

REVISTA

DE INVESTIGACIÓN DE LA

ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA

5

Vol. 3 - N.º 5
julio- diciembre 2021
Lima, Perú



FONDO
EDITORIAL

Academia de la Magistratura

ISSN: 2707-4056
(en línea)



REVISTA

DE INVESTIGACIÓN DE LA

ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA

5

Vol. 3 - N.º 5 - julio- diciembre 2021 - Lima, Perú



FONDO
EDITORIAL

Academia de la Magistratura



ACADEMIA DE
LA MAGISTRATURA

REVISTA DE INVESTIGACIÓN

DE LA ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA

Vol. 3, n.º 5, julio-diciembre, 2021
Publicación semestral. Lima, Perú.
ISSN: 2707-4056 (en línea)
DOI: 10.58581/rev.amag.2021.v3n5

PRESIDENTE

Carlos Giovanni Arias Lazarte
Academia de la Magistratura, Perú

DIRECTOR

Javier Arévalo Vela
Academia de la Magistratura, Perú

EDITORA GENERAL

Nathalie Betsy Ingaruca Ruiz
Academia de la Magistratura, Perú

COMITÉ EDITORIAL

Alexei Dante Sáenz Torres
Perú

Baltazar Morales Parraguez
Perú

Daniel Osarim Huamán Castellares
Perú

Fernando Martín Robles Sotomayor
Perú

Hans Berly Ríos Mostajo
Perú

Hugo Príncipe Trujillo
Perú

Ivan Ortiz Sánchez
Perú

José Antonio Neyra Flores
Perú

Luis Fernando Iberico Castañeda
Perú

Marco Antonio Angulo Morales
Perú

Moises Paz Panduro
Perú

Octavio César Sahuanay Calsín
Perú

Omar Toledo Toribio
Perú

Omar Vladimir Sumaria Benavente
Perú

Patricia Janet Beltrán Pacheco
Perú

Roberto Vladimir Romo Astete
Perú

Antonio Peña Jumpa
Perú

CONSEJO CONSULTIVO

Juan Manuel De Faramiñan Gilbert
España

CONSULTORES TEMÁTICOS

Carolina Gladys Caballero Saenz
Perú

Mercedes Dueñas Trejo
Perú

Sylvana Rosalyn Vásquez Olano
Perú

Naffis Roque Roca
Perú

Juan Carlos Del Carpio Calle
Perú

EQUIPO TÉCNICO

Janina Toro Briceño
Luis Enrique Vega Quiroz
Jorge Aguilar Vásquez
Naffis Roque Roca
Margot Rivas Barzola

ISSN: 2707-4056 (en línea)
DOI: 10.58581/rev.amag.2021.v3n5

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

DIRECCIÓN POSTAL

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

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

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



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

Academia de la Magistratura

ÓRGANO RECTOR

Carlos Giovanni Arias Lazarte
Presidente

Jorge Luis Sosa Quispe
Vicepresidente

Zoraida Ávalos Rivera
Consejera

Pablo Wilfredo Sánchez Velarde
Consejero

Antonio Humberto De La Haza Barrantes
Consejero

Javier Arévalo Vela
Consejero

Mariem Vicky De La Rosa Bedriñana
Consejera

Nathalie Betsy Ingaruca Ruiz
Secretaria General

ÓRGANO EJECUTIVO

Nathalie Betsy Ingaruca Ruiz
Directora General

María Del Carmen Barragán Coloma
Directora Académica

Miguel Ángel Dávila Servat
Secretario Administrativo

Presentación

Durante los últimos años, en la Academia de la Magistratura (AMAG), se ha desarrollado el «Taller de investigación para la elaboración de artículos jurídicos», dirigido a jueces y fiscales a nivel nacional. En el taller del 2021, los magistrados participantes, a través de una investigación concisa y notable, desarrollaron los artículos que conforman el presente número de la *Revista de Investigación de la Academia de la Magistratura*.

Cabe destacar que los temas de investigación fueron propuestos por los magistrados del Poder Judicial y Ministerio Público en las mesas de diálogo organizadas por la celebración del 25.º aniversario de la AMAG.

Es importante mencionar que los artículos de esta revista fueron sometidos a una selección y evaluación rigurosa, realizada por pares ciegos especialistas en la materia, con el fin de lograr su afiliación a bases de datos indexadas.

Considerando que la revista se publica en formato digital a través de su página web, desde ya expresamos que los artículos son de acceso libre para su consulta o debate. De esta forma, se aporta en las investigaciones respecto a la administración de justicia de nuestro país.

Finalmente, deseamos expresar nuestro más sincero reconocimiento institucional a cada uno de los autores, quienes, con su mayor entusiasmo, contribuyen a que la *Revista de Investigación de la Academia de la Magistratura* sea un referente doctrinario en las investigaciones judiciales y, de esta forma, coadyuvar en una administración de justicia imparcial e idónea, características necesarias para lograr la paz social y, por ende, el desarrollo económico de todo Estado democrático.

Lima, diciembre de 2021.

Nathalie Betsy Ingaruca Ruíz
Editora general

Contenido

Presentación

11

Retos de la magistratura en temas de administración de justicia

Justicia en época de covid-19 para zonas de difícil acceso

17

LORENA PAOLA SANDOVAL HUERTAS

Retos de la magistratura en temas de derecho penal

Incidencia de los pronunciamientos de archivo a nivel preliminar en las investigaciones por agresiones contra las mujeres e integrantes del grupo familiar en el Distrito Fiscal de Ica durante 2019

31

JOSÉ ALEJANDRO MELÉNDEZ CURASI

El principio de proporcionalidad en la determinación de la pena por la Corte Suprema

55

PERCY RAÚL CHALCO CCALLO

Retos de la magistratura en temas de derecho procesal civil

La cooperación judicial internacional y su incorporación a la norma interna

71

LOURDES E. MORALES BENAVENTE

Resoluciones revisoras de nulidad con argumentación de fondo: ¿afecta el principio de pluralidad de instancias?

91

CARLOS ALFONSO SILVA MUÑOZ

Retos de la magistratura en temas de derecho procesal penal

Excesivos juicios penales por falta de control judicial y limitación normativa en la etapa intermedia **119**

CARLOS ADALBERTO ROMÁN GIL

Exclusión de medios de prueba en la etapa intermedia **141**

FEDERICO ARIAS SALAS

Incidencia de solicitudes de medidas cautelares reales en procesos de violación sexual de menor de catorce años **151**

GUIDO CASTILLO LIRA

Garantías procesales penales en la evidencia digital **165**

GLADYS LILIANA GONZÁLES OBANDO

El retraso de los plazos procesales en materia penal en el Ministerio Público del Perú **175**

JOSÉ JAIME MESTAS PONCE



RETOS de la
magistratura
en temas de
ADMINISTRACIÓN
de **JUSTICIA**



ACADEMIA DE
LA MAGISTRATURA

REVISTA DE INVESTIGACIÓN

DE LA ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA

Vol. 3, n.º 5, julio-diciembre, 2021
Publicación semestral. Lima, Perú.
ISSN: 2707-4056 (en línea)
DOI: 10.58581/rev.amag.2021.v3n5.01



Justicia en época de COVID-19 para zonas de difícil acceso

Justice in the time of COVID-19 for areas of difficult access

Lorena Paola Sandoval Huertas*

Distrito Judicial de Huánuco

(Huánuco, Perú)

lsandoval@pj.gob.pe

<https://orcid.org/0000-0003-0865-8432>

Resumen: En los tiempos de pandemia de la COVID-19, surgieron diferentes cambios en la forma en que la población puede acudir a los órganos de administración de justicia y solicitar su colaboración e intervención. Con el propósito de salvaguardar la salud de los administradores de justicia y de los justiciables, el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial estableció diversas medidas, entre ellas el uso de la tecnología para la implementación de audiencias virtuales.

Esta medida demanda que los participantes de las audiencias virtuales deben tener acceso a internet. Sin embargo, no toda la población peruana puede atender este requisito, pues en algunas zonas rurales no se cuenta con acceso a la tecnología sofisticada, tales como el internet y teléfonos celulares de alta gama. Tampoco los justiciables poseen los recursos económicos suficientes para adquirir equipos de alta tecnología.

* Juez superior provisional de la Sala de Apelaciones de Tingo María, dos veces presidenta del Jurado Especial de Elecciones de Huamálés.

En cuanto, a la cobertura y acceso a internet, existen brechas de desigualdad debido a la ubicación geográfica. Las empresas que brindan este tipo de servicio no invierten en zonas de difícil acceso, debido a que, en estos lugares, la mayoría de la población es de escasos recursos económicos. Ante la escasa o nula probabilidad de generarles ganancias, estas empresas hacen poco o nada por incrementar el servicio en aquellas áreas.

En términos generales, existe una necesidad urgente de promover la instalación de infraestructuras indispensables para brindar el servicio de internet y aumentar su cobertura en las zonas de difícil acceso. Solo así, los litigantes de estos poblados podrán acceder a las audiencias virtuales desde su hogar y sin exponer su salud en el contexto de pandemia por la COVID-19.

Palabras clave: brecha digital, audiencias virtuales, acceso por COVID-19

Abstract: In times of the COVID-19 pandemic, different changes arose in the way in which the population can go to the organs of administration of justice and request their collaboration and intervention. In order to safeguard the health of justice administrators and defendants, the Executive Council of the Judiciary established various measures, including the use of technology for the implementation of virtual hearings.

This measure demands that the participants of the virtual audiences must have access to the internet. However, not the entire Peruvian population can meet this requirement, as some rural areas do not have access to sophisticated technology, such as the internet and high-end cell phones. Neither do the defendants have sufficient financial resources to acquire high-tech equipment.

Regarding internet coverage and access, there are inequality gaps due to geographic location. The companies that provide this type of service do not invest in areas that are difficult to access, because, in these places, the majority of the population has limited economic resources. Given the low or no probability of generating profits, these companies do little or nothing to increase service in those areas.

In general terms, there is an urgent need to promote the installation of essential infrastructures to provide internet service and increase its coverage in hard-to-reach areas. Only in this way, the litigants in these towns will be able to access the virtual hearings from their home and without exposing their health in the context of the COVID-19 pandemic.

Key words: digital divide, virtual audiences, access by COVID-19

RECIBIDO: 30/11/2021
APROBADO: 27/12/2021

REVISADO: 20/12/2021
FINANCIAMIENTO: Autofinanciado

1. Introducción

En el Perú, la cuarentena a razón de la emergencia sanitaria por la COVID-19, permitió que se adviertan los defectos e ineficiencias en que incurre la prestación de servicios tecnológicos, especialmente en las zonas de difícil acceso geográfico. La mayoría de los ciudadanos que habitan en estas áreas rurales no cuentan con los medios tecnológicos necesarios —tales como el acceso a internet o teléfonos celulares de alta gama— para que participen en las audiencias virtuales implementadas en mérito a lo dispuesto por el máximo ente de gobierno del Poder Judicial (PJ), en cumplimiento de las medidas de prevención por la pandemia.

Entonces, el desarrollo de este tipo de audiencias no estaría beneficiando a los justiciables de estas zonas, pues sin los servicios tecnológicos indispensables, no pueden conectarse a las audiencias virtuales para obtener una justicia que garantice sus derechos. Ello, a pesar de que este cambio fue adoptado por todos los órganos de administración de justicia del PJ, con el fin de salvaguardar la salud tanto de los operadores de esta entidad como de los justiciables.

Según Walsh (2009), la desigualdad en el acceso a la justicia puede manifestarse de diversas formas, por ello este estudio se realiza en base a tres métodos: a) una visión de derechos humanos, como dignidad, libertad, igualdad humana, garantías y obligaciones del Gobierno; b) enfoque de género, que permite comprender la relación construida socialmente entre hombres y mujeres; y c) la interculturalidad, en un sentido amplio, contacto e intercambio entre culturas en igualdad de condiciones.

Por lo tanto, el objetivo del presente trabajo es describir la problemática que enfrentan los habitantes de las zonas de difícil acceso que, por su ubicación geográfica y condiciones socioeconómicas, no cuentan con los medios tecnológicos necesarios para participar en las audiencias virtuales. Es fundamental, que el Gobierno central atienda a prontitud esta situación en beneficio de la población mencionada, especialmente, el acceso a internet de los justiciables.

1.1. Aspectos generales

Para comprender mejor el tema del estudio, se analizaron diversos métodos y principios sobre el acceso a la justicia como derecho esencial dentro de un sistema democrático. Asimismo, se consideraron algunos conceptos necesarios sobre los mecanismos tomados por los administradores de justicia, a fin de llevarse a cabo las audiencias virtuales en el marco de la COVID-19.

1.2. La brecha digital en el Perú

La brecha digital actualmente genera un nuevo esquema de desigualdad entre las personas, hogares, empresas y áreas geográficas que tienen acceso a las tecnologías de la información y la comunicación, y las que no. Quienes ostentan el gobierno electrónico, tienen en sus manos una herramienta poderosa para cerrar la brecha, por ejemplo, garantizando el acceso de banda ancha.

En América Latina, la cuarentena dispuesta a consecuencia de la pandemia COVID-19 y el incremento de la necesidad de utilizar los servicios de internet, han agudizado una problemática de urgente solución: una brecha digital que debe minimizarse, con el fin de asegurar que los servicios básicos (salud, educación, trabajo, entre otros) se brinden de forma remota y eficaz.

Según la Serie Informes de Adjuntía n.º 005-2021-DP/AMASPPI, presentado por la Defensoría del Pueblo (DP), a nivel nacional, a partir de 2019, el 57,1 % de la población mayor de 6 años utilizaba el internet. Por otro lado, el 66,37 % de la población urbana podía acceder a dicho servicio, mientras que solo el 22,57 % de la población rural podía utilizarlo. En términos de tecnología, el 22 % usaba la capacidad de conexión 2G; el 41 %, 3G; y el 37 %, 4G.

1.3. Escasa cobertura y acceso a internet

De acuerdo con las regulaciones nacionales, el acceso a los servicios de internet se define como la entrega de un enlace para conectarse a los servicios de intercambio de paquetes de datos y mensajería interpersonal (correo electrónico) a través de una computadora, celular u otro dispositivo tecnológico; además, permite a los usuarios acceder a contenido, información, aplicaciones u otros servicios.

Para determinar la cobertura de los servicios mencionados, la Defensoría del Pueblo solicitó al Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC) y Osiptel que proporcionen información con respecto a la cobertura de Internet. Con estos datos, la DP elaboró un mapa interactivo disponible para inspección pública (ver Tabla 1).

Tabla 1*Cobertura del servicio de internet en los centros poblados del Perú, al III trimestre 2019*

Región	Centro poblado	Internet Fijo		Internet móvil	
		CCPP	%	CCPP	%
Amazonas	3236	12	0,37%	1596	49,32%
Áncash	7914	257	3,25%	4245	53,64%
Apurímac	4181	307	7,34%	1551	37,10%
Arequipa	5354	237	4,43	1617	30,20%
Ayacucho	7778	378	4,86	2582	33,20%
Cajamarca	6458	251	3,89	3990	61,78%
Callao	7	7	100,00%	7	100,00%
Cusco	9818	224	2,28%	3511	35,76%
Huancavelica	6938	379	5,46%	2483	35,79%
Huánuco	6779	19	0,28%	2994	44,17%
Ica	1528	394	25,79%	1034	67,67%
Junín	4574	280	6,12%	2010	43,94%
La Libertad	3792	244	6,43%	2370	62,50%
Lambayeque	1510	193	12,78%	1060	70,20%
Lima	5410	509	9,41%	2620	48,43%
Loreto	2482	50	2,01%	524	21,11%
Madre de Dios	335	2	0,60%	154	45,97%
Moquegua	1397	10	0,72%	395	28,27%
Pasco	2935	11	0,37%	966	32,91
Piura	2891	441	15,25%	1763	60,98%
Puno	9616	226	2,35%	4170	43,37%
San Martín	2989	20	0,67%	1855	62,06%
Tacna	824	43	5,22%	370	44,90%
Tumbes	204	11	5,39%	137	67,16%
Ucayali	978	8	0,82	263	26,89%
A nivel nacional	99 928	4513	4,52%	44 267	44,30%

Nota. Elaborado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, tomado de la Serie Informes de Adjuntía n.º 005-2021-DP/AMASPPi de la Defensoría del Pueblo.

Se puede observar que, a excepción del Callao, ninguna zona tiene una cobertura del 100 % de los servicios de internet (ya sea fijo o móvil). En particular, solo el 0,28 % de las ciudades y pueblos de Huánuco tienen internet fijo, mientras que Loreto informa que solo el 21,11 % de sus centros densamente poblados cuentan con servicios de internet móvil.

1.4. Tareas pendientes en la expansión de la cobertura de internet y el cierre de brechas digitales

Conforme a las cifras y datos expuestos, se advierte que existe una necesidad urgente de promover la instalación de infraestructuras indispensables para brindar servicios de internet y extender su cobertura, de modo que más población tenga acceso y pueda hacer uso de esta herramienta de conexión digital. De otro lado, en el contexto de la pandemia de COVID-19 y las diversas medidas implementadas —como restricciones en el desplazamiento de las personas y reuniones—, el uso del internet se ha vuelto cada vez más recurrente.

En el ámbito judicial, la conexión a internet es esencial para acceder y participar en las audiencias virtuales programadas por los órganos de justicia, además de realizar seguimiento a los procesos o presentar los recursos correspondientes a través de la plataforma del Poder Judicial. Ello implica que las poblaciones ubicadas en zonas alejadas o personas vulnerables por su condición económica, inmersas en un proceso judicial, deben contar con este servicio para poder intervenir en condiciones de igualdad en los procesos judiciales, los cuales debe garantizar, entre otros, su derecho de defensa y derecho a ser oído.

Actualmente, a nivel mundial, el acceso a internet se considera una herramienta imprescindible en las relaciones comerciales y laborales como consecuencia de la COVID-19. Es necesario para el trabajo a distancia y el teletrabajo que contribuyen al crecimiento de la economía nacional. Además, es una alternativa a la obtención de servicios en el sector salud, como las teleconsultas. Por último, es la puerta para desarrollar actividades sociales, actividades de entretenimiento y establecer contacto con familiares, lo que contribuye al bienestar general de las personas. De ahí que, forzosamente se necesita utilizar la red troncal de fibra óptica nacional existente en el país y concretar los proyectos regionales de la banda ancha.

1.5. Enfoques para abordar el acceso a la justicia

La desigualdad en el acceso a la justicia puede manifestarse de diversas formas, dependiendo de las condiciones sociales, culturales y económicas de la sociedad. Por tanto, ante la cuestión de acceso a la justicia en zonas donde no se cuentan con los medios tecnológicos indispensables en la coyuntura actual (pandemia por coronavirus), se consideran tres métodos señalados por Walsh (2009):

- ▶ el primero se relaciona a una visión de los derechos humanos, fundamentado en el discurso global de los mismos —como dignidad, libertad, igualdad entre los habitantes de una sociedad, además de garantías y obligaciones de todo gobierno;
- ▶ el segundo corresponde a una mirada de género, para comprender las relaciones entre hombres y mujeres construidas por la sociedad; y
- ▶ por último, una mirada intercultural que, en un sentido amplio, se refiere al contacto e intercambio entre culturas en circunstancias de igualdad.

1.6. El acceso a la justicia

El primer elemento que se debe considerar en el acceso de la población a la justicia como un derecho colectivo es la existencia de trabas económicas, porque no todos los habitantes de una comunidad tienen los recursos para defenderse, y esto se puede advertir en el tratamiento desigual de los casos, justamente por la carencia o falta del acceso al internet. El segundo factor está relacionado con las barreras culturales y de género que inciden en la desigualdad e inequidad, precisamente, por el desconocimiento de derechos. Es decir, que convierte el paso inicial del acceso a la justicia en un representante legal efectivo en el conflicto de garantizar condiciones de igualdad.

En el enfoque de derechos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) define el acceso a la justicia como: «una respuesta judicial efectiva... Incluye la obligación de brindar una justicia sencilla, rápida, adecuada y justa, para investigar sancionar y reprimir estos actos, y prevenir de esta manera la impunidad» (Wilson, 2017). En resumen, una población tiene acceso a la justicia si puede alcanzar y utilizar los servicios jurídicos nacionales sin distinción, para compensar las pérdidas ocasionadas y la posibilidad de reclamar sus derechos.

1.7. Principios que sustentan el difícil acceso a la justicia

Los principios que sustentan el difícil acceso a la justicia son desigualdad e inequidad. El primero demanda el mismo reconocimiento digno para todos, y el segundo, que cada ciudadano reciba lo que le corresponde.

1.8. Medidas dictadas por el Gobierno peruano ante la pandemia

Mediante Decreto Supremo n. ° 044-2020-PCM, prorrogado por los Decretos Supremos n.os 051-2020-PCM y 064-2020-PCM, el Gobierno central implementó el trabajo remoto obligatorio en todas las entidades públicas y privadas del Perú, con la finalidad de salvaguardar la salud de los trabajadores ante el desarrollo de la pandemia por coronavirus.

