas rigen el proceder del juez y dan certeza del respeto a los derechos fundamentales del justiciable, porque los jueces resolverán de forma objetiva en los procesos, en razón de la fuerza que ejerce la ética como valor fundamental sobre el ordenamiento jurídico.

A nivel nacional, nuestra realidad problemática, según Rodríguez (2017), se relaciona con la forma en la que los casos son resueltos por los órganos jurisdiccionales, cuando se niega al justiciable el acceso a resoluciones con un correcto fundamento jurídico.

Como diagnóstico, el fiscal superior Rafael Vela (2019) señala que el control social que ejerce el periodismo de investigación tiene un accionar determinante, en casos como Lava Jato y Cuellos Blancos, porque la prensa cumple un rol esencial de fiscalización sobre el desempeño de los magistrados en la impartición de justicia. Este estudio es de relevancia social porque nos ayuda a comprender temas que requieren una investigación profunda y presenta recomendaciones para resolverlos en la práctica (Fernández-Bedoya, 2020). Además, esta investigación tiene justificación teórica sobre la base de libros, tesis y artículos científicos, que sirven para profundizar el marco teórico, y tiene justificación metodológica ya que las técnicas e instrumentos de investigación que se usaron enriquecen similares trabajos por experiencia profesional (Ñaupas *et al.*, 2014).

Al respecto, planteamos como problema general de investigación el siguiente: ¿cuál es la influencia de la ética del juez, en los derechos fundamentales del justiciable, en Lima, 2022? Como problemas específicos se plantearon los siguientes:

¿Cuál es la influencia del principio de justicia del juez en los derechos fundamentales del justiciable, en Lima, 2022?; ¿Cuál es la influencia del principio de imparcialidad del juez en los derechos fundamentales del justiciable, en Lima, 2022? y ¿Cuál es la influencia del control social del juez en los derechos fundamentales del justiciable, en Lima, 2022?

Como objetivo general tenemos el determinar la influencia de la ética del juez, en los derechos fundamentales del justiciable, en Lima, 2022. Como objetivos específicos están determinar la influencia del principio de justicia del juez, en los derechos fundamentales del justiciable, en Lima, 2022; determinar la influencia del principio de imparcialidad del juez en los derechos fundamentales del justiciable, en Lima, 2022; y determinar la influencia del control social del juez en los derechos fundamentales del justiciable, en Lima, 2022.

II. Presentación del caso jurídico

2.1. Antecedentes

Lara (2021), en su tesis para optar por el grado de maestro, usó el enfoque cuantitativo y el método dogmático. El resultado fue que, después de un estudio comparativo, se determinó la necesidad de mejorar la protección de la tutela judicial efectiva con el establecimiento de judicaturas especializadas de garantías jurisdiccionales. Como conclusión, respecto de la tramitación de las garantías jurisdiccionales, existe vulneración por parte de autoridades judiciales no especializadas.

Aránguez (2018), en su artículo científico, usa el enfoque exploratorio y el estudio de la retórica clásica. Los resultados se obtuvieron por triangular la teoría clásica y el análisis documental, lo que demostró que la naturaleza ética de la profesión jurídica, necesita modelos éticos superiores, orientados al desarrollo de la justicia. La conclusión es que las decisiones judiciales se sitúan en la estructura hermenéutica de la vida humana y son, por tanto, el resultado del diálogo de los jueces (desde su educación en valores e ideales) con el derecho aplicable, los valores de la sociedad y las circunstancias en que se produce.

Jacobo García y Silvestre Contreras (2019), en su tesis, utilizaron los métodos analítico-comparativo y hermenéutico, y el análisis de la legislación nacional y jurisprudencia. El resultado obtenido demostró que los derechos fundamentales fortalecen las bases sociales del derecho procesal civil. La conclusión fue de que

el proceso civil se ha adaptado a la aplicación primordial de los derechos fundamentales en el marco de la constitucionalización.

Pacompia (2019), en su tesis, usó el enfoque cualitativo y el diseño dogmático. La conclusión fue que existe inaplicación del Código de Ética en la función pública; es necesaria la pragmatización de la Ley N.º 27444, para evitar actos de corrupción en los funcionarios públicos.

