



UNIVERSIDAD  
PRIVADA  
DEL NORTE

# FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

Carrera de Derecho y Ciencias Políticas

“LA TENENCIA DEL MENOR EN EPOCA DE PANDEMIA EN  
EL DISTRITO JUDICIAL DE SAN MARTIN”

Tesis para optar el título profesional de:

**Abogada**

**Autora:**

Natalia Ponce Cueva

**Asesor:**

Dr. Homero Absalón Salazar Chávez

Trujillo - Perú

2022

## DEDICATORIA

Llena de orgullo, de amor y de esperanza dedico este proyecto a mis hijas, **Cristall y Sthefani** quienes han sido mis pilares para seguir adelante. Por ellas y para ellas todo mi esfuerzo y dedicación.

A mis padres **Cesar Ponce y Rosa Cueva** porque ellos son la motivación de mi vida, mi orgullo de ser y querer ser siempre mejor.

Y sin dejar atrás y no menos importante a mi familia, en especial a mi querida tía **Maria Estela Cueva de Narváez** por confiar en mí.

## AGRADECIMIENTO

Quiero iniciar Agradeciendo a Dios por hacer posible a pesar de tantas dificultades culminar este proyecto que cierra un capítulo en mi vida e inicia otro. Gracias por la fuerza, por la salud y sobre todo gracias por la vida.

También quiero agradecer a mi tía Maria Estela Cueva de Narváez, por el apoyo incondicional que siempre me ha dado en especial por darme los recursos que me han permitido terminar esta tesis, y sobre todo por estar atrás de mi para cumplir con este objetivo.

A mis queridos padres, por el privilegio de tenerlos, alguna vez leí... “que gran regalo crecer sin olvidar” ... hasta ahora lo entiendo, que gran compañía, tanto esfuerzo y sacrificio a veces incomprensidos, sólo se le puede entregar a alguien muy querido, gracias por darme tanto de todo y por darme todo de ustedes. Hoy que una parte muy importante de mis estudios profesionales han sido concluidos, les digo que me llena de orgullo y siento que ese mismo orgullo está dentro de ustedes. Este triunfo vale la pena compartirlo y con quien mejor que con mis padres, mis hijas, mi tía, mi familia y mis amigos de toda la vida.

GRACIAS!!

## TABLA DE CONTENIDOS

<b>Dedicatoria</b>	<b>2</b>
<b>Agradecimiento</b>	<b>3</b>
<b>Introducción</b>	<b>5</b>
<b>Antecedentes, Justificación y Objetivos</b>	<b>9</b>
<b>Metodología</b>	<b>11</b>
<b>Marco teórico</b>	<b>17</b>
<b>Resultados</b>	<b>85</b>
<b>Discusión de resultados</b>	<b>88</b>
<b>Conclusiones</b>	<b>91</b>
<b>Referencias</b>	<b>92</b>

## I- INTRODUCCION

En el presente trabajo de investigación se busca realizar un análisis de la figura de la tenencia durante los años 2020-2021, debido que en este contexto social derivado de la declaratoria de estado de emergencia determinada por el COVID-19, se ocasiona una reestructuración del proceso judicial, a fin de atender a los justiciables y acceder a la tutela procesal efectiva.

En el ámbito internacional durante la pandemia A modo de ejemplo: El Consejo de Justicia Civil del Reino Unido describe los problemas de la realización de audiencias telemáticas: Como la falta de conectividad, utilización de recursos de los ciudadanos Lo que puede significar que si no se dispone de suficientes datos en el teléfono para asistir a una audiencia, se estaría pagando por acceder a la Justicia, resolución de casos complejos en una audiencia y riesgos para la confidencialidad y secreto de las actuaciones. En argentina las resoluciones 10/20, 18/20 y 480/20 de la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires se implementó, con algunas limitaciones, la celebración de audiencias por videoconferencias, siempre y cuando el órgano jurisdiccional y los intervinientes cuenten con las facilidades informáticas a tal fin y fuese posible en función del caso. Por su parte Ecuador en su Corte Nacional estableció un protocolo de audiencias telemáticas para garantizar justicia de forma remota. Para ello, acondicionó seis salas virtuales con plataforma Polycom de hasta 120 conexiones totales concurrentes, estableció tres equipos de videoconferencia operativos y adquirió una licencia Zoom, entre otros medios telemáticos y digitales.

Como punto característico en la implementación internacional es el problema de la conectividad, el pagar el servicio de internet, una deficiente actuación de los medios probatorios, una casi nula aplicación del principio de inmediación.

En el ámbito nacional durante el estado de emergencia los procedimientos judiciales de familia han tenido que adecuarse a las herramientas de modernidad como es el uso del SINOE, plataforma virtual GOOGLE MEETS y la expedición de parte del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial ha implementado la resolución Administrativa N° 195-2020-CEPJ, denominado Proceso Único y Simplificado y Virtual, que consagra el principio de oralidad en los procesos civiles, y como el problema logístico se agudizado en el estado de emergencia, más aun su implementación no se ha dado en los Juzgados de familia debido que existen múltiples razones: Logísticas, mala interpretación y un desconocimiento de las instituciones, las cuales se encuentran dentro de la resolución Administrativa N° 195-2020-CEPJ.

En el actual contexto de San Martín desde la declaratoria de estado de emergencia realizada el día 16 de marzo del 2020, las audiencias judiciales han tenido problemas de conectividad, falta de recursos económicos para adquirir un celular o pagar los servicios de internet, problemas de logística al tener que reprogramarse, las evaluaciones psicológicas de personalidad o empatía, el envío del expediente Fiscal al Ministerio Público a fin de que se realice el Dictamen Fiscal se ha frustrado, dichos hechos han generado una demora en la solución de la controversia, más aun vulnerado el principio de inmediación procesal.

Luego de realizar un análisis a las características actuales de las audiencias únicas en las cuales se pierde el contacto con las partes, más aún realizar la entrevista única con el menor tutelado en el cual no se garantiza que el menor expresa su voluntad sin coacciones vulnerándose de esa manera la intermediación que es el principal mecanismo del Ministerio Público que permite emitir su dictamen fiscal.

Otro tema no menos importante es el régimen de visitas que se impone a los progenitores que no tengan la tenencia, en las cuales se tiene que evaluar la conveniencia y el uso de equipos de protección, a fin de no propagar el COVID-19.

Luego del impacto de los alcances de la resolución Administrativa N° 195-2020-CEPJ, denominado Proceso Único y Simplificado y Virtual, en el distrito fiscal de San Martín, norma que contraviene el artículo 139 numeral 3 de la Constitución Política, se suprime el plazo de 48 horas previsto en el artículo 173, párrafo in fine del Código del niño y adolescentes, contraviene el principio de jerarquía normativa, en tanto el artículo 8.3. de la resolución administrativa N° 195-2020-CEPJ, colisiona el artículo 173, párrafo in fine del Código del niño y adolescentes, en tanto suprime el plazo de 48 horas previsto en el artículo 173, párrafo in fine del código del niño y adolescentes, existe una interpretación a los alcances del artículo 8.3. de la resolución administrativa N° 195-2020-CEPJ, el cual prevé: 8. El Fiscal de Familia puede emitir su Dictamen Fiscal de manera oral, conforme la interpretación literal esta es una facultad del fiscal de Familia, y no se constituye en un imperativo la emisión en audiencia del dictamen fiscal, se transgrede lo previsto en la Resolución N° 120-2014-PCNM, PRECEDENTE ADMINISTRATIVO.

Qué consecuencias jurídicas se han generado en los procedimientos judiciales de tenencia, derivado de la declaratoria de estado de emergencia determinada por COVID-19 en el distrito Judicial de San Martín durante los años 2020- 2021.

La presente tesis está conformada por el siguiente marco teórico:

Análisis de La tecnología de la información y el derecho.- El gobierno digital y los procesos judiciales y la validez de utilización de las videoconferencias y otras figuras similares.

Un estudio a la parte sustantiva del procedimiento de tenencia, la cual aborda concepto, clases, aplicación del interés superior del niño y la jurisprudencia vinculante emitida por la Corte Suprema y el TC.

La parte adjetiva del procedimiento judicial de tenencia, conformada por la etapa postulatoria, audiencia única, principio de inmediación, informes periciales, dictamen fiscal, valoración probatoria y aplicación del tercer pleno casatorio.

Un estudio de los efectos de la declaratoria de estado de emergencia determinada por el COVID-19, estado actual de los procedimientos judiciales de tenencia, RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA N° 195-2020-CEPJ, denominado proceso único y simplificado y virtual, principio de oralidad en los procedimientos judiciales de tenencia.

Análisis de resoluciones judiciales en el distrito judicial de San Martín, así como análisis del dictamen fiscal en el distrito judicial de San Martín.

Esperando el presente trabajo cumpla los objetivos del curso y contribuya al estudio y solución de la presente figura jurídica.

## **CAPITULO II**

### **ANTECEDENTES**

El contexto de la pandemia en el derecho de familia es novísimo por esas circunstancias y limitaciones no hay trabajos de investigación al respecto, menos aún existe limitaciones en la bibliografía respecto a las consecuencias jurídicas que se han generado en los procedimientos judiciales de tenencia, derivado de la declaratoria de estado de emergencia determinada por COVID-19 en los diversos ordenamientos jurídicos.

### **JUSTIFICACION:**

El presente trabajo identifica, la situación problemática que se deriva la declaratoria de estado de emergencia determinada por COVID-19, siendo el presente trabajo de investigación un derrotero que permita una correcta interpretación de las instituciones propias del derecho de familia (tenencia) y compatibilizarlo a las nuevas herramientas y mecanismos de plataforma virtuales a la luz del principio de interés superior del niño.

Así mismo los operadores tendrán una línea de consulta básica que permita la comprensión de los procedimientos judiciales de tenencia dentro del contexto de la declaratoria de estado de emergencia determinada por COVID-19.

### **OBJETIVO**

- Realizar un estudio a las diversas instituciones del derecho de familia tales como tenencia, interés superior del niño.

- Comprender el procedimiento judicial de la tenencia ex ante y ex post de la pandemia.
- Determinar qué cambios se han suscitado durante la pandemia, respecto a la realización de audiencias virtuales.
- Conocer los inconvenientes que han tenido los operadores al momento de participar en estos procedimientos.
- Interpretar de manera adecuada conforme el principio de interés superior de niño, las instituciones del derecho de familia como son la tenencia, la utilización del principio de oralidad, principio de inmediación.
- Conocer los efectos jurídicos de la aplicación de la RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA N° 195-2020-CEPJ, DENOMINADO PROCESO ÚNICO Y SIMPLIFICADO Y VIRTUAL.

### III. CAPITULO

#### METODOLOGÍA

##### 3.1.- DISEÑO DE INVESTIGACION

La presente investigación es de carácter básica- descriptiva. Es básica debido que busca ampliar e incrementar conocimientos respecto como se están realizando los procedimientos de tenencia judicial en el Distrito Fiscal de San Martín, así mismo se busca brindar alternativas de solución a la situación problemática descrita en páginas anteriores.

Así mismo es **descriptiva** en tanto se describe la actual situación problemática del procedimiento de tenencia judicial y se analizan los principales hechos que han contribuido al problema objeto de investigación.

Se debe puntualizar que la investigación jurídica las tesis de derecho son básica-descriptiva.

##### 3.2.- METODOLOGIA DE INVESTIGACION;

Como punto medular es realizar un análisis del procedimiento judicial de tenencia durante el estado de emergencia los cuales han tenido que adecuarse a las herramientas de modernidad como es el uso del SINOE, plataforma virtual GOOGLE MEETS y la expedición del parte del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial ha implementado la resolución Administrativa N° 195-2020-CEPJ, denominado Proceso Único y Simplificado y Virtual, que consagra el principio de oralidad en los procesos civiles, y como el problema

logístico sea agudizado en el estado de emergencia, más aun su implementación no se ha dado en los Juzgados de familia debido que existen múltiples razones: Logísticas, interpretación y de un desconocimiento de las instituciones, las cuales se encuentran dentro de la resolución Administrativa N° 195-2020-CEPJ.

Ergo se hace necesario realizar un estudio enfocado desde el punto de vista de los operadores jurídicos a fin de identificar sus apreciaciones y las ventajas o desventajas o dificultades del procedimiento de tenencia judicial en la actualidad, a fin de brindar alternativas de solución.

**METODO EXEGETICO;** Se busca realizar un análisis al marco normativo vigente y explicar las razones que subyacen al marco normativo vigente.

**METODO HISTORICO;** Al identificar las instituciones jurídicas, se evaluará sus antecedentes históricos y su evolución e impacto en el ordenamiento jurídico vigente.

**METODO SOCIOLOGICO,** se brindará un estudio al contexto social de la ciudad de Tarapoto, en la medida de lo posible, la aplicación de la norma jurídica sea adecuada a las características sociales de la realidad normada. Esto equivale a realizar un estudio a las concepciones ideológicas de los grupos sociales normados, sus costumbres, características generales de vida, entorno social, intereses, etcétera.

**METODO ANALISIS ECONOMICO DEL DERECHO,** en la presente investigación se puede graficar en el principio de economía procesal, en tano los procesos judiciales de tenencia se han visto que se han producido costos de transacción, tales como tiempo y costo en su tramitación, lo cual genera una externalidad negativa en los justiciables.

### **3.3.- POBLACION Y MUESTRA**

- Población: Los procesos judiciales de tenencia tramitados en el Primer Juzgado de Familia de Tarapoto (aproximado de 100 procesos judiciales) tramitados durante el año 2020-2021. Se permitirá identificar los problemas descritos en la realidad problemática.
- Muestra 10 proceso judiciales de los años 2020-2021. Esta cantidad representa el 10 por ciento de la población.

### **3.4.- LA OPERACIONALIZACIÓN DE LAS VARIABLES**

**VARIABLE DEPENDIENTE:** Que consecuencias jurídicas se han generado en los procedimientos judiciales de tenencia.

**VARIABLE INDEPENDIENTE:** derivado de la declaratoria de estado de emergencia determinada por COVID-19 en el distrito Judicial de San Martín durante los años 2020-2021.

### **3.5.- TECNICAS E INSTRUMENTOS**

#### **1.- TECNICA. -**

Para la presente investigación se ha empleado las siguientes técnicas: Recopilación y análisis documental de los expedientes, sentencias de primera instancia emitidas por el Juzgado de Familia, Dictamen Fiscal sobre la materia de tenencia, así mismo un análisis doctrinario de los diversos Principios en cuestión Principio de inmediatez, principio de economía procesal, interés superior del niño, etc, análisis jurisprudencial nacional e internacional referidas a los temas.

Así mismo se realizará una entrevista a los operadores jurídicos del distrito Fiscal de San Martín sobre los aspectos positivos, negativos, dificultades y otras circunstancias que se han suscitado en la declaratoria de emergencia por COVID 19.

- **RECOPIACIÓN:** Se realizará una búsqueda y selección de bibliografía especializada, sentencias y marco normativo vigente.
- **ANALISIS DOCUMENTAL.** Revisión de doctrina sobre derecho procesal, derecho de familia, etc.
- **ANALISIS DE CONTENIDO:** Análisis de sentencias y dictamen Fiscal, análisis del marco normativo vigente.
- **ENTREVISTA:** A los diversos operadores Jurídicos: Jueces de familia. Fiscales de Familia y abogados.

## 2.- INSTRUMENTO. -

Los instrumentos utilizados en la investigación son los siguientes:

- Libros, revistas de derecho.
- Fichaje de información doctrinaria
- Internet para acceder a bibliotecas virtuales
- Memoria externa
- Laptop
- Impresora
- Útiles de escritorio
- Fotocopias
- Movilidad

### **3.6.- PROCEDIMIENTO Y TRATAMIENTO DE ANALISIS DE DATOS**

Población: La población estuvo conformada por 130 expedientes judiciales sobre la materia de tenencia en del Distrito Judicial de Tarapoto.

Muestra: Se trabajó con una muestra de 67 expedientes judiciales sobre la materia de tenencia en del Distrito Judicial de Tarapoto. Para determinar la muestra se aplicó la siguiente fórmula:  $n = Z^2 pq / E^2(N - 1) + Z^2 pq$

- Frecuencia Absoluta: Al realizar un análisis a los expedientes se tiene que se ha afectado el interés superior del niño (130 casos). No pudiendo determinarse su sexo debido que esta información es reservada los sujetos procesales, pero se puede determinar que una 98% de los casos corresponden a padres que han solicitado la tenencia de su hijo, mientras un 2% corresponden a madres que han solicitado la tenencia de su hijo.
- Frecuencia relativa: A continuación, se ha segregado un sub-grupo de personas que no contaban con recursos económicos para iniciar un procedimiento de tenencia de los cuales un 15% fueron asesorados por la Defensa Pública de San Martín, mientras un 10% correspondía a progenitores que no residían en el Distrito de San Martín.
- Intervalos: A continuación, se presenta el rango de las edades presentes en estos procedimientos:

EDAD	CANTIDAD
0-4	70
5-12	50
13-17	10

Se debe puntualizar que por tema de pandemia aun la atención para visualizar los expedientes, a fin de realizar una actividad de campos, existen restricciones, principal dificultad para la toma de muestra, por lo que pueden cambiar las cantidades aun mayor análisis de los expedientes judiciales.