1.9. Medidas implementadas por el Poder Judicial en la pandemia

A través de la Resolución Administrativa (R. A.) n. ° 000173-2020-CE-PJ, del 25 de junio del 2020, el Consejo Ejecutivo del PJ aprobó el «Protocolo Temporal para Audiencias Judiciales Virtuales durante el Período de Emergencia Sanitaria». Asimismo, el 29 de enero del 2021, con la R. A. n. ° 000025-2021-CE-PJ, se reiteró a los órganos de administración de justicia que todas las audiencias deben ser virtuales y que se tiene que aplicar la normativa impartida para tal efecto. Cuando no se cuente con las condiciones tecnológicas o de conectividad indispensable y ante casos de urgencia y emergencia, excepcionalmente, podrá realizarse de modo presencial, debiéndose dotar a cada magistrado y servidor de las medidas de bioseguridad necesarias, además de garantizar su traslado. Por último, mediante la R. A. n. ° 000102-2021-CE-PJ, del 3 de abril del 2021, se prorroga la vigencia del protocolo «Medidas de reactivación de los órganos jurisdiccionales y administrativos del Poder Judicial, posterior al levantamiento del aislamiento social obligatorio», y se señalan las mismas precisiones antes mencionadas de la R. A. n. ° 000025-2021-CE-PJ.

1.10. Problemas de acceso a las audiencias virtuales por la ubicación geográfica de la población

La mayoría de los habitantes de las zonas de difícil acceso por su ubicación geográfica no cuentan con los medios tecnológicos, como el internet o teléfonos celulares de alta gama que faciliten su participación en las audiencias virtuales programadas. Esto, debido a que las empresas que brindan el servicio de internet no invierten en estos lugares, y porque los pobladores tampoco cuentan con los recursos económicos para pagar dicho servicio.

Por lo tanto, se viene afectando a los justiciables de estas zonas, ya que, por encontrarse en una ubicación geográfica de difícil accesibilidad, no tienen acceso al internet; servicio que en la nueva realidad tras la COVID-19

es indispensable, a fin de que puedan enlazarse a las audiencias virtuales y alcanzar una justicia que garantice sus derechos.

2. Materiales y métodos

Según lo alcanzado, el presente estudio es del tipo aplicada, pues se tiene como objetivo solucionar ciertos conflictos y aportar nuevos conocimientos sobre el tema tratado.

El diseño es correlacional, ya que se entablaron relaciones entre las variables; no experimental, porque en ningún momento se manipularon las variables, sino que fueron observadas y estudiadas en su estado natural, para luego analizarlas; y es transversal, porque el instrumento se aplicó a la muestra de investigación una sola vez, a fin de recoger los datos relevantes para el estudio y determinar la relación de ambas variables.

Los materiales que se utilizaron para la investigación fueron diversas impresiones de documentos consultados, además del servicio de celular y servicio de internet.

3. Resultados

Luego del análisis de la problemática, los resultados que se han obtenido de la investigación han radicado, esencialmente, en que, pese a los denodados esfuerzos por los operadores de justicia, no todas las personas que han acudido a los órganos jurisdiccionales en esta época de la COVID-19 han podido ver satisfechas sus pretensiones en forma oportuna; por cuanto, o han radicado en zonas de difícil acceso, y en el cual el servicio de internet es deficiente o pertenecen a un grupo poblacional, que debido a los escasos recursos económicos, no cuentan con equipos de alta gama. Dichos factores no le han permitido a este grupo de personas enlazarse a las audiencias virtuales, conllevando a una reprogramación de las mismas, lo que ha generado un descontento en los usuarios del sistema de justicia.

4. Discusión

En la época de la pandemia de COVID 19, la población que busca justicia y los administradores de justicia se han adaptado a los cambios surgidos en las audiencias virtuales; por ello, surgieron brechas digitales en las poblaciones de difícil acceso y grupo poblacional de escasos recursos económicos. En ese sentido, con el estudio realizado en la presente investigación se ha comprobado que tenemos falencias en cuanto a los servicios tecnológicos brindados a fin de poder entablar o interactuar con los participantes en las audiencias con los grupos poblacionales antes mencionados, haciéndose

necesario que, todos los que forman parte de los órganos jurisdiccionales sumen esfuerzos con el propósito de que se pueda llegar a una justicia sin discriminación y, si es posible, se realizará un trabajo coordinado con las diversas instituciones para este objetivo.

5. Conclusiones

- ▶ Debido a la pandemia de la COVID-19, los administradores de justicia y justiciables han tenido que adecuarse a los cambios implementados, a fin de salvaguardar su salud. Siendo uno de ellos las audiencias virtuales que se vienen realizando de manera normal en las áreas que tienen acceso al internet.
- ▶ En las zonas de difícil acceso geográfico, se viene afectando a los justiciables, pues se obstaculiza su derecho de defensa: donde habitan no hay cobertura de internet —aunado a ello, la pobreza de la población— y no pueden conectarse a las salas virtuales de los órganos de administración de justicia. Entonces, a esta población se le da la alternativa de asistir de manera presencial a las audiencias, lo cual implica la generación de diversos gastos económicos, además de poner en riesgo su salud.
- ▶ Las operadoras que brindan el servicio de internet y telefonía no han extendido su cobertura hacia las zonas de difícil acceso, debido a que su población es reducida y, además, no poseen los recursos económicos para solventar las tarifas correspondientes. Por ello, el Gobierno debe atender a esta problemática, facilitándole a esta población el acceso a dichos servicios, así los justiciables podrán conectarse a las audiencias virtuales que se seguirán realizando por un tiempo más —indefinido aún.

Referencias

Correa, W. (2017). El acceso a la justicia de la población campesino-indígena: Un estudio en el Consultorio Jurídico gratuito de la Universidad Católica de Cuenca, extensión Cañar. *Revista Killkana Sociales*. 1(1), 23-30.

Decreto Supremo n.º 044-2020-PCM. Decreto Supremo que declara Estado de Emergencia Nacional por las graves circunstancias que afectan la vida de la Nación a consecuencia del brote del COVID-19. (2020, 15 de marzo). Normas Legales del diario oficial *El Peruano*.

Decreto Supremo n.o 051-2020-PCM. Prórroga del Estado de Emergencia Nacional declarado mediante Decreto Supremo N° 044-2020-PCM. (2020, 27 de marzo). Normas Legales del diario oficial *El Peruano*.

Decreto Supremo n.º 064-2020-PCM. Decreto Supremo que prorroga el Estado de Emergencia Nacional por las graves circunstancias que afectan la vida de la nación a consecuencia del COVID-19 y dicta otras medidas. (2020, 9 de abril). Normas Legales del diario oficial *El Peruano*.

Defensoría del Pueblo (2021). *Serie de Informes de Adjuntía n.º 005-2021-DP/AMASPPI: Acceso sostenible al internet y a las tecnologías: Experiencia y tareas pendientes en el sector Educación en el estado de emergencia nacional*. <https://bit.ly/2YspBcN>

Resolución Administrativa n.º 000025-2021-CE-PJ de 2021 [Poder Judicial]. Por la cual se prorrogan vigencia del Protocolo denominado «Medidas de reactivación de los órganos jurisdiccionales y administrativos del Poder Judicial, posterior al levantamiento del aislamiento social obligatorio establecido por el Decreto Supremo N° 044-2020-PCM, y prorrogado por los Decretos Supremos Nros. 051 y 064-2020-PCM» y dictan diversas disposiciones. 29 de enero de 2021.

Resolución Administrativa n.º 000102-2021-CE-PJ de 2021 [Poder Judicial]. Por la cual se prorrogan vigencia del Protocolo denominado «Medidas de reactivación de los órganos jurisdiccionales y administrativos del Poder Judicial, posterior al levantamiento del aislamiento social obligatorio establecido por el Decreto Supremo N° 044-2020-PCM, y prorrogado por los Decretos Supremos Nros. 051 y 064-2020-PCM» y dictan diversas disposiciones. 3 de abril de 2021. <https://bit.ly/38Lrwva>

Resolución Administrativa n.º 000173-2020-CE-PJ de 2020 [Poder Judicial].
Por la cual se aprueba el protocolo para audiencias judiciales virtuales
durante el periodo de emergencia sanitaria. 3 de abril de 2021.

Walsh, C. (2009). *Interculturalidad, estado, sociedad*. UASB/Abya-Yala.



RETOS de la
magistratura
en temas de
DERECHO PENAL



ACADEMIA DE
LA MAGISTRATURA

REVISTA DE INVESTIGACIÓN DE LA ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA

Vol. 3, n.º 5, julio-diciembre, 2021
Publicación semestral. Lima, Perú.
ISSN: 2707-4056 (en línea)
DOI: 10.58581/rev.amag.2021.v3n5.02



Incidencia de los pronunciamientos de archivo a nivel preliminar en las investigaciones por agresiones contra las mujeres e integrantes del grupo familiar en el Distrito Fiscal de Ica durante 2019

**Incidence of preliminary file pronouncements in
investigations of attacks against women and members of the
family group in the Fiscal District of Ica during 2019**

José Alejandro Meléndez Curasi*

Distrito Fiscal de Ica
(Ica, Perú)

jmelendezcdj@mpfn.gob.pe
<https://orcid.org/0000-0001-7417-9742>

Resumen: La violencia contra la mujer es un problema latente que compromete a toda la sociedad, por lo que el contenido de esta investigación está encaminado a identificar la incidencia de los pronunciamientos de archivos en etapa preliminar en el tipo penal contenido en el artículo 122-B del Código Penal, tomando como muestra las denuncias recibidas en el distrito fiscal de Ica, Sede Nasca, periodo 2019. Para ello, se analizó la información recabada del Área de Gestión de Indicadores del Ministerio

* Fiscal Provincial Titular del Distrito Fiscal de Ica

Público, y se aplicó una breve encuesta a los especialistas. Se utilizó el método descriptivo y explicativo. Además, se logró determinar el porcentaje de las denuncias que son archivadas en sede fiscal, con relación a la proporción de casos que culminan en condena. Los resultados obtenidos del estudio reflejan diferencias enmarcadas, que resultan preocupantes por la gravedad que representa el delito materia de estudio, dado que más de un 90 % de las denuncias incoadas son archivadas en la primera etapa del proceso. Contrariamente, solo una mínima proporción culmina con pronunciamiento judicial mediante sentencia, la misma que puede ser condenatoria o absolutoria. Esta información servirá como base para que partan nuevas investigaciones tendientes a determinar, entre otros puntos, los factores del por qué no trascienden a nivel judicial este tipo de denuncias al ser archivadas en la primera etapa del proceso y, en el caso opuesto, si el agravamiento de este tipo penal que se ha formulado por los legisladores en estos últimos años, ha tenido efecto cualitativo o cuantitativo en el índice de condenas emitidas. No obstante, se podrá reajustar las políticas públicas tanto en su contenido procedimental como el sustancial destinados a luchar en forma efectiva contra este flagelo.

Palabras clave: *violencia de género, fenómeno social, victimización*

Abstract: Violence against women is a latent problem that involves the entire society, so the content of this research is aimed at identifying the incidence of pronouncements files in the preliminary stage in the criminal offense contained in article 122-B of the peruan penal code Taking as a sample the complaints received in the Fiscal District of Ica, Sede Nasca, period 2019. For this, the information collected from the Indicators Management Area of the Public Ministry was analyzed, in addition a brief survey was applied to the specialists, using the descriptive and explanatory method, managing to determine the percentage of complaints that are filed in the tax office, in relation to the proportion of cases that culminate in conviction. The results obtained from the study reflect marked differences, which are worrying due to the seriousness of the crime under study, given that more than 90 % of the complaints filed are filed in the first stage of the process. On the contrary, only a minimal proportion culminates in a judicial pronouncement by means of a sentence, which can be conviction or acquittal. This information will serve as the basis for new investigations to be started to determine, among other points, the factors why these types of complaints do not transcend at the judicial level when they are filed in the first stage of the process and in the opposite case, if the aggravation of This type of crime, which has been formulated by legislators in recent years, has had a qualitative or quantitative effect on the rate of convictions issued. However, public policies may be

readjusted both in their procedural and substantive content aimed at effectively fighting this scourge.

Key words: gender violence, social phenomenon, victimization

RECIBIDO: 30/11/2021

REVISADO: 20/12/2021

APROBADO: 27/12/2021

FINANCIAMIENTO: Autofinanciado

1. Introducción

La violencia de género y dentro del núcleo familiar, como fenómeno social prevaeciente, ha dado lugar a discusiones polivalentes en cuanto a su tratamiento se refiere. Las medidas para combatirla o erradicarla han variado, sin obtener el éxito deseado. En un principio, el presente artículo esboza algunas de las tipologías que la legislación peruana reconoce como propias de la violencia de género en función de los factores que le propician. Seguidamente, se discuten algunas de las más recientes modificaciones legislativas orientadas a esta materia, debatiendo sus efectos en la sociedad peruana, para dirigir la atención a la materia de los pronunciamientos de archivo como momento clave del proceso penal. Y es que el pronunciamiento de archivo, como etapa definitoria de la continuación o no de un proceso, determina una serie de condiciones bajo las cuales el Estado se encuentra en mayor o menor facultad para proceder legalmente ante un delito.

Ante esta problemática, se recurre a la búsqueda documental y un ejercicio de diálogo con personal relacionado al ámbito del Derecho (jueces, fiscales, abogados y docentes universitarios) a través de encuestas de opinión, con el fin de recoger sus impresiones sobre el tópico vinculante al objeto de estudio.

A la postre, se presentan algunas conclusiones generales que pretenden contribuir a la mejora de la construcción del sistema fiscal en lo que a la incidencia de archivos se refiere.

2. Violencia de género como fenómeno social: rasgos definitorios

En primer lugar, se revisará las diferentes definiciones sobre el término 'violencia'. El Diccionario de la lengua española propone lo siguiente:

El término violencia expresa múltiples y variadas situaciones, por lo que es abordado de diversas ópticas, pero con un mismo común denominador, sus típicas características de conductas violentas. Las particularidades de una conducta para ser connotada como violencia son: necesidad de un contexto social interpersonal e intergrupar, intencionalidad y daño como consecuencia del acto agresivo. (Real Academia Española - RAE, 2020)

Según Molas (2020), la violencia de género es un fenómeno social grave que ocurre desde tiempos históricos, dado la cultura machista que se vive en nuestro entorno. Sin embargo, en la actualidad, ya se ha sentado sobre las bases de la sociedad, expresándose como una gran preocupación de índole psicosocial y jurídica. Compromete en grandes aristas a la mujer, siendo así que afecta a un gran número de familias de nuestra nación.

Pretell (2016) señala que después de la violencia y la agresión llega la «reconciliación», el «agresor(a)» pedirá perdón, suplicando hasta convencer, «le dirá que le ama verdaderamente», entre otras frases. Es esta conducta "cariñosa" la que completa la victimización (p. 40). Dentro de las causas que generan los actos de violencia, podemos señalar:

- a) Factor económico: una de las causantes más comunes es el desempleo o el subempleo masculino.
- b) Factores culturales: estos factores también son índices altos de violencia, entre ellos, el matrimonio precoz y el matrimonio forzado (Del Águila, 2017).

Adicionalmente, la Ley n.º 30364 y su reglamento nos precisan cuatro tipos determinados de violencia, los cuales son:

- a) Violencia física: definida como la acción u omisión que genere cualquier lesión infligida que no sea accidental y que provoque un daño físico o una enfermedad (Bardales, 2006).
- b) Violencia psicológica: Bardales (2006) afirma que se expresa en insultos constantes, engaños, indiferencia, abandono, manipulación, limitación de acción y humillación constante.
- c) Violencia sexual: según Del Águila (2017), se refiere a «todo acto sexual, tentativa de consumar un acto sexual, comentarios o insinuaciones sexuales no deseados, o acciones para comercializar o utilizar de cualquier otro modo la sexualidad de una persona mediante coacción por otra persona».
- d) Violencia económica o patrimonial: «es la acción u omisión que tiene como propósito ocasionar un menoscabo en los recursos económicos o patrimoniales de cualquier persona (Del Águila, 2017).

Dada la gravedad que representa la comisión del delito materia de análisis, resulta necesario conocer si el espíritu de las normas emanadas con relación al mismo ha tenido efectos positivos en nuestro medio. Es decir, si las sanciones conminadas y la agravación de las penas expuestas por reformas constantes han contribuido a los lineamientos políticos preventivos esperados.

Destacamos la Reforma implementada mediante la Ley n.º 30819, emitida el 13 de julio del 2018, que en su artículo 1 se diversifica conceptos sobre la agravante especial, que se configura cuando la parte víctima tiene una edad menor a los catorce años, o cuando el autor es el agente tutor o responsable del cuidado.

Por otro lado, el Artículo 122-B del Código Penal y modificatorias conlleva a agravar las penas en hechos que anteriormente se consideraban faltas contra la persona. Además, se incorpora la violencia psicológica como una forma de modalidad delictiva.

El Reglamento de la Ley n.º 30364 es considerado como la acción u omisión que se realiza en el contexto de violencia de género, entendida como la manifestación de discriminación que inhibe gravemente la capacidad de las mujeres. Del mismo modo, se consideran víctimas los niños que hayan estado presentes en el momento de comisión del hecho delictivo (art. 4).

El Derecho Penal debe intervenir en los actos que atenten gravemente contra bienes jurídicos protegidos. Al decir de Mir (2004), «cuando se demuestre que una determinada reacción penal es inútil para cumplir con su objetivo protector, deberá desaparecer, aunque sea para dejar lugar a otra reacción penal más leve».

El Principio de Intervención Mínima tiene las siguientes características:

- ▶ Fragmentario: el Derecho Penal está destinado a intervenir en casos graves que permitan la consecución de la convivencia social (Villegas, 2009).
- ▶ Subsidiario: la intervención penal actúa solo cuando la labor de otras instituciones se ha agotado y el conflicto no ha sido solucionado.

3. Una mirada internacional a la violencia a la mujer y los pronunciamientos de archivo

De inicio, vale la pena retomar la propuesta del académico mexicano Ricardo Sánchez Puentes (1993), quien, en su artículo «Didáctica de la problematización en el campo de las ciencias sociales», sostiene que «los problemas no se abordan solos, aislados ni desarticulados. ... [Mas bien] propone un campo problemático conformado por una agrupación de problemas afines» (p. 15).

La violencia de género, principalmente, las agresiones continuas contra la mujer, resulta un tema que se suscita con frecuencia en todos los estratos sociales. Este mal accionar se manifiesta en gran proporción a consecuencia de prejuicios de discriminación contra la mujer, que representan un problema generalizado en nuestro medio.

Este escenario ha conllevado a que organismos internacionales como el Comité Internacional de los Derechos Humanos y el Consejo Europeo de Derechos Humanos se pronuncien al respecto. Promoviendo, en un entorno universal, la aplicación de políticas de urgencia destinadas a la erradicación de este flagelo como se verifica de la Declaración Sobre la Eliminación Contra la Violencia Contra la Mujer (Naciones Unidas, 1993) y el Convenio de Estambul (Council of Europe Treaty, 2011).

El Estado peruano a través del Poder legislativo, no ha sido ajeno a las recomendaciones contenidas en instrumentos internacionales, materializando su política con la promulgación y agravación de los tipos penales destinados a prevenir y erradicar la incidencia de este delito, mediante el planteamiento de reformas a los tipos penales ya preestablecidos en nuestra norma sustantiva. A través del poder legislativo, se ha promovido una serie de modificaciones en el Código Penal, a efecto de brindar protección a la familia. Debemos mencionar la reincorporación del artículo 122-B, mediante la promulgación del Decreto Legislativo n.º 1323, norma encaminada a fortalecer la lucha contra la erradicación del feminicidio, violencia familiar y violencia de género.

Como se contrasta del tenor, el artículo 1 de la Ley n.º 30819, publicada el 13 julio del 2018, y de la prohibición impuesta a los magistrados de aplicar condenas suspendidas ante consumación de este tipo de delitos, prevista en la Ley n.º 30710 (29 de diciembre de 2017), que modifica el artículo 57 del Código Penal peruano. Asimismo, mencionamos la figura del pronunciamiento de archivo como facultad otorgada a los fiscales en cuanto a la clasificación de las denuncias en su carácter de delitos o no, la cual está dispuesta en el artículo 334 del Código Procesal Penal:

Si el fiscal al calificar la denuncia o después de haber realizado o dispuesto realizar diligencias preliminares, considera que el hecho denunciado no constituye delito, no es justiciable penalmente o se presentan causas de extinción previstas en la ley, declarará que no procede formalizar y continuar con la investigación preparatoria, así como ordenará el archivo de lo actuado. Esta disposición se notifica al denunciante, al agraviado y al denunciado. (Código Procesal Penal Peruano, 2020)

Pero, en esta línea, cabe hacerse una serie de preguntas. ¿Por qué la importancia de los pronunciamientos de archivo en un proceso de investigación a nivel fiscal? ¿De qué manera la excesiva carga de denuncias por violencia familiar repercute en la labor de las fiscalías? ¿En qué sentido el aumento de casos de violencia en el núcleo familiar evidencia que la ley de violencia contra la mujer e integrantes del grupo familiar ha generado los resultados deseados? Aclaremos algunos aspectos básicos.