2.2. Fundamento del tema elegido

Sustentamos nuestra primera categoría, que es ética, en la posición teórica de Hortal (2004), sobre los principios de la bioética en las profesiones. Porque “la ética es la conducta del hombre frente a la responsabilidad que este tiene ante los ojos de otros hombres” (Prado-Carrera, 2016, p. 376). Por lo que el juez debe ejercer la administración de su judicatura, con amplios criterios éticos (Sánchez, 2000).

Es así que, en relación con la subcategoría de la primera categoría, la sustentamos con el principio de justicia de Hortal (2004), lo que significa proceder con justicia y cumplir las obligaciones institucionales, por lo que el juez debe respetar el Código de Ética del Poder Judicial. La posición teórica de Arias de Pablo (2021), que interpreta a Hobbes, refiere que no existe justicia cuando la ley no es respetada, por lo que Casas (2015) señala que la justicia se da cuando el *aquo* decide sus fallos sustentados en criterios jurídicos del ordenamiento. El principio de imparcialidad, como segunda subcategoría que, según la posición de Picado (2014), es el principio que obliga al juez a resolver el conflicto con un criterio objetivo, conservando su rol de garante de los derechos fundamentales.

Ello se reafirma con la postura de Abad (2017), que define la imparcialidad del juez, como el respeto a la igualdad de los actores y elemento sustancial de las garantías de un debido proceso. Porque, según la posición de Durán Chávez y Henríquez Jiménez (2021), el principio de imparcialidad del juzgador constituye un elemento de respeto al principio de igualdad de los derechos procesales de los actores en un proceso.

La categoría ética tiene una tercera subcategoría, el control social, que se fundamenta con la teoría del control social de Busch (2018), el cual se pone en evidencia en instituciones como la OCMA y las audiencias públicas de la Junta Nacional de Justicia. Asimismo, Guzmán (2016) resalta el rol del periodismo de investigación, que fiscaliza al sistema de justicia. También Vela (2019) valora el impacto del

control social ejercido por el periodismo de investigación, sobre el juez cuando administra justicia, ya que, como lo manifiesta Idelfonso (2018), el *aquo* sabe que está bajo el escrutinio de los medios de comunicación que investigan actos de corrupción al interior de la magistratura.

La segunda categoría, que es derechos fundamentales, tiene como primera subcategoría, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, que según la posición teórica de Monroy (2017) viene a ser un derecho esencial del ser humano, porque la aplicación de los principios del proceso es de naturaleza constitucional. También lo fundamenta Carrasco (2020) cuando sostiene que el derecho de acción es un derecho fundamental. Y lo reafirma Cárdenas (2018) al situar el derecho a la tutela judicial efectiva, como un derecho fundamental.

Los derechos fundamentales tienen como segunda subcategoría al principio de no maleficencia que plantea, ante todo, el no ocasionar un mal al prójimo, es decir, no desempeñarse mal en el propio oficio profesional; no cometer injusticias con las personas (Hortal, 2004). Por ello, Gama y Leite (2019) refieren que no hacer daño a otros, lo que significa valorar el principio que nos compromete en respetar a las personas y bienes. Por esa razón, el principio de no maleficencia se sustenta en la teoría de Hobbes, que indica que las cosas que hacen a un buen juez son, básicamente, una correcta comprensión de la ley de la equidad, no aquella que se sustenta en el derecho positivo, sino de la práctica de la bondad hacia el prójimo (Isler, 2018).

Los derechos fundamentales también se fundamentan con la tercera subcategoría, que es la decisión centrada en las virtudes judiciales, cuya teoría de Solum (2013) refiere que los magistrados deben resolver los conflictos sobre el fondo, con base en la virtud, ya que la justicia es una virtud interior para quien la posee, así como la que está por encima de todos los demás valores éticos y jurídicos, y es esencialmente ventajosa para que el *aquo* administre justicia a todos por igual (Amaya, 2018). En el juez, la virtud ética es un rasgo necesario de empatía hacia las personas (Samamé, 2016).