### **3.7.- ASPECTOS ÉTICOS. -**

De acuerdo a Molina (2013), la investigación tuvo en cuenta los cuatro principios éticos de la bioética, en cuanto al principio ético de beneficencia, el estudio se enfocó en contribuir con el bienestar de los menores sujetos a un procedimiento de tenencia en el Distrito Judicial de San Martín, a efecto de que el desarrollo de sus procedimientos sea enfocado por el principio de interés superior del niño, llegando a cumplir con sus objetivos de una manera eficiente. También, se tuvo en cuenta el principio ético de no maleficencia, debido a que la presente investigación trató de no causar ningún daño mediante los procedimientos de investigación, por ello se ha respetado los criterios establecidos por la Universidad. Asimismo, se tuvo en cuenta el principio de autonomía, debido a que se respetó las ideas expresadas por los autores en las fuentes de información y lo establecido por la normatividad vigente, teniendo en cuenta criterios de consentimiento y confidencialidad en el uso de la información. Finalmente, se tuvo en cuenta el principio ético de justicia, en razón de que se mantuvo criterios equitativos, evitando discriminaciones e injusticias durante el proceso de investigación.

## CAPITULO IV

### MARCO TEORICO

- Al ser un tema novísimo no existe antecedentes de investigación respecto a las consecuencias jurídicas se han generado en los procedimientos judiciales de tenencia, derivado de la declaratoria de estado de emergencia determinada por COVID-19 en el distrito Judicial de San Martín durante los años 2020- 2021.

### SUBCAPITULO I

#### **1.- La tecnología de la información y el derecho**

El mundo está digitalizado, y el medio para ello es el Internet. La estrategia de la incorporación de las TIC y la amplia cobertura de Internet a nivel global en la operación cotidiana han generado grandes ventajas a los clientes y usuarios (de empresas y organizaciones en general).

Para los promotores de su uso significa:

- Eficiencia.
- Eficacia.
- Reducción de costos en operaciones digitalizadas.
- Mayor cobertura geográfica, traspasando fronteras no solo hacia otros países, sino pensando desde el punto de vista del servicio del Estado llegando, o pudiendo llegar, a lugares distantes y rurales.
-

- Crecimiento profesional y mayor tiempo para dedicarse a tareas de «valor añadido».
- Igualdad de oportunidades.
- Transparencia y democracia.

Las ciencias jurídicas también han sido afectas a este cambio tecnológico y su implementación paulatina en las diversas áreas los cuales permitan que la información sea más rápida, fluida y se implementen diversos canales información que reduzcan costos y tiempo es así que las tecnologías permite la realización de audiencias en tiempo real sin necesidad de un contacto directo entre las partes, más aun en pandemia COVID 19, se constituye en un mecanismo de celeridad y reducción de costos en la tramitación de expedientes y así evitar el contagio de las personas.

## **2.- El gobierno digital**

El “gobierno digital” en el Perú, está enmarcado en el contenido del Decreto Legislativo N°1412 del 13 de setiembre de 2018: “Decreto legislativo que aprueba la ley de Gobierno Digital”, de ello, se resaltan los artículos 6.1 y 6.2 que determinan el significado oficial de “gobierno digital”. DL N°1412-Artículo 6.1.-Gobierno Digital: “El gobierno digital es el uso estratégico de las tecnologías digitales y datos en la Administración Pública para la creación de valor público. Se sustenta en un ecosistema compuesto por actores del sector público, ciudadanos y otros interesados, quienes apoyan en la implementación de iniciativas y acciones de diseño, creación de servicios digitales y contenidos, asegurando el pleno respeto de los derechos de los ciudadanos y personas en general en el entorno

digital”. DL N°1412-Artículo 6.2.-Gobierno Digital:” Comprende el conjunto de principios, políticas, normas, procedimientos, técnicas e instrumentos utilizados por las entidades de la Administración Pública en la gobernanza, gestión e implementación de tecnologías digitales para la digitalización de procesos, datos, contenidos y servicios digitales de valor para los ciudadanos”. Los enfoques del gobierno digital pueden ser analizados tanto desde una mirada del ciudadano-usuario, como desde la mirada interna e institucional:

- Para el ciudadano las instituciones deben abordar aspectos de trabajo en las ventanillas únicas de atención al ciudadano o empresas, las definiciones alrededor de los servicios públicos en línea y el aprovechamiento de los diferentes canales (presencial, telefónico, virtual, etc.) de acuerdo con las necesidades y posibilidades de los ciudadanos y empresas, permitiendo un mayor acceso a la información y a los servicios públicos organizados. Otro aspecto que debe seguir siendo abordado es el trabajo sobre las plataformas web institucionales y las vinculadas con la transparencia de información, entre otros temas que son parte del cambio que se puede impulsar en las instituciones públicas.
- Las instituciones públicas pueden aplicar las TIC en distintos ámbitos vinculados con su gestión institucional como son las diversas herramientas de información y de gestión de bases de datos que optimizan las labores, las herramientas para optimizar los procesos internos, y la interacción e interoperabilidad entre las entidades del sector público.

Los funcionarios y las entidades están en la obligación de incorporarlo en el Decreto Legislativo N°1412 del 13 de setiembre de 2018: “Decreto legislativo que aprueba la ley de Gobierno Digital”; más aún el año 2020, se emitió el Decreto de Urgencia, DU N°006-

2020 sobre “Transformación Digital”, sin embargo, ello no significa que previamente, ya existían normas vigentes, por tanto, de obligatorio cumplimiento por ejemplo la Ley N.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (promulgada en el año 2001), en los siguientes artículos:

- Artículo IV.1.9. «Principio de celeridad. Quienes participan en el procedimiento deben ajustar su actuación de tal modo que se dote al trámite de la máxima dinámica posible, evitando actuaciones procesales que dificulten su desenvolvimiento o constituyan meros formalismos, con el fin de alcanzar una decisión en tiempo razonable, sin que ello releve a las autoridades del respeto al debido procedimiento o vulnere el ordenamiento». El gobierno electrónico genera dinámica.
- Artículo IV.1.15. «Principio de predictibilidad. La autoridad administrativa deberá brindar a los administrados o a sus representantes información veraz, completa y confiable sobre cada trámite, de modo tal que, en su inicio, el administrado pueda tener una conciencia bastante certera de cuál será el resultado final que se obtendrá». El gobierno electrónico incorpora instrumentos que permiten brindar y hacer seguimiento para la predictibilidad.
- Artículo 20. «Modalidades de notificación 20.1.2. Mediante telegrama, correo certificado, telefax, correo electrónico o cualquier otro medio que permita comprobar fehacientemente su acuse de recibo y quién lo recibe, siempre que el empleo de cualquiera de estos medios hubiese sido solicitado expresamente por el administrado». Ya desde el año 2001, por tanto, es válido notificar vía correo electrónico.

- Artículo 28. «Comunicaciones al interior de la administración 28.4. La constancia documental de la transmisión a distancia por medios electrónicos entre entidades y autoridades constituye de por sí documentación auténtica, y dará plena fe a todos sus efectos dentro del expediente para ambas partes, en cuanto a la existencia del original transmitido y su recepción».
- Artículo 117. «Recepción documental 117.3. Dichas unidades tenderán a administrar su información en soporte informático, cautelando su integración a un sistema único de trámite documentado.

El gobierno electrónico está incorporado de manera inherente en la Ley N.º 27815, Ley del Código de ética de la función pública (promulgada en el año 2002), en los siguientes artículos:

- Artículo 6.3. «Eficiencia: brinda calidad en cada una de las funciones a su cargo, procurando obtener una capacitación sólida y permanente». El gobierno electrónico, bien aplicado, brinda eficiencia, calidad, y además es un reto para una capacitación sólida y permanente.
- Artículo 7.2. «Transparencia: debe ejecutar los actos del servicio de manera transparente, ello implica que dichos actos tienen en principio carácter público y son accesibles al conocimiento de toda persona natural o jurídica. El servidor público debe brindar y facilitar información fidedigna, completa y oportuna». El gobierno electrónico facilita el cumplimiento, pues con él se brinda información fidedigna, completa y oportuna.

Un impulso importante para cambiar esa actitud de servicio lo desarrolla la Presidencia del Consejo de Ministros y la Secretaría de Gestión Pública para, en convenio con Gobiernos regionales, locales y otros tipos de instituciones, instalar las plataformas de atención con

ventanilla múltiple, denominadas MAC (Mejor atención al ciudadano), donde, en ambiente digno y atractivo, el ciudadano puede hacer trámites diferentes; en ellas, puede encontrar diversas instituciones en el mismo lugar, y con estrategias de atención multicanal: personalmente, por teléfono, por internet.

El Gobierno Electrónico, Transparencia y Gobierno Abierto es un objetivo fundamental del Estado. Existe la suficiente normativa para que se generalice en todo el aparato del Estado; es obligación de las instituciones y de los funcionarios públicos, implementar estos servicios. Hay diversas iniciativas institucionales que aplican ya estos conceptos, pues han comprendido que ello significa un mejor servicio al ciudadano, y una mayor eficiencia del Estado. La secretaria de Gobierno Digital de la Presidencia del Consejo de Ministros (SEGDI-PCM) es la que orienta las políticas para acercar los servicios digitales a los ciudadanos. RENIEC emite el DNI electrónico. El Ministerio de Transportes y Comunicaciones tiene la obligación de garantizar Internet y servicios asociados a través de la infraestructura tecnológica.

El Gobierno Digital en la política de modernización de la Gestión Pública La digitalización es una política pública, pues se busca promover mejores servicios, transparencia y gobierno abierto a favor de los ciudadanos, y en consecuencia mayor eficacia y eficiencia. En el documento de la Secretaría de Gestión Pública, “Política Nacional de Modernización de la Gestión Pública al 2021” El Gobierno Electrónico busca: promover el Gobierno Electrónico a través del uso intensivo de las tecnologías de información y comunicación (TIC) como soporte a los procesos de planificación, producción y gestión de las entidades públicas permitiendo a su vez consolidar propuestas de gobierno abierto. Facilitar el acceso de los ciudadanos a servicios públicos en línea, organizados en forma sencilla,

cercana y consistente. Dar a los ciudadanos acceso a información permanentemente actualizada sobre la entidad. Integrar, en lo posible los sistemas de comunicación de la entidad a las plataformas nacionales de Gobierno Electrónico, en concordancia con el Plan Nacional de Gobierno Electrónico”.

### **3.- El gobierno digital y los procesos judiciales**

La declaratoria de emergencia por la pandemia COVID, ha permitido que el derecho tenga que responder a situaciones actuales y problemas latentes como son los procesos judiciales y su impacto en el ordenamiento jurídico: Suspensión de plazos, realización de audiencias judiciales virtuales, y otras situaciones.

Otro punto de esta problemática es el trabajo remoto de los operadores jurídicos, pues durante esta grave situación de la pandemia COVID 19, el trabajo a distancia es una alternativa al problema, lo que permite que muchos procesos judiciales no se suspendan y se sigan sustanciando con toda normalidad, toda vez que la administración de justicia en ningún momento debe paralizar.

Una alternativa de solución es la modernización del aparato del Estado, se encuentra comprendida en la gestión por resultados, y del **gobierno digital** o electrónico.

El **gobierno electrónico**, tiene por finalidad hacer uso de todas las herramientas tecnológicas de la información y comunicación, para poder simplificar todos los actos administrativos que se desarrollan en los tres poderes del Estado, los tres niveles de gobierno, los organismos públicos constitucionalmente autónomos, las empresas públicas, entre otros.

El marco normativo del gobierno electrónico se encuentra contenido en el Decreto Supremo 029-2021-PCM que establece que el Estado moderno, tiene por objetivo la orientación al ciudadano; es unitario, descentralizado, eficiente, abierto y además inclusivo en todos los ámbitos de la administración pública.

Dentro de las bondades de esta era telemática, y utilización de plataformas virtuales se puede apreciar que se tiene como propósito tener una mejor articulación intergubernamental entre sectores, permite un mejor balance entre flexibilidad y control de gestión, permite además tener innovación y aprovechamiento de las tecnologías y existe transparencia, rendición de cuentas claras y un mejor comportamiento ético público.

Según la nueva normativa, el nuevo gobierno electrónico permite realizar algunos importantes servicios y estos son:

- Pagos en línea
- Tener un geoportal institucional
- Trámites y servicios digitalizados
- Mesa de partes digital
- Identificación digital
- Casilla electrónica
- Portal de datos abiertos
- Portal digital

En líneas et supra se indica que el Decreto Legislativo 1412 aprueba la Ley de gobierno digital, que establece el marco de gobernanza del gobierno digital para la adecuada gestión de la identidad digital, servicios digitales, interoperabilidad, seguridad y datos digitales.

El Poder Judicial, dentro de esta problemática ha tenido que realizar una apertura a la modernización, y ha implementado en algunos distritos judiciales expediente judicial electrónico, las audiencias virtuales, las notificaciones electrónicas, la digitalización de la justicia administrativa y jurisdiccional y la atención las 24 horas del día de las mesas de partes en las 35 Cortes Superiores de Justicia del país.

Actualmente, a través de las audiencias virtuales se viene haciendo uso de las herramientas tecnológicas como el Google, Hougut, Meet, utilizada a través de la plataforma del Poder Judicial, para sustanciar y resolver de manera prioritaria la situación jurídica de los internos que se encuentran privados de su libertad, así como dar solución a las medidas cautelares personales de la prisión preventiva, vigilancia electrónica personal, arresto domiciliario, impedimento de salida del país, comparecencia con restricciones con reglas de conducta impuesta a los procesados.

Por lo que, el protocolo temporal para audiencias judiciales virtuales durante el periodo de emergencia sanitaria busca servir de guía para la realización de audiencias judiciales en el entorno telemático, mediante el uso de herramientas tecnológicas y con ello asegurar la continuidad de los procesos judiciales, respetando las medidas de distanciamiento social.

De acuerdo al Poder Judicial Las audiencias virtuales y con el respeto al principio de inmediación, se busca garantizar la preservación de la interacción fluida, asegurar a la

defensa, acceder a los registros del expediente de manera remota, garantizar diálogos reservados entre el Ministerio Público, la defensa y el imputado, asegurar la confrontación y generar las condiciones para que hagan uso de las técnicas de litigación oral y garantizar que el órgano jurisdiccional controle las incidencias planteadas.

Si bien es cierto que las audiencias virtuales se llevan a cabo bajo la conducción del juez, existe una interacción directa con los órganos de prueba, más aún en los proceso de tenencia judicial interrogar a un menor de edad, y que este debe estar solo a fin de que pueda expresar su voluntad sin coacciones; se grafica que existen ciertas limitaciones técnicas, como apreciar la comunicación gestual en su totalidad, pero no se encuentra ausente, toda vez que al visualizar a través de la pantalla, se puede observar gestos y ademanes cuando rinde su declaración.

#### **4.- La validez de utilización de las videoconferencias y otras figuras similares.**

Al respecto debemos precisar que el artículo 119- A del Nuevo Código Procesal Penal y STC 02738-2014-PHC Fundamento 20: *Corresponde analizar ahora si con el uso del sistema de videoconferencia se lesiona el principio de inmediación como elemento del derecho a la prueba. Al respecto, el Tribunal aprecia que el sistema de videoconferencia permite la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y sonido, en tiempo real, sin obstaculizar la percepción sensorial que puedan tener las partes de las pruebas, admitiendo la interacción visual y auditiva. Por ende, este mecanismo tecnológico no puede ser rechazado por el hecho de que literalmente “no se encuentre presente físicamente” una persona, pues dicho sistema tiene el efecto de adecuar la audiencia de*

*tal manera que puede considerarse al procesado presente activamente. En ese sentido, el Tribunal considera que su utilización no es incompatible con el principio de inmediación que informa al proceso penal.*

De lo expuesto por el cuerpo normativo y sentencia del Tribunal Constitucional se precisa la validez y la compatibilidad con el principio de inmediación la realización de videoconferencias en los procesos penales. Luego de haber visto la viabilidad de usos informáticos en la realización de audiencias se hace necesario realizar en un capítulo posterior si es factible la realización de estas audiencias virtuales en los procesos judiciales de tenencia.

A continuación, se reproduce los fundamentos de la sentencia STC 02738-2014-PHC, en la cual se aborda la utilización de la videoconferencia y su relación con los principios de oralidad publicidad y contradicción.

#### **Sobre el sistema de videoconferencia;**

**14.** Ahora bien, tal concurrencia “espacial y temporal” que permite el examen “personal y directo” no puede concretizarse independientemente de la tecnología que ha influido en diversos cambios en el funcionamiento de las instituciones sociales, sin excluir a la administración de justicia, contribuyendo a que ésta se haga cada vez más expeditiva.

**15.** En dicha línea de modernización, se ubica el sistema de videoconferencia, que permite la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y sonido, así como la interacción visual, auditiva y verbal entre dos o más personas geográficamente distantes, en tiempo real, otorgando con ello un diálogo personal y directo entre los intervinientes.

Estas características permiten a dicho mecanismo tecnológico constituirse en una forma de entrelazar de manera real a los intervinientes en una audiencia judicial, contribuyendo a la celeridad del proceso, en aquellos casos en los que la distancia no solo conspira contra el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable sino también con el adecuado ejercicio del ius puniendi estatal.