El Diccionario de Terminología Archivística elaborado en 1993 por la Dirección de Archivos Estatales Españoles define el concepto «archivo» como

«un documento (que) es el testimonio material de un hecho o acto realizado en el ejercicio de sus funciones por personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, de acuerdo con unas características de tipo material y formal.» (Ministerio de Cultura, citado en Fuster, 1999, p. 3).

Es importante destacar que, el objetivo general del presente artículo es: comprender la importancia del pronunciamiento de archivo en un proceso de investigación a nivel fiscal, a fin de aumentar la eficiencia del órgano. A su vez: a) valorar la magnitud que la excesiva carga de denuncias ejerce en el desempeño de la labor de las fiscalías; y b) determinar la eficacia de la Ley n.º 30364 respecto a la formación y convivencia en el núcleo familiar.

Asumimos que lo anterior, permitirá contribuir a la reconducción de políticas públicas de las instituciones en su conjunto, a efecto de que se dispongan medidas eficaces que conlleven a la protección de la familia, que se ve afectada por sucesos de violencia.

4. Algunos aspectos estadísticos

Del análisis de los datos recabados, se verifica el nivel de ejercicio del órgano fiscal y judicial como parte integradora de las políticas públicas en los procedimientos penales, al conocer investigaciones por comisión del ilícito de agresiones contra las mujeres e integrantes del grupo familiar, mediante el planteamiento de las siguientes interrogantes: ¿qué proporción de las denuncias que ingresan al Ministerio Público conllevan a un pronunciamiento judicial?

Ante esta interrogante fue necesario recurrir a fuentes documentales de primer orden provistas por la Junta de Fiscales del Distrito fiscal de Ica, que desglosan los indicadores de comisión de delitos cometidos contra mujeres e integrantes del grupo familiar, previstos en el artículo 122-B del código Penal, a partir de los cuales es posible deducir la siguiente información:

- ▶ Es mínimo el porcentaje de las denuncias que culminan con pronunciamiento judicial condenatorio por la comisión del ilícito.
- ▶ Gran porcentaje de las denuncias culminan en pronunciamiento judicial.
- ▶ En el caso del distrito fiscal de Ica, existe una relación directa entre el número total de denuncias ingresadas y el porcentaje de denuncias resueltas.

En cuanto a la conformación de un estado del arte sobre el objeto de estudio, la revisión de fuentes de información se ha llevado a cabo en distintos momentos. Si bien las condiciones actuales de confinamiento dificultan el acceso directo a fuentes físicas de información, el acceso a fuentes digitales

y bases de datos informáticas permite explorar de forma sistemática publicaciones, revistas y artículos jurídicos de nuestro país y el extranjero a través de diversos portales web.

Al respecto, se inició la búsqueda mediante la categoría «pronunciamiento de archivo» en el portal Redalyc, arrojando como resultado único el documento «Facticidad y acción de tutela: presentación preliminar de un estudio empírico de la formulación y efectos de la acción de tutela en el marco colombiano, entre los años 1992-2011» (Fuentes, Suárez y Rincón, 2014), cuya sinopsis consideramos innecesaria incluir por considerar al artículo alejado del objeto de estudio propuesto. Sin embargo, al realizarse una nueva búsqueda en esta misma base de datos, con la frase «violencia contra mujeres», el abanico de resultados se amplió a mil seiscientos ochenta y cinco documentos. Seguidamente, para acotar esta búsqueda, se agregó el término «Perú», pero no se obtuvieron resultados, ningún artículo se relacionaba a las palabras clave.

De tal forma, consideramos que el tratamiento brindado al tema merece una perspectiva particular que es justificable desde la experiencia y el acervo disponibles en el distrito fiscal de Ica, y que puede contribuir a otorgar una perspectiva distinta sobre dicho fenómeno, al no haberse verificado un trabajo similar que analice el tema planteado de manera cuantitativa. Consideramos que ello se da en mérito al ser, de alguna manera, un tipo penal nuevo, introducido a nuestra legislación mediante el art. 2 del Decreto Legislativo N.º 1323 del 6 de enero del 2017.

Resulta importante tener presentes las conclusiones de la exposición de los motivos de la norma acotada, que considera: fortalecer la lucha contra el feminicidio, la violencia familiar y la violencia de género. En el 2017, la Organización Mundial de la Salud (OMS), difundió que el 35 % de las mujeres ha sido víctima de violencia física o sexual durante su vida, lo que abarca casi la tercera parte de la población femenina; resultando, además, un 30 % por la afectación promovida de parte de sus parejas. Lo último responde a factores distintos, como el de haber sido víctima de maltrato en la infancia, aunado a factores como el alcoholismo y privilegios de subordinación contra la mujer desde la crianza, la misma que es heredada en el devenir generacional.

El Estado peruano no escapa de los datos que refleja la OMS, dado que se evidencia, de acuerdo a los medios de comunicación, una fuerte incidencia en gran nivel de este tipo de acciones en forma constante. Habiéndose recibido,

en el año 2018, un total de 222 376 denuncias por violencia familiar. Entre enero y mayo 2019, se registraron 117 493 denuncias por el mismo concepto. (Instituto Nacional de Estadística e Informática, 2019). Sin embargo, no se cuenta a la fecha con información que determine de forma objetiva cuál ha sido el resultado de estas denuncias, es decir, cuál es el efecto que han tenido. Considerando que se cuentan con operadores de Derecho, para proteger y cautelar a las víctimas de este ilícito, se evidencia, según la información recabada, que en la sede Nasca del distrito fiscal de Ica, se han recibido un número significativo de denuncias de agresiones contra la mujer y grupo familiar, en el periodo 2019 (Miñan, D. del Área de gestión de indicadores, comunicación personal, 19 de noviembre de 2020); se identificó lo siguiente:

- ▶ En el anexo C, se registra el número de denuncias ingresadas por Mesa de partes del Ministerio Público, en el año 2019, así como el estado de las mismas al mes de noviembre del 2020. Se aprecia que, de las 637 denuncias registradas en el año 2019, 117 se encuentran en trámite al mes de noviembre del 2020 y 519 han sido resueltas.
- ▶ Del rubro de denuncias resueltas, se verifica que un total de 268 han sido archivadas preliminarmente, es decir, en etapa de calificación; además, 197 de ellas están en etapa de investigación preliminar y solo 29 casos han merecido actuación judicial —2 mediante procedimiento de conclusión anticipada, 9 mediante imposición de sentencia y 18 se encuentran pendientes al estar en espera del acto de juicio oral.
- ▶ La Tabla 1, elaborada con base a datos proporcionados por el Área de Gestión de Indicadores del distrito fiscal de Ica, muestra el porcentaje de denuncias archivadas en la primera etapa del proceso y las que reciben pronunciamiento judicial.

Tabla 1

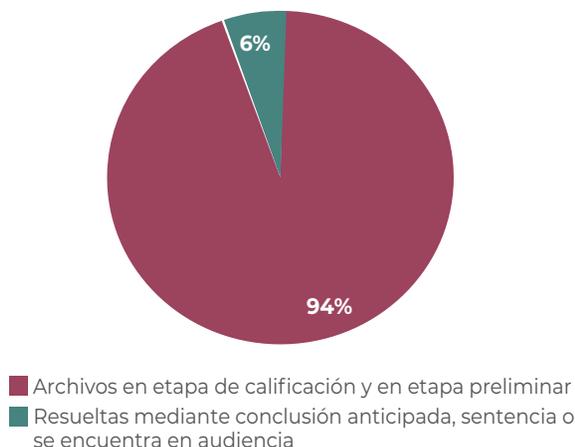
Casos fiscales archivados a nivel de investigación preliminar y resuelto en vía jurisdiccional del 01/01/2019 al 31/12/2019, en la Sede Nasca del distrito fiscal de Ica

Archivos en etapa de calificación y en etapa preliminar	Resueltas mediante conclusión anticipada, sentencia o se encuentran en audiencia	Total
465	29	494
94,12 %	5,87 %	100 %

Nota. Tomado del Área de Gestión de Indicadores del distrito fiscal de Ica.

Figura 1

Casos fiscales archivados a nivel de investigación preliminar y resuelto en vía jurisdiccional del 01/01/2019 al 31/12/2019, en la Sede Nasca del distrito fiscal de Ica



Llama la atención que al 2019 se siga utilizando el principio de oportunidad como salida alternativa del proceso, pese a la prohibición expresa de aplicar penas suspendidas ante la concurrencia de este tipo de delitos. Por otro lado, resulta significativo el número de denuncias archivadas en sede fiscal, con relación a las que culminan mediante pronunciamiento judicial, lo que se resume en el siguiente consolidado con relación a los casos resueltos.

5. Estrategias metodológicas

Carlos Sabino define a la investigación descriptiva como aquella «que tiene como objetivo describir algunas características fundamentales de conjuntos homogéneos de fenómenos, utiliza criterios sistemáticos que permiten establecer la estructura o el comportamiento de los fenómenos en estudio, proporcionando información sistemática y comparable con la de otras fuentes» (Sabino, citado en Guevara, Verdesoto y Castro, 2018). Si bien en un principio la recolección de documentos e información se realizó orientada a una investigación descriptiva, relacionar distintos conceptos para encontrar vértices de unión dio lugar a la reorientación del estudio hacia una investigación correlacional.

Los estudios correlacionales tienen como finalidad «conocer la relación o grado de asociación que exista entre dos o más conceptos, categorías o variables en una muestra o contexto en particular» (Hernández, 2014, p. 93).

El presente estudio considera el fenómeno estudiado (violencia de género), sus componentes (sociales, económicos, culturales) y las relaciones que conlleva en el ámbito de los pronunciamientos de archivo.

Para los efectos, no bastó con recolectar información documental a través de la solicitud a instancias superiores y realizar el correspondiente análisis, sino que, además, fue necesario establecer diálogos con personal relacionado al ámbito del Derecho (jueces, fiscales, abogados y docentes universitarios) a través de encuestas de opinión, con el fin de recoger sus impresiones sobre algunos tópicos vinculados con el objeto de estudio del presente escrito.

Del análisis de los datos obtenidos, se puede afirmar que más del 90 % de denuncias que ingresaron por Mesa de partes del Ministerio Público fueron archivadas en etapa preliminar. De este subgrupo, una gran cantidad se mantienen en etapa de calificación —es decir, fueron archivadas apenas ingresaron, sin haberse realizado algún acto de investigación a nivel de despacho—; y pocas fueron sometidas a pronunciamiento judicial mediante sentencia, la que puede o no ser condenatoria.

Ante ello, surge la necesidad de reajustar las políticas públicas respecto a la regulación de la ley penal, a efecto de que cumplan con los fines propuestos, la erradicación y prevención.

Por esta razón, además de verificar los ajustes en la rama penal, se deben realizar acciones preventivas multisectoriales dentro del mismo seno familiar, dado que asumir la responsabilidad de someter a un miembro de la familia a un proceso penal, resulta a todas luces impactante para el denunciante y los demás miembros del entorno, sobre todo, cuando el denunciado resulta ser el sustento económico de la familia, quien muchas veces es obligado a sustraerse del cobijo del hogar, a consecuencia de la imposición de medidas de protección que amerita en este tipo de delitos.

Un factor que podría incidir en la variación de los resultados expuestos, se da en la necesidad de dotar a los operadores de derecho de personal no solo formado en leyes, si no a la vez contar con profesionales en psicología y servicio social que ofrezcan un servicio de calidad, con disponibilidad de recursos logísticos suficientes para realizar un seguimiento oportuno y personalizado de las denuncias, desde su recepción en comisarías hasta la culminación del procedimiento. El trabajo interdisciplinar, como recurso ligado a la resolución de problemas, es un principio que prevalece bajo esta perspectiva. No obstante, dicho enfoque debe compartirse con todos los miembros del colegiado.

Este apoyo profesional no solo debe estar al alcance de la parte agraviada, sino también en mayor expresión extenderse al mismo agresor. Ello, en razón al principio de prevención, cuya responsabilidad recae en el estado, dado que se evidencia que la agravación de la conducta, como al prohibirse la aplicación de penas suspendidas, expuesta en la Ley n.º 30710 no ha tenido el efecto deseado, es decir, no se ha erradicado la concurrencia del tipo penal.

De la experiencia diaria, se aprecia que, en una gran cantidad de casos, la parte denunciante no acude a las citaciones que emana la Policía Nacional, a efecto de ratificar y aportar medios de prueba que permitan corroborar los hechos, debido a factores que deben ser materia de investigaciones complementarias, pues resulta fundamental que se establezcan para concebir conceptos claros y se dé paso a la realización de cambios estratégicos que conlleven a erradicar o disminuir la violencia contra la mujer. Este es otro aspecto a considerar a efectos de una propuesta de modificación en cuanto a la incidencia de los pronunciamientos de archivo.

Población

La población participante estuvo conformada por 25 jueces penales, 35 fiscales, 1400 abogados y 150 docentes de la Universidad Nacional San Luis Gonzaga y la Universidad Alas Peruanas, circunscritas a la provincia de Ica.

Muestra

Remplazando para cada sector, tenemos:

Jueces:

$$n = \frac{(1,96)^2 (0,5)(0,5)(25)}{(0,05)^2(25 - 1) + (1,96)^2(0,5)(0,5)}$$

$$n = 24$$

Fiscales:

$$n = \frac{(1,96)^2 (0,5)(0,5)(35)}{(0,05)^2 (35 - 1) + (1,96)^2 (0,5)(0,5)}$$

$$n = 33$$

Abogados:

$$n = \frac{(1,96)^2 (0,5)(0,5)(1400)}{(0,05)^2(1400 - 1) + (1,96)^2(0,5)(0,5)}$$

$$n = 302$$

Docentes universitarios:

$$n = \frac{(1,96)^2 (0,5)(0,5)(150)}{(0,05)^2(150 - 1) + (1,96)^2(0,5)(0,5)}$$

$$n = 109$$

- Jueces	: 24
- Fiscales	: 33
- Abogados	: 302
- Docentes universitarios	: 109
Total	: 468

Presentación, interpretación y discusión de resultados

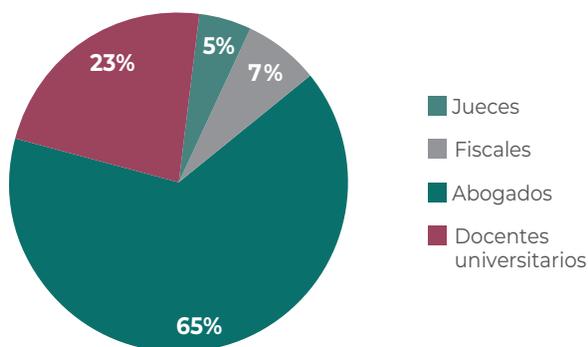
Tabla 2

Características de la muestra

Encuestados	f	%
jueces	24	5%
fiscales	33	7%
abogados	302	65%
docentes universitarios	109	23%
Total	468	100%

Figura 2

Características de la muestra



En cuanto a la conformación de la muestra, el 65 % estuvo conformado por abogados el 23 %, por docentes universitarios el 7 %, por fiscales; y el 5 % restante, por jueces.

Por razones de confidencialidad, omitimos detallar la composición de la población en cuanto a edad y género.

Resultados

Tabla 3

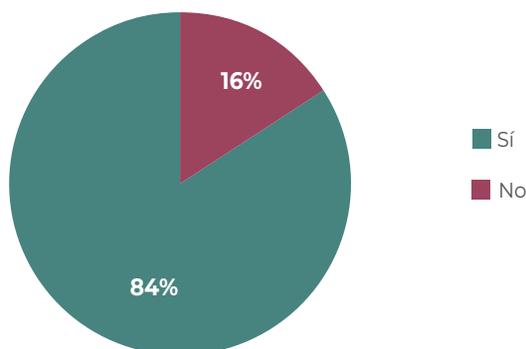
¿Considera usted, que se están elevando más los casos de violencia contra las mujeres o integrantes del grupo familiar?

Alternativas	f	%
Sí	395	84%
No	73	16%
Total	468	100%

Nota. Tomado de la ficha de encuesta.

Figura 3

¿Considera usted, que se están elevando más los casos de violencia contra las mujeres o integrantes del grupo familiar?



La gran mayoría de los participantes considera que no existe una disminución de casos de violencia contra las mujeres o integrantes del grupo familiar efectivizando las penas sancionadoras. Ello, en una proporción de seis contra uno. Es interesante hacer mención de la petición, por parte de los encuestados, de reservar su edad y género para efectos de protección de datos personales. Sin embargo, en una estimación descriptiva, podemos mencionar que los participantes, aunque de grupos de edad heterogéneos, se encuentran en su mayoría, en el rango de 30 a 60 años de edad. La impresión generalizada de que la violencia contra mujeres o integrantes del grupo familiar no ha disminuido permite visualizar que, como lo mencionaba Sánchez Puentes (1993), los problemas resultan de la combinación de elementos multifactoriales (sociales, económicos e ideológicos).

Esta afirmación nos permite vincular el reactivo siguiente, que decanta las impresiones de los participantes en torno a la aplicación de la pena privativa de libertad en los casos de lesiones de mínima lesividad.

Tabla 4

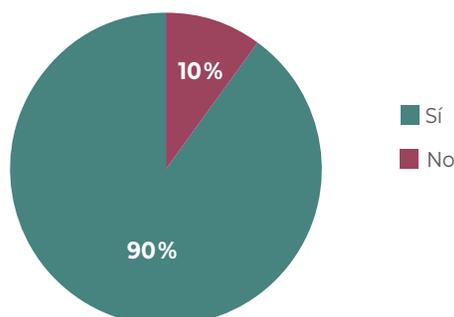
¿Considera que las lesiones de mínima lesividad serían razón suficiente para resolver los casos aplicando sanciones de pena privativa de libertad?

Alternativas	f	%
Sí	419	90%
No	49	10%
Total	468	100%

Nota. Tomado de la ficha de encuesta.

Figura 4

¿Considera que las lesiones de mínima lesividad serían razón suficiente para resolver los casos aplicando sanciones de pena privativa de libertad?



En este caso, 9 de cada 10 encuestados apoyan la hipótesis de que la pena privativa de libertad no es un mecanismo adecuado en el marco de la sanción a lesiones de mínima lesividad. Apoyándonos en la teoría de las representaciones sociales de Denisse Jodelet, podemos argumentar que estas opiniones se basan más en una construcción de sentido común, en una forma de pensamiento social que busca sancionar la acción de manera inmediata (una especie de conductismo social) que en apostar a reorientar su sentido. Cabe destacar lo señalado por Foucault (2009) en *Vigilar y castigar*:

La prisión se ha encontrado desde el comienzo inserta en una serie de mecanismos de acompañamiento, que deben en apariencia corregirle, pero que parecen formar parte de su funcionamiento mismo. La pena de la detención pronunciada por la ley tiene sobre todo por objeto corregir a los individuos, es decir hacerlos mejores, prepararlos, por medio de pruebas más o menos largas, a recobrar su puesto en la sociedad, de la que ya no volverán a abusar. ... Los medios más seguros de mejorar a los individuos son el trabajo y la instrucción. (p. 236)

Es fundamental considerar que la aplicación de penas severas y efectivas para los casos de agresiones leves en contra de las mujeres no es el mecanismo idóneo para erradicar la violencia familiar. Sancionar con penas efectivas conlleva a la contaminación criminógena en centros penitenciarios, lo cual no cumple con los fines del derecho penal. De la misma forma, se hace extensivo este miramiento, no solo en términos de violencia hacia las mujeres, sino a cualquier integrante del núcleo familiar. A partir de esta discusión, es posible vincular la pregunta siguiente, encaminada a la necesidad de ajustar o no las políticas públicas en este sentido.

Tabla 5

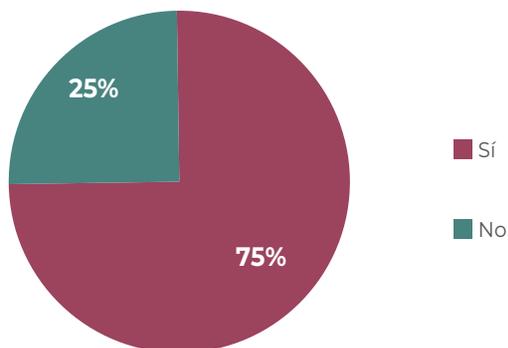
¿Existe la necesidad de reajustar las políticas públicas respecto a la regulación de la Ley n.º 30819?

Alternativas	f	%
Sí	349	75%
No	119	25%
Total	468	100%

Nota. Tomado de la ficha de encuesta.

Figura 5

¿Existe la necesidad de reajustar las políticas públicas respecto a la regulación de la Ley n.º 30819?