2.3. Aporte y desarrollo de la experiencia

Cuando se presenta un caso como este estudio, que no ha sido investigado a profundidad, el enfoque cualitativo es el apropiado (Hernández *et al.*, 2014). Es de tipo básico, porque busca la obtención de nuevos saberes, a través de investigaciones de temas que han sido poco estudiados (Valderrama, 2015). La presente

investigación usa el estudio de casos, que investiga un fenómeno contemporáneo dentro de su manifestación en la vida real, cuando los límites entre el fenómeno y su manifestación no están claramente definidos (Yin, 2015). El investigador cumplirá con los lineamientos éticos de las normas APA (Salazar *et al.*, 2018), por lo que se respetarán los parámetros establecidos en el Reglamento de Ética de la Investigación de la Universidad Privada Norbert Wiener, así como en las Normas APA 7.^a edición, el cual podrá ser validado por el Programa Turnitin.

El método inductivo se caracteriza por explorar y describir, y luego generar perspectivas teóricas. Por ello, este método inductivo sirve, en este estudio de caso, para formular ideas que podrán servir de base para nuevas investigaciones, por lo que se usarán, la revisión documental y bibliográfica; así como el método explicativo que revela porque ocurre un fenómeno y las condiciones en que se manifiestan y relacionan las variables del estudio (Hernández *et al.*, 2014).

La investigación se realiza en tres partes. En la primera, estudiamos y analizamos las teorías y los aportes de los autores que citamos con el objetivo de elaborar la matriz apriorística, mostrada en el primer anexo. En la segunda parte, vamos a contrastar las bases teóricas y las posiciones de los autores citados, junto con la jurisprudencia. En la tercera parte, vamos a desarrollar nuestras propias conclusiones. Los resultados de este informe de caso se fundamentarán en el análisis documental, bibliográfico y jurisprudencial. Esto va a producir las conclusiones de este estudio de caso.

Los conocimientos que se mejoraron por medio de esta investigación están en relación con la habilidad adquirida para triangular los objetivos, las categorías y las teorías que las sustentan, y de esa manera dar forma a las ideas generales que se presentan en el fundamento del tema elegido y la discusión, para finalmente llegar a las conclusiones, que forman el aporte esencial de este estudio fenomenológico. Este servirá como base para futuros estudios que profundicen en la influencia que genera el periodismo de investigación por su rol fiscalizador en el desempeño ético de los jueces.

El reto principal en la presente investigación fue el encontrar una teoría que abarque ambas categorías, así como una teoría por cada subcategoría. Además, el analizar y colocar de forma sucinta las ideas más resaltantes de cada teoría usada en cada una de las categorías y subcategorías. La solución a este problema se halló en fuentes de repositorios universitarios y buscadores de artículos, libros digitales y tesis —como Scopus, Redalyc, Alicia Concytec, entre otros—, que se consultaron de manera permanente en la búsqueda de la información relevante.

Tabla 1.
Matriz de consistencia

Ámbito temático	Problema general	Problemas específicos	Objetivo general	Objetivos específicos	Categoría	Subcategorías	Técnica	Instrumentos
Perú	¿Cuál es la influencia de la ética del juez, en los derechos fundamentales del justiciable, en Lima, 2022?	¿Cuál es la influencia del principio de justicia del juez, en los derechos fundamentales del justiciable, en Lima, 2022?	Determinar cuál es la influencia de la ética del juez, en los derechos fundamentales del justiciable, en Lima, 2022?	Determinar cuáles es la influencia del principio de justicia del juez, en los derechos fundamentales del justiciable, en Lima, 2022	Ética	Principio de justicia	Análisis de documentos	Fichas de análisis de documentos
				Determinar cuál es la influencia del principio de imparcialidad del juez, en los derechos fundamentales del justiciable, en Lima, 2022		Principio de imparcialidad		
				Determinar cuál es la influencia de la ética del juez, en los derechos fundamentales del justiciable, en Lima, 2022	Principio del control social			
Perú	¿Cuál es la influencia del principio de imparcialidad del juez, en los derechos fundamentales del justiciable, en Lima, 2022?	¿Cuál es la influencia del principio de imparcialidad del juez, en los derechos fundamentales del justiciable, en Lima, 2022?	Determinar cuál es la influencia de la ética del juez, en los derechos fundamentales del justiciable, en Lima, 2022	Determinar cuáles es la influencia del principio de control social del juez, en los derechos fundamentales del justiciable, en Lima, 2022	Derechos fundamentales	Derecho a la tutela jurisdiccional efectiva	Análisis de documentos	Fichas de análisis de documentos
				Determinar cuál es la influencia del principio de control social del juez, en los derechos fundamentales del justiciable, en Lima, 2022		Principio de no maleficencia		
				Determinar cuáles es la influencia del principio de control social del juez, en los derechos fundamentales del justiciable, en Lima, 2022		Decisión judicial centrada en las virtudes		