**16.** Aún así, en ciertos casos la utilización de las tecnologías podría resultar lesiva para la plena vigencia de los derechos del procesado, en contextos en los que no reglamentada, especialmente, sobre los criterios de pertinencia y calidad que ‘tos deban observar.

**d) ¿El sistema de videoconferencia resulta compatible con los principios de oralidad, publicidad y contradicción?**

17. El proceso penal, tal y como está actualmente diseñado, se sustenta en los principios de oralidad, publicidad y contradicción. Por ello, antes de analizar la afectación al principio de inmediación en estricto, conviene pronunciarse sobre la compatibilidad entre el sistema de videoconferencia y estos principios básicos del proceso penal.

18. A juicio de este Tribunal, el sistema de videoconferencia no impide que el procesado y el juzgador puedan comunicarse oralmente; antes bien, posibilita la interacción y el dialogo entre las partes, pudiéndose observar que cuando se realiza bajo las condiciones técnicas adecuadas no obstaculiza la mejor percepción sensorial. Asimismo, en la medida que se permita el acceso al contenido de las audiencias no se afecta la publicidad. Mientras que, respecto de la contradicción, se aprecia que con las partes comunicadas en tiempo real,

estas pueden expresarse fluidamente, tal y como si estuvieran presentes físicamente el procesado y el juzgador en el mismo ambiente.

19. Por ello, este Tribunal considera que la utilización del sistema de videoconferencia no transgrede, prima facie, los principios referidos, constituyéndose, más bien, en un instrumento tecnológico que coadyuva a los fines del proceso.

e) ¿Se lesiona el principio de inmediación por la utilización del sistema de videoconferencia en una audiencia de apelación de sentencia condenatoria?

20. Corresponde analizar ahora si con el uso del sistema de videoconferencia se lesiona el principio de inmediación como elemento del derecho a la prueba. Al respecto, el Tribunal aprecia que el sistema de videoconferencia permite la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y sonido, en tiempo real, sin obstaculizar la percepción sensorial que puedan tener las partes de las pruebas, admitiendo la interacción visual y auditiva. Por ende, este mecanismo tecnológico no puede ser rechazado por el hecho de que literalmente “no se encuentre presente físicamente” una persona, pues dicho sistema tiene el efecto de adecuar la audiencia de tal manera que puede considerarse al procesado presente activamente. En ese sentido, el Tribunal considera que su utilización no es incompatible con el principio de inmediación que informa al proceso penal.

21. No obstante, el Tribunal considera que la utilización de la videoconferencia no debe ser la regla general sino una medida de empleo excepcional, en los términos que la ley procesal penal le asigna, y siempre que no impida la interacción directa, personal y cercana de un

medio probatorio que tenga directa incidencia en cuestiones de hecho relacionadas a la declaración de inocencia o culpabilidad del procesado. Existirán algunos casos en los que

su uso deberá ser excluido por existir la necesidad de la presencia física de las partes, lo cual se deberá evaluar en el caso concreto.

22. A tal efecto, el Tribunal recuerda que el artículo 119-A del Código Procesal Penal, referido a la audiencia, precisa que:

1. La presencia física del imputado es obligatoria en la audiencia del juicio, conforme al inciso I) del artículo 356, así como en aquellos actos procesales dispuestos por ley.
2. Excepcionalmente, a pedido del fiscal, del imputado o por disposición del juez, podrá utilizarse el método de videoconferencia en casos que el imputado se encuentre privado de su libertad y su traslado al lugar de la audiencia o encuentre dificultades por la distancia o porque exista peligro de fuga.

23. El Tribunal aprecia que la propia normativa procesal penal admite el uso del sistema de videoconferencia en los casos en los que el imputado se encuentre privado de su libertad y su traslado al lugar de la audiencia encuentre dificultades por la distancia o porque exista peligro de fuga. Este Tribunal Constitucional considera que dichas restricciones son constitucionales, siempre que la utilización del citado mecanismo -conforme se ha expresado anteriormente- quede excluida cuando afecte directamente la actuación de medios probatorios relacionados con la inocencia o culpabilidad del imputado.

## **SUBCAPITULO II**

### **I.- LA TENENCIA**

El código del niño y adolescente señalan, a fin de otorgar judicialmente la tenencia, caminos procesales diferentes. Al respecto, es de destacar que los problemas

relativos al otorgamiento de la tenencia y régimen de visita para los menores generalmente se presentan como accesorios o conexos a un proceso principal de violencia familiar, separación de hecho, divorcio vincular o nulidad de matrimonio. Por ello, es infrecuente el planteo de estos conflictos como trámite autónomo o principal.

La primera y más importante forma de solución está dada por el acuerdo celebrado entre los padres determinando quién va a detentar su ejercicio. Ello ha de ser resultado de un acuerdo quienes evalúan el interés del menor o menores. El consenso se presenta, así como la mejor de las soluciones, sin perjuicio de que estos puedan recurrir a una conciliación ante la DEMUNA (centros acreditados), centros de conciliación, Fiscalía de Familia (conciliación).

La solución contenciosa en sede judicial se presenta como subsidiaria y sólo debe acudir a ella cuando existe discrepancia entre los progenitores. En esta instancia son los jueces especializados en Familia que decidirán a quién atribuir la guarda provisoria o definitivamente, teniendo en cuenta las características especiales de

cada caso. Así, en los casos de divorcio convencional se prevé la posibilidad de que la demanda contenga acuerdos sobre tenencia y régimen de visitas.

Por su parte existe la alternativa de que la tenencia o régimen de visitas sean solicitados como medida cautelar durante el proceso de separación de cuerpo o divorcio ulterior, violencia familiar, es habitual que ante la separación de los

padres, los hijos menores permanezcan conviviendo con la madre, quien generalmente ejerce una guarda de hecho desde la ruptura de la relación marital. Ello encuentra fundamento en que la mujer es quien, tradicionalmente, ha permanecido más tiempo en el hogar, se ha encargado de las tareas domésticas y de las correspondientes a la educación y cuidado y salud de los hijos. Además, se posibilita que en la traumática situación que los hijos viven se mantengan los afectos referidos a sus actividades habituales: al barrio, los amigos, la escuela, etcétera. Tal solución facilita la adaptación del niño a la nueva situación.

EL Juez Especializado en Familia, Fiscal de Familia, quienes apoyados del equipo multidisciplinario y de las diligencias realizadas a nivel judicial, tendrá en cuenta el interés superior del niño, su conveniencia y su bienestar, y, aún sin descuidar los legítimos derechos de los padres sobre sus hijos, los criterios que se evalúan es la edad, sexo, y otras circunstancias que determinan la idoneidad del progenitor, debiéndose precisar que respecto al progenitor que no ejerciera la tenencia, este tendrá un régimen de vistas, salvo que existan circunstancias que limitan o no sean idóneos para su ejercicio.

Por su parte el progenitor que no ejerce la tenencia se le asigna un régimen de visitas, a fin estrechar las relaciones familiares y su establecimiento descansa en la necesidad de asegurar la solidaridad familiar y proteger los legítimos afectos que derivan de ese orden de relaciones. Por ello debe ser establecido de modo que contemple tanto el interés de los padres como el de los hijos menores, y aun cuando es al de estos últimos a los que hay que dar preeminencia, debe advertirse que el

interés del menor, rectamente entendido, requiere de modo principalísimo que no se desnaturalice la relación con sus padres.

Un tema medular es que el Juzgado de Familia en forma reservada a través de las visitas sociales inopinadas, por medio de asistentes sociales, constata el desarrollo de la vida familiar de cada progenitor con el objeto de verificar condiciones materiales del alojamiento y condiciones de vida en general (condiciones de habitabilidad del inmueble, presencia de familiares con enfermedades transmisibles y otras circunstancias).

Para finalizar este es un proceso donde se muestra el lado humano de personas donde confluyen sentimientos, deseos, aspiraciones y las emociones muchas veces es evidenciada en la audiencia única en la cual a veces se evidencia que los progenitores ven a los hijos como trofeos de guerra o un litigio constante sobre ellos, es por eso que los operadores jurídicos debemos evaluar la mejor estrategia a fin de no revictimizar a los menores tutelados.

## **1.- DEFINICION**

De acuerdo al Código Civil la patria potestad concede como atributo de los padres, el derecho a tener a sus hijos consigo, de allí el nombre de tenencia, término asociado al Derecho de Familia, empero en el derecho de los menores termina aplicándose como atributo de los padres respecto de sus hijos, en la medida que se alude al hecho de que los padres tienen a sus hijos consigo.

Benjamín Aguilar llanos, (2014) *Se traduce la tenencia en la convivencia de los padres con sus hijos; relación fáctica que sirve de base para el ejercicio de los demás derechos y el cumplimiento de los deberes, y que significa la vida en común, el vivir bajo un mismo techo; estas relaciones personales entre padres e hijos constituyen la base para que operen los demás atributos de la patria potestad, pues si el padre o madre no ejerce la llamada tenencia, cómo podría estar al frente del proceso educativo, cómo podría representarlo legalmente, o cómo podría ejercer una corrección moderada, sólo para mencionar algunos de los atributos que confiere la patria potestad.* p,192

Por su parte Enrique Varsi Rospigliosi (2012) *Es la relación directa de permanencia que tiene uno de los padres respecto de su hijo. Aquella facultad establecida cuando existe una separación de cuerpos o divorcio que permite a uno de los padres quedarse al cuidado inmediato del hijo.* p, 304

## 2.- CLASES

- **Tenencia por acuerdo**

Enrique Varsi Rospigliosi (2012) *Es la voluntad de los padres, tomando en cuenta la opinión del menor, la que mejor puede identificar las relaciones de tenencia. Acuerdo, de ambos, con la finalidad de satisfacer al máximo las necesidades filiales* p, 305

De acuerdo con lo expuesto se tiene que existe la manifestación de voluntad de los progenitores con el objeto de determinar con que progenitor va a permanecer el menor y el otro optar por un régimen de visitas de acuerdo con las actividades del menor, se debe puntualizar que esta clase de procedimientos pueden ser resueltos a través de la conciliación que ofrece los Centro de conciliación DEMUNA y Ministerio Público (Fiscalía de Familia).

- **Tenencia Judicial**

Líneas et supra se detalló las circunstancias de la tenencia por acuerdo y en la situación de no existir acuerdo, discrepancia entre los progenitores, o si es perjudicial para los hijos, la tenencia la resolverá el juez dictando las medidas necesarias para su cumplimiento. Esta situación es compleja y es el juez, quien debe evaluar la tenencia a favor de uno u otro padre. Puede confirmarse a aquel que la tiene (continuar con la tenencia) o despojarse a uno para entregársela al otro (entrega del menor).

- **Tenencia Compartida**

Como antecedentes tenemos la Declaración de Langeac, celebrada entre el 25 y el 31 de julio de 1999 sobre la Igualdad Parental, en la que los delegados de todos los países mostraron su acuerdo unánime en la custodia compartida lo cual representa el interés superior del niño. Asimismo, se promueve la tenencia compartida, tanto dentro de las familias casadas como en las familias separadas, constituía una

prioridad que debería contar con el apoyo de las instituciones gubernamentales de cada país. Los principios que contiene referida declaración son los siguientes:

1. Se le debe otorgar tanto a los padres y como a las madres el mismo estatus en relación a la crianza de sus hijos. Consecuentemente, deben tener también igualdad de responsabilidades y de derechos.
2. Cuando los padres no puedan llegar a un acuerdo en relación al tiempo de convivencia con los hijos luego de la separación, los niños deberán gozar de igual tiempo de convivencia con ambos.
3. La paternidad y la maternidad pueden basarse solamente en la calidad de las relaciones padres-hijos y no en la calidad de las relaciones que mantienen los cónyuges separados entre sí. Los niños tienen el derecho de tener un vínculo con ambos padres y viceversa

Benjamín Aguilar llanos, (2014) *De conformidad con la Ley 29269 promulgada el 16 de octubre del 2008, se faculta al juez que conoce un caso de tenencia para expedir resolución concediendo tenencia compartida, sin embargo, la referida Ley se ha limitado a modificar los artículos 81 y 84 del Código de los Niños y*

*Adolescentes, sin aportar ningún elemento, ni criterios sobre los cuales va a operar esta tenencia compartida, institución ésta que ya es de aplicación en otros países como E.EU.U. de Norteamérica y en Argentina, entre otros, entonces tratemos de aproximarnos a lo que podría significar esta tenencia compartida. Con respecto a la tenencia, ya hemos dado nuestro parecer de que se trata de un derecho de los padres y que puede resumirse en el hecho de que el padre o madre*

*que ejerce la tenencia de su hijo, implica que convive con ellos, que esta relación fáctica que se da entre padres e hijos, permite el ejercicio de los otros atributos de la patria potestad; en conclusión, tenencia significará que los padres, o el padre o la madre tengan al hijo en su compañía.* p, 195.

- **Tenencia a favor de familiares directos del menor**

Otro aspecto que se presenta en las relaciones familiares, es la falta de aptitud legal, física, psicológica, o la ausencia de los padres, en el contexto social se evidencia que los progenitores abandonan el hogar y estos hijos son acogidos por los familiares quienes lo cuidan y velan por su bienestar, otro supuesto son los hechos de violencia familiar en la cual a los progenitores se suspendió la patria potestad hasta que dure la investigación penal, y la ausencia de padres por fallecimiento, esto hace que la norma se tenga que ampliar su ámbito de aplicación e incluir a los familiares directos del menor para que ellos sean quienes velan por su bienestar.

Así mismo el **PLENO JURISDICCIONAL DISTRITAL EN MATERIA DE FAMILIA – Lima** (2017), respecto a la legitimidad para obrar de los abuelos ha establecido en su segunda ponencia (mayoritaria), indica que, de conformidad con

el artículo VI del título preliminar del Código Civil, para ejercitar o contestar una acción, es necesario tener legítimo interés económico o moral. El interés moral autoriza la acción sólo cuando se refiere directamente al agente o a su familia, salvo disposición expresa de la ley; por lo que, teniendo en cuenta que ante el hecho de determinar la guarda y cuidado de los niños, los abuelos como miembros de la familia están legitimados moralmente para poder accionar la tenencia; toda vez, que

el artículo 89° del Código de los Niños y Adolescente no lo prohíbe; es más, lo advierte al señalar que: “cuando resulte perjudicial para él (niño, niña) la tenencia la resolverá el Juez Especializado”, por lo que resulta evidente que, en aplicación del interés superior del niño, los abuelos están facultados para acciona la custodia de sus nietos.

La Jurisprudencia ha realizado un análisis interesante a esta situación jurídica que se presenta en los hogares peruanos, a continuación, tenemos:

- **STC 01694-2019-PHC Tía y abuela litigan contra padres por tenencia del menor. Fundamentos: 10.** Este Tribunal ordena que el menor de iniciales L. C. M. sea puesto a disposición del juez del Primer Juzgado Especializado de Familia de la Provincia de San Román para que determine si debe regresar con su madre doña Mary Isabel y su padre don Ángel Enrique, o disponga cualquier otra medida para su bienestar integral.

- **Casación 4881-2009, Amazonas Fundamento Noveno.-** Que, por último, en cuanto a la causal de interpretación errónea del artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes, se debe tener en cuenta que en virtud a esta disposición el juez se encuentra facultado a resolver la tenencia a fin de salvaguardar lo favorable para el menor, siendo en este caso que debe prevalecer el principio del interés superior del niño, en esa línea resulta claro que corresponde entregar la tenencia y tutela de la menor a favor de los abuelos maternos, sin que ello implique alguna restricción para fijar un régimen de visitas a favor del padre y de esa manera pueda formar progresivamente un vínculo afectivo con la menor.

### **3.- Criterios para ejercer la tenencia**

El artículo 84 del Código de los Niños y Adolescentes dispone: (...) En caso de no existir acuerdo sobre la tenencia, en cualquiera de sus modalidades, el Juez resolverá teniendo en cuenta lo siguiente:

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

### **4.- La implementación de protocolos de seguridad**

De acuerdo con el contexto de la pandemia se ha tenido que evaluar la implementación de protocolos de seguridad a fin de prevenir la propagación del COVID 19, en las diversas audiencias virtuales, el progenitor que ejercía el cuidado del menor argumentaba que el menor puede contagiarse al ser llevado a otro hogar, o si se establecía un régimen de visitas deseaban que sea sin externamiento del hogar, si bien es cierto existe una

declaratoria de emergencia derivada del COVID 19, ello no puede ser óbice para impedir las relaciones paterno filiales, es por eso que bajo un criterio aceptable los Juzgados establecen la utilización de equipos de bioseguridad del menor.

### **5.- INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO**

El Estado peruano asume el compromiso internacional de promover y cautelar los derechos de la infancia, al ratificar en el año 1990 la Convención sobre los Derechos del Niño. La adopción de este instrumento internacional ha importado un cambio radical en la visión de la niñez, comprendiendo que no pueden ser atendidos como objetos de protección considerados sujetos plenos de derecho. La necesaria adecuación de la normatividad nacional a la Convención, nos ha llevado en el país a la promulgación del internacionalmente elogiado Código de los Niños y Adolescentes de 1993, reformado en el año 2000, vigente en nuestros días, y que actualmente se encuentra en revisión, a través de un proyecto de reforma en consulta intersectorial.