Una gran mayoría de los encuestados indica que existe la necesidad de reajustar las políticas públicas respecto a la regulación de la Ley n.º 30819. En este sentido, se considera pertinente incluir, desde los primeros años de instrucción formal, un sentido de orientación y concientización respecto al sentido de los derechos humanos y el respeto al otro. Este manejo educativo no debe limitarse al ámbito de la instrucción formal, sino extenderse al ámbito de los medios masivos de comunicación, que deben promover un mensaje de no violencia y tolerancia entre los individuos. Al respecto, Jaume Trilla (2003) es claro cuando explicita la noción de «método» dentro del trabajo

de espacios educativos informales que infunden estereotipos y dogmas que fomentan conductas delictivas, atravesando los ámbitos de la comunicación, el derecho y la educación:

No resulta fácil negar la presencia de método y de sistema en muchos procesos educativos generalmente incluidos en la educación informal: ¿no se dice que los medios de comunicación de masas sistemáticamente nos bombardean con sus valores?; ¿no hay método en la publicidad?; ¿no cabe hablar de métodos de educación familiar?; ¿no configura un sistema (ciertamente hipercomplejo) el entramado material y social de la ciudad, la cual se ha dado en llamar educativa no sólo por lo formal y no formal que contiene, sino sobre todo por lo informal que acoge? (p. 26)

Por estas razones, es necesario fomentar el trabajo interdisciplinar en las esferas legales, dotando a los actores de espacios de apoyo profesional y psicológico que fortalezcan los lazos familiares de cooperación y soporte interpersonal.

Tabla 6

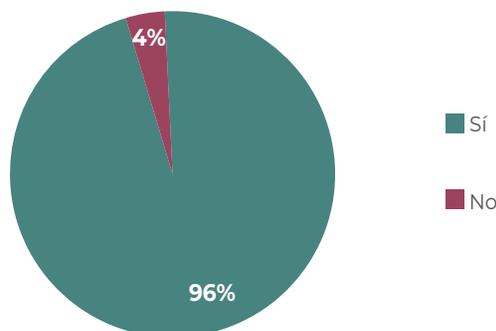
¿Considera que la represión punitiva en el delito de agresiones en contra de los integrantes del grupo familiar vulnera el Principio de Mínima Intervención del Derecho Penal, en el distrito judicial de Ica, año 2019?

Alternativas	f	%
Sí	447	96%
No	21	4%
Total	468	100%

Nota. Tomado de la ficha de encuesta.

Figura 6

¿Considera que la represión punitiva en el delito de agresiones en contra de los integrantes del grupo familiar vulnera el Principio de Mínima Intervención del Derecho Penal, en el distrito judicial de Ica, año 2019?



El 96 % de los encuestados indican que sí, mientras que el 4 % de los encuestados indican que no. Con ello, queda en evidencia los factores que

influyeron en los legisladores al tipificar el delito de agresiones contra los integrantes del grupo familiar.

Tabla 7

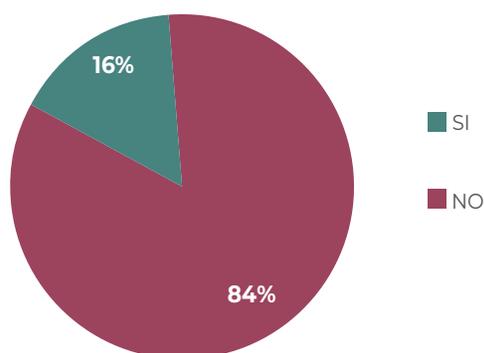
¿Considera usted que hay hechos negativos tras la promulgación de la prohibición de la pena privativa de libertad en los delitos de agresión contra la mujer e integrantes del grupo familiar?

Alternativas	f	%
Sí	391	84%
No	77	16%
Total	468	100%

Nota. Tomado de la ficha de encuesta.

Figura 7

¿Considera usted que hay hechos negativos tras la promulgación de la prohibición de la pena privativa de libertad en los delitos de agresión contra la mujer e integrantes del grupo familiar?



El 84 % de los encuestados concuerdan en la existencia de efectos negativos tras la promulgación de la prohibición de la pena privativa de libertad en los delitos de agresión contra la mujer e integrantes del grupo familiar. Se concuerda con este posicionamiento, dado que el hecho de insertar en ambientes carcelarios a una persona por una falta leve puede implicar un riesgo de modificación negativa de sus conductas al estar inmerso en el entorno penitenciario. Se debe considerar que la prisión es la forma disciplinaria más intensa, el modelo en el que se concentran todas las tecnologías coercitivas del comportamiento. En una descripción general del sistema penitenciario peruano, se recupera la idea de Haro (2020), quien alude que:

El modelo penitenciario en el Perú, está fuertemente influenciado por el modelo Panóptico y el modelo Filadélfico, dado que el modelo vigente se centra principalmente en el cumplimiento de la pena de privación de la libertad de los

internos, todo el modelo está enfocado en el confinamiento de los internos, y en el cumplimiento de la pena privativa de la libertad que el sistema de justicia ha determinado. Todo el sistema gira en torno al confinamiento de la población carcelaria. (p. 182)

6. Conclusiones

Los resultados finales de la investigación se efectuaron a través de generalizaciones, es decir, aseveraciones de que lo observado en la muestra puede ser atribuido a todo el universo.

- a) Del análisis del tema en estudio, se demuestra que pese a haberse manifestado una política punitiva por parte del Estado, con la finalidad de prevenir y sancionar conductas de agresión contra la mujer y el entorno familiar, la misma en su práctica no viene dando el resultado esperado, dado que, por factores aún no identificados, las denuncias que se interponen vienen siendo archivadas casi en su totalidad, sin tener algún efecto significativo.
- b) Ante estos resultados, se debe dejar abierta el replanteamiento de políticas públicas que conlleven a la protección de la unidad e integridad familiar, poniendo énfasis en un accionar institucional, distinto o complementario al ámbito penal.
- c) Si bien es cierto, queda establecido la baja incidencia de pronunciamientos jurisdiccionales mediante sentencias con relación a los casos ingresados, no debe dejarse desapercibido que no todos en su conjunto tienen connotación sancionadora, pudiendo darse casos exculpatorios.
- d) En este contexto, se deja constancia que pese a imponerse una política sobre criminalizadora por parte del Estado, la misma no ha alcanzado una solución eficaz que aminore el problema de fondo de la agresión ejercida contra las mujeres y el entorno familiar. Más aún, existen riesgos inherentes a la naturaleza del sistema penal peruano alusivos a la contaminación de los posibles futuros reos por faltas mínimas. Por ende, es necesaria una labor de concientización en torno al procedimiento de archivo y las consecuencias que conlleva tanto para el denunciado como para el denunciante, en lo respectivo al debido seguimiento del proceso.
- e) Resulta necesario, a partir del presente trabajo, realizar nuevas investigaciones tendientes a individualizar los factores por el que archivan en su mayoría las denuncias en etapa preliminar.

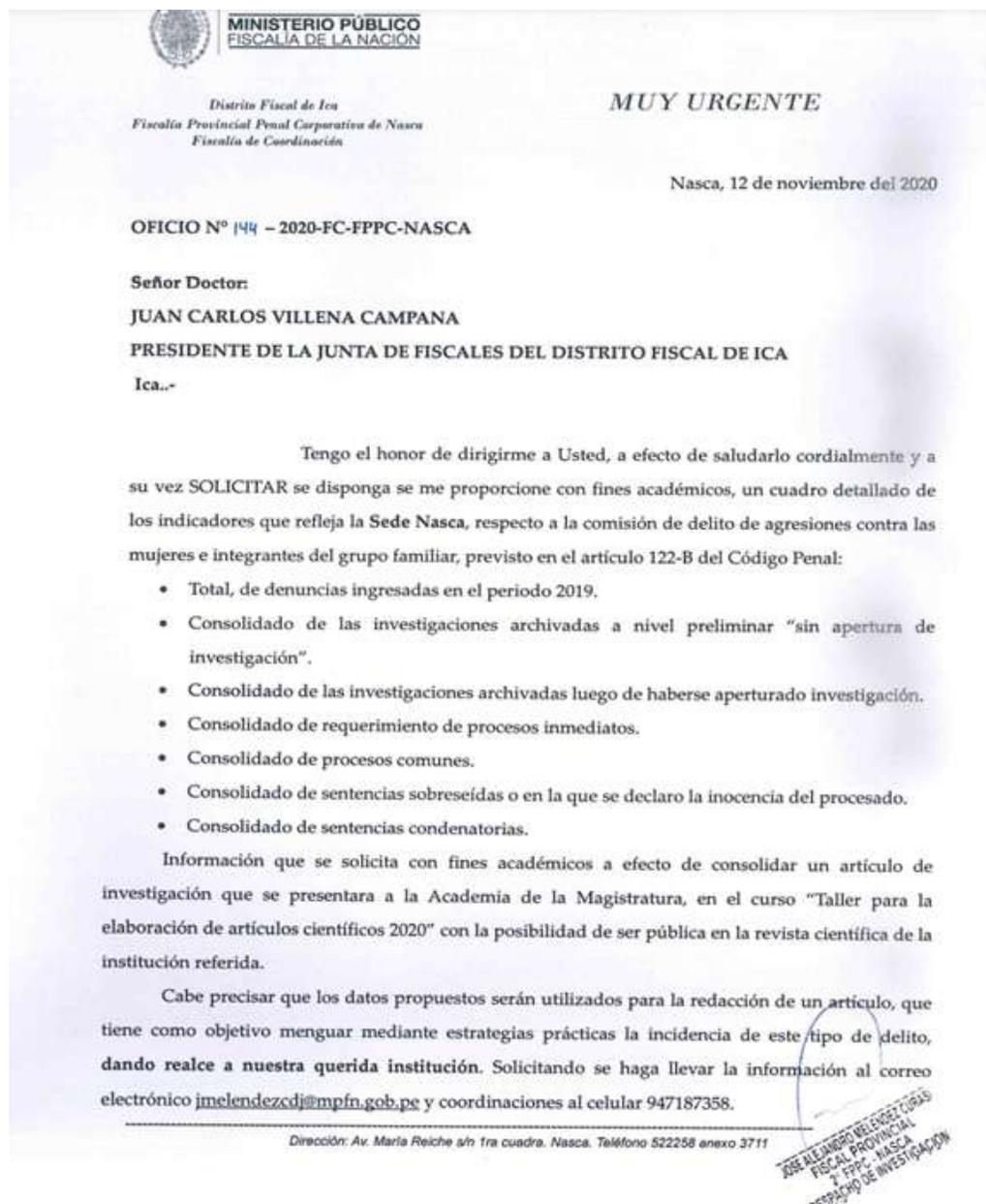
Referencias

- Bardales, O. (2006). *Violencia sexual y familiar en mujeres y hombres de 1 a 59 años. Estudio realizado en los distritos de San Juan de Lurigancho, Puno y Tarapoto*. Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social. <https://bit.ly/3D6Wn3d>
- Código penal peruano. (2014). Trotta.
- Council of Europe Treaty. (2011). *Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra*. <https://rm.coe.int/1680462543>
- Decreto Legislativo No. 1323. *Diario Oficial El Peruano*. <https://bit.ly/2WcQsZF>
- Del Águila, J. (2017). *Violencia familiar*. Ubilex Asesores SAC.
- Foucault, M. (2009) *Vigilar y castigar. El nacimiento de la prisión*. Siglo XXI, México.
- Fuentes, É., Suárez, B. y Rincón, A. (2014). Facticidad y acción de tutela: presentación preliminar de un estudio empírico de la formulación y efectos de la acción de tutela en el marco colombiano, entre los años 1992-2011. *Civilizar. Ciencias Sociales y Humanas*, 14(27),41-63. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=100235716002>
- Fuster, F. (1999). Archivística, archivo, documento de archivo. Necesidad de clarificar los conceptos. *Anales de Documentación*, (2), 103-120. <https://revistas.um.es/analesdoc/article/view/2631>
- Guevara, G, Verdesoto, A, y Castro, N. (2020). Metodologías de investigación educativa (descriptivas, experimentales, participativas, y de investigación-acción. *Revista Científica Mundo de la investigación y el conocimiento*, 4(3), 163-173. <https://www.recimundo.com/index.php/es/article/view/860/1363>
- Haro, V. (2020). *El sistema penitenciario en el Perú: Hacia un nuevo modelo de gestión 2018* [Tesis de doctorado, Universidad de San Martín de Porres]. Repositorio Académico USMP. <https://bit.ly/3iFTn5n>
- Hernández, R. (2014). *Metodología de la investigación*. Mc Graw Hill.
- Instituto Nacional de Estadística e Informática - INEI (2019). *Perú: Indicadores de violencia familiar y sexual, 2012-2019*. <https://bit.ly/3zkykvl>
- Ley n.º 30364. (2015, 6 de noviembre). Congreso de la República. *Diario Oficial El Peruano*.

- Ley n.º 30710. (2017, 29 de diciembre). Congreso de la República. *Diario Oficial El Peruano*.
- Ley n.º 30819 (2018, 29 de junio). Congreso de la República. *Diario Oficial El Peruano*.
- Ministerio de Cultura. (1993). *Diccionario de Terminología Archivística*. Dirección de Archivos Estatales Españoles.
- Mir, S. (2004). *Derecho Penal: Parte General* (7.ª ed.), Editorial B de F.
- Molas, A. (2020). *La violencia intrafamiliar como fenómeno social, puntualizaciones sobre la intervención profesional*. <https://bit.ly/3iEH4Gy>
- Naciones Unidas. (1993). *Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer*. <https://bit.ly/3setgWH>
- Nuevo Código Procesal Penal peruano [actualizado 2021]. <https://bit.ly/3jazFPP>
- Organización Mundial de la Salud [OMS]. (2017, 29 de noviembre). *Violencia contra la mujer*. <https://bit.ly/3xJ3F9t>
- Pretell, A. (2016). *Tutela Jurisdiccional de las víctimas de violencia familiar y el control difuso de convencionalidad*. <https://bit.ly/3CJSIbq>
- Real Academia Española – RAE. *Diccionario de la lengua española* (23.ª ed.) [versión 23.4 en línea]. <https://dle.rae.es>
- Sánchez, R. (1993). *Didáctica de la problematización en el campo científico de la educación*. *Perfiles Educativos*, (61). <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=13206108>
- Trilla, J. (2003). *La educación fuera de la escuela. Ámbitos no formales y educación social*. Ariel.
- Villegas, J. (2009). *¿Qué es el principio de intervención mínima?* *Revista internauta de práctica jurídica*. (23), 1-10. https://www.uv.es/ajv/art_jcos/art_jcos/num23/Principio.pdf

Anexos

Anexo A



**MINISTERIO PÚBLICO
FISCALÍA DE LA NACIÓN**

*Distrito Fiscal de Ica
Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Nasca
Fiscalía de Coordinación*

MUY URGENTE

Nasca, 12 de noviembre del 2020

OFICIO N° 144 – 2020-FC-FPPC-NASCA

Señor Doctor:
JUAN CARLOS VILLENA CAMPANA
PRESIDENTE DE LA JUNTA DE FISCALES DEL DISTRITO FISCAL DE ICA
Ica.-

Tengo el honor de dirigirme a Usted, a efecto de saludarlo cordialmente y a su vez SOLICITAR se disponga se me proporcione con fines académicos, un cuadro detallado de los indicadores que refleja la Sede Nasca, respecto a la comisión de delito de agresiones contra las mujeres e integrantes del grupo familiar, previsto en el artículo 122-B del Código Penal:

- Total, de denuncias ingresadas en el periodo 2019.
- Consolidado de las investigaciones archivadas a nivel preliminar “sin apertura de investigación”.
- Consolidado de las investigaciones archivadas luego de haberse aperturado investigación.
- Consolidado de requerimiento de procesos inmediatos.
- Consolidado de procesos comunes.
- Consolidado de sentencias sobreseídas o en la que se declaro la inocencia del procesado.
- Consolidado de sentencias condenatorias.

Información que se solicita con fines académicos a efecto de consolidar un artículo de investigación que se presentara a la Academia de la Magistratura, en el curso “Taller para la elaboración de artículos científicos 2020” con la posibilidad de ser pública en la revista científica de la institución referida.

Cabe precisar que los datos propuestos serán utilizados para la redacción de un artículo, que tiene como objetivo menguar mediante estrategias prácticas la incidencia de este tipo de delito, dando realce a nuestra querida institución. Solicitando se haga llevar la información al correo electrónico jmelendezcdj@mpfn.gob.pe y coordinaciones al celular 947187358.

Dirección: Av. María Reiche s/n 1ra cuadra. Nasca. Teléfono 522258 anexo 3711

**JOSE ALEJANDRO MELÉNDEZ CURASI
FISCALÍA PROVINCIAL
FPPC-NASCA
DEPARTAMENTO DE INVESTIGACIÓN**

Anexo B**Tabla 8**

Nasca. Casos Fiscales denunciados por el delito de agresiones en contra de las mujeres o integrantes del grupo familiar, por estado del 01/01/2019 al 31/12/2019.

DELITO / ESTADO	INGRESADO	EN TRAMITE	RESUELTO	% RESUELTO
Lesiones leves (agresiones en contra de las mujeres o integrantes del grupo familiar -con ensaña)	1	0	1	100%
Con archivo (califica)	1	0	1	100%
Lesiones leves (agresiones en contra de las mujeres o integrantes del grupo familiar -lesiones)	636	117	519	82%
Con acusación	35	35	0	0%
Con archivo (califica)	268	0	268	100%
Con archivo (preliminar)	197	0	197	100%
Con conclusión anticipada	2	0	2	100%
Con investigación preliminar	30	27	3	10%
Con principio de oportunidad (califica)	6	6	0	0%
Con principio de oportunidad (preliminar)	9	9	0	0%
Con reserva provisional (preliminar)	1	1	0	0%
Con sentencia	9	0	9	100%
Derivado (califica)	9	0	9	100%
Derivado (preliminar)	7	0	7	100%
En audiencia	18	18	0	0%
En calificación (califica)	14	4	10	71%
Principio de oportunidad	14	0	14	100%
Denuncia pendiente	17	17	0	0%
Total general	637	117	520	82%

Nota. Tomado de la Junta de Fiscales del Distrito fiscal de Ica.

Incidencia de los pronunciamientos de archivo a nivel preliminar en las investigaciones por agresiones contra las mujeres e integrantes del grupo familiar en el Distrito Fiscal de Ica durante 2019

Anexo C

Tabla 9

Casos fiscales denunciados por el delito de agresiones en contra de las mujeres o integrantes del grupo familiar, por estado. Sede Nasca, Distrito fiscal de Ica. Periodo: 01/01/2019 al 31/12/2019.

DELITO / ESTADO	INGRESADO	EN TRAMITE	RESUELTO	% RESUELTO
Lesiones leves (agresiones en contra de las mujeres o integrantes del grupo familiar-lesiones)	636	117	519	82 %
Con acusación	35	35	0	0 %
Con archivo (califica)	268	0	268	100 %
Con archivo (preliminar)	197	0	197	100 %
Con conclusión anticipada	2	0	2	100 %
Con investigación preliminar	30	27	3	10 %
Con principio de oportunidad (califica)	6	6	0	0 %
Con principio de oportunidad (preliminar)	9	9	0	0 %
Con reserva provisional (preliminar)	1	1	0	0 %
Con sentencia	9	0	9	100 %
Derivado (califica)	9	0	9	100 %
Derivado (preliminar)	7	0	7	100 %
En audiencia	18	18	0	0 %
En calificación (califica)	14	4	10	71 %
Principio de oportunidad	14	0	14	100 %
Denuncia pendiente	17	17	0	0 %
Total general	637	117	520	82%

Nota. Tomado de la Junta de Fiscales del Distrito fiscal de Ica.



ACADEMIA DE
LA MAGISTRATURA

REVISTA DE INVESTIGACIÓN DE LA ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA

Vol. 3, n.º 5, julio-diciembre, 2021
Publicación semestral. Lima, Perú.
ISSN: 2707-4056 (en línea)
DOI: 10.58581/rev.amag.2021.v3n5.03



El principio de proporcionalidad en la determinación de la pena por la Corte Suprema

The principle of proportionality in the determination of the penalty by the Supreme Court

Percy Raúl Chalco Ccallo*

Corte Superior de Justicia de Arequipa
(Arequipa, Perú)
pchalco@pj.gob.pe
<https://orcid.org/0000-0002-0659-5178>

Resumen: El presente estudio analiza el principio de proporcionalidad y su implicancia en la determinación de la pena, además de la utilización del test de proporcionalidad en la jurisprudencia de la Corte Suprema. Se revisan sentencias de casación y recursos de nulidad dictados por las Salas Penales de la Corte Suprema de la República. Seguidamente, se define el principio en mención y cómo se efectúa el test de proporcionalidad al determinar la pena. Se trata de un estudio eminentemente documental y dogmático, por ello se analiza la Jurisprudencia de la Corte Suprema y se relaciona con el objeto de estudio. Su finalidad implica la determinación del esquema que se utiliza en la aplicación del test de proporcionalidad. Finalmente, se configura para

* Juez Especializado del Segundo Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial Permanente de Arequipa

obtener un esquema modelo que usen las instancias inferiores del Poder Judicial en la determinación de la pena de casos concretos.