III. Presentación del reporte de caso jurídico

Este estudio es un caso de ejecución de garantías de un proceso ejecutivo (Expediente N.º 11781-2007-0-1817-JR-CO-02), seguido en el Segundo Juzgado Civil de Lima, Sub Especialidad Comercial, en el que el suscrito actúa como asistente del abogado a cargo del caso desde 2019 hasta la actualidad. El demandado contrae una obligación de dar suma de dinero sobre un bien en calidad de prenda con el extinto Banco Latino, en 1996, donde el demandante, actuando como sucesor procesal, presentó entre los medios probatorios la fotocopia del pagaré, pero con un monto y número de serie diferente al original.

El 17 de junio de 2019, se presentó un pedido de nulidad de todo lo actuado sobre el auto emitido por juez, el cual, según la resolución 33, fue declarado improcedente. Luego, con resolución 44, el mismo Juzgado concedió la apelación interpuesta por el demandado contra la resolución 42, por lo que se formó el cuaderno de apelación N.º 56, con copia de todo lo actuado. Que el juez haya aceptado un pagaré diferente al original que está en posesión del demandado demuestra que el *aquo* ha vulnerado el principio del derecho a la prueba. La verificación documental es derecho del demandado para determinar la autoría del título (Duelles-Panta, 2018).

Adicionalmente, al inicio de la demanda, el juez solicitó un peritaje para determinar el interés del capital de la deuda y le otorgó un monto superior a lo solicitado por el demandante, lo cual demuestra que el *aquo* ha vulnerado el principio de la congruencia procesal (artículo VII del Título Preliminar, Norma adjetiva). Básicamente, porque el juez civil no tiene la potestad para cambiar la declaración de voluntad del demandante y otorgarle más de lo que este ha solicitado en su demanda (Monroy, 2017).

IV. Discusión

En relación con el objetivo general de esta investigación, determinar la influencia de la ética del juez en los derechos fundamentales del justiciable, en Lima, 2022, la posición teórica de Hortal (2004) y Sánchez (2000), referida a la primera categoría denominada ética, manifiesta que esta tiene influencia en las decisiones del juez, lo cual tiene incidencia en la segunda categoría denominada derechos fundamentales, sustentada en la teoría de Monroy (2017) y de Cárdenas (2018),

por cuanto el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es un derecho fundamental del justiciable, lo que evidencia que en el presente caso de ejecución de garantías no se cumple al vulnerarse los derechos procesales del demandado. Por tanto, se recomienda fomentar criterios éticos en los jueces mediante la formación continua en la ética.

De acuerdo con lo establecido en el primer objetivo, determinar cuál es la influencia del principio de justicia del juez en los derechos fundamentales del justiciable, en Lima, 2022, en relación con la primera categoría ética y, en especial, a la primera subcategoría principio de justicia, la posición de la teoría de Hortal (2004) indica que el principio de justicia significa cumplir con las debidas obligaciones institucionales porque, según la posición teórica de Casas (2015), el juez debe resolver basándose en criterios coherentes del ordenamiento. Esto se corrobora con lo identificado en el caso de estudio, en el sentido que el juez no ha procedido con equidad al no respetar el derecho a la contradicción del demandado. Por lo indicado, podemos expresar que lo desarrollado en el caso tiene limitaciones porque el juez no ha resuelto con justicia.

De esta manera, impacta en la segunda categoría, derechos fundamentales, por lo cual sugerimos promover el diálogo de los magistrados con los alumnos de derecho de las universidades, para fomentar las virtudes judiciales en los jueces.