Dentro de este marco legal de protección de la infancia y la adopción de la Doctrina de la Protección Integral por el Código de los Niños y Adolescentes peruano, podemos sostener los significativos avances normativos y modificatorias legales que se han dado durante estos años en la materia, deben observarse además regulaciones específicas como el Decreto Legislativo N° 1297 para la Protección de niñas, niños y adolescentes sin cuidados parentales o en riesgo de perderlos, Decreto Legislativo que modifica el Código de los Niños y Adolescentes para regular las sanciones a adolescentes infractores de la Ley Penal y su ejecución, cuyo espíritu altamente sancionador resulta muy discutible, máxime si el sistema de rehabilitación no es fortalecido a través de un efectiva implementación de

medidas socioeducativas alternativas al internamiento y su afirmación a través del establecimiento en todo el país de Servicios de Orientación al Adolescente, denominados SOAS. Son cuatro los principios rectores consagrados en la Convención, que sustentan la legislación sobre la Infancia: a) Principio de “no discriminación” (art. 2); b) Interés superior del niño (art. 3); c) Derecho a la vida, la supervivencia y desarrollo (art. 6); y d) el

de participación y ser escuchado (art. 12)<sup>2</sup>, atendiendo a su libertad para opinar; teniendo en cuenta su edad y madurez.

En este aspecto corresponde destacar además, la relevancia que ostentan las 100 Reglas de Brasilia de acceso a la justicia de personas en condición de vulnerabilidad, se trata de una norma vinculante para los Poderes Judiciales que la han ratificado, las 100 Reglas de Brasilia, Directriz Judicial que emerge del consenso de 23 Poderes Judiciales de Iberoamérica, aprobada en el año 2008 en Brasil y ratificada por el Poder Judicial del Perú en el año 2010: Estas Reglas tienen como objetivo garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, sin discriminación alguna, englobando el conjunto de políticas, medidas, facilidades y apoyos que permitan a dichas personas el pleno goce de los servicios del sistema judicial<sup>4</sup>.

En la Regla 78 sobre el derecho a ser oído y acceso a la justicia de los niños, niñas y adolescentes, se consigna expresamente que en los actos judiciales en los que participen menores se debe tener en cuenta su edad y desarrollo integral, y en todo caso:

- Se deberán celebrar en una sala adecuada.
- Se deberá facilitar la comprensión, utilizando un lenguaje sencillo.
- Se deberán evitar todos los formalismos innecesarios, tales como la toga, la distancia física con el tribunal y otros similares<sup>5</sup>. Estas pautas, aunque obvias, en la

realidad resultan distantes e insuficientes, ello en atención a que el proceso concebido por adultos para adultos no ha contemplado las características, necesidades y particularidades para la eficaz participación de los niños y adolescentes en los asuntos que los afectan y que serán decididos judicialmente

Por ello, la Ley N°30466, del 17 de junio de 2016, establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del Interés Superior del Niño, definiéndolo como un derecho, un principio y una norma de procedimiento. Adicionalmente, la norma legal acotada señala que el derecho del niño a expresar su propia opinión, es una garantía procesal. Si bien es cierto, que el Código de los Niños y Adolescentes les reconoce el derecho a expresar su opinión libremente, y a que se tenga en cuenta en función de su edad y madurez, nuestra regulación legal no se ha detenido a formular directrices orientadoras que desarrollen una metodología y criterios uniformes para su aplicación.

## 6.- JURISPRUDENCIA VINCULANTE

A continuación, se presenta sentencias vinculantes del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema

- **STC 00005-2011-PHC**

**Fundamento destacado: 3.** [...] Cabe señalar que a través del hábeas corpus no pueden atenderse temas propios del proceso de familia, como tenencia, régimen de visitas, ni pretender convertir a este proceso constitucional en un instrumento ordinario de ejecución de acuerdos o sentencias (STC 862-2010-PHC/TC, 400-2010-HC/TC, 2892-2010-PH/TC). Sin embargo, en determinados casos la negativa de uno de los padres de dejar ver a sus hijos puede constituir un acto violatorio de

los derechos de tener una familia, crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral e incluso integridad personal, entre otros. A su vez, en el caso que se hayan desbordado las posibilidades de respuesta de la justicia ordinaria, puede acudirse a la justicia constitucional (STC N.º 02892-2010-PHC/TC, STC N.º 01817-2009-

PHC/TC), dejando en claro que se trata de supuestos excepcionales que se hacen por manifiesta vulneración de derechos reconocidos en los artículos 1° y 2°, inciso 1) de la Constitución, en la Convención sobre los Derechos del Niño, artículos 9.1, 9.3, en el Código de los Niños y Adolescentes, artículo 8°, y en la Declaración de los Derechos del Niño, Principio 6, entre otros, todo ello sólo en virtud de dilucidar si el emplazado ha atentado los derechos del favorecido, no procediendo acudir al hábeas corpus para dilucidar temas de familia, ni utilizar este proceso como un mecanismo ordinario de ejecución, pues de lo contrario, siendo una materia que evidentemente no compete al juez constitucional sino al juez ordinario, excedería el objeto del proceso constitucional del hábeas corpus.

.

**EXP. N.º 02132-2008-PA/TC,**

Fundamento 11, *El hecho de que un niño o una niña tengan un padre, madre o responsable de su tutela, no implica en modo alguno que la protección de su dignidad o su desarrollo físico, psíquico o social se vean supeditados a la voluntad de tales personas adultas. Ni el interés del padre, madre o responsable de su tutela, ni aquellos intereses del Estado o de la sociedad pueden anteponerse a aquellos derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes.* De lo expuesto por el Tribunal constitucional se asocia con el derecho a ser oído, derecho que está reconocido en la Convención de los Derechos del Niño (art. 12) y Código del Niño y Adolescente (art. 9) la cual le otorga a nivel subjetivo al niño o adolescente de expresar libremente su opinión en toda cuestión que le concierne y

que este debe ser escuchado en un proceso judicial (en tanto se afecta el desarrollo de su personalidad).

- **Casación 3023-207 – Lima**

Que, el órgano de mérito, en el presente caso, ha cumplido con aplicar normas materiales relativas al Principio del Interés Superior del niño y adolescente. Así se aplicó debidamente el artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes que señala: “Cuando los padres estén separados de hecho, la tenencia de los niños, niñas o adolescentes se determina de común acuerdo entre ellos y tomando en cuenta el parecer del niño, niña o adolescente. De no existir acuerdo o si este resulta perjudicial para los hijos, la tenencia la resolverá el juez especializado dictando las medidas necesarias para su cumplimiento, pudiendo disponer la tenencia compartida, salvaguardando en todo momento el interés superior del niño, niña o adolescente”; asimismo, el artículo 84 del Código de los Niños y Adolescentes dispone: “(...) En caso de no existir acuerdo sobre la tenencia, en cualquiera de sus modalidades, el Juez resolverá teniendo en cuenta lo siguiente: a) El hijo deberá permanecer con el progenitor con el que convivió mayor tiempo siempre que le sea favorable; b) el hijo menor de tres (3) años permanecerá con la madre; y c) para el que no obtenga la tenencia o custodia del niño, niña o adolescente debe señalarse un régimen de visitas (...)”.

- **Casación N° 3767-2015- Cusco,**

La Corte Suprema ha establecido que la privación deliberada del menor a mantener contacto con el otro progenitor supone la existencia de indicios de alienación

parental que impiden al juez conceder la tenencia compartida a favor de ambos padres.

- **Casación 171-2018, Ucayali**

**Fundamento Décimo Cuarto.-** Asimismo, se torna necesario que las instancias de mérito examinen la conducta y personalidad de las partes en conflicto a través de una evaluación psicológica y psiquiátrica o en su caso utilizando cualquier otro medio técnico idóneo a fin de establecer razonadamente a cuál de las partes corresponde en definitiva ser favorecido con la tenencia y custodia de su menor hija, ello además, de la posibilidad de obtener la opinión de la citada menor en tanto sea adecuado y pertinente y en cuanto no perjudique el estado o la salud emocional de esta, por cuanto resulta evidente que la tenencia debe atender básicamente al interés superior de la niña, el mismo que tiene por objeto el bienestar moral y físico de la misma, conforme se desprende del artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes.

- **CASACIÓN 3023-2017, LIMA:**

Que, el órgano de mérito, en el presente caso, ha cumplido con aplicar normas materiales relativas al Principio del Interés Superior del niño y adolescente. Así se aplicó debidamente el artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes que

señala: «Cuando los padres estén separados de hecho, la tenencia de los niños, niñas o adolescentes se determina de común acuerdo entre ellos y tomando en cuenta el parecer del niño, niña o adolescente. De no existir acuerdo o si este

resulta perjudicial para los hijos, la tenencia la resolverá el juez especializado dictando las medidas necesarias para su cumplimiento, pudiendo disponer la tenencia compartida, salvaguardando en todo momento el interés superior del niño, niña o adolescente»; asimismo, el artículo 84 del Código de los Niños y Adolescentes dispone: «(...) En caso de no existir acuerdo sobre la tenencia, en cualquiera de sus modalidades, el Juez resolverá teniendo en cuenta lo siguiente:

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

### **SUB CAPITULO III**

#### **PROCEDIMIENTO JUDICIAL DE TENENCIA**

##### **1.- ETAPA POSTULATORIA**

De acuerdo al Código del Niño y Adolescente se tramita a través de un Proceso Único y de manera supletoria se aplica las normas del código procesal Civil, siempre y cuando no desvirtúen en la naturaleza del procedimiento familiar en el cual se debe tutelar el interés superior del niño.

Se debe dejar presente que en esta etapa se realiza la admisión de demanda, contestación de demanda y notificación al representante del Ministerio Público, a

fin de que ejerza su derecho de defensa el demandado y en caso del Ministerio Público se tutela la protección del interés superior del niño.

## **2.- AUDIENCIA UNICA**

Esta es una audiencia en la cual se realiza el saneamiento del Proceso, luego de existir una relación jurídica procesal válida, se entrevista al menor, para luego promover una conciliación intra- proceso, en caso no se llegue a algún acuerdo se continúa con la actuación de medios probatorios y en su defecto el Juzgador en decisión motivada se actúan medios probatorios de oficio. En esta audiencia se evidencia la inmediación, la contradicción y sobre todo se escucha la opinión del menor, a fin de determinar el bienestar del menor.

### **2.1.- PRINCIPIO DE INMEDIACION**

El principio de inmediación de acuerdo a la jurisprudencia y la doctrina se constituye con el contacto del Juzgador con los sujetos procesales, lo cual es reafirmado con la **STC 02738-2014-PHC**, a continuación, se reproducen los fundamentos:

*10. En relación al principio de inmediación, este Tribunal ha precisado que este está relacionado con el programa normativo del derecho a la prueba (STC N° 02201 – 2012-PA/TC). Mediante este se asegura que “la actividad probatoria debe transcurrir en presencia del juez encargado de pronunciar sentencia, puesto que solo de esta manera se garantiza que exista un contacto directo entre el juzgador y los medios de prueba aportados al proceso, que permitirá a este*

*ponderarlos en forma debida y plasmar sus conclusiones en forma suficiente y razonada al momento de emitir sentencia condenatoria” (STC N° 0849-2011-HC/TC).*

*11. En la STC 2201-2012-PA/TC este Tribunal recordó que la actuación y la valoración de la prueba personal, en su relación con el principio de inmediación, presenta dos facetas: una personal y otra estructural:*

*La primera, que se refiere a los datos relacionados con la percepción sensorial del juez: lenguaje, capacidad narrativa, expresividad de las manifestaciones, precisiones en el discurso, etc., no es susceptible de supervisión y control en apelación, es decir no puede ser variada. La segunda, cuyos datos se refieren a la estructura racional del contenido de la prueba, ajenos en sí mismos a la percepción sensorial del juzgador, sí puede ser fiscalizada y variadas. En este contexto, el relato fáctico que el juez asume como hecho probado no siempre es inmutable.*

- a) Puede ser entendido o apreciado con manifiesto error o de modo radicalmente inexacto.*
- b) Puede ser oscuro, impreciso, dubitativo, ininteligible, incompleto, incongruente o contradictorio en sí mismo.*
- c) Ha podido ser desvirtuado por pruebas practicadas en segunda instancia.*

*12. Por ello, si bien con carácter general una vertiente del principio de inmediación puede identificarse con la presencia judicial durante la práctica de la prueba, en un sentido más exacto, en realidad, “la garantía de la inmediación consiste en que la prueba se practique ante el órgano judicial al que corresponde su valoración. En la medida en que implica el contacto directo con la fuente de prueba, la inmediación adquiere verdadera transcendencia en relación con las pruebas caracterizadas por la oralidad, esto es, las declaraciones, cualquiera que sea el concepto en el que se presten. De modo que su dimensión de garantía constitucional (...) resulta vinculada a la exigencia constitucional de que los procesos sean predominantemente orales, sobre todo en materia penal” (STC N° 135/2011, de fecha 12 de setiembre de 2011).*

*13. La inmediación, así, es una garantía de corrección, que evita los riesgos de valoración inadecuada a causa de la intermediación entre la prueba y el órgano de valoración y que, en el caso de las pruebas personales, permite apreciar no solo lo esencial de una secuencia verbal trasladada a un escrito por un tercero, sino la totalidad de las palabras y el contexto y modo en que fueron pronunciadas. Esto es, permite acceder a la totalidad de los aspectos comunicativos verbales y no verbales del declarante y de terceros. En este sentido, tal garantía implica:*

Conforme lo expuesto por la Jurisprudencia la inmediación es importante en el proceso judicial de tenencia al tener que evaluarse la conducta procesal de las partes y el contacto con el menor en una conferencia que pueda durar entre 10 a 20

minutos con presencia de Fiscal de Familia y el Juez de Familia pueda sacar conclusiones a priori, sobre la empatía del menor con sus progenitores de referido menor tutelado el trato que brindan los progenitores e incluso muchas veces puede determinar indicios de SAP (Síndrome de alineación parental) debido que los menores realizan relatos de rencor u odio contra el progenitor que solicita su tenencia o un régimen de visitas o a veces los menores cuentan hechos cuando estos tenía una corta edad (0-3 años).

### **3.- INFORMES PERICIALES**

Un tema importante luego de conferenciar con el menor es lograr determinar la actitud emocional de los sujetos procesales e identificar la situación psicológica del menor de edad, si existe empatía con algún progenitor y más detectar una situación de alienación parental, es por eso que este medio científico la mayoría de las veces es ordenada como prueba de oficio por el Juez, sin perjuicio que las partes puedan solicitar o ofrecerla como medio probatorio en los actos postulatorios.

A continuación una situación preocupante es el síndrome de alienación parental, la cual es descubierta por los psicólogos, lo cual es muchas veces descubierta después de la audiencia única. Según Gardner el SAP es “un desorden que surge principalmente en el contexto de las disputas por la custodia de los hijos”, cuya principal manifestación es la campaña de denigración del niño contra uno de sus padres sin justificación aparente por lo general es consecuencia de intento de uno de los padres en poner a los hijos de la pareja en contra del otro padre, en un

esfuerzo por socavar e interferir en la relación del niño con ese padre “objetivo”.

Las tácticas de alienar a los niños equivalen a un maltrato psicológico extremo que implica un conjunto de estrategias de abuso psicológico sobre el niño, incluyendo:

- Hablar mal del otro padre.
- Realizar comentarios de desaprobación.
- Hablar negativamente sobre el otro padre.
- Se niega a comunicarse con el otro padre (cortar las llamadas telefónicas o no permite usar el teléfono).
- menospreciar y limitar el contacto con la familia extendida del padre en cuestión.
- Ocultar información importante al padre a fin de aislarlo, como ser eventos escolares, hitos importantes o enfermedades.
- No fomentar una relación entre los niños y el padre.
- Negarse o no permite al niño mantener un tiempo compartido acorde sin importar el orden de la justicia.
- Prohibir las charlas o temas que hablen del padre.
- Elimina fotos y otros objetos relacionados con el otro padre de su casa.
- Aterrorizar o crear la impresión de que el otro padre es peligroso por medio de culpas.
- Forzar al niño a elegir entre los padres por medio de amenazas de retiro del afecto.
- Darle al niño información falsa que incrimine al padre.

Por estas circunstancias se constituye su utilización de estos medios probatorios de vital importancia, sin perjuicio de lo expuesto se realiza una visita social en el domicilio de los sujetos procesales a fin de evidenciar la situación de comodidad y posibles riesgos de enfermedades contagiosas que puedan influir negativa en el estado del menor, por lo general se plasma en un informe social de la asistente social adscrita al Juzgado de Familia.

#### **4.- DICTAMEN FISCAL**

Luego de realizada la Audiencia única y al haberse actuado los medios de prueba y practicados los Informes psicológicos e informe social, lo actuado se remite a la Fiscalía de Familia y una vez recepcionado el Fiscal provincial es quien designa al Fiscal Adjunto que evaluara la compulsa valorativa al resolver la presente controversia, luego de una deliberación entre el Fiscal Adjunto quien proyecta el Dictamen el cual contiene la opinión Fiscal, el Fiscal Provincial suscribe el presente dictamen en un plazo no mayor de 48 horas de recepcionado el expediente en mesa de partes de Fiscalía de Familia.