Palabras clave: proporcionalidad, principio, conflicto, test, proceso

Abstract: This study analyzes the principle of proportionality and its implication in the determination of the sentence, in addition to the use of the proportionality test in the jurisprudence of the Supreme Court. Cassation judgments and annulment appeals issued by the Criminal Chambers of the Supreme Court of the Republic are reviewed. Next, the principle in question is defined and how the proportionality test is carried out when determining the penalty. It is an eminently documentary and dogmatic study, which is why the jurisprudence of the Supreme Court is analyzed and is related to the object of study. Its purpose involves determining the scheme used in the application of the proportionality test. Finally, it is configured to obtain a model scheme that the lower levels of the Judiciary use in determining the penalty of specific cases.

Key words: Proportionality, principle, conflict, test, process

RECIBIDO: 30/11/2021

REVISADO: 20/12/2021

APROBADO: 27/12/2021

FINANCIAMIENTO: Autofinanciado

1. Introducción

Este artículo comprende el estudio del principio de proporcionalidad y su implicancia en la determinación y cuantificación de la pena, así como la aplicación del test de proporcionalidad por parte de la Corte Suprema. El análisis realizado implica la verificación de la aplicación del test de proporcionalidad en la determinación de la pena, es decir, corroborar el esquema utilizado. La tarea no es sencilla en tanto que es un tema discutible aún y se pretende profundizar sobre ella.

La primera premisa corresponde a la definición del principio de proporcionalidad, y la descripción del test y de los aspectos que comprende. Una vez entendido esta figura constitucional se sabrá con claridad cómo debe aplicarse este principio en la determinación de la pena. En esta parte, también se realiza una revisión de la jurisprudencia de diversos tribunales nacionales e internacionales con contenido afín al tema.

Luego, se analiza la metodología de determinación de la pena que se encuentra reglada por el Código Penal, es decir, los pasos y procedimientos que corresponden, así como los principios que implican dicho proceso. Seguidamente se procede a analizar las sentencias de casación y los recursos de nulidad recopilados, los mismos que han sido emitidos por las Salas

Penales de la Corte Suprema. En estos documentos, se verifica el aspecto relativo a la determinación de la pena: si existe aplicación del principio de proporcionalidad, en especial, en cuanto al test, y, por último, su aplicación concreta al caso estudiado.

El esquema final atiende, además del aspecto teórico, la mención de los materiales y métodos utilizados. También se verifican los resultados obtenidos, así como la discusión del tema.

Al término, se concluye que: a) el principio de proporcionalidad es transversal al ordenamiento jurídico, en particular al derecho penal; b) la determinación de la pena es un procedimiento que contiene determinados pasos para su imposición; c) las salas supremas no utilizan la metodología o test de proporcionalidad; y d) la pena es desproporcionada si no tiene por finalidad la reeducación, resocialización y reintegración de la persona a la sociedad (ponderación).

2. El principio de proporcionalidad

Según el diccionario, el término «proporcional» es sinónimo de igualdad, equidad, armonía, simetría, entre otros. En el Derecho, el significado no es diferente, empero no hay uniformidad para conceptualizar la palabra «proporcionalidad». La razón es que se le vincula con diferentes términos como son razonabilidad, ponderación y prohibición de exceso o justicia. Este principio tiene una función argumentativa en la interpretación, en un caso concreto, de los derechos y principios afectados; de tal modo que permite establecer el significado concreto de las normas de la constitución (Sánchez, 2017).

Pero el principio de proporcionalidad como se conoce ahora fue delineado en Alemania, por su Tribunal Constitucional. Ahí se sostuvo que el fundamento principal del principio de proporcionalidad es ser un remedio a la prohibición por exceso, dirigido principalmente a limitar el poder punitivo del Estado que se ejerce a través del legislador, quien de forma indiscriminada aumenta el quantum de las sanciones frente a los delitos y faltas.

Dicho principio implica una metodología o test que se aplica en el conflicto que se presenta entre derechos o principios. Para el caso de estudio, se trata de la ponderación entre un derecho —libertad personal— y un principio —*ius puniendi*— que entran en conflicto cada vez que corresponde la determinación e individualización de la sanción penal, concretamente al momento en que el juzgador emite una sentencia condenatoria. Al final y luego del proceso ponderativo, el juez debe decidir si es el principio el que tendrá preeminencia sobre el derecho o viceversa.

La proporcionalidad no tiene por objetivo controlar la violación de un derecho fundamental por parte de personas naturales ni soluciona los

conflictos sobre derechos de los particulares. Tampoco es detectar lo arbitrario o antijurídico y solucionarlo; no es frenar el exceso en que incurre el legislador en la determinación de las sanciones ni servir de herramienta delimitadora para el juez.

En este sentido, este principio funciona como regla hermenéutica, con la cual se puede tener una correcta lectura a un texto normativo o de un principio positivado, también, en razón de que se encuentra en un nivel superior a las leyes y tiene vigencia sin que se encuentre expresamente en la constitución, es que se le denomina como técnica mental supranormativa destinada a controlar la razonabilidad del orden jurídico (Riofrío, 2016).

Sin embargo, es importante resaltar que este principio se utilizará de manera excepcional, pues no siempre se encontrará ante casos complejos y conflictivos que requiere su aplicación. Se está de acuerdo con aplicar el test a pesar de que en la actualidad hay corrientes que precisan una aplicación subjetiva de este principio y la primacía de los objetivos estatales por sobre los particulares.

En esa línea, se critica que la estructura actual del test permita que los derechos queden, en buena medida, bajo un cálculo en el que, en la mayoría de casos, hay una supuesta primacía de aquellos objetivos del Estado que, de forma legítima se pretende alcanzar a costa de sacrificar los derechos fundamentales de los individuos, situación que se presenta como una paradoja (Covarrubias, 2012).

Este principio se aplica en las medidas restrictivas de derechos y libertades, por ello su finalidad es la «intervención mínima» de parte del Estado. Su influencia se presenta en todo el derecho, especialmente, en el ámbito penal. En esta rama del derecho, su influencia tiene que ver con tres ámbitos. El primero, en cuanto a la naturaleza y cuantificación de las sanciones penales, papel que le corresponde al legislador frente a la comisión de delitos y faltas, aquí se observa en el ámbito abstracto.

El segundo se verifica en la parte concreta, esto es cuando el operador judicial —juez—, al emitir una sentencia penal, concluye que una persona es autor de un delito o una falta y como siguiente paso, debe determinar e individualizar la pena a imponerse a aquella. Finalmente, el tercer momento tiene que ver con la ejecución de la pena, en particular, cuando esta es privativa de libertad u otra pena impuesta a una persona, papel que también le corresponde al juez.

El objeto del presente estudio corresponde al segundo momento descrito, en el cual el juzgador analizará si la pena que va a imponer como consecuencia de la comisión de un delito es proporcional o equivalente al injusto cometido, así como a la culpabilidad del agente.

3. La determinación e individualización de la pena

Como segunda cuestión, es importante definir cómo se determina e individualiza la pena privativa de libertad, que se impone al culminar el juicio oral, tras haber concluido que el imputado es responsable penalmente.

El *ius puniendi* del Estado es el principio más importante del Derecho Penal y se traduce en su elemento más importante: la «pena», en particular cuando esta es privativa de libertad, sanción jurídico-penal por excelencia que aún mantiene su vigencia y que termina siendo un mal necesario.

Según el Tribunal Constitucional, en un Estado Social y Democrático de Derecho, uno de los instrumentos principales que utiliza el Estado, con el fin de exigir el cumplimiento de las disposiciones del ordenamiento jurídico, es la pena. Su función está vinculada a la función que cumple el Estado (Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) - Exp. n.º 0012-2006-PI/TC).

Para dicho Tribunal, el fundamento del delito y, en especial de la pena, se puede encontrar en la concepción de Estado social y democrático de derecho (STC, Exp. n.º 0012-2006-PI/TC, 2006), por ello, está justificado, en el nivel constitucional, que se proteja a la sociedad frente al delito (STC, Exp. n.º 010-2002-AI/TC, 2003).

El supremo intérprete de la constitución añade que la pena, y en particular la privativa de libertad, tiene como finalidad la prevención de la comisión de hechos delictivos; por ello, se constituyen en garantía institucional de las libertades, así como de la convivencia armónica a favor del bienestar de todos (STC, Exp. n.º 0012-2006-PI/TC, 2006; STC - Exp. n.º 0019-2005-PI/TC, 2005)

Respecto a la función que debe cumplir la pena, el alto tribunal aclaró que son funciones de prevención especial y prevención general, ello al estar dentro de un Estado social y democrático de derecho. Es por eso que, goza de protección directa por la Constitución; sin embargo, no es posible negar la naturaleza retributiva de las sanciones penales (STC, Exp. n.º 0019-2005-PI/TC, 2005).

En concreto, la pena es determinada por el juez, quien, después de culminar el juicio oral y al encontrar culpable al acusado del delito que se le atribuye, sigue el procedimiento fijado en el Código Penal, específicamente los establecidos por los artículos 45 y 45-A (Ley n.º 30076, 2013). En este sentido, el artículo 45º precisa los presupuestos que le servirán al juez para fundamentar y definir la pena a imponerse, como son las carencias sociales que ha sufrido el imputado, si al cometer el ilícito penal abusó de su cargo, posición económica, formación, poder, oficio, profesión o función que ocupa en la sociedad; también debe valorar la cultura y costumbres del acusado;

y, finalmente, considerar los intereses de la víctima de su familia o de las personas dependientes de ella.

En el artículo 45-A, se precisa el procedimiento de individualización de la pena y requiere motivación expresa y suficiente respecto a las razones de la determinación cualitativa y cuantitativa de la pena. Además, señala que la pena no puede ser fijada más allá de los límites de la ley, considerando la responsabilidad y gravedad del delito cometido, describiendo que se desarrolla en tres etapas: i) identificar cuál es el espacio punitivo de determinación conforme a la pena que está prevista por ley para el delito, luego se divide en tres espacios o partes; ii) determinar la pena concreta que será aplicable al sentenciado, debe evaluarse y analizarse si concurren circunstancias que agraven o atenúen el hecho delictivo, las mismas que pueden clasificarse en calificadas o privilegiadas o, de ser el caso, genéricas.

Este procedimiento debe atender a la responsabilidad y gravedad del hecho delictivo, es decir, hay una relación directa con la noción de «gravedad» del delito. Al respecto, existen dos orientaciones: la primera que es la objetivista, que entiende a la gravedad del delito y, por consecuencia, a la de la pena, según sea la entidad del daño causado con la conducta; la segunda, es la corriente subjetivista, cuya medición se basa en el grado de la culpabilidad (Ferrajoli, 1995). En el ordenamiento peruano, se puede afirmar que han sido consideradas ambas orientaciones para relacionarlo con la proporcionalidad de la pena. Es decir, una tercera opción que podría llamarse mixta.

4. La proporcionalidad y su correlación con la determinación de la pena privativa de libertad

Recientemente, el legislador peruano ha efectuado un aumento indiscriminado de los márgenes mínimos y máximos de la pena, así se evidencia un incremento desmedido del *ius puniendi* estatal, derivado de una «política popular penal» y sobre la falacia de que el derecho penal soluciona los problemas sociales. La poca reflexión que la precede hace referencia a los tiempos de la Ley del Talión, cuyas penas se fundamentaban en la venganza y la retribución. Entonces, es evidente que existía una distancia de la función preventiva de la pena y, por cierto, de la proporcionalidad de la sanción.

Ciertamente, respecto a la cuantificación de la pena, no se puede hablar de la existencia de criterios naturales, sino de razones pragmáticas que se basan en juicios ético-políticos o de oportunidad, con el fin de establecer cuál sería la calidad y la cantidad de la sanción penal que sea adecuada a cada uno de los delitos (Ferrajoli, 1995). Sin embargo, en un Estado constitucional de derecho, se aspira a penas que sean la medida de la gravedad del bien jurídico afectado.

Al respecto, el artículo VIII del Título Preliminar del Código Procesal Penal indica que la pena no puede ser mayor o sobrepasar a la responsabilidad por el hecho, además precisa que esta norma no regirá cuando se trata de reincidencia ni de habitualidad del agente al delito. Asimismo, añade que la medida de seguridad se ordena solo por intereses públicos predominantes.

En dicho contexto, el marco normativo para determinar la pena no solo es el artículo 45 y 45-A del Código sustantivo que regula el procedimiento de su fijación, sino que resulta trascendental la aplicación del principio de proporcionalidad, como un aspecto adicional al procedimiento de determinación de pena y debajo del mínimo legal.

Esto último no está definido en la jurisprudencia ni en la doctrina. En la ley peruana, solo se indica que se aplica una disminución discrecional y razonable («prudencial») de la pena conminada para el hecho delictivo, pero que siempre opera por debajo de su extremo inicial («hasta límites inferiores al mínimo legal») y cuyo límite final es, en teoría, la pena concreta que fije el órgano jurisdiccional de modo excepcional, pero observando la proporcionalidad adecuada al caso (Prado, 2016).

Bajo dicho contexto, la pena se degrada siempre en forma descendente, teniendo como único límite la proporcionalidad fijada por el juez, la cual se produce luego de verificar los hechos del proceso de forma razonada y prudente, así como de las dimensiones jurídicas del mismo y del nivel de intervención del acusado (Prado, 2016).

El principio de proporcionalidad es una estructura, pero cuando se hace referencia a esa estructura ya no se puede hablar de «principio», sino del «test de proporcionalidad» (Grandez, 2010). En ese contexto, la verificación sobre las posibilidades de hecho en que pueden ser cumplidos los derechos fundamentales, dependerá de subprincipios como son, la idoneidad y necesidad. Por el contrario, la verificación respecto de las posibilidades de cumplimiento de los derechos fundamentales, en cuanto a sus posibilidades jurídicas, depende del subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto (Alexy, 1993).

Estos subprincipios se entienden de la siguiente forma:

- a) **Juicio de idoneidad:** este juicio implica evaluar si la medida que se impone es un medio adecuado para la finalidad perseguida. Para el caso, el juicio está relacionado con la determinación o declaración de responsabilidad penal, es decir, si la conducta realizada por el sentenciado afecta un bien jurídico que ha merecido protección por la norma penal.

- b) **Juicio de necesidad:** Este juicio implica analizar dos aspectos: i) determinar la existencia de medios hipotéticos alternativos y a la vez idóneos; y ii) establecer, si tales medios –idóneos— no intervienen en la prohibición de discriminación, o si, haciéndolo, es de menor intensidad (STC, Expediente n.º 0045-2004-PI/TC). En concreto, significa, para el juez, evaluar si corresponde la imposición de la pena privativa de libertad descrita en el tipo penal concreto, calidad y cantidad de la misma, finalmente si es posible su reserva, suspensión o conversión. La labor implicará no dejar de lado la finalidad preventiva de la pena, pues esta se vincula con la conveniencia de una prevención general positiva, que comprende no solo intimidar, sino afirmar positivamente, la vigencia de la norma en la conciencia colectiva (prevención general positiva) (Mir, 2016).

Aquí se analizará si la rebaja de pena es una medida alternativa igualmente idónea para alcanzar los fines. En principio, prima facie, y solo conceptualmente, cuando mayor sea la pena a imponerse, mayor será el grado de conminación penal a los ciudadanos y mayor será el tiempo que los acusados tendrían para resocializarse. Por lo que, no resulta posible que se advierta medidas alternativas a las adoptadas que resulten igualmente idóneas, dado que solo ellas aseguran la imposición total (no reducida) de la pena.

- c) **Juicio de ponderación en sentido estricto:** se analiza si la medida que constituye el trato diferenciado supera el subprincipio de proporcionalidad, en sentido estricto o ponderación. La ley de ponderación o proporcionalidad propiamente dicha, proyectada al análisis de la intervención de la igualdad, enuncia lo siguiente: «cuanto mayor es el grado de intervención en el principio de igualdad, tanto mayor ha de ser el grado de optimización o realización de los derechos, principios o valores que a través de ella se pretende» (STC, Exp. n.º 12-2010-PI/TC).

A este respecto, existen dos exigencias para que una pena sea considerada proporcional, la primera que la pena sea proporcional al delito; en segundo lugar, la exigencia de que la medida de la proporcionalidad se base en relación a la importancia social del hecho o, mejor dicho, a su «nocividad social» (Mir, 2016). En tal sentido, es de notar que la primera exigencia le corresponde cumplir al legislador; y la segunda, en especial, al juzgador.

Es en esta línea que se analizan las sentencias materia del presente estudio, lo cual se desarrolla a continuación.

4. Materiales y métodos

Por ser un estudio dogmático y jurisprudencial, se utilizó como fuentes los fallos de la Corte Suprema. Se verificó en la parte dogmática decisiones del Tribunal Constitucional, se efectuaron búsquedas relacionadas al tema en su página web y en internet.

Se han revisado tesis o trabajos de investigación en diferentes universidades y revistas. Se verificó en internet y en las principales páginas web que contienen artículos científicos. También se consultaron textos sobre derecho procesal penal y revistas publicadas por instituciones nacionales.

5. Métodos

Se verificó el material bibliográfico de derecho constitucional y derecho penal relacionado a la figura de la proporcionalidad y determinación de la pena.

Del internet, se han recopilado resoluciones (jurisprudencia) de la Corte Suprema relacionadas al tema objeto de estudio.

La principal fuente de información son los textos especializados, luego la jurisprudencia nacional y comparada.

6. Resultados

Los resultados de la presente investigación responden a la línea de definir dogmática y teóricamente el principio de proporcionalidad. A continuación, se explica el proceso o método utilizado para establecer e individualizar la pena a imponerse.

En primer lugar, se vincularon ambos temas para definir cómo debe ser la verificación del test o metodología de la proporcionalidad en la determinación y cuantificación de la pena a imponerse.

Luego, se verificó la aplicación de este test en las decisiones de las Salas Penales de la Corte Suprema. Seguidamente, se corroboró el esquema que utiliza este órgano al momento de determinar la pena.

Finalmente, se establecieron parámetros o esquemas prácticos sobre el test de proporcionalidad para que puedan ser utilizados por los jueces de la República en las sentencias penales, en las cuales se fijan penas privativas de libertad.

A continuación, se presenta la Tabla 1, en la que se efectúa un análisis de las sentencias de la Corte Suprema, sobre cómo se viene utilizando la metodología o test de proporcionalidad al definir la pena final que corresponde a aquella persona declarada culpable de un hecho ilícito

Tabla 1

Análisis de sentencias de la Corte Suprema de la República del Perú

Casación - recurso de nulidad	Sentido de la decisión	Idoneidad	Necesidad	Ponderación
Casación n.º 1476-2017 Lambayeque	Se reformó la pena de 10 años de prisión a 12	Se demostró la comisión del delito, por ende, la pena es idónea, porque busca hacer justicia al haberse afectado el bien jurídico «libertad sexual».	Para dosificar la pena, se debe considerar una reducción por responsabilidad restringida (fundamento 3.11).	Se analiza la edad del acusado al momento del delito, la forma y circunstancias del hecho delictivo, por ello no corresponde tratarlo como a un agente plenamente responsable (fundamento 3.12).
Delito: Violación sexual de menor de edad, Art. 173.			Dicha norma quebranta el principio de igualdad (fundamento 3.10).	No es justa la imposición de la pena mínima establecida en la ley, sino que debe evaluarse el impacto de las otras condiciones personales generales del agente (fundamento 3.12).
Sumilla: Inaplicación Cas. 335-2015/SANTA				
Casación n.º 66-2017 Junín	Se reformó la pena de 6 años, 9 meses y 9 días a 5 años de pena privativa de la libertad.	Se demostró la comisión del delito, por ende, la pena es idónea porque busca hacer justicia al haberse afectado el bien jurídico «patrimonio».	La pena debe tener una equivalencia razonable en sus aspectos cuantitativos y cualitativos (fundamento 7).	Respecto a los criterios de gravedad del injusto, el perjuicio ocasionado a la víctima y al principio de proporcionalidad
Delito:				
Tentativa de robo agravado. Artículos 188, 189, incisos 2, 3 y 4.			No puede fijarse un cómputo a seguir para establecer el nuevo mínimo que servirá para calcular la pena concreta (fundamento 18).	Se disminuye prudencialmente la pena en base al principio de proporcionalidad, por cada causal de disminución de punibilidad: un año diez meses por la edad, tres años por la tentativa y un año adicional. Quedando en 5 años 10 meses de cárcel, luego se disminuyó un séptimo por conclusión anticipada, quedando una pena final de 5 años (fundamento 24).
Sumilla:				
Responsabilidad restringida por la edad es causal que disminuye la punibilidad				

<p>Casación n.º 335-2015 Del Santa</p> <p>Delito:</p> <p>violación de menor de edad, art. 173.</p> <p>Sumilla:</p> <p>La inaplicación de la pena del art. 173º, inciso 2 del Código Penal. es compatible con la constitución.</p>	<p>Se declara infundada la casación. Se reformó la pena de 30 años a 5 años de pena privativa de la libertad.</p>	<p>Se demostró la comisión del delito, por ende, la pena es idónea porque busca hacer justicia al haberse afectado el bien jurídico «indemnidad sexual» (14).</p>	<p>La pena de 30 a 35 años de pena es gravísima, es la pena temporal más drástica en el ordenamiento jurídico nacional. No es una pena necesaria para proteger el bien jurídico» (23).</p>	<p>Estadeproporcionalidad art. 200, último párrafo (fundamento 13). Relación entre: hecho ilícito y consecuencias jurídicas que se le imponen con la gravedad del delito (fundamento 14).</p> <p>El principio de proporcionalidad limita el ius puniendi del Estado, en cuanto a su ejercicio adecuado reforzando el principio de la proscripción de la arbitrariedad (fundamento 17).</p> <p>Debe valorarse las intensidades mediante una escala triádica (Grave, medio o leve) (fundamento 26).</p> <p>La pena de 30-35 años privativa de libertad implica intervención de intensidad grave sobre la libertad y dignidad personal y libertad personal del imputado siendo esta medida de grado medio (27).</p>
<p>Recurso de nulidad n.º 2426-2009. Lima</p> <p>Delito: Tráfico ilícito de drogas, Artículo. 296º y 297º, inciso 4.</p>	<p>Condena al imputado a 12 años de pena privativa de la libertad.</p>	<p>La valoración de determinación de la pena se hace en dos momentos: a) en su aplicación, considerando los juicios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad; b) cuando se toma los criterios específicos de individualización.</p>	<p>La pena impuesta debe ser aumentada, puesto que, si bien resulta acertada la imposición de una pena por debajo del mínimo legal, empero, determinarla en ocho años no resulta adecuada, al no estar presente la concurrencia de circunstancias atenuantes que lo ameriten.</p>	<p>La pena impuesta debe ser aumentada, puesto que, si bien resulta acertada la imposición de una pena por debajo del mínimo legal, empero, determinarla en ocho años no resulta adecuada, al no estar presente la concurrencia de circunstancias atenuantes que lo ameriten.</p>

7. Discusión

La discusión radica fundamentalmente en si la Corte Suprema, a través de las Salas Penales, entiende claramente el principio de proporcionalidad al igual que la doctrina sobre el tema. Además, si a partir de ella aplican el test de proporcionalidad de forma correcta y adecuada al definir la pena e imponerse.