De acuerdo con lo establecido en el segundo objetivo, determinar la influencia del principio de imparcialidad del juez en los derechos fundamentales del justiciable, en Lima, 2022, en relación con la primera categoría ética y, en especial, a la segunda subcategoría, principio de imparcialidad, la posición teórica de Picado (2014) nos indica que, por este principio, el juez está obligado a resolver, conservando su rol de garante de los derechos fundamentales, lo que se corrobora con el caso, en el sentido que se ha vulnerado el derecho a la prueba del demandado, lo que se relaciona con la posición de Durán y Henríquez (2021). Por lo indicado, podemos expresar que lo desarrollado en el caso tiene limitaciones, porque la imparcialidad de un juez requiere, primero, un acto formal de no ser parte del proceso y, segundo, una acción sin condicionamientos subjetivos.

Por tanto, impacta en la segunda categoría, derechos fundamentales, ante lo que sugerimos que se fortalezca a la OCMA y a la Junta Nacional de Justicia.

Según lo establecido en el tercer objetivo, determinar la influencia del principio del control social del juez en los derechos fundamentales del justiciable, en Lima, 2022, respecto de la primera categoría ética y, en especial, la tercera subcategoría principio del control social, la teoría del control social de Busch (2018) indica que instituciones como la OCMA y las vistas públicas de la Junta Nacional de Justicia

sirven para ejercer control sobre el proceder ético del juez, lo que se corrobora en el caso de estudio en el sentido que la fiscalización de estas instituciones ha servido para destituir a magistrados corruptos, lo cual se relaciona con la postura de Guzmán (2016) e Idelfonso (2018), que resaltan el control social del periodismo de investigación que fiscaliza al sistema de justicia.

Por lo indicado, podemos expresar que lo desarrollado en el caso de estudio tiene limitaciones, pues las denuncias planteadas por el demandado ante la OCMA y la JNJ han sido desestimadas. Esto impacta en la segunda categoría, derechos fundamentales, por lo que sugerimos fomentar investigaciones sobre el rol fiscalizador del periodismo de investigación en la ética del administrador de justicia.

V. Conclusiones

Primera. Se ha determinado que sí existe influencia de la ética del juez en los derechos fundamentales del justiciable, con base en la teoría de Hortal (2004), por lo que el juez debe cumplir sus obligaciones institucionales, respetando el Código de Ética del Poder Judicial, y la posición de Sánchez (2000), quien refiere que refiere el juez debe ejercer la administración de su judicatura con amplios criterios éticos. Esto ha permitido corroborar el primer objetivo de esta investigación; por tanto, se recomienda fomentar criterios éticos en los jueces, mediante la formación continua en la ética.

Segunda. Se ha determinado que sí existe influencia del principio de justicia del juez en los derechos fundamentales del justiciable. En virtud de lo mencionado por Casas (2015), quien fundamenta que la justicia existe cuando el *aquo* decide sus fallos sustentado en criterios jurídicos del ordenamiento, y basados en la teoría de Arias de Pablo (2021), quien refiere que no existe justicia cuando la ley no es respetada por el juez, se ha corroborado el primer objetivo de esta investigación. Por ello, se recomienda desarrollar las virtudes judiciales en los jueces, promoviendo el diálogo de los magistrados con los alumnos de derecho de las universidades.

Tercera. Se ha determinado que sí existe influencia del principio de imparcialidad del juez en los derechos fundamentales del justiciable. Con base en la teoría de Picado (2014), quien refiere que es el principio que obliga al juez a resolver el conflicto con un criterio objetivo, conservando su rol de garante de los derechos fundamentales, y la posición de Abad (2017), quien define la imparcialidad del juez

como el respeto a la igualdad de los actores y elemento sustancial de las garantías de un debido proceso, se ha podido corroborar el primer objetivo de esta investigación. Por tanto, se recomienda fortalecer a la OCMA y a la Junta Nacional de Justicia.

Cuarta. Se ha determinado que sí existe influencia del control social del juez en los derechos fundamentales del justiciable. A partir de la teoría de Busch (2018), quien destaca el rol social de la OCMA y las audiencias públicas de la Junta Nacional de Justicia como fiscalizadores del desempeño ético del juez, y de la posición de Idelfonso (2018) y de Guzmán (2016) quienes manifiestan que el periodismo de investigación fiscaliza al sistema de justicia; esto ha permitido corroborar el primer objetivo de esta investigación. Por ello, se recomienda fomentar investigaciones acerca del rol fiscalizador del periodismo de investigación, sobre el desempeño ético del juez.