El fiscal debe realizar un razonamiento jurídico, a fin de velar por los intereses del menor, estando obligado el representante del Ministerio Publico *obligados a fundamentar sus decisiones, conforme lo prevé el artículo 5 de la ley 30466 en concordancia con la Resolución N° 120-2014-PCNM, PRECEDENTE ADMINISTRATIVO vinculante que establece:* 15. Toda resolución, dictamen, disposición y acta debe ser coherente desde una perspectiva lógica, esencialmente con ausencia de contradicciones, así como respetar los principios lógicos (v.gr.

identidad, tercio excluido y razón suficiente). Es de advertir que la coherencia lógica de una resolución se refiere a la corrección del procedimiento deductivo (justificación interna), ya sea de las premisas fácticas o normativas, por lo que a un determinado caso se le pretende aplicar una o varias disposiciones jurídicas a fin de establecer una determinada consecuencia. 19. No será sólida aquella argumentación (judicial o fiscal) que no se pronuncie sobre las alegaciones o tesis que refuten la que es acogida en la resolución judicial, dictamen o disposición fiscal. Es lugar común en la justificación de las decisiones judiciales y fiscales que no se motive sobre las hipótesis alternativas o las alegaciones orientadas a la desacreditación de las pruebas o de los órganos de prueba. Toda motivación de la decisión debe cumplir con el principio de completitud, sin que por ello la argumentación deba ser sobreabundante, farragosa o redundante, antes bien, se puede cumplir con dicho principio motivando con claridad y brevedad.

## **5.- VALORACION PROBATORIA**

Que, el Tribunal Constitucional ha señalado en el Exp. 010-2002-AI/TC, FJ 133-135 *“que el derecho fundamental a la prueba tiene protección constitucional, en la medida en que se trata de un derecho comprendido en el contenido esencial del derecho al debido proceso, reconocido en el artículo 139, inciso 3, de la Constitución Política del Perú. Una de las garantías del debido proceso, es la oportunidad de presentar los medios probatorios necesarios que posibiliten la creación de convicción en el juzgador sobre la veracidad de sus argumentos”*. Además, en el EXP. N.º 1014-2007-PHC/TC, Fundamento 12 *“Por ello, la prueba*

*capaz de producir un conocimiento cierto o probable en la conciencia del juez debe reunir las siguientes características: (1) Veracidad objetiva, según la cual la prueba exhibida en el proceso debe dar un reflejo exacto de lo acontecido en la realidad; asimismo, prima facie, es requisito que la trayectoria de la prueba sea susceptible de ser controlada por las partes que intervienen en el proceso, lo que no supone desconocer que es al juez, finalmente, a quien le corresponde decidir razonablemente la admisión, exclusión o limitación de los medios de prueba. De esta manera, se puede adquirir certeza de la idoneidad del elemento probatorio, pues éste se ajustará a la verdad de lo ocurrido y no habrá sido susceptible de manipulación; (2) Constitucionalidad de la actividad probatoria, la cual implica la proscripción de actos que violen el contenido esencial de los derechos fundamentales o transgresiones al orden jurídico en la obtención, recepción y valoración de la prueba; (3) Utilidad de la prueba, característica que vincula directamente a la prueba con el hecho presuntamente delictivo que se habría cometido, pues con esta característica se verificará la utilidad de la prueba siempre y cuando ésta produzca certeza judicial para la resolución o aportación a la resolución del caso concreto; (4) Pertinencia de la prueba, toda vez que la prueba se reputará pertinente si guarda una relación directa con el objeto del procedimiento, de tal manera que si no guardase relación directa con el presunto hecho delictivo no podría ser considerada una prueba adecuada.*

El fiscal de Familia y Juez de Familia realizan una compulsiva valorativa a los medios probatorios aportados por los sujetos procesales, siempre indicando que este razonamiento está en función del Interés superior del niño.

## 6.- APLICACIÓN DEL TERCER PLENO CASATORIO

No debe olvidarse que **CONSTITUYE PRECEDENTE JUDICIAL VINCULANTE** las siguientes reglas:

*1. En los procesos de familia, como en los de alimentos, divorcio, filiación, violencia familiar, entre otros, el Juez tiene facultades tuitivas y, en consecuencia, se debe flexibilizar algunos principios y normas procesales como los de iniciativa de parte, congruencia, formalidad, eventualidad, preclusión, acumulación de pretensiones, en atención a la naturaleza de los conflictos que debe solucionar, derivados de las relaciones familiares y personales, ofreciendo protección a la parte perjudicada, ello de conformidad con lo dispuesto en los artículos 4 y 43 de la Constitución Política del Estado que reconoce, respectivamente, la protección especial a: el niño, la madre, el anciano, la familia y el matrimonio, así como la fórmula política del Estado democrático y social de Derecho.*

Se debe puntualizar que este precedente resulta de importancia a fin de que el proceso judicial de Tenencia tenga en cuenta que en su tramitación algunos principios tengan la función de proteger y así mismo estos sean su procedimiento flexible.

Conforme el Considerando 102 del Tercer Pleno Casatorio, el precedente judicial tiene fuerza vinculante para todos los jueces de la República desde el 14 de mayo de 2011, para los casos pendientes de resolver y cuando resuelvan casos similares y en procesos de naturaleza análoga, la Corte Suprema enfatiza que los principios procesales deben aplicarse en forma flexible a los principios de congruencia,

preclusión y eventualidad en los procesos de familia, con el fin de dar tutela efectiva a los derechos materiales discutidos en este tipo de procesos y especialmente, cuando se refiera a niños, adolescentes, a la familia monoparental resultante de la disolución del vínculo matrimonial, al cónyuge que resulte más perjudicado con la separación de hechos.

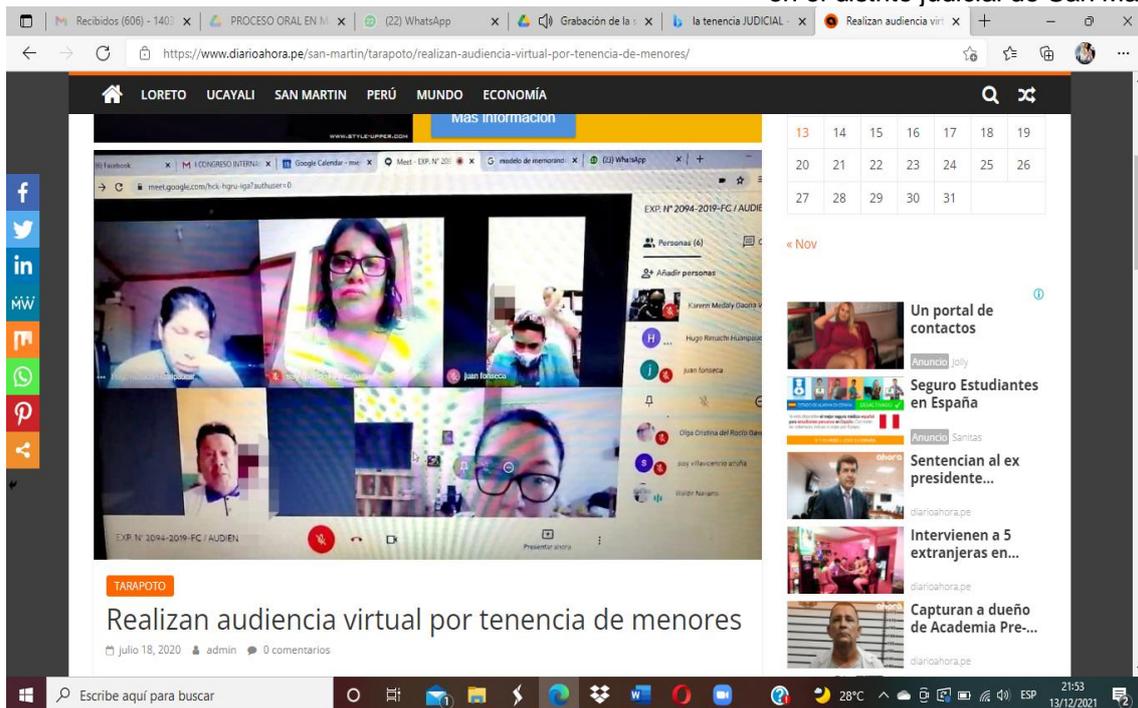
Consecuentemente la flexibilización de los procesos de familia, su aplicación está comprendida a los principios de congruencia, preclusión y eventualidad en los procesos de familia, mas no se puede dar sin efecto la aplicación del marco normativo vigente aplicable al caso sub examine (Código Civil, Código del Niño y Adolescente y Código Procesal Civil).

#### **SUB CAPITULO IV**

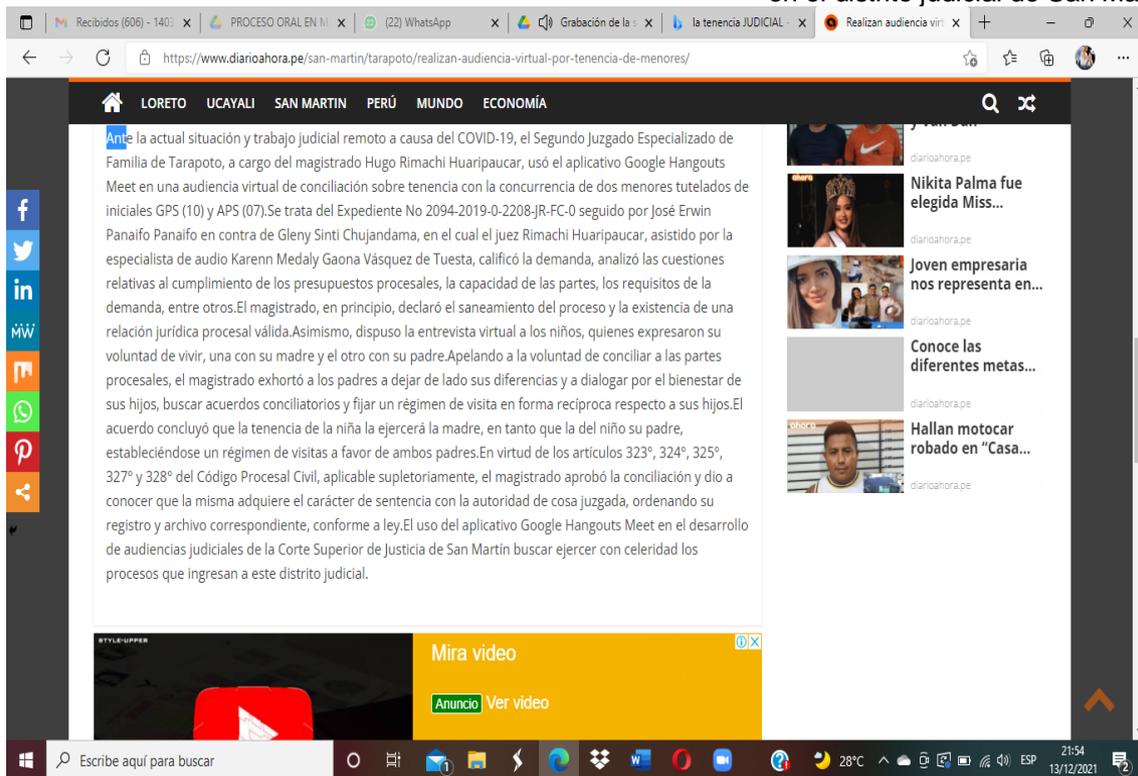
#### **LA DECLARATORIA DE ESTADO DE EMERGENCIA DETERMINADA POR EL COVID-19,**

#### **1.- ESTADO ACTUAL DE LOS PROCEDIMIENTOS JUDICIALES DE TENENCIA**

En el actual estado de emergencia decretado por el Estado Peruano, el Poder Judicial ha tenido que diseñar políticas a fin de atender a los justiciables quienes demandan tutela procesal efectiva, sin que ello implique una vulneración al debido proceso, y es allí que se recurre a diversos mecanismos entre ellos la utilización del GOOGLE MEETS.



Criterio expuesto por Renzo Cavani (2020) De otro lado, el proceso electrónico sí se muestra como una herramienta absolutamente necesaria frente a la situación actual del país por causa de la pandemia del COVID-19. En efecto, frente a las medidas de distanciamiento, aislamiento y bioseguridad en espacios abiertos al público, superar las enormes dificultades para retornar las actividades “normales”, tales como presentar escritos en mesa de partes, hacer gestiones diversas e impulsar los procesos, puede ser solucionada, aunque sea parcialmente, con el rápido intercambio documental entre juez y partes. Por supuesto, el proceso electrónico no resolverá todos los problemas de la justicia civil peruana: permite solucionar algunos, sí, pero la auténtica reforma de la justicia pasa por algo que trasciende al propio proceso judicial y al uso de la tecnología. P,171



A raíz de la situación de estado de emergencia derivado de la pandemia COVID 19 es que se han implementado diversas normas administrativas, pero la norma que nos interesa es la **RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA N° 195-2020-CEPJ**.

## **2.- RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA N° 195-2020-CEPJ, DENOMINADO PROCESO ÚNICO Y SIMPLIFICADO Y VIRTUAL,**

A continuación, se reproduce el procedimiento previsto en la resolución Administrativa:

### **DISPOSICIONES GENERALES**

#### **Artículo 1.- INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO**

1.1 El Juez Especializado de Familia o el Juez Mixto en aplicación del Interés Superior del Niño, goza de facultades tuitivas para flexibilizar algunos principios y

normas procesales como los de iniciativa de parte, congruencia, formalidad, eventualidad, preclusión, acumulación de pretensiones, en atención a la naturaleza de los conflictos que debe solucionar, derivados de las relaciones familiares y personales.

1.2 En todo Proceso Único en el que se verifique la afectación de los derechos fundamentales de las niñas, niños y adolescentes, los jueces deben brindarles protección especial y prioritaria.

## **Artículo 2.- PRINCIPIOS**

2.1 Flexibilización. Los jueces deben ser flexibles permitiendo la interpretación, ejecución y adaptación más favorable a la situación de cada niña, niño y adolescente y a su desarrollo integral.

2.2 Informalismo. El Proceso Único debe ser interpretado de modo que los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes no sean afectados por la exigencia de aspectos formales que puedan ser subsanados, siempre que no se afecten derechos de terceros.

2.3 Economía procesal. El principio de economía procesal facilita la concentración de los actos procesales en el Proceso Único, lo que redundará en el cumplimiento del interés superior del niño.

2.4 Oralidad. El principio de oralidad en el Proceso Único favorece la tutela jurisdiccional efectiva, los derechos fundamentales de las niñas, niños y adolescentes, evitando que el juez esté atado al formalismo de los actos procesales propios de un sistema escrito.

2.5 Inmediación procesal. El Juez Especializado en Familia o el Juez Mixto debe tener una relación directa con la niña, el niño, y el o la adolescente, y las pruebas aportadas en el Proceso Único. Esto le permitirá al juez aproximarse a la verdad objetiva del conflicto.

2.6 Diligencia excepcional. El Juez Especializado de Familia o el Juez Mixto debe resolver un conflicto familiar con la mayor celeridad, cuidado y responsabilidad por las posibles afectaciones e impacto que se pueden ocasionar a una niña, niño o adolescente.

**Artículo 3.- DERECHO A SER ESCUCHADO DEL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE** Se reconoce el derecho de la niña, niño y adolescente a emitir opinión, ser escuchada/o y tomado en cuenta, en su lengua materna o a través de un intérprete, en todos los asuntos que les afecten, previamente informado de manera accesible.

## **DISPOSICIONES ESPECÍFICAS**

### **Artículo 1. – PRESENTACIÓN DE LA DEMANDA**

1.1 La demanda se registra en el Sistema Integrado Judicial – SIJ y el personal de mesa de partes imprime el “cargo de ingreso del documento” en el que se consigna de manera automática el código de digitalización.

1.2 Se utilizará la Mesa de Partes Electrónica en los distritos judiciales donde ya se haya implementado.

## **Artículo 2. - CALIFICACIÓN Y ADMISIÓN DE LA DEMANDA**

2.1 Recibida y calificada la demanda, el Juez Especializado de Familia o Juez Mixto emite el Auto Admisorio, corriendo traslado a la parte demandada con conocimiento del Fiscal de Familia y le comunica la posibilidad de realizar oralmente su dictamen en la Audiencia Única.

2.2 En el mismo Auto Admisorio, el Juez Especializado de Familia o Juez Mixto señala fecha para la realización de la Audiencia Única dentro del plazo de ley y ordena al Equipo Multidisciplinario que realice el informe técnico y de ser el caso, dispone la incorporación de nuevos medios probatorios.

2.3 El Juez Especializado de Familia o Juez Mixto requiere a las partes la consignación obligatoria de sus casillas electrónicas, correos electrónicos y números de teléfonos celulares.

## **Artículo 3. NOTIFICACIÓN Y CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

3.1 El Especialista Legal notifica el Auto Admisorio a la casilla electrónica y al domicilio real, según corresponda, y excepcionalmente por WhatsApp o correo electrónico y al Fiscal de Familia mediante una Casilla Electrónica - SINOE.

3.2 El Juez Especializado de Familia o Juez Mixto ordena al Equipo Multidisciplinario que se requiera las evaluaciones necesarias a través del Sistema de Gestión de los Equipos Multidisciplinarios – SIGEM o a la casilla electrónica en los Distritos Judiciales donde aún no hagan uso del SIGEM.

3.3 La contestación de la demanda se notifica físicamente.

#### **Artículo 4. – REMISIÓN DE INFORMES TÉCNICOS Y DICTAMEN FISCAL**

4.1 La remisión de los informes técnicos del Equipo Multidisciplinario y los dictámenes fiscales se deben trasladar al juzgado de manera virtual o electrónica.