Sobre lo primero es evidente que la Corte Suprema de forma reiterada mencionan este principio al determinar la pena a imponerse, aunque no llega a explicar cómo es que en concreto debe aplicarse el test de proporcionalidad.

También la discusión va en la línea de saber si a partir de la aplicación del test de proporcionalidad por las salas supremas se puede determinar un esquema de trabajo. Luego verificar si este test servirá para ser utilizado por los jueces de otras instancias inferiores en todo el país, como modelo a seguir.

No existe diferencia en cuanto se analiza el subprincipio de idoneidad para la imposición de la pena. Aquí se justifica, básicamente, en cuanto a la determinación de responsabilidad penal y al daño de un bien jurídico que es objeto de protección por un delito en particular.

En relación al subprincipio de necesidad que se confunde con la proporcionalidad en sentido estricto, en tanto que, si bien la necesidad tiene que ver con la cuantificación y cualidad de la pena, no se analizó pese a que, si era necesaria la pena, pero en relación con otras «penas» que sean igual de satisfactorias y menos lesivas.

Respecto a la ponderación o proporcionalidad en sentido estricto, se aprecia que se analizó confundiéndolo con el de necesidad y no existe claridad en cuál ha sido la ponderación que se efectuó en el caso concreto.

De la Tabla 1, se resume que las Salas Supremas, pese a anunciar que efectuarán o determinarán una pena proporcional, no han analizado, en las Sentencias de Casación o Recursos de Nulidad dentro del tamiz del test o metodología que buscan una sanción proporcional. Es decir, el análisis para determinar si la pena impuesta es idónea, resulta necesario, además de establecer si es proporcional al hecho cometido.

8. Conclusiones

- ▶ **Primera:** El principio de proporcionalidad es un principio transversal al ordenamiento jurídico, en particular al derecho penal. Se trata de un remedio al exceso de poder del legislador. Es una herramienta judicial estructurada que se presenta como un test, el cual que debe ser aplicado por el juez cada vez que impone una pena, en particular, cuando es privativa de libertad y, en especial, si es efectiva.

- ▶ **Segunda:** La determinación de la pena es un procedimiento a través del cual el juzgador define la pena final a imponer, la misma que contiene determinados pasos para su imposición. Sin embargo, esta no puede realizarse sin respetar el principio previsto en el título preliminar: que la pena sea proporcional al delito cometido.
- ▶ **Tercera:** Las salas supremas, al resolver en última instancia, a pesar de que anuncian al momento de decidir la pena que esta debe de ser proporcional al hecho cometido, no utilizan la metodología o test que de ella deriva, o lo realizan de forma incompleta o parcial.
- ▶ **Cuarta:** La pena, en particular la privativa de libertad (medio), cumple funciones preventivo generales, con el propósito de evitar que otras personas cometan nuevos delitos (fin), es desproporcionado si no tiene por finalidad la reducción, resocialización y reintegración de la persona a la sociedad (ponderación).

Referencias

- Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Casación n.º 1476-2017-Lambayeque (20 de agosto de 2020). Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República. <https://tinyurl.com/e635uztc>
- Casación n.º 335-2015 Del Santa. (01 de junio de 2016). Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República. <https://tinyurl.com/fwvp32z9>
- Casación n.º 66-2017 Junín. (18 de junio de 2019). Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de la República. <https://tinyurl.com/arju4cya>
- Covarrubias, I. (2012). La desproporción del test de proporcionalidad: aspectos problemáticos en su formulación y aplicación. *Revista Chilena de Derecho*, 39(2), 447-480.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Trotta.
- Grandez, P. (2010). El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano. *En El principio de proporcionalidad en el Derecho Contemporáneo*. Palestra Editores.
- Ley n.º 30076. Ley que modifica el Código Penal, Código Procesal Penal, Código de Ejecución Penal y el Código de los Niños y Adolescentes y crea Registros y Protocolos con la finalidad de combatir la inseguridad ciudadana. (2013, agosto 19). Congreso de la República. <https://tinyurl.com/46ffbww>

- Mir, P. (2016). *Derecho penal. Parte general*. Reppertor.
- Prado, V. (2015). *Determinación Judicial de la Pena* (1.a ed.). Pacífico Editores SAC.
- Prado, V. (2016). *Consecuencias Jurídicas del Delito. Giro Punitivo y nuevo marco legal*. Idemsa.
- Recurso de Nulidad n.º 2426-2009 Lima. (25 de enero de 2010) Sala Penal transitoria de la Corte Suprema de la República. <https://tinyurl.com/2n4nf7x5>
- Riofrío, J. (2016). Alcance y límites del principio de proporcionalidad. *Revista chilena de derecho*. 43(1), 283-309.
- Sánchez, R. (2017). *El principio de proporcionalidad*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. <https://tinyurl.com/y62zfw7h>
- Sentencia del Tribunal Constitucional (STC), Exp. n.º 0010-2002-AI/TC (03 de enero de 2003). Tribunal Constitucional del Perú. <https://tinyurl.com/82mbkefd>
- Sentencia del Tribunal Constitucional (STC), Exp. n.º 0012-2006-PI/TC (15 de diciembre de 2006). Tribunal Constitucional del Perú. <https://tinyurl.com/fnved3ej>
- Sentencia del Tribunal Constitucional (STC), Exp. n.º 0012-2010-PI/TC (11 de noviembre de 2011). Tribunal Constitucional del Perú. <https://tinyurl.com/2an4x25t>
- Sentencia del Tribunal Constitucional (STC), Exp. n.º 0019-2005-PI/TC (21 de julio de 2005). Tribunal Constitucional del Perú. <https://tinyurl.com/33tjmjka>
- Sentencia del Tribunal Constitucional (STC), Exp. n.º 0045-2004-PI/TC (29 de octubre de 2005). Tribunal Constitucional del Perú. <https://tinyurl.com/yhku3bjb>
- Solis, H. (2019). El principio de Proporcionalidad procesal en la determinación de la pena. *Revista Cátedra Fiscal*, 1(1), 82-92. <https://tinyurl.com/45zwmjjb>



RETOS de la
magistratura
en temas
de DERECHO
PROCESAL CIVIL



ACADEMIA DE
LA MAGISTRATURA

REVISTA DE INVESTIGACIÓN DE LA ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA

Vol. 3, n.º 5, julio-diciembre, 2021
Publicación semestral. Lima, Perú.
ISSN: 2707-4056 (en línea)
DOI: 10.58581/rev.amag.2021.v3n5.04



La cooperación judicial internacional y su incorporación a la norma interna

International judicial cooperation and its incorporation into the peruvian legal system

Lourdes E. Morales Benavente*

Distrito Fiscal de Lima
(Lima, Perú)

lmorales@mpfn.gob.pe

<https://orcid.org/0000-0001-7466-9768>

Resumen: En la actualidad, el marco jurídico se ve fuertemente influido por la globalización, el notable desarrollo de las tecnologías de información y comunicaciones. Este escenario va a exigir a futuro mayores cambios en la sociedad y en el abordaje de los servicios de justicia.

La globalización ha ocasionado la cercanía de los mercados y, por ende, que el tráfico jurídico internacional se incremente y se presenten muchos casos que involucran la necesidad de solicitar el apoyo a una jurisdicción extranjera para garantizar el seguimiento del proceso, actividad que sin duda debe tener y prever un marco legal. De otro lado, la situación actual de emergencia sanitaria a nivel mundial obliga a pensar en nuevas formas de

* Fiscal Provincial Titular de Familia de Lima. Abogada por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, con estudios de maestría en derecho civil y comercial, y doctorado en derecho y ciencias políticas por la misma casa de estudios, máster en derecho contemporáneo por la Universidad de Jaén-España.

prestar la cooperación, que prioricen el uso de la tecnología considerando las situaciones de aislamiento social obligatorio producto de la pandemia y la obligación de los Estados de priorizar la vida y salud de las personas.

Frente a esta situación, el Perú es Estado Parte de convenios multilaterales y regionales, así como de tratados bilaterales de cooperación judicial internacional civil. Sin embargo, a nivel de desarrollo de nuestra normatividad civil interna, no tenemos un cuerpo orgánico civil o procesal civil que incorpore y sistematice esta legislación internacional a nuestra legislación interna, como sí existe en materia penal.

Aun cuando se considere que si son tratados internacionales suscritos por el Perú son de aplicación inmediata y no se requiere un cuerpo legal para ponerlo en vigencia, esta afirmación no es tan cierta en el campo de la cooperación judicial internacional, puesto que el problema no es la vigencia sino la operatividad, por lo que siempre es necesario prever normas procesales internas que permitan ejecutar las acciones de cooperación. De igual manera, este desarrollo de la norma internacional en la norma interna, es una práctica seguida ya en materia de cooperación penal, niños, niñas y adolescentes, violencia contra la mujer, capacidad, entre otras.

El problema de la falta de desarrollo interno de normas de cooperación judicial civil internacional se presenta en variados países con efecto en la carga procesal, demora en los trámites y falta de predictibilidad, ausencia de una autoridad central definida, lo que abunda en la necesidad de desarrollar un cuerpo normativo que recoja, en forma orgánica, las diversas disposiciones contenidas en los tratados internacionales, de modo que facilite la labor del operador de justicia.

Esto conlleva la necesidad de incorporar un cuerpo orgánico que desarrolle la cooperación judicial civil internacional en nuestra norma interna. Este cambio normativo permitirá una justicia más rápida al servicio de los justiciables, sin la dilación excesiva que se advierte en la actualidad en los procesos civiles, producto de normas internacionales dispersas sin un cuerpo orgánico que oriente su operatividad.

Palabras clave: cooperación judicial internacional, normatividad interna

Abstract: Nowadays, the social legal framework is strongly influenced by globalization and the development of information and communications technology. This scenario will require greater changes in society and in its approach to justice services.

Globalization has brought the markets closer together and, therefore, international legal traffic has increased and there are many cases that involve the need to request support from a foreign jurisdiction to guarantee the

monitoring of the process, an activity that without a doubt must have and provide a legal framework. On the other hand, the current global health emergency forces us to think about new ways of providing cooperation, which prioritize the use of technology considering the situations of mandatory social distancing as a result of the pandemic and the obligation of States to public health.

When faced with this situation, Peru is a State Party to multilateral and regional agreements as well as bilateral international judicial cooperation in civil matters treaties. However, at the level of development of our internal civil regulations, we do not have a law codification that incorporates and systematizes this international legislation into our internal legislation, as if it exists in criminal matters.

Despite the fact that it is considered that international treaties signed by Peru are immediately applicable and that a legal codification is not required to put them into effect, this statement is not so true in the field of international judicial cooperation since the problem is not the validity but the ease of executing it, so it is always necessary to provide internal procedural rules that allow the execution of cooperation actions. In the same way, the development of the international norm is a practice already followed in matters of criminal cooperation, protection of children and youth, violence against women, etc.

The problem of the lack of internal development of norms for international civil judicial cooperation occurs in various countries with an effect on the procedural burden, delay in procedures and lack of predictability, absence of a defined central authority, which abounds in the need for develop a normative body that organically collects the various provisions contained in international treaties, so as to facilitate the work of the justice operator.

This entails the need to incorporate a law codification that develops international civil judicial cooperation in our internal regulations. This regulatory change will allow faster justice at the service of the defendants, without the excessive delay that is currently observed in civil proceedings, the product of scattered international standards without an organic body to guide their operation.

Key words: International judicial cooperation, internal legislation

RECIBIDO: 30/11/2021
APROBADO: 27/12/2021

REVISADO: 20/12/2021
FINANCIAMIENTO: Autofinanciado

1. Introducción

Durante las últimas décadas, se ha resaltado la importancia de la cooperación entre las naciones, pero limitándose a la justicia penal, esto, en su mayoría, por los casos de corrupción de funcionarios. Sin embargo, para la justicia civil, se desconoce la aplicación de los mismos y el beneficio en el tiempo y en la práctica que significan aquellos, resultando de interés conocer cómo se define y qué entendemos por ellos, y porque consideramos necesario que un cuerpo orgánico lo incorpore.

Lo anterior motivó la realización de este trabajo, en el entendido de que la cooperación judicial internacional civil presenta una importancia medular en un mundo globalizado y con fuerte interdependencia en el marco de los procesos civiles seguidos en sede judicial. Sin embargo, a pesar de su importancia, la bibliografía es escasa en comparación a la cooperación judicial penal que ha merecido mayor atención de los publicistas.

La cooperación judicial internacional (CJI) es entendida como la acción de los Estados destinada a entablar relaciones entre autoridades en torno a actuaciones judiciales que sean necesarias para la sustanciación de los procesos. Constituye, así, la solución jurídica ante la necesidad de desarrollar actuaciones válidas en lugares fuera de su jurisdicción (Aguirre y Manasía, 2004).

Para otros autores, el concepto de la cooperación judicial hace referencia a los instrumentos que faciliten el desarrollo de la potestad jurisdiccional en el país. De ese modo, se favorecen actividades como las de notificación, citaciones y la actuación de pruebas en el extranjero (Arnáiz, 2013).

Su finalidad es auxiliar a la justicia extranjera en el desarrollo de su función jurisdiccional en cualquier nivel (Villalta, 2013), con las correspondientes garantías, de acuerdo al variado grado del auxilio que se requiera (Cervini, 2016). En general, se presentan como actuaciones procesales que se despliegan en un Estado para servir a un proceso iniciado o por iniciarse en otro (Tellechea, 2007).

En sede nacional, se le considera como un auxilio judicial que se suministran entre sí tribunales de distintos países, para la ejecución de actuaciones de índole procesal que no pueden realizar fuera de su territorio jurisdiccional (Arriola, 2007) por un asunto de soberanía. Esto genera la necesidad de dar forma legal a este auxilio.

El Estado peruano ha celebrado pocos tratados bilaterales sobre este tema (Convenio sobre exhortos y cartas rogatorias de la Región Amazónica, suscrito con la República Federativa de Brasil; Convenio sobre exhortos entre la República del Perú y la República de Chile; Convenio sobre exhortos

judiciales entre la República del Perú y la República Argentina; y Tratado entre la República del Perú y la República Popular China sobre asistencia judicial en materia civil y comercial, en vigor desde 1893, 1945, 1963 y 2012, respectivamente; además del Tratado entre la República del Perú y la República de Colombia sobre cooperación judicial en materia civil, comercial y administrativa, suscrito en 2009, pero que aún no entra vigor) y, en general, los tratados multilaterales son los que presentan un marco internacional de actuación. A la vez, este marco, al estar en instrumentos distintos, no ha sido desarrollado en la normatividad interna, siendo este uno de los aspectos que dificulta la aplicación de la cooperación judicial civil internacional.

A nivel doctrinal, se pueden encontrar los llamados principios de cooperación judicial internacional desarrollados en el Protocolo Iberoamericano sobre Cooperación Judicial Internacional, presentado en la XVII Cumbre Judicial Iberoamericana y explicados en el documento Anexo n.º 1: Breve Referencia sobre los Principios Generales de Cooperación. Estos son: 1) cláusula de orden público internacional; 2) respeto al debido proceso en el Estado requirente; 3) igualdad de tratamiento entre las partes; 4) no exigibilidad de la reciprocidad; 5) publicidad procesal; 6) traducción y forma libres; 7) creación de una autoridad central que reciba y transmita los pedidos de cooperación; 8) transmisión espontánea de información a las autoridades del estado requirente; y 9) implementación de las comunicaciones directas.

Según Cervini (2016), para ejecutar la cooperación judicial y todas las acciones, cualquiera sea su naturaleza, se debe estar sometido, en primer lugar, a sus propios principios, cuya finalidad sea conservar el orden público y otros intereses vitales para que sobreviva el Estado (Principio 1); establece la necesidad de proteger el derecho a la tutela judicial efectiva en el mismo Estado donde se genera el conflicto jurídico que activa la participación judicial (Principio 2); dispone que el acceso a la justicia es igualitario y no puede establecerse un trato preferente basándose en el criterio de la nacionalidad (Principio 3); advierte que no se debe limitar la cooperación a la exigencia de reciprocidad (Principio 4); considera a la publicidad de la cooperación como la norma principal, por lo que los casos confidenciales deben ser explicados (Principio 5); dispone la libertad de traducción y forma (Principio 6); propone la creación de una Autoridad Central (Principio 7); establece la espontaneidad de la transmisión de informaciones entre Autoridades Centrales (Principio 8); y consagra la posibilidad de establecer comunicaciones directas entre los juzgadores (Principio 9).

2. La globalización y los retos que plantea

Arévalo (2008) sostiene que la globalización ha influido en las relaciones internacionales contemporáneas de tal manera que ha desdibujado los

límites entre lo interno y lo de fuera, y ha inducido a un nuevo tipo de relación que vincula polifacéticamente ambos conceptos. Por estas razones se habla de lo global y lo interno en relación a este encuentro.

Se considera que hay ciertas características que merecen destacarse, en base a Arévalo (2008):

- a) La expansión de mercados cuyos reflejos son los procesos de integración como una consecuencia de la relación interdependiente.
- b) La diversificación de tecnologías cuya tendencia es el incremento de la tecnología digital, comunicaciones, internet y, como consecuencia, el desarrollo del comercio electrónico.
- c) El problema de la fuerte migración y las diferencias que crea.

Con respecto al término «globalización», Arévalo (2018) sostuvo que es el crecimiento y extensión de las relaciones sociales de una forma que, lejos de ser uniforme, es más bien diversa y de múltiples dimensiones. Además, señaló que estas relaciones al intensificar las relaciones internacionales repercuten en el Derecho, el cual va a adquirir un nuevo alcance, pues tiene que responder y regular nuevos conflictos y situaciones que muchas veces son sumamente complejas, y que no pueden ni deben ser ignorados por la investigación jurídica y sociojurídica.

El fenómeno es complejo, por ejemplo, desde la óptica de las relaciones internacionales, se puede referir la superación de las fronteras territoriales del derecho con diferentes hechos, como la creciente preponderancia del sistema global que va a producir normativa mundial. Se debe considerar, igualmente, la creciente influencia de los acuerdos regionales, de las organizaciones no estatales que producen derecho, y el ascenso de un derecho a internet (Denninger, 2004).

En cuanto al proceso judicial, este también se ha globalizado, pues cada vez es más necesario realizar notificaciones, actuar pruebas, ejecutar sentencias en diversos Estados, entre otros (Carrascosa, 2004). De manera similar, estos cambios influyen en el costo de las relaciones privadas internacionales al ser cada vez más complejas, y todo ello requiere de una reestructuración del Derecho y, por consiguiente, de la normativa que regula la cooperación judicial internacional civil.

Como se aprecia, los grandes cambios que se han introducido por la globalización requieren del derecho una respuesta que la vuelva realmente reguladora de las relaciones sociales acorde a su tiempo histórico. Esto significa que las disposiciones normativas de su más importante código deben responder ante los requerimientos sociales actuales.