Finalmente, debemos indicar que la principal limitación fueron las pocas investigaciones que existen a nivel nacional, acerca del control social que ejerce el periodismo de investigación sobre el desempeño ético del juez y que, en el caso en estudio, se ha manifestado en la necesidad de complementar las teorías de Busch, Idelfonso y Guzmán para entender que existe un control social realizado por instituciones como la OCMA y la Junta Nacional de Justicia sobre los actos del juez. Sin embargo, ese control social es insuficiente y debe ser fortalecido, así como promover investigaciones científicas sobre el control social que ejerce el periodismo de investigación en la administración de justicia porque, a nuestro entender, así se evitan el desarrollo de actos de corrupción al interior de la magistratura.

Referencias bibliográficas

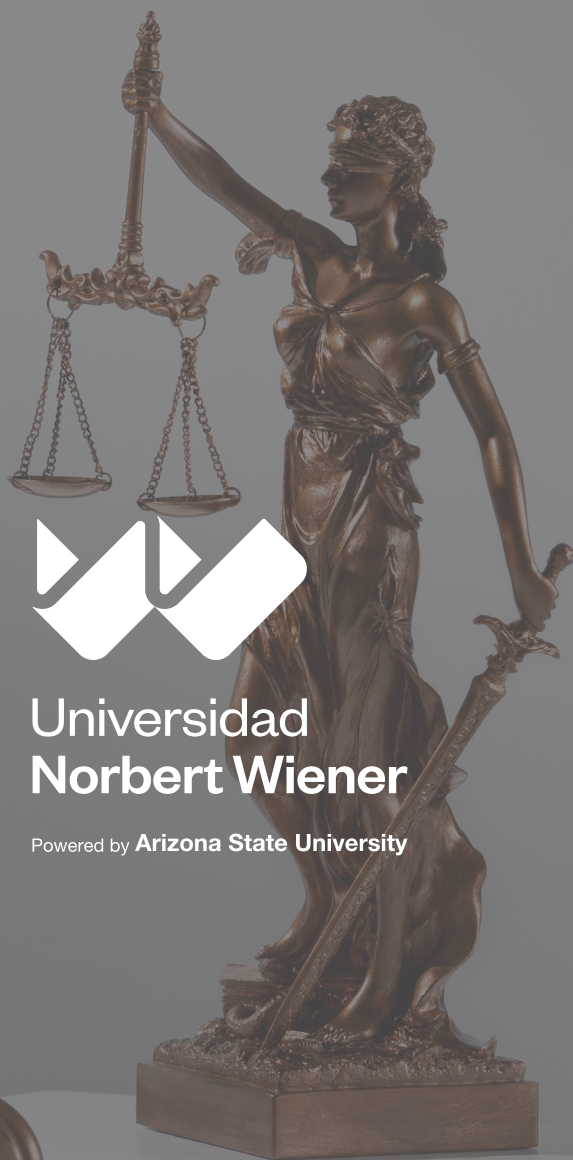
- Abad, I., Camacho, J., Capelo, G., Chilibingua, D. y Olalla, S. (2017). La imparcialidad judicial. *Revista Jurídica Facultad de Jurisprudencia*, (31), 141-152. <https://www.revistajuridicaonline.com/2018/06/la-imparcialidad-judicial/>
- Amaya, A. (2019). Ejemplaridad, virtud y autoridad judicial. *UNA Revista de Derecho*, 7(14), 47-70. <https://una.uniandes.edu.co/ediciones/volumen-3/125-amaya-a-ejemplaridad-virtud-y-autoridad-judicial>
- Aránguez Sánchez, T. (2018). El papel de la ética en la responsabilidad social empresarial. *Investigación y Justicia*, (12), 1-22. <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/filosofia-derecho/article/view/12447>