#### **Artículo 5. – PREPARACIÓN DE LA AUDIENCIA ÚNICA VIRTUAL**

5.1 La Audiencia Virtual es la diligencia judicial cuya programación e instalación se realiza mediante el uso del Sistema de Videoconferencia y diversos aplicativos tecnológicos de comunicación.

5.2 Procesos Únicos en trámite:

5.2.1 Dentro de los actos previos para la preparación de la Audiencia Única Virtual, el Administrador del Módulo o Sede de Familia o el personal administrativo se encarga de organizar, programar y grabar las audiencias únicas virtuales a través de la plataforma disponible del Poder Judicial.

5.2.2 En los Procesos Únicos en trámite, el órgano jurisdiccional notificará electrónicamente la resolución que señale la fecha y hora de la Audiencia Única Virtual.

5.2.3 En esta comunicación se convoca a los abogados de las partes a una coordinación o conferencia de preparación previa a la Audiencia Única Virtual, a efectos de poder verificar la factibilidad y establecer medidas alternativas en caso se presenten fallas en el desarrollo de la audiencia.

5.2.4 La coordinación o conferencia estará a cargo del auxiliar jurisdiccional designado y cada parte deberá ser representada por un abogado. No se permite la presencia de terceras personas. No es necesaria la participación de las partes en esta conferencia o en los actos de coordinación. Sin embargo, los abogados deberán

informar sobre el motivo de la no participación de las partes, lo cual se pondrá en conocimiento del órgano jurisdiccional.

5.2.5 En caso una de las partes procesales no pueda participar en esta coordinación, su abogado debe poner en conocimiento al órgano jurisdiccional. 5.2.6 La resolución que contiene la invitación a la conferencia de actos de preparación de la Audiencia Única Virtual debe contener lo siguiente:

- a) La fecha y hora de la conferencia o del inicio de los actos de preparación, y la vía a utilizar telefónica o virtual.
- b) El plazo para que los abogados proporcionen un número de celular y un correo o correos electrónicos.
- c) Las indicaciones para unirse a los actos de preparación o a la conferencia.
- d) El día y hora de la Audiencia Única Virtual.
- e) El correo electrónico (con la extensión gmail.com o pertenecer a este dominio) y el número de celular del auxiliar jurisdiccional designado, para comunicarse en caso surja alguna duda con relación a las indicaciones técnicas para la utilización del aplicativo.

5.2.7 Se debe consignar el número del expediente en el nombre de la invitación al evento o reunión.

5.3 Procesos Únicos nuevos:

5.3.1 En las nuevas demandas del Proceso Único, los abogados deben indicar un número de teléfono celular y un correo o correos electrónicos (con la extensión gmail.com o pertenecer a este dominio), siendo este un requisito para el trámite de las mismas, bajo responsabilidad del solicitante.

5.4 Desarrollo de la conferencia o de los actos de preparación.

5.4.1 En la conferencia o actos de preparación, el órgano jurisdiccional a través del auxiliar jurisdiccional encargado, en coordinación con los abogados de las partes deben definir lo siguiente:

- a) La aplicación a ser utilizada durante la Audiencia Única Virtual será Google Meet, en tanto se incorpore el aplicativo institucional del Poder Judicial.
- b) En forma excepcional, de acuerdo a las circunstancias del caso, previa autorización del órgano jurisdiccional y con acuerdo de partes se podrá utilizar otro aplicativo (asegurándose que este permita la grabación de la sesión y no tenga problemas referidos a la seguridad de la información) o por vía telefónica.
- c) La duración que tendrá cada etapa de la Audiencia Única Virtual, teniendo en cuenta el número de participantes.
- d) La relación de personas que participarán de la Audiencia Única Virtual; así como el momento y la forma en que sus documentos de identidad y poderes serán enviados al órgano jurisdiccional, en caso no obren en autos.
- e) La forma como deberán proceder las partes y abogados, en caso se produzca algún problema con la conexión a la Audiencia Única Virtual o se desconecten de ésta abruptamente.
- f) La obligación de comunicar telefónicamente de forma inmediata al auxiliar jurisdiccional designado y hacer las coordinaciones necesarias para que la Audiencia Única Virtual se reanude en el más breve plazo.
- g) La necesidad de generar “salas privadas” para las conferencias de conciliación entre las partes.

5.4.2 Se informa a las partes que los actos de preparación y acuerdos tomados serán grabados o, en su caso el especialista a cargo elaborará un resumen dando cuenta al juez.

5.4.3 Con la aprobación del juez se notifica electrónicamente a los participantes.

5.4.4 En el registro de la conferencia o en los actos de preparación de la Audiencia Única Virtual se recogerá el compromiso de los abogados de las partes al desarrollo de la audiencia en un entorno virtual.

5.4.5 De no participar, el abogado o las partes, en la conferencia o actos de preparación o de no efectuarse ninguna observación en el registro de los acuerdos de conferencia de preparación, se entenderá que se tienen a disposición los recursos tecnológicos adecuados para la realización de la Audiencia Única Virtual, siendo de estricta responsabilidad su participación en la misma y asumiendo responsabilidad por la falta de recursos tecnológicos.

## **Artículo 6. – INSTALACIÓN DE LA AUDIENCIA ÚNICA VIRTUAL**

6.1 El auxiliar jurisdiccional designado debe verificar que las invitaciones hayan sido notificadas a las casillas electrónicas o, en su caso, a los correos proporcionados por los participantes y magistrados, bajo responsabilidad.

6.2 El Juez Especializado de Familia o Juez Mixto dirige la Audiencia Única Virtual y el auxiliar jurisdiccional designado tendrá la función de moderador(a). 6.3 Los participantes ingresan a través del enlace web remitido en la resolución de señalamiento de Audiencia Única Virtual, a través de la plataforma establecida, o la acordada de modo excepcional, en la conferencia de actos previos a la Audiencia Única Virtual.

6.4 El moderador se encarga de la verificación de la asistencia de los participantes y el Juez Especializado de Familia o Juez Mixto de la acreditación e identificación de los presentes.

6.5 El moderador comparte en pantalla el contenido del acta con los datos de los participantes, dando cuenta al órgano jurisdiccional cualquier observación y de su conformidad.

6.6 El moderador debe informar a las participantes que la Audiencia Única Virtual se desarrolla en los tiempos y formas acordadas en el acta de la conferencia de actos previos.

6.7 Los participantes deben ingresar a la audiencia virtual con el micrófono desactivado, y solo activarlos cuando sea requerida su participación, luego de lo cual deben deshabilitarlo hasta una siguiente intervención. Todo esto para evitar que se filtren ruidos que perturben la realización de la audiencia.

#### **Artículo 7. – DESARROLLO DE LA AUDIENCIA ÚNICA VIRTUAL**

7.1 Previamente el Juez Especializado o Juez Mixto ya cuenta con el Informe Técnico del Equipo Multidisciplinario.

7.2 El Juez Especializado de Familia o Juez Mixto verifica si hay excepciones o cuestiones previas y solicita al demandante que las absuelva, actúa los medios probatorios en relación a ellas y resuelve de manera oral.

7.3 Las partes presentan su teoría del caso de manera oral.

7.4 El Juez Especializado de Familia o Juez Mixto antes de invitar a conciliar a las partes, toma la declaración del niño, niña o adolescente, cuando corresponda y declara el saneamiento procesal.

7.5 El Juez Especializado de Familia o Juez Mixto invita a las partes a conciliar y si hay conciliación y esta no vulnera el interés superior del niño, se deja constancia en un acta.

7.6 En el caso que el juez advierta la vulneración del interés superior del niño, no homologará el acuerdo de conciliación en forma total o parcial, según corresponda y delimitará la controversia.

7.7 Si las partes no llegan a un acuerdo conciliatorio, el juez en el mismo acto fija los puntos controvertidos, admite y actúa los medios probatorios, incluyendo los informes técnicos del Equipo Multidisciplinario y el Dictamen Fiscal.

7.8 Las principales actuaciones son recogidas en un acta, la cual debe ser notificada electrónicamente a las partes.

7.9 Si durante la audiencia virtual se produjeran problemas técnicos o de conectividad, y la parte no pudiera reconectarse, el órgano jurisdiccional se comunicará telefónicamente con la parte afectada a efecto que ésta continúe por esa vía de comunicación; en todo caso, deberá agotar todos los medios a su alcance a efecto de impedir la suspensión o frustración de la audiencia virtual.

#### **Artículo 8.- ORALIDAD EN EL PROCESO ÚNICO VIRTUAL**

8.1 En el desarrollo de la audiencia, el juez promueve la oralidad de los medios probatorios.

8.2 El Equipo Multidisciplinario debe estar presente en la audiencia para que emita su informe de manera oral.

8. El Fiscal de Familia puede emitir su Dictamen Fiscal de manera oral.

### **Artículo 9. SENTENCIA**

9.1 El Juez Especializado de Familia o Mixto puede dictar sentencia de manera oral en la Audiencia Única Virtual en su parte resolutive o de manera integral, dependiendo de la carga procesal o la complejidad de la causa.

### **Artículo 10.- GRABACIÓN DE LA AUDIENCIA ÚNICA VIRTUAL**

10.1 La Audiencia Única Virtual se graba, salvo la etapa de la conciliación.

10.2 La grabación de la Audiencia Única Virtual se incorpora en el expediente con la finalidad de garantizar la fidelidad, conservación y reproducción de su contenido.

10.3 Las partes tienen derecho a la obtención de las respectivas copias en soporte electrónico.

10.4 Las partes y sus abogados no están autorizados a grabar la Audiencia Única Virtual

### **3.- Naturaleza jurídica de la RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA N° 195-2020-CEPJ, DENOMINADO PROCESO ÚNICO Y SIMPLIFICADO Y VIRTUAL,**

De acuerdo al derecho administrativo, los actos de administración interna o material, está referido a regular su propia administración, su organización o funcionamiento, y se retiene sus efectos exclusivamente dentro del ámbito de la Administración Pública, agotándose dentro de tal órbita; incluyéndose en dicho supuesto los actos dirigidos a producir efectos indirectos en el ámbito externo de la entidad, se orientan a la eficacia y eficiencia de los servicios y a los fines

permanentes de la entidad, y surge la interrogante si un acto de administración interna puede implementar un novísimo procedimiento judicial, a opinión personal de la suscribiente la respuesta es negativa debido que carece de competencia el Consejo Ejecutivo de Poder judicial crear un procedimiento, siendo facultad del legislativo la implementación de un novísimo procedimiento.

#### **4.- CRITICAS A LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA N° 195-2020-CEPJ, DENOMINADO PROCESO ÚNICO Y SIMPLIFICADO Y VIRTUAL,**

Al realizar un análisis a la resolución Administrativa N° 195-2020-CEPJ, denominado Proceso Único y Simplificado y Virtual, se debe precisar que referida norma tiene severos cuestionamientos de fondo que vulneran el debido proceso:

- Si el sistema de oralidad puede ser previsto por una norma administrativa, al realizar un examen al Código Procesal Civil, existe una primacía al sistema escrito, dejando a casos puntuales la oralidad en las audiencias, por lo que no resulta adecuado que se haya regulado la oralidad a nivel de normas administrativas, lesionando el principio de jerarquía normativa.
- Contraviene lo previsto en el artículo 139 numeral 3 de la Constitución Política del Perú que prevé: La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. 3.- Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos. Debido que la resolución Administrativa N° 195-2020-CEPJ suprime el plazo de 48 horas previsto

en el artículo 173, párrafo in fine del Código del niño y adolescentes. Este criterio es compartido por Renzo Cavani (2020) De cualquier manera, debe tenerse muy presente que el art. 139, inciso 3, de la Constitución, consagra al procedimiento previamente determinado por ley como una garantía constitucional a favor de las partes. En efecto, cuando señala que “ninguna persona puede ser (...) sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos (...)” presupone que ningún ejercicio del poder público, sea la función administrativa, legislativa y, sobre todo, la jurisdiccional, puede modificar arbitrariamente el procedimiento. p, 164.

- Contraviene el principio de jerarquía normativa, en tanto el artículo 8.3. de la resolución administrativa N° 195-2020-CEPJ, colisiona el artículo 173, párrafo in fine del Código del niño y adolescentes, en tanto suprime el plazo de 48 horas previsto en el artículo 173, párrafo in fine del código del niño y adolescentes.
- Existe una interpretación a los alcances del artículo 8.3. de la resolución administrativa° 195-2020-CEPJ, el cual prevé: **8. El Fiscal de Familia puede emitir su Dictamen Fiscal de manera oral**, conforme la interpretación literal esta es una facultad del fiscal de Familia, y no se constituye en un imperativo la emisión en audiencia del dictamen fiscal.

Así mismo la brevedad del plazo, y más aún la exigencia de la oralización de dictamen, en la cual recién se escucha la opinión del menor tutelado, y se interactúa entre las partes en virtud de la inmediatez. El fiscal debe realizar un razonamiento jurídico, a fin de velar por los intereses del menor, estando obligado el representante del Ministerio Público a fundamentar sus decisiones, conforme lo

prevé el artículo 5 de la ley 30466 en concordancia con la Resolución N° 120-2014-PCNM.

Por su parte Autores como Renzo Cavani (2020) *Sin embargo, frente a las medidas de distanciamiento y aislamiento dictadas por el gobierno central, el CEPJ reaccionó decidiendo acelerar la implementación de ambos modelos en las diversas Cortes Superiores del país, pero adoptando la decisión de condicionar el funcionamiento del proceso electrónico en aquellos casos en que se haya cumplido con adaptar el modelo de la oralidad. Para cuestionar esta opción política, busco identificar las dimensiones administrativa y jurisdiccional del modelo de la oralidad, problematizando sobre la implementación de la primera dimensión en esta coyuntura y su adecuación frente al proceso electrónico, y cuestionando la legalidad de la segunda, por consagrar normas que no llegan a encajar en la normativa del CPC-93.* p,145.

## **5- PRINCIPIO DE ORALIDAD EN LOS PROCEDIMIENTOS JUDICIALES DE TENENCIA**

Conforme lo expuesto por la doctrina procesal nos permite concluir que el hecho que en un proceso exista una diligencia oral no hace que el proceso haya adoptado el sistema de la oralidad, por lo que la judicatura debe tener en consideración los argumentos expuestos en la doctrina. Criterio que es compartido por Giovanni Priori (2010) *“Establecer qué es un proceso oral resulta ser una tarea indispensable en cualquier trabajo que sobre el tema se desee emprender. Pero quizá más importante que ello resulta establecer qué procesos que se llaman*

*orales, en realidad no lo son, pues solo haciendo ello podremos haber desenmascarado a aquellas farsantes estructuras que no solo nos generan falsas ilusiones, sino que además llevan a muchos a hacer injustos juicios acerca de la oralidad, sin advertir que aquello que en realidad están juzgando no es un proceso auténticamente oral, sino más bien una falsa oralidad. Quizá debemos comenzar diciendo que cuando se plantea el tema de oralidad no se está pensando en un proceso exclusivamente oral. Para usar una frase de Chiovenda, “exclusivamente oral no puede ser más que un proceso primitivo”. Lo mismo no puede decirse del sistema escrito, pues sí es posible encontrar procesos exclusivamente escritos. Sin embargo, cuando hoy hablamos de oralidad, estamos haciendo referencia, en estricto, a un sistema mixto con predominio de la oralidad. Más allá de si existen actuaciones escritas u orales en un determinado tipo de proceso, lo trascendente es establecer el lugar que ocupa la oralidad en el proceso o, dicho de otro modo, cuán trascendentes resultan ser las actuaciones orales en él”. p, 140.*

*Conforme Renzo Cavani (2020) No obstante, es importante apreciar un detalle muy importante: más allá| de la consagración de un “principio de adecuación a las innovaciones tecnológicas” (sic)<sup>32</sup>, el modelo de la oralidad no ha sido propiamente pensado a partir de un proceso electrónico ni tampoco ha sido concebido para que, en su seno, se incorpore un proceso electrónico. El modelo de la oralidad se inserta claramente en un régimen de presencialidad: de ahí el gran énfasis en la inmediación y en la concentración de actos en la audiencia (y ya no por escrito), en la creación de puestos de trabajo para funcionarios que*

*asistan en la formación de cuadernos, traslado de papeles, custodia de expedientes y, en general, todo un diseño de una organización y procedimientos internos de trabajo con expedientes físicos, p 160.*

Cierto sector de la doctrina muestra argumentos a favor de la oralidad en los procesos civiles por su parte Omar Sumaria Benavente (2021) *De esta manera, la opción por la implementación de la oralidad en el proceso civil nace la necesidad misma de la praxis que el proceso ha demostrado. En la actividad procesal comparada, se ha demostrado esta tendencia a diseñar procesos marcadamente orales, convirtiéndose en la solución mas eficaz contra la excesiva duración del proceso civil, siendo la opción la estructuración del proceso sobre la base de las audiencias orales, aunque se mantenga la escritura en la fase de discusión.* p, 28

Al realizar un análisis a lo expuesto por los especialistas existen discordancias en la aplicación de la oralidad como mecanismo de celeridad e impulso procesal de los procesos judiciales.