4. Normatividad interna sobre cooperación judicial internacional

Dentro de la normativa que contiene el Código Procesal Civil peruano, el tratamiento a la cooperación judicial civil internacional es inexistente, pues hace referencia a la actuación consular —limitada a la notificación de resoluciones y documentos. Si solo se aplicara la norma interna, no hay posibilidad de solicitar la cooperación judicial civil internacional

con la amplitud que se le reconoce en la actualidad.

Por citar un ejemplo: solo se podría solicitar al juez extranjero la notificación a una persona. No hay base legal interna para solicitar una medida de mayor intensidad como actuación de pruebas y ejecución de sentencias. Esto se presenta porque el Código Procesal Civil no contempla una normativa de cooperación judicial civil internacional. La única referencia al juez extranjero es solo para el acto de la notificación (artículo 162).

Por el contrario, la Ley Orgánica del Poder Judicial, cuyo objeto no es establecer cuestiones procesales, incorpora la figura del exhorto a juez extranjero. Sin embargo, esta referencia dentro del libro IV de exhortos, establece que cuando se comisiona a juez extranjero se tenga que enviar el exhorto mediante la vía que establezca el tratado, y si este no existiere, por conducto del Ministerio de Relaciones Exteriores (artículo 168).

En este sentido, la normatividad que se aplica en el Perú al momento de ejecutar un acto de cooperación judicial está referida a las normas internacionales (tratado respectivo) y, en la mayoría de casos, al principio de reciprocidad. No hay una norma que desarrolle la cooperación judicial internacional de modo orgánico.

En cambio, la cooperación judicial penal internacional ha sido incorporada en el nuevo Código Procesal Penal (CPP), el cual ha dedicado el Libro Séptimo a normarla. Este libro desarrolla instituciones propias como la asistencia judicial recíproca, la extradición y la transferencia internacional de personas condenadas, y tiene la ventaja de tener un cuerpo orgánico que sirve de sustento legal para el momento de ejecutar las acciones de cooperación judicial.

El Código Procesal Penal, inclusive, ha señalado cuáles son las acciones de cooperación judicial internacional y, si bien se pueden reunir estas en las tres instituciones ya citadas, establece un número abierto de posibles formas de asistencia judicial debidamente detalladas en el artículo 511 y su desarrollo procesal. Abre así un enorme abanico de posibilidades favorables al desarrollo del proceso y dicta las pautas por las que han de discurrir, siendo, por lo tanto, un importante modelo para facilitar la cooperación judicial civil internacional.

La cooperación judicial internacional tiene como base los tratados y en eso se han de asemejar la cooperación civil y penal. Sin embargo, la norma interna es residual (Arriola, 2007) y, por consiguiente, se aplica cuando no hay tratado y debe invocarse el principio de reciprocidad.

En conclusión, la norma procesal interna peruana permite la notificación como forma de cooperación, reconociendo también recibir declaraciones y absolución de posiciones, pero en otros cuerpos legales. En la práctica, los pedidos no se circunscriben a las notificaciones, sino que se invoca el principio de reciprocidad para ejecutar diferentes formas de cooperación judicial internacional.

5. Normatividad internacional sobre cooperación judicial internacional

Las disposiciones sobre cooperación judicial civil internacional se encuentran más bien en los tratados de los que el Perú es Estado parte. Esta normatividad internacional está contenida, a su vez, en diversas convenciones multilaterales, regionales o bilaterales.

- ▶ El Tratado de Derecho Procesal Internacional de Montevideo (1889), que se refiere al cumplimiento de exhortos, sentencias y fallos arbitrales, estableciendo determinados requisitos para que tengan la misma fuerza que en el país donde se han dictado y la disposición de que se ejecuten según las reglas del Estado donde se piden que se apliquen. Se establecen disposiciones de cooperación judicial y claros lineamientos procesales.
- ▶ El Código de Derecho Internacional Privado o Código Bustamante, de igual manera, se refiere a los exhortos o cartas rogatorias; determina requisitos y advierte que no es aplicable para casos de ejecución coactiva. Asimismo, establece la ley aplicable al momento del cumplimiento de la cooperación, entre otras disposiciones procesales.
- ▶ La Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias (1975), que se aplica a las ejecuciones de actos procesales de mero trámite como notificaciones en general, así como citaciones o emplazamientos. De igual manera, su aplicabilidad para la obtención y recepción de pruebas y solicitar informes en el extranjero, con la advertencia de que no es aplicable a los actos que comprendan ejecución coactiva.
- ▶ La Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero (1975), que complementa a la Convención interamericana sobre exhortos o cartas rogatorias, la cual prevé la actuación de pruebas en el extranjero vía exhorto y establece ciertas precisiones (Arriola,

2007). Esta convención desarrolla una forma de cooperación para la actuación de pruebas, estableciendo requisitos para su cumplimiento.

- ▶ La Convención Interamericana sobre Pruebas e Información acerca del Derecho Extranjero (Montevideo, 1979), cuyo objeto es establecer normas de cooperación judicial internacional para obtener elementos de prueba y solicitar información sobre el derecho de los Estados firmantes.
- ▶ El Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias (Montevideo, 1979), su importancia radica en los formularios que crea y que simplifican la cooperación judicial, e incluye un formulario «C» de Certificado de Cumplimiento.
- ▶ La Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias que, a su vez, incorporó un capítulo dedicado a la Cooperación Procesal Internacional para disponer la eficacia extraterritorial de las sentencias extranjeras, si es que reunían ciertas condiciones. Así estableció ciertos documentos necesarios para su cumplimiento. Incorporó también el Principio de Igualdad de Trato al disponer que no se debiera exigir ninguna forma de caución al acreedor alimentario por el hecho de ser extranjero o tener domicilio o residencia en otro país.

Entre los tratados regionales, el Perú es Parte del Acuerdo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en materia civil, comercial, laboral y administrativa entre los Estados Partes del Mercosur y la República de Bolivia y la República de Chile. Este acuerdo está referido a la cooperación jurisdiccional y refuerza la acción de las autoridades centrales, las que reciben y tramitan los pedidos de asistencia judicial, suministran información sobre el derecho en las materias del acuerdo y establecen las condiciones para la eficacia territorial de sentencia y laudos arbitrales.

Respecto a los tratados bilaterales, la actividad negociadora de tratados del Perú no es muy intensa, razón por la cual solo se cuenta con pocos tratados, entre ellos: el Convenio sobre Exhortos entre la República del Perú y la República de Chile. Este convenio se limita a decir que los exhortos se tramitan según el derecho del Estado requerido, con las formalidades que establece su legislación y no requieren legalización si son remitidos por la vía diplomática.

El Convenio sobre Exhortos Judiciales entre la República del Perú y la República Argentina, tiene similar redacción. Es decir, que, para el convenio, los exhortos se tramitan según el derecho del Estado requerido, y no requieren legalización si son remitidos por la vía diplomática, con la formalidad del caso.

Por su parte, el Convenio sobre Exhortos y Cartas Rogatorias de la Región Amazónica, suscrito con la República Federativa de Brasil, dispone la obligación de cooperar con el diligenciamiento de los exhortos y cartas rogatorias tanto en lo criminal como en lo civil. Sin embargo, respecto a lo criminal, señala expresamente a las que se deben limitar. También, establece que, en realidad, son formas de cooperación, entre otras, citación, interrogatorio, declaración de testigos, exámenes, remisión de documentos y, en general, cualquier diligencia que conduzca a resolver la causa, siempre que fueran permitidos por la normativa de ambos Estados.

Otro tratado bilateral vigente es el Tratado entre la República del Perú y la República Popular China sobre asistencia judicial en materia civil y comercial, que parte de considerar la igualdad de trato en la protección judicial y señala las actuaciones que se pueden realizar vía asistencia judicial. Asimismo, establece la ley del Estado requerido como ley aplicable, la reserva a la ejecución de la asistencia y forma de comunicación de los resultados por la autoridad central, razones para estimar la competencia del Tribunal sentenciador, así como pautas para reconocer y ejecutar una sentencia.

6. La falta de regulación que desarrolle la cooperación judicial internacional en materia civil

La insuficiencia de la norma procesal interna que desarrolle la cooperación judicial civil internacional hace que la práctica de este importante mecanismo se deje librada a la práctica judicial que, en ausencia de norma claras, es sumamente dispar. El operador jurídico aún no tiene el debido conocimiento sobre esta materia, por lo que algunos autores refieren, con razón, que la cooperación jurídica internacional aún adolece de notorias demoras y estos, los operadores, desconocen o tienen un conocimiento muy limitado, del potencial de las herramientas aplicables y disponibles en este asunto (Goicochea, 2016).

No hay una norma interna que determine cuáles son los requisitos que debe contener los exhortos internacionales ni el derecho aplicable, si hay o no exigencia de legalización. Tampoco se ha desarrollado la figura de la autoridad central y si esta recae en el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos o en el Ministerio de Relaciones Exteriores.

7. Problemática que suscita la falta de regulación que desarrolle la cooperación judicial internacional

No hay una base de datos actualizada sobre lo que demora el trámite de una cooperación internacional civil, estando librado a la experiencia que haya tenido el órgano judicial encargado de ejecutar el exhorto. Al no existir

una norma interna de desarrollo procedimental, cada juez ejecutará la cooperación según su entender, lo que se agrava con el desconocimiento, en su mayoría, de los trámites a seguir.

8. Materiales y métodos

A falta de una base de datos nacional sobre la problemática del diligenciamiento de los exhortos en el extranjero, se busca información sobre la experiencia en otros países americanos.

Se consultaron las siguientes publicaciones:

- a) «Cuestionario sobre dificultades en la tramitación de exhortos civiles internacionales» (2014) de la Cumbre Judicial Iberoamericana. XVII edición de la cumbre judicial iberoamericana. Grupo cooperación judicial internacional. <https://bit.ly/3yISYon>
- b) Cuestionario: Seguimiento al Protocolo iberoamericano de cooperación judicial internacional. Respuestas coordinadores nacionales. <https://bit.ly/3jHFFhG>
- c) Manual sobre los alcances al procedimiento para la tramitación de cartas rogatorias en materia civil (2019). Oficina de Cooperación Judicial. Ministerio de Relaciones Exteriores. Perú.

Se consideró también la legislación comparada.

- d) Ley 29/2015, de 30 de julio de 2015, de Cooperación jurídica internacional en materia civil, del Reino de España.
- e) Código Civil y Comercial de la República Argentina.

Además, se han revisado artículos doctrinarios, que se citan a lo largo del artículo.

Método usado: método descriptivo, explicativo y observacional.

6. Resultados

La Autoridad Central que recaía en el Ministerio de Justicia, de modo informal, pues no hay norma interna que así lo diga, pasó luego al Ministerio de Relaciones Exteriores desde el 16 de junio de 2017, en los siguientes cinco instrumentos internacionales en el marco de la Organización de los Estados Americanos: a) Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias; b) Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias; c) Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias; d) Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero; y e) Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares. Asimismo, se

aplica para el Acuerdo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en materia civil, comercial, laboral y administrativa entre los Estados Partes del Mercosur y la República de Bolivia y la República de Chile, y cuando las cartas rogatorias se tramitan al amparo del Principio de Reciprocidad (Ministerio de Relaciones Exteriores, 2019).

La tendencia que se viene observando a nivel de derecho comparado es que la cooperación judicial internacional se incorpore en normas internas. En este sentido, se puede citar algunos ejemplos como el Reino de España y la República Argentina que la incorporaron como norma interna, aunque de diferente manera.

En el Reino de España, se dictó la Ley 29/2015, el 30 de julio de 2015, sobre la Cooperación jurídica internacional en materia civil. El preámbulo explica, entre las razones de su promulgación, que es aplicable a la situación peruana: a) la imperativa urgencia de implementar una normativa moderna sobre cooperación jurídica internacional en materia civil para llenar el vacío derivado de un régimen legal común; y b) diseño de un régimen general que permita hacer más fácil la labor de los órganos de justicia. Un aspecto muy importante de esta ley es que, además, determina cuál es la Autoridad Central y sus atribuciones (artículo 7).

En la República Argentina, las normas de cooperación judicial civil internacional se encuentran dentro del Código Civil y Comercial, el cual destina el Título IV del Libro Sexto a disposiciones de derecho internacional privado, por lo que los casos que involucren elementos extranjeros adquieren un trato más específico. De esta manera, los temas de jurisdicción y de derecho aplicable se ve hoy día ampliado con la incorporación de los instrumentos que proporciona la cooperación jurídica internacional (Rapallini, 2018).

En el «Cuestionario sobre dificultades en la tramitación de exhortos civiles internacionales» (2014) de la Cumbre Judicial Iberoamericana, se planteó, entre otras, las siguientes preguntas: ¿cuáles son las dificultades más frecuentes al emitir una comisión rogatoria en materia civil?, ¿se cumplimentan las rogatorias en el plazo solicitado? Revisadas las respuestas por cada país, se aprecia determinada problemática que es bueno referir.

La República de Colombia, al responder, en el rubro «Dificultades para la autoridad requirente», sobre cuáles eran las dificultades más frecuentes al emitir una comisión rogatoria en materia civil, los funcionarios respondieron que era el desconocimiento de los tratados y/o convenios internacionales por parte de los funcionarios que libran las comisiones rogatorias. En cuanto al plazo en que se deben cumplir las comisiones rogatorias, respondieron que, en términos generales, cuando se determinan plazos, los mismos no se cumplen.

La República de Costa Rica, a su vez, al responder sobre las dificultades para la autoridad requirente y en específica la pregunta sobre las dificultades más frecuentes al emitir una comisión rogatoria en materia civil, respondió que la más usual es el desconocimiento respecto a quien se dirigirá el exhorto —la seguridad y certidumbre es necesaria para estos trámites—, también señaló que muchas veces se desconocen las formalidades que han de cumplirse, la falta de lineamientos para la confección del exhorto, la documentación que se debe acompañar, la cantidad de juegos de copias que han de presentarse para que la autoridad que ejecute la comisión rogatoria pueda no solo armar el expediente sino también para darle seguimiento. En cuanto al cumplimiento de los plazos, respondió que las comisiones rogatorias, por lo general, no se cumplimentan en el plazo solicitado, siendo necesario remitir un recordatorio por intermedio del órgano judicial y tramitado vía diplomática, a su vez la vía diplomática debe seguir también un procedimiento para que se haga llegar a la autoridad judicial a cargo del cumplimiento.

La República de El Salvador, al responder sobre las dificultades más frecuentes al emitir una comisión rogatoria respondió que era el tiempo de tramitación, por cuanto el trámite era largo y engorroso. Si bien la respuesta es lacónica, nos muestra una realidad preocupante que era el largo tiempo que toma el trámite, además de calificarlo como engorroso, es decir, molesto, fastidioso, conforme a su significado. Respecto a la segunda pregunta referida al cumplimiento de los plazos, señala que se cumplen en el plazo solicitado si es que se señala plazo. Por ende, *a contrario sensu*, si no se señala plazo no hay garantía de un diligenciamiento celeré.

El Reino de España, al responder a la pregunta cuáles eran las dificultades más frecuentes al emitir una comisión rogatoria en materia civil respondió que era: determinar el convenio aplicable y establecer la tramitación, la ausencia de formularios e incluso existiendo formularios, había dificultad en la cumplimentación de los mismos, falta de información suficiente sobre la existencia de modelos o de otra información como la relativa al idioma, pago de tasas o gastos de tramitación. En cuanto al cumplimiento de las rogatorias en el plazo solicitado, hizo un distingo precisando que las enviadas a la Unión Europea se reciben en el plazo, lo que no ocurre respecto a los países de América Latina y el resto del mundo. Esta problemática se debía a que, en ocasiones, los plazos son muy cortos para su correcta ejecución o por las cargas de trabajo del órgano judicial.

La República Oriental del Uruguay, a la pregunta respecto a las dificultades más frecuentes al emitir una comisión rogatoria en materia civil, respondió que era la falta de conocimiento de la normativa aplicable y explicó esta situación señalando que Uruguay ha incorporado a su legislación múltiples disposiciones, dando lugar a la multiplicidad y superabundancia de textos

normativos. En términos prácticos, les resultaba difícil recordar los textos vigentes para cada tema, inclusive recordar las diferencias puntuales entre los tratados sucesivos sobre un tema. A ello se sumó la falta de conocimiento sobre las formalidades correspondientes y respecto a los operadores con quienes comunicarse a fin de absolver las dudas. En cuanto a la consulta sobre si se cumplimentan las rogatorias en el plazo solicitado, respondió que, en general, no se cumplen en el plazo solicitado.

La falta de desarrollo de normas de cooperación judicial internacional como problema se presenta en diversos países. En Chile, por ejemplo, se comentaba esta situación respecto de los exhortos internacionales, los cuales se encontraban escasamente regulados en el artículo 76 del Código de Procedimiento Civil. En este artículo, se dividió su trámite entre la Corte Suprema y en el Ministerio de Relaciones Exteriores, situación que generaba una elevada carga laboral, además de la duplicación de trámites y, por ende, la consiguiente demora (Morales, s.f.).

Además del retraso, se encuentra el problema de falta de predictibilidad, ya que no es uniforme la concepción que tiene el juez y el poco uso que se da en la judicatura a la normatividad contenida en los tratados internacionales, situaciones diversas que contribuyen al fracaso de la diligencia en términos de oportunidad (Chaparro, 2012).

Sumado a ello, Chaparro (2012) señaló que cada país tiene su propia forma de actuación procesal y no necesariamente pueden aceptar formas procesales de otros Estados. También pueden tratarse de formas poco frecuentes de actuaciones procesales en otros Estados; o que ya se permite en las convenciones, pero sin darles uso, como la gestión del propio interesado.

Respecto al Perú, no se ha encontrado información estadística sobre exhortos. Sin embargo, se advierte del cuestionario, que hay problemas comunes indistintamente del país.

La problemática expuesta explica la necesidad de detallar en una norma procesal el procedimiento que sigue un acto de cooperación judicial internacional civil, sus límites y prohibiciones, así como el trámite, al igual que ha sucedido en la cooperación judicial penal internacional. Ello permitiría que los operadores del derecho tengan una norma que guíe su actuar al momento de ejecutar las acciones de cooperación y, a la vez, permita que la Autoridad Central realice un seguimiento serio de las etapas procesales de la cooperación judicial.

Bajo este supuesto es necesario que un cuerpo normativo interno recoja lo ya normado en los instrumentos internacionales. Este desarrollo puede hacerse a través del Código Procesal Civil a semejanza del tratamiento que ha

tenido la cooperación judicial penal internacional, y que ha merecido que se le dedique un libro en la estructura del Código Procesal Penal peruano, o bien a través de una ley especial tal como lo ha desarrollado la normativa española.

Sea de una forma u otra, este cuerpo normativo debe contener:

- a) Incorporación de la Autoridad central, como se ha realizado en la normativa procesal penal. En este documento, se ha incluido a la Autoridad central como el órgano centralizador de las acciones de cooperación judicial, ante el cual se instan los actos de cooperación y hacen seguimiento de los mismos, y, en la práctica, asesora a los órganos jurisdiccionales sobre la mejor manera de solicitar la cooperación judicial, además de ser quien informa sobre la aplicación del principio de reciprocidad. Se debe designar legislativamente a la Autoridad Central, de modo que exista un órgano que brinde la información sobre requisitos y plazos, o lo que mencionaba Costa Rica al absolver el «Cuestionario sobre dificultades en la tramitación de exhortos civiles internacionales»: lineamientos para la confección del exhorto, la documentación que se debe acompañar y la cantidad de juegos de copias. Así se evitará que el trámite se vuelva largo y engorroso como lo describía la República de El Salvador en el citado cuestionario.
- b) Reglas básicas que seguirá la tramitación del exhorto, indicando que la ejecución del mismo se realizará de acuerdo a la legislación del Estado requerido, con la salvedad de que podrá emplearse procedimientos distintos siempre que no sean contrarios a su orden público.
- c) Requisitos mínimos del exhorto.
- d) Actividades que pueden considerarse cooperación judicial.
- e) Principios de la cooperación judicial internacional civil, como el respeto al orden público internacional del Estado requerido, de modo que la legitimidad del acto de cooperación pase necesariamente por no quebrantar el orden público del Estado que presta la cooperación; la igualdad de trato independiente que sea nacional o extranjero, que garantizará que se acceda a la justicia en iguales condiciones y evitará imponer condiciones solamente por la situación de extranjero; y la traducción libre, que representa un importante ahorro para el usuario del servicio de administración de justicia dado los altos costos que representa una traducción oficial certificada.
- f) Transmisión de las solicitudes, indicando las posibles vías: a) consular o diplomática; b) autoridades centrales; o bien, c) directamente entre los órganos jurisdiccionales, indicando el contenido y requisitos mínimos de las solicitudes de cooperación, como lo hace la legislación española

cuando señala taxativamente lo que se debe especificar en un pedido de cooperación.