- Arias de Pablo, I. (2021). *El papel de la ética en la responsabilidad social empresarial en el marco de la Agenda 2030* [Tesis doctoral]. Universidad de Valladolid. <https://uvadoc.uva.es/handle/10324/50747>
- Arias, J. (1999). *La abstención y la recusación de jueces y magistrados*. Editoriales de Derecho Reunidas.
- Arruga Procas, R. (2019). *La Comisión de Ética Judicial: Fundamentación* [Trabajo de fin de grado]. Universidad de Zaragoza. <https://core.ac.uk/outputs/389598909>
- Corte Nacional de Justicia del Ecuador. (2014). *Ética judicial*. Imprenta de la Gaceta Judicial. https://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/Produccion_CNJ/Etica%20judicial.pdf
- Bélgica, L. M. (2021). *El establecimiento de judicaturas especializadas en acciones de garantías jurisdiccionales. La tutela judicial efectiva como fundamento para el establecimiento de judicaturas especializadas en acciones de garantías jurisdiccionales* [Tesis de maestría]. Universidad Andina Simón Bolívar. <http://hdl.handle.net/10644/8051>
- Busch, T. (2018). *El control del juez constitucional* [Tesis de doctorado]. Pontificia Universidad Católica de Chile. <https://repositorio.uc.cl/handle/11534/22156>
- Cárdenas Manrique, C. (2018). *Introducción al Derecho Procesal Civil*. Instituto Pacífico.
- Carrasco, M. (2020). El desarrollo de la teoría del proceso y la teoría de la jurisdicción en la obra de Francesco Carnelutti. *Revista de Derecho Político*, 1(107), 13-40. <https://doi.org/10.5944/rdp.107.2020.27182>
- Casas, M. (2015). La responsabilidad social empresarial en la gestión de los recursos humanos. *Lex Laboro*, 4(7), 107-126. <http://ojs.urbe.edu/index.php/lexlaboro/article/view/180/4287>
- Castillo, R. (2020). *Causas de la corrupción en el poder judicial peruano desde la percepción de abogados del Ministerio Público y del Poder Judicial, Chachapoyas 2019* [Tesis de grado]. Universidad Nacional Toribio Rodríguez de Mendoza. <http://hdl.handle.net/20.500.14077/2069>
- Duelles-Panta, K. (2018). *La Prueba: Análisis jurídico comparativo del proceso civil y arbitral* [Tesis de grado]. Universidad de Piura. <https://hdl.handle.net/11042/3469>
- Durán Chávez, C. E. y Henríquez Jiménez, C. D. (2021). Principio de objetividad previsto en el código orgánico integral penal. Relación con el debido proceso. *Sociedad & Tecnología*, 4(S1), 159-173. <https://doi.org/10.51247/st.v4iS1.121>

- Fernández Bedoya, V. H. (2020). Tipos de justificación en la investigación científica. *Espíritu Emprendedor TES*, 4(3), 65-76. <https://shorturl.at/empqD>
- Gama, G. C. N. da y Leite, C. de M. F. (2019). El deber de no causar daño a otro desde la perspectiva de la reparación integral de la víctima. *Revista Internacional Consinter De Direito*, 5(8), 479-490. <https://shorturl.at/cDHJV>
- Hernández Sampieri, R., Fernández Collado, C. y Baptista Lucio, P. (2014). *Metodología de la investigación*. (6.ª ed.). McGraw-Hill.
- Hernández, J., Rivera, J. y Granados, L. (2014). *Investigación jurídica: retos y perspectivas*. Universidad Florencio del Castillo.
- Hortal, A. (2004). *Ética General de las Profesiones*. (2.ª ed.). Descleé de Brouwer.
- Idelfonso, C. M. (2018). *Influencia de los medios de comunicación en las decisiones judiciales en el juzgado de investigación preparatoria del distrito judicial de Huánuco, 2017* [Tesis de pregrado]. Universidad de Huánuco. <http://repositorio.udh.edu.pe/123456789/1504>
- Isler Soto, C. (2018). Thomas Hobbes y la función de los jueces. *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, (40), 407-421. <https://dx.doi.org/10.4067/S0716-54552018000100407>
- Jacobo, J. L. y Silvestre, J. C. (2019). *El Proceso Civil a la luz de la primacía de los derechos fundamentales y la constitucionalización del proceso* [Tesis de grado]. Universidad Nacional de Trujillo. <https://shorturl.at/aQR14>
- Lara Mafla, B. I. (2021). *La tutela judicial efectiva como fundamento para el establecimiento de jurisdicciones especializadas en acciones de garantías jurisdiccionales* [Tesis de maestría]. Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.
- Lezra, G. (13 de enero de 2022). Justice Roberts gets it wrong: federal judges' conflicts of interest threaten the entire judiciary. *Crew*. <https://www.citizensforethics.org/news/analysis/justice-roberts-gets-it-wrong-federal-judges-conflicts-of-interest-threaten-the-entire-judiciary/>
- Monroy, J. (2017). *Teoría General del Proceso*. Communitas.
- Saldaña, J. (2015). *Ética Jurídica: Segundas Jornadas*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/3970-etica-juridica-segundas-jornadas>
- Ñaupas, H., Valdivia, M., Palacios, J. y Romero, H. (2014). *Metodología de la Investigación. Cuantitativa - Cualitativa y Redacción de Tesis*. (4.ª ed.). Ediciones de la U. https://edicionesdelau.com/wp-content/uploads/2018/09/Anexos-Metodologia_%C3%91aupas_5aEd.pdf