## **SUB CAPITULO V**

### **ANALISIS JURISPRUDENCIAL**

En este capítulo se realiza un análisis a las diversas resoluciones judiciales emitidas por el Órgano Jurisdiccional de primera instancia en el Distrito Judicial de San Martín.

**1.- ANALISIS DE EXPEDIENTES JUDICIALES EN EL DISTRITO  
JUDICIAL DE SAN MARTIN.**

- **Expediente 797-2021-0-2208-JR-FC-02**

**Fundamento 9. SE LE HACE SABER A LA REPRESENTANTE DEL  
MINISTERIO PUBLICO QUE SU PRESENCIA ES OBLIGATORIA, A  
EFECTOS DE QUE EN AUDIENCIA DEBERA DE EMITIR SU OPINION  
FISCAL, a fin de que se resuelva el presente proceso en el mismo acto,  
teniéndose presente el cumplimiento de lo dispuesto en el Oficio Múltiple N°  
000096-2020-MP-FNPJFS-SAN MARTIN de fecha 13.08.20, mediante la cual**

**se les exhorta a cumplir con lo establecido en la Resolución Administrativa N°  
195-2020-CEPJ, denominado Proceso Único y Simplificado y Virtual.**

Al realizar un análisis a la resolución admisorio de la demanda se tiene que existe un desconocimiento de los alcances y efectos de la Resolución Administrativa° 195-2020-CEPJ, debido que de acuerdo al artículo 3 de referido cuerpo normativo establece: *8. El Fiscal de Familia puede emitir su Dictamen Fiscal de manera oral. Ergo* es facultad del Fiscal emitir opinión Fiscal en Audiencia única y no es un imperativo la oralización de su opinión Fiscal en Audiencia.

-

- *Acta de audiencia única de fecha* catorce de septiembre del año dos mil veintiuno. - Expediente 797-2021-0-2208-JR-FC-02

**El informe de evaluación psicológica efectuado por la psicóloga Tess Flores Saavedra a la demandante Ruth Aracely Lima Torres, en el que tiene como Conclusiones que la evaluada presenta rasgos y características de personalidad que le dificultan la resolución de conflictos interpersonales cuando se encuentra en situación de presión, sin embargo es capaz de poder afrontar las situaciones que representan un reto, fortaleciéndose en base a las experiencias de vida, sobre todo cuando tiene un motivo, como es en éste caso su hija, por lo que es necesario fortalecer aquellos aspectos que son de dificultad para poder asumir un rol como madre en pro de la educación con disciplina y límites, considerando las experiencias vividas por su hija en el núcleo familiar. Existe una dinámica familiar disfuncional con el padre de su**

**hija, como resultado de una relación de pareja que no ha funcionado y por la ruptura y situaciones de conflicto que tuvieron como resultado, donde ha estado involucrada su hija como víctima, por lo que es necesario reestructurar dicha dinámica, con mejores prácticas y trato con respeto entre los padres a fin de que pueda crecer en un ambiente de paz que favorezca su formación de personalidad y sus habilidades sociales. Recomendaciones: Tratamiento psicológico familiar, que favorezca un mejor desempeño en el rol como madre y en relación con el padre de su hijo, con actitudes resolutivas, respeto y mejor comunicación. Tratamiento psicológico individual, que permitan el**

**fortalecimiento de las habilidades sociales que necesita para asumir un rol materno que proporcione una educación con amor y límites, considerando las experiencias negativas vividas por su hija.**

**5. Informe de evaluación psicológica de la menor en el que tiene como Conclusiones que la evaluada si bien se encuentra con un desarrollo regular en cuanto lenguaje y capacidad de aprendizaje, se identifica grandes dificultades en su desarrollo socioemocional que podrían repercutir de manera negativa en el desarrollo de sus habilidades sociales y su personalidad, por lo que es importante abordar oportunamente a fin de poder prevenir futuros trastornos de personalidad o problemas mentales. La dinámica familiar que percibe la menor es muy conflictiva y disfuncional, además se ve afectada por las circunstancias familiares de manera que hay conflictos internos en cuanto a su autopercepción, confusión sobre su propia persona, intentando proteger su ego con la creación de personajes inexistentes. Sí bien se identifican grandes**

**dificultades de la niña, no se puede identificar que exista alienación parental, ya que no se encuentra que la menor esté a favor o en contra de alguno de sus padres.**

**6. Informe social hecho por la señora Anita Lucía del Águila en el domicilio de la demandante en el que informa que de la entrevista realizada se pudo apreciar que la tutelada se encuentra viviendo bajo el cuidado y protección materna, recibiendo el apoyo moral y económico que requiere, así como**

también en compañía de los abuelos, cursa estudios de nivel inicial, en todo momento ha demostrado estar muy identificada con la familia que la rodea, mantiene comunicación telefónica con su progenitor; la demandante trabaja medio tiempo en un negocio familiar, cuenta con el apoyo de sus padres, la casa es amplia, limpia y ventilada.

De acuerdo con lo previsto en el artículo 8.2 de la Resolución Administrativa° 195-2020-CEPJ, prevé: *El Equipo Multidisciplinario debe estar presente en la audiencia para que emita su informe de manera oral.* Conforme lo expuesto se hace necesaria la presencia en la audiencia y oralización de sus informes del equipo multidisciplinario.

- **EXPEDIENTE: 02687-2021-0-2208-JR-FC-02**

**9. SE LE HACE SABER AL REPRESENTANTE DEL MINISTERIO PUBLICO QUE SU PRESENCIA A LA AUDIENCIA PROGRAMADA ES OBLIGATORIA, A EFECTOS DE QUE EN AUDIENCIA PUEDA EMITIR**

**SU DICTAMEN FISCAL6, a fin de que se resuelva el presente proceso en el mismo acto, teniéndose presente el cumplimiento de lo dispuesto en el Oficio Múltiple N° 000096-2020-MP-FN-PJFS-SAN MARTIN de fecha 13.08.20, mediante la cual se les exhorta a cumplir con lo establecido en la Resolución Administrativa N° 195-2020-CE-PJ, denominado Proceso Único y Simplificado y Virtual que contiene la Directiva N°10-2020-CE-PJ 7. Sin perjuicio, de**

**presentar por escrito su respectivo dictamen en el plazo establecido, agregándose a los actuados, sin la necesidad de remitir en físico el presente expediente ya que todos los actuados les serán notificados oportunamente.**

Al realizar un análisis al expediente en cuestión existe un cambio a la primera solicitud del Juzgador para que emita de manera obligatoria en audiencia de su Dictamen Fiscal, pero se suprime el plazo de 48 horas previsto en el artículo 173, párrafo in fine del Código del niño y adolescentes y la interrogante es si resulta valida la supresión del plazo, siendo la norma de carácter imperativo, a tenor de lo dispuesto en el artículo IX Título Preliminar del Código Procesal Civil que prevé: Las normas procesales contenidas en este código son de carácter imperativo, salvo regulación permisiva en contrario, concordante con el artículo 161 del Código de los niños y adolescentes.

**- EXPEDIENTE : 02687-2021-0-2208-JR-FC-02**

**6. REALIZAR una evaluación psicológica al menor con la alienación parental que el caso amerite, a la demandada y al demandante, la misma que estará a cargo de la psicóloga adscrita a los Juzgados de esta sede judicial Lic. Tess Flores Saavedra. Por lo cual, las partes deberán contactar a la Psicóloga en el plazo de cinco días al número de celular 942 306 652 (en el horario de lunes a viernes de 08:00am a 01:00pm y de 02:00pm a 5:00pm) o apersonarse a su oficina ubicada en Jr. Martínez de Compañón N°933 - Tarapoto para la realización de la evaluación. Asimismo, la citada profesional deberá remitir el informe de manera antelada a la audiencia única, bajo apercibimiento de darse cuenta al respectivo órgano y las demás consecuencias legales.**

**7. REALIZAR un informe social, a fin de constatar las condiciones de vida que tiene el menor tutelado al lado de su padre; así como de la parte demandada, que estará a cargo de la trabajadora social adscrita a esta judicatura Lic. Anita Lucía Del Águila Meléndez. Por lo cual, las partes deberán contactar a la Trabajadora Social en el plazo de cinco días al número de celular 942 617 977 (en el horario de lunes a viernes de 08:00am a 01:00pm y de 02:00pm a 5:00pm) o apersonarse a su oficina ubicada en Jr. Martínez de Compañón N°933 - Tarapoto para coordinar la realización de la visita social. Asimismo, la citada profesional deberá remitir el informe de manera antelada a la audiencia única, bajo apercibimiento de darse cuenta al respectivo órgano y las demás consecuencias legales.**

Al realizar un análisis a la resolución judicial se tiene que existe un incumplimiento en tanto el artículo exige que los informes psicológicos e informe social debe ser oralizado de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 8.2 de la Resolución administrativa que dispone: El Equipo Multidisciplinario debe estar presente en la audiencia para que emita su informe de manera oral.

## **2.- ANALISIS DE LOS DICTAMENES FISCALES EN EL DISTRITO JUDICIAL DE SAN MARTIN**

MINISTERIO PÚBLICO



1º Fiscalía Provincial Civil y de Familia  
San Martín-Tarapoto

Expediente : 01425-2021-0-2208-JR-FC-02

**Caso SIATF: N° 2806084801-2021- -0- MP-1°FPCyF-SM-T**

Demandante: DANTE CLEYN ESTELA DE LA PUENTE

Demandado: TEONILA CRUZ DELGADO

Materia: TENENCIA

## **SEÑOR JUEZ DEL SEGUNDO JUZGADO ESPECIALIZADO EN FAMILIA DE SAN MARTIN**

**EDUARDO RODRIGUEZ SOTELO**, Fiscal Provincial Titular de la Primera Fiscalía Provincial Civil y de Familia de San Martín – Tarapoto, con domicilio procesal en el Jr. Maynas N° 396 – 2do Piso – Tarapoto, con Casilla Electrónica N° 67208, a Ud. digo:

1.- Que, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 158 de la Constitución Política del Perú, en concordancia con el artículo 1 del Decreto Legislativo N° 052, el **Ministerio Público es organismo autónomo**, que tiene como funciones principales la defensa de la legalidad, los derechos ciudadanos y los intereses públicos, la representación de la sociedad en juicio, para los efectos de defender a la familia, a los menores incapaces, y el interés social; asimismo velará por la independencia de los órganos judiciales y la recta administración de justicia. Asimismo, se ha establecido dentro de sus **atribuciones**, el **emitir dictamen previo a las resoluciones judiciales** en los casos que la ley contempla (art. 159.6)

2.- Que, respecto del Dictamen Fiscal, y específicamente el que se emite en procesos de Familia, el mismo se fundamenta en la **defensa de la legalidad y de interés público tutelado por el derecho**; y si bien es cierto el Juez es el llamado a la observancia del debido proceso, también lo es que, en las controversias en materia de Familia, existe gran trascendencia que obliga a la participación del Ministerio Público para la contribuir a la tutela de sus derechos. En tal sentido, el dictamen fiscal permite ejercer al Ministerio Público, su función de defensor de la legalidad, velar por la independencia de los órganos jurisdiccionales y por la recta administración de justicia. En otras palabras, el ejercicio de la **función inherente** del Ministerio Público tiene **asidero constitucional** y en los casos específicos que la ley señala.

3.- Que, hemos sido notificados del contenido de la Resolución N° 02 que admite a trámite la demanda y programa audiencia en caso de Tenencia; mediante la cual se señala en el punto 9: ***“Se le hace saber a la Representante del Ministerio Público, que su presencia es obligatoria, a efectos de que en audiencia, emita su opinión fiscal (...)”***, invocándose el

cumplimiento de lo dispuesto en el Oficio Múltiple N° 000096-2020-MP-FN-PJFS-SAN MARTÍN de fecha 13.08.2020, mediante el cual se **EXHORTA** a cumplir lo establecido en la Resolución Administrativa N° 195-2020-CE-PJ, denominado Proceso único Simplificado.

4.- Que, al respecto, y de la lectura del Oficio Múltiple N° 000096-2020-MP-FN-PJFS-SAN MARTÍN, efectivamente se advierte que la Presidencia de la Junta de Fiscales Superiores de San Martín, **exhorta** el cumplimiento de la Resolución Administrativa N° 195-2020-CE-PJ, señalando que los Fiscales deben conectarse a todas las audiencias virtuales, pues en ellas **PUEDEN** emitir su dictamen fiscal en forma oral; esto es, **deja abierta la posibilidad de su realización, mas no es un imperativo.**

5.- Que, la nombrada Resolución Administrativa N° 195-2020-CE-PJ, aprueba la Directiva N° 010-2020-CE-PJ denominado **“Proceso único Simplificado”**, y de su lectura íntegra, se señalan aspectos puntuales que atañen a la participación del Ministerio Público; señalándose en el artículo 8.3: **“El Fiscal de Familia puede emitir su Dictamen Fiscal de manera oral”**; indicándose previamente que, en el desarrollo de la audiencia, el Juez promueve la Oralidad de los medios probatorios, y que el Equipo Multidisciplinario debe estar presente en audiencia para que emita su Informe de manera oral; esto es, en 3 puntos se señala:

- A.- ORALIDAD DE MEDIOS PROBATORIOS
- B.- **DEBER** DEL EQUIPO MULTIDISCIPLINARIO DE ESTAR PRESENTE EN AUDIENCIA PARA LA EMISION DE INFORMENES ORALES
- C.- **POSIBILIDAD** (NI DEBER NI IMPOSICION) DEL MINISTERIO PUBLICO DE EMITIR DICTAMEN EN AUDIENCIA DE MANERA ORAL.

6.- Debemos mencionar ante ello, que posicionarse dentro de la postura de la **IMPOSICIÓN** de la emisión del dictamen fiscal de manera oral en audiencia, estaría en abierta **contravención** del artículo 139 numeral 3 de la Constitución Política del Perú que prevé la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional, y a que ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, **ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos**; puesto a que erróneamente, en el proceso judicial, se sugeriría el desacato al plazo de 48 horas previsto en el artículo 173 párrafo in fine del Código del Niño y adolescentes, para la emisión del mencionado Dictamen Fiscal; y asimismo, estaría en **contradicción** con la misma Directiva N° 010-2020-CE-PJ aprobada mediante Resolución Administrativa N° 195-2020-CEPJ, la que, como bien se ha señalado, prevé como **facultad** tal atribución, mas no un imperativo.

7.- Las atribuciones del Ministerio Público, refrendadas en la Constitución, Código Procesal Civil, y el Código de los Niños y Adolescentes; se orientan a la emisión de un pronunciamiento debidamente **FUNDAMENTADO**, esto es, con una adecuada motivación luego de un correcto análisis del proceso. **ELLO CONLLEVA A QUE DICHO DICTAMEN SE EMITA SIN IMPROVISACIONES QUE MINIMICEN DICHA LABOR ESENCIAL, NI MUCHO MENOS BAJO LA PREMISA DE QUE SU ACTUACIÓN SEA MENOSPRECIADA, DESCONSIDERADA NI TRATADA CON INDIFERENCIA O INTRASCENDENCIA POR PARTE DEL JUZGADOR, EL MISMO QUE DEBE SER EL PRIMER RESPETUOSO DE LA LEGALIDAD PROCESAL Y BRINDAR DICHA IMAGEN DE LEGALIDAD NO SOLO A LAS PARTES PROCESALES SINO TAMBIÉN EN EL ÁMBITO INSTITUCIONAL, OTORGÁNDOLE AL MINISTERIO PÚBLICO EL LUGAR PREPONDERANTE QUE LA CONSTITUCIÓN Y LA LEY, LE HAN OTORGADO, Y**

## **BRINDARLE LAS GARANTÍAS NECESARIAS PARA EL CORRECTO EJERCICIO DE SU LABOR.**

8.- Que, la Resolución Administrativa N° 195-2020-CE-PJ promueve correctamente la **CELERIDAD PROCESAL**, atendiendo como consideración primordial el respeto al Principio del Interés Superior del Niño, especialmente en las controversias de Familia, y bajo dicho sustento se sustentaría la **“posibilidad”** de emitir dictamen fiscal en la propia audiencia, como pregona la mencionada Resolución Administrativa, esto es, dándole mayor **“celeridad”** al proceso. Sin embargo, lo cierto es que la **DEMORA** de los procesos de familia **no es un problema que sea atribuible al Ministerio Público**, ya que las causas de los retrasos o aplazamientos, son incontables y diversos, y pueden deberse a distintos factores; *-lo que se puede advertir incluso, si valoramos el tiempo transcurrido entre la fecha de interposición de la demanda, y la fecha de la programación de la audiencia única-*, factores como: el no contar con personal suficiente o idóneo, la cantidad de procesos ingresados y pendientes en despacho, el correcto cumplimiento del emplazamiento y notificaciones a lugares lejanos, etc.; situaciones a las cuales **es ajeno el Ministerio Público**, Institución que por ley, tiene solo el plazo de **48 horas** para la emisión de su dictamen debidamente **fundamentado, luego de actuados medos probatorios y estando la causa expedita para sentenciar; PLAZO QUE ES DIMINUTO**, y que no tiene comparación en proporción con el desgaste de tiempo que de por sí, se viene dando en los procesos judiciales; ya que las deficiencias que importan a la **celeridad procesal**, son ocasionadas por el mismo órgano Jurisdiccional. Incluso, en éste punto, la labor del Ministerio Público **contribuye a la eficiencia del proceso**, ya que al momento de emitir dictamen correspondiente, pueden advertirse deficiencias procesales y probatorias, **que solo serían descubiertas u observadas ante una eventual apelación y a nivel de segunda instancia**; lo que ya de por sí, podría generar un grave perjuicio innecesario a las partes por el retraso del pronunciamiento final.