- Pacompia, A. (2019). *Alcances y limitaciones del código de ética en la función pública y su reglamento, como mecanismo de prevención de corrupción de funcionarios* [Tesis de pregrado]. Universidad Nacional del Altiplano. <https://repositorioslatinoamericanos.uchile.cl/handle/2250/3280287?show=full>
- Picardo Vargas, C. (2014). El Derecho a ser juzgado por un juez imparcial. *IUDEX. Revista Oficial de la Asociación Costarricense de la Justicia*, (2), 31-62. <https://biblioteca.corteidh.or.cr/documento/67551>
- Prado-Carrera, G. J. (2016). La moral y la ética: Piedra angular en la enseñanza del derecho. *Opción*, 32(13), 369-390. <https://shorturl.at/kmvZ4>
- Rodríguez, C. (2017). *La tutela jurisdiccional efectiva en los Juzgados Civiles de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte año 2016* [Tesis de grado]. Universidad César Vallejo <https://hdl.handle.net/20.500.12692/11468>
- Sachar, D. J. (2019). La falta de conducta judicial y la confianza pública en el Estado de derecho. Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. <https://www.unodc.org/dohadecaration/es/news/2019/08/judicial-misconduct-and-public-confidence-in-the-rule-of-law.html>
- Salazar, R., Icaza, M. y Alejo, O. (2018). La importancia de la ética en la investigación. *Universidad y Sociedad*, 10(1),305-311. http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S2218-36202018000100305
- Samamé, L. (2016). El discurso jurídico en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú: Una perspectiva crítica. *Diálogo Jurídico*, 14(40), 135-152. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5331396>
- Sánchez, I. (2000). Ética y función judicial. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, (4), 449-457. <http://hdl.handle.net/2183/2071>
- Solum, L. (2013). El realismo y la teoría de la interpretación jurídica. *Persona y Derecho*, (69), 91-129. <https://revistas.unav.edu/index.php/persona-y-derecho/article/view/1571>
- Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. (2013). *Comentario relativo a los Principios de Bangalore sobre la conducta judicial*. <https://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2012/V1187384.pdf>
- Valderrama, S. (2015). *Pasos para elaborar proyectos de investigación científica: cuantitativa, cualitativa y mixta*. San Marcos.
- Vásquez, D. E. (2021). Derecho fundamental del acceso a la justicia y políticas institucionales del Poder Judicial en la lucha contra la corrupción en el Perú. *Revista Oficial del Poder Judicial*, 13(15), 127-161. <https://doi.org/10.35292/ropj.v13i15.392>

- Vela, R. (2019). El periodismo de investigación tiene un papel preponderante en el caso Lava Jato / Entrevistado por Paul Tuesta. *Convoca*. <https://convoca.pe/agenda-propia/rafael-vela-el-periodismo-de-investigacion-tiene-un-papel-preponderante-en-el-caso>
- Yin, R. K. (2015). *Investigación sobre estudios de casos: diseño y métodos*. (5.^a ed.). Sage Publications.



Universidad Norbert Wiener

Powered by **Arizona State University**

Abril de 2023