9.- Por las consideraciones expuestas, solicitamos y exigimos respetuosamente a Ud. Sr. Juez de Familia; ser también un **RESPETUOSO DE LA LEGALIDAD** y de las **ATRIBUCIONES** de las **INSTITUCIONES CONSTITUCIONALMENTE ESTABLECIDAS COMO ÉSTE MINISTERIO PÚBLICO**, atribuciones que no pueden ser **INTERVENIDAS NI ALTERADAS POR INTERPRETACIÓN PERSONAL DEL JUZGADOR**, y cuya **INTROMISIÓN EN LAS LABORES PROPIAS DE UN ORGANISMO AUTÓNOMO COMO EL ENTE FISCAL, NO PUEDE SER ADMITIDA BAJO NINGÚN PUNTO DE VISTA**. Por ello, a su digno despacho, pedimos tenga a consideración los fundamentos expuestos para mejor resolver.

Al realizar un análisis a los argumentos expuestos por el Dictamen Fiscal se puntualiza en la independencia del Ministerio Público, el procedimiento previamente establecido, el plazo para emitir un dictamen y otros en la cual se advierte una transgresión al principio de legalidad y plazos previstos en el Código del Niño y Adolescentes.

- **EXPEDIENTE 01129-2021-0-2208-JR-FC-02**

**DICTAMEN ORAL DEL MINISTERIO PÚBLICO:** Queda registrado en sistema de audio, opina favorablemente a la pretensión del demandante, debiéndose establecer un régimen de visitas a favor del padre con externamiento y sin pernoctar.

Se aprecia en este expediente que la opinión Fiscal carece de pobreza argumentativa en tanto se describen hechos y situaciones que han ocurrido dentro de audiencia, no existen argumentos jurídicos de esa manera se contraviene lo dispuesto en el precedente administrativo *Resolución N° 120-2014-PCNM*.

- *Acta de audiencia única de fecha catorce de septiembre del año dos mil veintiuno.- Expediente 797-2021-0-2208-JR-FC-02*

**JUEZ:** Corre traslado al representante del Ministerio Público para que exprese de forma sucinta su opinión y oralice su dictamen fiscal en función a la tenencia y régimen de visitas. **FISCAL:** Señala que como fiscal de familia tiene que ver el interés superior del niño, entre sus facultades está el ver el bienestar y la ponderación de los derechos fundamentales a efectos de que en el proceso se lleve una relación jurídica procesal válida y se cumplan los requisitos procesales y además como bien ha entendido que son el ente de control de legalidad; en virtud de lo expuesto quisiera conferenciar antes de dar su criterio con su persona a efectos de que existe un diálogo interno se establezca un receso de 5 minutos. **JUEZ:** Señala suspende por breve término la audiencia y reabierta que fue la misma señala que se va a dar por culminada la presente audiencia dejando constancia que este despacho estaba con la decisión de emitir sentencia pero para eso se necesita el requisito previo también que establece el Código de Niños y Adolescentes como lo es el dictamen fiscal en este caso el señor Fiscal ha expresado sus motivos de por qué no puede oralizar en este momento su dictamen fiscal pero si lo va a hacer por escrito en el plazo que le corresponde de acuerdo al Código de Niños y Adolescentes, opinión que van a respetar; sin perjuicio que en lo sucesivo se pueda ir mejorando esta buena práctica, su despacho estaba decidido a resolver pero está imposibilitado porque no existe un dictamen fiscal oralizado, se va a dejar constancia de este acto y también con la

**seguridad que se tiene que mejorar estos detalles, la idea es de buscar una justicia pronta, oportuna y también con bastante inmediatez con las partes, en este caso su juzgado está expedito a sentenciar, pero se necesita siempre la opinión fiscal previa donde el representante del Ministerio Público que es un requisito bajo sanción de nulidad en este tipo de procesos.**

En el presente Expediente el Fiscal Adjunto no brinda su opinión Fiscal en audiencia, explicando sus motivos en audiencia reserva, y expresando que lo hará por escrito en plazo de ley.

**- Expediente 01503-2021-0-2208-JR-FC-02**

**FISCAL:** Señala que de lo observado y del ingreso que hizo a la audiencia, lo que ha podido observar es que lo que al parecer la parte demandada pretende es esperar, en todo caso, el resultado de un proceso penal para que efectivamente, de repente, si es que se logra una sentencia condenatoria y no solamente por una agresión contra la niña sino también contra la señora, pero ello no sabe con qué propósito, la parte demandada ha señalado que está sometiendo a la niña a tratamientos terapéuticos y psicológicos para lograr una presunta afectación psicológica que la niña presentaría y que aún no se ha probado, lo que ella sabe es que la misma defensa técnica ha señalado que ello ha ocurrido y eso definitivamente no está probado aún; desconoce, le parece que escuchó que ya está judicializado; sin embargo lo que ella quiere y para efectos de reflexionar, es hacer esta pregunta, ¿por qué quisiera una mamá si tiene los mecanismos para lograr recuperar a una niña de una presunta afectación psicológica tener aún una sentencia condenatoria contra el padre en agravio de esa niña? yo entiendo que lo puede tener de repente contra mí, que me ha afectado a mí psicológicamente como madre; pero por qué tenerlo y eso obviamente no va a quedar de ahora esa sentencia va a quedar, si bien es cierto, los antecedentes se cancelan pero va a quedar para siempre, ¿por qué querer eso? sí me ha hecho pensar y bueno y de lo de lo visto la niña usó unas palabras de que no quería ver a su papá por ahora, quizás después; esa misma expresión, casi la misma escuchó a la demandada señalar “no, que por ahora, no” entonces son pequeños detalles que ha podido observar y que hacen que quizás, obviamente, ellas como madres saben qué tipo de contacto mucho más directo, eso no lo pueden negar, que tienen con los niños, con sus hijos; entonces; sin embargo considera que la propuesta realizada por esta judicatura, de unas horas, no como el demandante quería, que de repente, desde la mañana hasta la noche, la propuesta que hizo de 09:00 am a 15:00 pm considera que es una, incluso podría ser menos, considera que se declare en todo caso fundada la demanda en parte y esta judicatura considere las horas prudentes en los que el padre no solamente se contacte con la niña vía Facebook, vía video llamadas y no tenga ese acercamiento con la menor en el tema de afecto y de contacto físico, de repente en menos o en todo caso una visita dentro del hogar; con alguien, con una visita, con alguna persona de la confianza de la niña presente para, no sabe, conversar tener un tipo de relación de que definitivamente trate de retomar esa relación que aparentemente, según lo que han

presentado las pruebas de la parte demandante era regular; eso es lo que quiere opinar, hay que dejar y recomendar a las partes que hay que dejar de lado, de repente, sus asuntos propios y velar específicamente por el tema de la niña.

Al respecto existe pobreza argumentativa contraviniendo lo dispuesto en el precedente administrativo Resolución N° 120-2014-PCNM., no existe los fundamentos jurídicos, menos se realiza el juicio de subsunción de hechos, normas y pruebas aplicables al caso sub examine.

## CAPITULO V

### RESULTADOS

A continuación, se muestran los resultados producto del procesamiento de la información que se recogió en campo, sobre las percepciones que tienen los operadores jurídicos de la aplicación del procedimiento de tenencia durante los años 2020-2021.

Desde el punto de vista práctico tenemos que el procedimiento de tenencia judicial en el contexto actual ha existido dificultades de logística, manejo físico de expedientes judiciales, entrevista en conferencia a los menores de edad afín de escuchar su voluntad y otras circunstancias que han imposibilitado la realización de estas diligencias judiciales, mas aun la doctrina no es pacífica en aceptar esta clase de procedimientos introducido a través de una resolución administrativa por eso autores como Renzo Cavani, Giovanni Priori se muestran en desacuerdo a la implementación de la oralidad en los procesos civiles, por su parte autores como Omar Sumaria Benavente muestran que si es posible la oralización de los procesos civiles con la implementación progresiva a través de resoluciones administrativas, Más aun en la actualidad los operadores jurídicos jueces, Fiscales y abogados muestran un punto de vista y hermetismo a la aplicación de la Resolución

Administrativa N° 195-2020-CE-PJ, aprueba la Directiva N° 010-2020-CE-PJ denominado “**Proceso único Simplificado**”, algunos Fiscales y Jueces muestran una aceptación a la aplicación de esta resolución, mientras otros sectores de magistrados muestran su discordancia a la aplicación de este procedimiento, y otro sector de magistrado aplica en parte referido cuerpo normativo.

Al realizar una análisis a los expedientes judiciales y dictámenes fiscales brindados en audiencia única se evidencia una diversidad de opiniones fiscales respecto a los fundamentos de hecho y jurídicos, y acervo probatorio existente en las causas tramitadas ante los Juzgados de Familia, evidenciando una clara distorsión de opiniones que debe ser evaluada de manera conjunta por los operadores jurídicos, a fin de tener certeza en las decisiones jurisdiccionales, se debe evaluar que un procedimiento judicial debe resolver un conflicto de interés donde debe favorecer el interés superior del niño.

A continuación, se muestran los resultados de una encuesta realizado a los operadores jurídicos en la cual se hace un breve análisis al panorama actual de la problemática de los procedimientos judiciales de tenencia.

**1.- Si la utilización de medios virtuales de comunicación ha afectado el principio de oralidad, prevista en la audiencia única**

Si	No
90%	10%

**Fuente: Cuestionario aplicado a los operadores jurídicos del distrito Fiscal de San Martín y análisis de expediente judiciales**

El cuadro 1 muestra que los operadores jurídicos manifiestan que la utilización de medios virtuales de comunicación dificulta la realización de audiencias, motivos como falta de conectividad, deficiente señal, manipulación de los testigos y declaración de menor, en las cuales se encontraban presentes los abogados y sujetos procesales lo cual dificultaba manifestar su expresión libre y voluntaria.

**2.- Si se ha afectado por la declaratoria de emergencia a raíz del COVID, el computo de plazo o la realización de diligencias**

Si	No
99%	1%

**Fuente: Cuestionario aplicado a los operadores jurídicos del distrito Fiscal de San Martín y análisis de expediente judiciales**

El cuadro 2 muestra que los operadores jurídicos, precisan que se han afectado los plazos por casos de fuerza mayor.

**3.- Si la aplicación de la resolución Administrativa N° 195-2020-CEPJ, denominado Proceso Único y Simplificado y Virtual, contraviene el principio de jerarquía normativa, principio de oralidad, vulnera el derecho de defensa u otro**

Si	No
99%	1%

**Fuente: Cuestionario aplicado a los operadores jurídicos del distrito Fiscal de San Martín y análisis de expediente judiciales**

El cuadro 3 muestra que los operadores jurídicos, expresan que referida norma contraviene el debido proceso por diferentes circunstancias.

**4.- Que aspectos resultan beneficiosos de la aplicación de la resolución Administrativa N° 195-2020-CEPJ, denominado Proceso Único y Simplificado y Virtual**

No resulta beneficioso	Si resulta beneficioso
99%	1%

**Fuente: Cuestionario aplicado a los operadores jurídicos del distrito Fiscal de San Martín y análisis de expediente judiciales**

El cuadro 4 muestra que los operadores jurídicos, precisan que esta norma entorpece la correcta administración de justicia, siendo su aplicación cuestionable.

## CAPITULO VI

### DISCUSION DE RESULTADOS

Según los resultados, se aprecia que los operadores jurídicos manifiestan que la utilización de medios virtuales de comunicación dificulta la realización de audiencias, motivos como falta de conectividad, deficiente señal, manipulación de los testigos y declaración del menor, en las cuales se encontraban presentes los abogados y sujetos procesales lo cual dificultaba manifestar su expresión libre y voluntaria. Estos factores están relacionados a la falta de implementación de medios y equipos tecnológicos adecuados, falta de acceso al servicio de internet de buena calidad y falta de capacitación.

Autores como Renzo Cavani postulan que el principio de oralidad no se aplica, por el contrario existe una aplicación de tecnologías de información que hacen que la utilización de las plataformas virtuales permitan un desarrollo de audiencias, pero esto muchas veces es contra producido debido que no se puede controlar las diligencias o actuaciones judiciales como es la declaración de testigos o escuchar la voluntad del menor, la tecnología en el Perú se constituye como principal obstáculo debido que las personas no cuentan con un celular (smartphone), tablets o laptops, estas circunstancias afectan el desarrollo de las diligencias.

Por su parte Miguel de Asis Pulido precisa: Los avances en los distintos sectores que posibilita la implementación del Internet de las cosas o la Inteligencia Artificial llevan aparejados una modificación del objeto del Derecho. Con ello, nuestra ciencia jurídica se ve impedida a dar una nueva respuesta legal a dichos avances para cumplir con los mandatos clásicos de seguridad jurídica. Por su parte, estas tecnologías, unidas a otras fuerzas como la globalización, la liberalización de los servicios jurídicos o la creciente

presión de la demanda de servicios jurídicos por parte, sobre todo, de las grandes empresas, están afectando también a los rígidos usos y costumbres del Derecho. Todos estos hechos están provocando sensibles alteraciones en el ámbito del proceso judicial y el derecho al debido proceso.

El cuarto nivel de sala de audiencias engloba todas las tecnologías que actúan en las vistas de los juzgados, como cámaras de último nivel, amplificadores de sonido o herramientas de traducción instantánea. Estas aplicaciones afectan a la publicidad del proceso, al derecho a la intervención del intérprete, a ser informado de la acusación o al derecho a la práctica de la prueba. Por lo expuesto estamos distantes de llegar a un nivel óptimo de atención de claridad en la celebración de audiencias judiciales virtuales.

Los resultados indican que los operadores jurídicos afirman que se han afectado los plazos por casos de fuerza mayor, esto se evidencia al revisar los expedientes judiciales tramitados en los Juzgados de Familia en el cual existe una dilación en la tramitación de los expedientes judiciales sobre tenencia, actuaciones judiciales como escuchar al menor de edad, o realizar pericias psicológicas se han visto frustradas por la declaratoria de estado de emergencia por COVID, debido que no se implementaron de manera adecuada los implementos de bioseguridad, además del temor de propagación de la pandemia COVID 19, existiendo un temor justificado en el Poder judicial debido que su personal fue contagiado y algunos fallecieron por estas circunstancias.

Los operadores jurídicos, expresan que la Resolución Administrativa N° 195-2020-CEPJ, contraviene el debido proceso por diferentes circunstancias, no se delimitan las competencias del Poder Judicial y Ministerio Público, existe una transgresión al principio

de jerarquía normativa y otros Autores como Giovanni Priori, expresan el equívoco de las audiencias en los procesos civiles, Pero quizá la principal causa de que el proceso por

audiencias no haya tenido el éxito esperado fue la realidad que se vivía en cada audiencia. Es que la entrada en vigor del Código Procesal Civil no vino acompañada de un programa de capacitación de operadores del Derecho, ni de un diálogo con las universidades. Si a ello le sumamos un conjunto de normas que impedían conseguir una auténtica oralidad, el resultado que se fue consiguiendo, a pesar de las buenas intenciones del legislador, fue lamentable.

Finalmente, los operadores jurídicos, precisan que esta norma entorpece la correcta administración de justicia, siendo su aplicación cuestionable.

## CAPITULO VII

### CONCLUSIONES

- La situación de emergencia decretada a raíz del COVID 19 ha hecho que exista demora en la tramitación de expedientes judiciales de tenencia.
- Los operadores jurídicos se enfrentan a situaciones como fallas en de conexión de internet, falta de recursos para pagar internet, la falta de recursos para adquirir un celular o algún dispositivo que permita conectarse a plataformas virtuales.
- Desconocimiento de los operadores jurídicos del principio de oralidad en los procesos civiles.
- La normatividad que permite la realización de audiencias virtuales en materia de tenencia resulta contradictoria a diversos principios del ordenamiento jurídico.
- La oralidad en los procesos de Familia (tenencia) no puede ser implantada a través de una Resolución Administrativa, además que existe una falta de logística en los distritos judiciales entre ellos San Martín.
- Falta de coordinación entre los operadores jurídicos que define los procesos judiciales de tenencia de menores de edad.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. Aguilar llanos, Benjamín **Las nuevas tendencias del Derecho de Familia.**  
Foro jurídico. Volumen: I. Editorial PUCP, 2014.
2. **Cavani Brain, Renzo.** Revista de la Maestría en Derecho Procesal; Vol. 8  
Núm. 1. Editorial PUCP. 2020.
3. Molina, N. (2013), La bioética: sus principios y propósitos, para un mundo  
tecnocientífico, multicultural y diverso. Recuperado de:  
<https://www.redalyc.org/pdf/1892/189230852003.pdf>
4. Priori Posada, Giovanni. Revista de derecho Themis. Editorial PUCP. Lima.  
2010.
5. **Sumaria Benavente, Omar. El nuevo Principio de oralidad en el  
Proceso Civil. Editorial Instituto Pacifico. 2021.**
6. Varsi Rospigliosi, Enrique, Tratado de derecho de Familia, Tomo III,  
Editorial Universidad de Lima, 2012.