- g) Se debe precisar el trámite, la forma de ejecución y las formalidades para su devolución tras el cumplimiento. Igualmente, se debe señalar los motivos de denegación de una solicitud de cooperación judicial, los cuales deben estar establecidos inequívocamente.
- h) Otro aspecto que se viene utilizando, al menos en la cooperación penal, es el desplazamiento al Estado requerido de magistrados, como ya lo tiene normado la legislación española.
- i) Se debe contemplar también la posibilidad de incorporar a la cooperación judicial las tecnologías informáticas y de la comunicación para las prácticas de las diligencias, por ejemplo, las teleconferencias.
- j) De igual manera, se debe contemplar el auxilio judicial para el litigante pobre y el cobro de los gastos y costas que se pueden generar.
- k) El principio de especialidad, por el cual la cooperación se realiza solamente para las actuaciones solicitadas y autorizadas, no pudiéndose utilizar para otros fines.

7. Conclusiones

- ▶ Las actuales relaciones internacionales van considerando a la cooperación judicial internacional como una medida de asistencia entre Estados que permita un accionar más eficiente para las cooperaciones que brinden los diferentes poderes judiciales. Esta cooperación se hace más impostergable en la actualidad con las consecuencias del fenómeno de la globalización, los adelantos tecnológicos y de comunicaciones, y más reciente con la llamada «nueva normalidad» tras la pandemia del COVID-19. Esta última situación ha venido exigiendo medidas para el desarrollo virtual de la Administración de Justicia, caracterizada, en el caso del Perú, por la escrituradad y poco uso de los medios tecnológicos. Aquellas medidas han ido atendiéndose para desarrollar el trabajo remoto.
- ▶ Frente a este panorama y retos, el Código Procesal Civil peruano, como norma procesal interna aplicable para ejecutar las acciones de cooperación judicial civil internacional, solo ha incorporado normas referentes a los exhortos internacionales para efecto de notificaciones. De esta manera, ha normado que cuando la actuación judicial se practique fuera de la competencia territorial se deberá remitir exhorto, encargando su ejecución a quien corresponda, indicando, además, que los exhortos pueden dirigirse a los cónsules (artículo 151), pero no

indica el exhorto al juez extranjero para las actuaciones que deben realizarse fuera del territorio peruano. Sí hace referencia y permite el exhorto al juez extranjero respecto a las notificaciones, en la que, sí se admite conjuntamente con la actuación consular (artículo 162).

8. Discusión

- ▶ A nivel del Código Procesal Civil, la norma de procedimiento más importante porque permite el accionar de la actividad jurisdiccional, no ha desarrollado un conjunto de normas de cooperación judicial civil internacional. No hay norma expresa como sí sucede en la Cooperación Judicial Internacional Penal, que le ha dedicado inclusive el Libro Séptimo para desarrollar esta institución. Complementando esta normativa, la Ley Orgánica del Poder Judicial señala que, si se comisiona a un juez extranjero para la ejecución de una diligencia, se debe enviar exhorto legalizado por intermedio del Ministerio de Relaciones Exteriores (artículo 168). A su vez, el Reglamento Consular del Perú aclara que las funciones del cónsul están limitadas a las solicitudes judiciales destinadas a efectuar notificaciones y recibir declaraciones o absolución de posiciones, si estas son permitidas por la legislación del país donde se encuentren.
- ▶ Al no tener una norma interna que desarrolle la cooperación judicial internacional, la práctica forense ha debido de encontrarla en los instrumentos internacionales multilaterales, regionales y bilaterales. Sin embargo, el fundamentar un proceso interno en un instrumento internacional, trae como consecuencia que no exista uniformidad en la práctica, lo que afecta la predictibilidad de los procesos y deja librado al buen entender del operador judicial, además de lo complejo que resulta estar buscando las respectivas convenciones. En general, se ha podido constatar como una constante que los operadores del derecho desconocen los tratados y su manejo.
- ▶ Las normas de cooperación judicial contenidas en los tratados bilateral y multilateral no se han incorporado en la legislación interna, de manera que no existe un cuerpo orgánico que permita un procedimiento claro para ejecutar las solicitudes de cooperación. En consecuencia, se tiene que trabajar con múltiples convenios que no siempre son accesibles para el abogado no especializado y, aun para los que conocen su forma de empleo, representa consultar múltiples datas, en lugar de un solo cuerpo orgánico.
- ▶ La inexistencia de un cuerpo orgánico que norme la cooperación judicial civil internacional trae como consecuencia que los operadores

del derecho no tengan una legislación clara que guíe su actuación procesal y, por lo tanto, el nivel de cumplimiento se vuelve problemático y lento. Esto genera, además, un procedimiento desordenado que no garantiza un resultado favorable a los pedidos de asistencia que se requieran ejecutar en el Perú.

- ▶ La solución para este problema normativo radica en incorporar las diversas disposiciones internacionales a la norma interna, ya sea dentro del Código Procesal Civil o como norma autónoma.

Referencias

- Acuerdo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en materia civil, comercial, laboral y administrativa entre los Estados Partes del Mercosur y la República de Bolivia y la República de Chile, 5 de julio de 2002. <https://bit.ly/3k9MNUo>
- Aguirre, A., y Manasía, N. (2004). *Principios contemporáneos del Derecho Internacional en la Globalización. Frónesis: Revista de Filosofía Jurídica, Social y Política*, 11(2), 9-33. <https://bit.ly/3CGYaM6>
- Arévalo, P. (2008), Los desafíos del derecho frente a la globalización. *Revista Via Iuris*, (4), 75-93.
- Arnáiz, A. (2013). Evolución de la Cooperación Judicial Penal Internacional: en especial, la cooperación judicial penal en Europa. *En Cooperación Judicial Penal en Europa* (pp. 1-40). Consejo General del Poder Judicial. European Judicial Training Network. Instituto de Justicia y Litigación «Alonso Martínez» de la Universidad Carlos III de Madrid, España
- Arriola, M. (2007). Cooperación judicial internacional en el sistema de derecho internacional privado peruano. *Revista Oficial del Poder Judicial. Revista de Investigación de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú*, 1(1), 107-128.
- Carrascosa, J. (2004). Globalización y Derecho Internacional Privado en el Siglo XXI. *Anales de Derecho*, (22), 17-58.
- Cervini, R. (2016). Principios de Cooperación Judicial Penal Internacional en el Protocolo del Mercosur. *Instituto Uruguayo de Derecho Penal*, (1), 1-46.
- Chaparro, A. (15 de noviembre de 2012). Exhortos, exequátur y otros requerimientos: poderes judiciales trabajan en proyecto para agilizar su tramitación. *El Mercurio*. <https://bit.ly/3z6ZfdI>
- Código de Derecho Internacional Privado o Código Bustamante, 20 de febrero de 1928. <https://bit.ly/3iXlvjE>

- Código Procesal Civil (2019). Jurista Editores
- Código Procesal Penal (2021). (Tomo III). Gaceta Jurídica.
- Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, 30 de enero de 1975. <https://bit.ly/3z1ZUGM>
- Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias, 15 de julio de 1989. <https://bit.ly/3z44fzP>
- Convención Interamericana sobre Prueba e Información acerca del Derecho Extranjero, Montevideo (Uruguay), 5 de agosto de 1979. <https://bit.ly/2XI4TW6>
- Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero, 30 de enero de 1975. <https://bit.ly/3mhsQO5>
- Convenio sobre Exhortos entre la República del Perú y la República de Chile, 5 de julio de 1935. <https://bit.ly/2W3RxmI>
- Convenio sobre Exhortos Judiciales entre la República del Perú y la República Argentina, 2 de julio de 1935. <https://bit.ly/2WeqEMc>
- Convenio sobre Exhortos y Cartas Rogatorias de la Región Amazónica, 17 de mayo de 1893. <https://bit.ly/3sxaauO>
- Cumbre Judicial Iberoamericana. (s.f.). Cuestionario: Seguimiento al Protocolo iberoamericano de cooperación judicial internacional. Respuestas coordinadores nacionales. <https://bit.ly/3jHFFhG>
- Cumbre Judicial Iberoamericana. (2014a). Anexo n.º 1: Breve Referencia sobre los Principios Generales de Cooperación. Protocolo Iberoamericano sobre Cooperación Judicial Internacional. XVII Edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana. Grupo Cooperación Judicial Interna. pp. 10 - 12.
- Cumbre Judicial Iberoamericana. (2014b). *Cuestionario sobre dificultades en la tramitación de exhortos civiles internacionales*. XVII Edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana. Grupo Cooperación Judicial Internacional. Hoja de ruta para la actuación de los integrantes del Subgrupo de Exhortos. <https://bit.ly/3yISYon>
- Denninger, E. (2004). Derecho en «desorden» global. Sobre los efectos de la globalización. *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, (8), 117-130.
- Goicochea, I. (2016). Nuevos desarrollos en la cooperación jurídica. *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur*, 4(7), 127-151.

- Ley Orgánica del Poder Judicial (2019). Jurista Editores
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (2014) *Código Civil y Comercial de la República Argentina*. Dirección Nacional del Sistema Argentino de Información Jurídica.
- Ministerio de Relaciones Exteriores. (2019). *Manual sobre los alcances al procedimiento para la tramitación de cartas rogatorias en materia civil*. Oficina de Cooperación Judicial.
- Morales, N. (s.f.). *Nueva tramitación en materia de exhortos internacionales*. Ferrada Nehme. <https://bit.ly/3xGEfZZ>
- Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, 8 de mayo de 1979. <https://bit.ly/3sA7X1Z>
- Rapallini, E. (2018). Cooperación jurídica internacional en el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina. *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, 15(48), 431 - 449.
- Reino de España. *Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación jurídica internacional en materia civil*, BOE. 182. 31 de julio de 2015. P. 65906 a 65942
- Tratado de Derecho Procesal Internacional de Montevideo, 11 de enero de 1889. <https://bit.ly/37W1c0T>
- Tratado entre la República del Perú y la República Popular China sobre asistencia judicial en materia civil y comercial, 19 de marzo de 2008. <https://bit.ly/3gfrYFW>
- Tellechea, E. (2007). Dimensión judicial del caso privado internacional. Análisis de la cooperación de mero trámite, probatoria y cautelar en el ámbito interamericano y del Mercosur. En: XXXIV Curso de Derecho Internacional. Washington: Organización de Estados Americanos. Comité Jurídico Interamericano. (pp. 221-222).
- Villalta, A. (2013). *La Cooperación Judicial Internacional*. <https://bit.ly/2UhOJ4s>



ACADEMIA DE
LA MAGISTRATURA

REVISTA DE INVESTIGACIÓN DE LA ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA

Vol. 3, n.º 5, julio-diciembre, 2021
Publicación semestral. Lima, Perú.
ISSN: 2707-4056 (en línea)
DOI: 10.58581/rev.amag.2021.v3n5.05



Resoluciones revisoras de nulidad con argumentación de fondo: ¿afecta el principio de pluralidad de instancias?

Nullity review resolutions with background argumentation: does the principle of plurality of instances affect?

Carlos Alfonso Silva Muñoz*

Corte Superior de Justicia de Lambayeque
(Lambayeque, Perú)
csilva@pj.gob.pe
<https://orcid.org/0000-0003-3438-0745>

Resumen: Este artículo determina que las resoluciones revisoras civiles afectan el principio de pluralidad de instancias cuando declaran la nulidad de la resolución apelada justificándola con una argumentación de fondo. Se desarrolla el principio de pluralidad de instancias desde un punto de vista legal, doctrinario y jurisprudencial. Se realiza un análisis de la Casación n.º 2297-2017-Lambayeque —así como de las resoluciones que la motivaron— como un referente de la problemática estudiada. Se estudia la problemática advertida en la casación indicada y se plantean alternativas

* Doctor en Derecho. Magíster en Derecho Civil y Comercial. Docente de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo. Presidente de la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque.

para solucionarla. Se concluye que se deben tener reglas claras y vinculantes respecto al contenido de las decisiones revisoras de nulidad. Establecimiento de jurisprudencia vinculante. Es importante que en todo proceso se tenga un respeto cabal a la independencia judicial. Los abogados deben ejercitar eficientemente su defensa, sobre todo en el aspecto impugnatorio.

Palabras clave: principios procesales, debido proceso, nulidad procesal, impugnación privada, independencia judicial

Abstract: This article determines that civil review decisions affect the principle of plurality of instances when they declare the nullity of the appealed resolution justifying it with a substantive argument. The principle of plurality of instances is developed from a legal, doctrinal and jurisprudential point of view. An analysis of Cassation No. 2297-2017-Lambayeque is carried out — as well as the resolutions that motivated it— as a reference to the problem studied. The problem noted in the indicated appeal is studied and alternatives are proposed to solve it. It is concluded that there must be clear and binding rules regarding the content of the nullity review decisions. Establishment of binding jurisprudence. It is important that in any process there is full respect for judicial independence. Lawyers must efficiently exercise their defense, especially in the challenging aspect.

Key words: procedural principles, due process, procedural nullity, private challenge, judicial independence.

RECIBIDO: 30/11/2021

REVISADO: 20/12/2021

APROBADO: 27/12/2021

FINANCIAMIENTO: Autofinanciado

1. Introducción

En un Estado convencional y constitucional de derecho, es muy importante que en el proceso judicial se observen los principios que lo sustentan para hacer posible un enjuiciamiento justo. El debido proceso es el principio trascendental, y encierra dentro de sí a otros principios como la pluralidad de instancias, independencia judicial, imparcialidad, entre otros. La afectación de cualquiera de ellos deslegitima el sistema de justicia del Estado.

Dentro del trabajo judicial, se pueden encontrar algunas ocasiones en las cuales los órganos jurisdiccionales revisores (salas y juzgados) se exceden en su argumentación, afectando con ello el debido proceso. Dichos órganos se pronuncian con una argumentación de fondo, esto es, sobre la materia del conflicto, teniendo por probados los hechos en discusión y aplicando al caso el derecho que consideran pertinente. No obstante, declaran la nulidad de la decisión revisada para que el juez de la primera instancia emita nueva decisión. Este juez ya no tiene nada que resolver, en tanto que el asunto fue

decidido por el superior, convirtiéndose en única instancia. Así se ve afectado el principio de pluralidad de instancias.

Este trabajo ha sido estructurado con una secuencia lógica, desarrollando, en primer lugar, las investigaciones previas referidas al tema: nulidad procesal, parámetros legislativos de la pluralidad de instancias, concepto de la palabra instancia, pluralidad de instancias y naturaleza humana, su complementariedad con otros principios procesales, ventajas y desventajas de la única instancia y de la instancia plural, justificación jurisprudencial de la pluralidad de instancias, y análisis de la Casación n.º 2297-2017-Lambayeque.

El objetivo de este trabajo se centra en determinar el alcance de la problemática estudiada y encontrar alternativas de solución. En ese sentido, se plantean medidas mediatas como el cambio de legislación. Además de medidas inmediatas como el establecimiento de jurisprudencia vinculante, revalorización del principio-derecho de independencia judicial, y eficiencia en el ejercicio de la defensa forense.

Asimismo, se tiene como propósito verificar cómo se afecta a la pluralidad de instancias cuando el juez revisor anula una decisión de primera instancia, fundamentándose en argumentos de fondo. Seguidamente, se plantearán las opciones jurídicas que se pueden manejar constitucional y legalmente para corregir estos errores.

2. Marco teórico

2.1 Concepto de instancia

Para entender mejor el problema del presente artículo es necesario repasar conceptos básicos. Cabanellas (1979) señala que el término «instancia» puede entenderse como solicitud o petición, de allí que se pueda decir que en un proceso civil los jueces actúan a instancia de parte. También es posible concebir a la instancia como actividad que se realiza ante un juez. En ese sentido, es válido decir que, si las actuaciones procesales son realizadas por un primer juez, este será primera instancia, y la actividad revisora del juez superior será segunda instancia.

2.2. Pluralidad de instancias

2.2.1. Investigaciones previas sobre la afectación a la pluralidad de instancias

Sobre el tema planteado, se ha encontrado el estudio realizado en la tesis de maestría de Tuesta (2010), «La racionalidad funcional de la garantía de la doble instancia». En este trabajo académico, se analizan dos casos sobre

restricciones a la pluralidad de instancia, temas que se relacionan con el estudiado en este artículo.

El primer caso está referido al recurso de nulidad de laudos. Se plantea que el numeral 64 de la Ley de Arbitraje - Decreto Legislativo n.º 1071 (2008) regula que el recurso de casación ante la Sala Civil de la Corte Suprema es viable si el laudo es anulado en forma total o parcial por la inicial instancia (Sala Civil Superior). Dicha regulación hace tolerable constitucionalmente la no existencia de un recurso que permita una segunda revisión de juzgamiento, por las características extraordinarias de dicho proceso.

El segundo caso está enfocado en lo resuelto por el Tribunal Constitucional cuando revisa asuntos de rechazo *in limine* de demandas constitucionales. Se concluye que, si una demanda constitucional es declarada improcedente con la resolución inicial, y en el recurso de agravio constitucional el Tribunal Constitucional emite un pronunciamiento sobre la controversia amparando la demanda, esta forma de actuar sería aceptable si se está ante una extraordinaria situación, ya que de no tomarse una decisión de fondo se afectaría gravemente la tutela jurisdiccional efectiva del accionante. Aún en estas circunstancias, otra Sala del mismo Tribunal debe revisar esa decisión, caso contrario se afectaría el derecho constitucional a la pluralidad de instancias.

Debe acotarse que, es recurrente esta forma de resolver por parte del máximo órgano constitucional, conforme se registra en los expedientes n.º 1251-2002-AA, 1034-2002-AA, 2783-2002-AA, 1519-2003-AA, 1337-2003-AA, 1590-2003-AA, 1931-2003-AA, 1702-2003-AA, 2201-2003-AA, 1153-2004-AA, 1223-2003-AA, 0824-2003-AA, entre otros.

Del mismo modo, el Tribunal Constitucional procede de la forma como se ha señalado, cuando ampara la demanda y al declarar infundada la misma.

En este artículo, se comparte la posición de que no habrá agravio a la pluralidad de instancias cuando la ley expresamente prohíbe la impugnación de determinado acto procesal para su revisión por una instancia superior. Sí lo habrá, sin importar los matices que se puedan presentar, cuando el revisor emite una decisión en única y última instancia resolviendo el conflicto, siendo que en la primera instancia la decisión no ha sido de fondo —fundada o infundada la demanda— sino de improcedencia de la demanda.

En este tipo de casos, no solo se afecta la pluralidad de instancias, sino también el derecho de contradicción o defensa del demandado. Este no tiene opción legal para cuestionar la decisión del máximo órgano jurisdiccional constitucional, ya que la misma es inimpugnable y agota la jurisdicción

nacional, como lo establece el artículo 24 del Código Procesal Constitucional (CPC) - Ley n.º 28237 (2004).

Otra tesis de maestría, presentada por Álvarez (2019), ha desarrollado el tema materia de este artículo bajo el título: «Integración de sentencias en casos de divorcio por causal de separación de hecho y la vulneración de los derechos de defensa y pluralidad de instancias». Aquí la problemática se centró en la indemnización o adjudicación preferente en los casos de divorcio por causal de separación de hecho que regula el artículo 345-A del Código Civil (1984).

Se estudiaron casos en los que los jueces de primera instancia no emiten pronunciamiento respecto de la indemnización o adjudicación preferente. Sin embargo, las Salas Superiores sí resuelven fijando o no la indemnización o la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal, constituyendo esta decisión la primera en este aspecto. Igualmente, se produce afectación cuando se revocan las sentencias disponiendo la indemnización en lugar de la adjudicación preferente.

El problema advertido en la tesis tiene que ver con la no posibilidad del perjudicado para cuestionar lo decidido por el superior (Sala de Familia), pues el recurso de casación es extraordinario y sirve para denunciar infracción normativa o apartamiento inmotivado del precedente judicial.

En este artículo, se coincide con las conclusiones a la que arribó la tesista Álvarez. Efectivamente, las Salas Superiores en los casos allí desarrollados serían la única instancia, pues el recurso de casación no tiene la connotación de un recurso de instancia.

2.2.2. Protección legislativa de la pluralidad de instancias

El principio de la pluralidad de instancias ha sido reconocido en instrumentos internacionales, como en el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) que determina que «toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley». En el artículo 8.2 h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), se establece que, durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, «de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior».

En el Perú, todas las constituciones políticas han reconocido este principio. En algunas la pluralidad de instancias se encuentra regulada de manera expresa, como en la Constitución de 1823, que en su artículo 113 determinó que «no se conocen más que tres instancias en los juicios». En las Constituciones de 1826, 1828, 1834, 1839, 1867 y 1920, se le encuentra como atribuciones de los

tribunales de justicia. Mientras que las Constituciones de 1856, 1860 y 1933 solo hacen mención a los juzgados de primera instancia y a las Cortes Superiores y Corte Suprema, lo cual significa que también existían más de una instancia. Por su parte, en la Constitución de 1979, inciso 18 del artículo 233, se define a la instancia plural como una garantía de la administración de justicia. Y, en el inciso 6 del artículo 139 de la actual Constitución de 1993, se la encuentra regulada como un principio y derecho de la función jurisdiccional.

A nivel infraconstitucional, la pluralidad de instancias está reconocida en el artículo 11 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial - Decreto Supremo n.º 017-93-JUS (1993), en la cual se precisa que «las resoluciones judiciales son susceptibles de revisión, con arreglo a ley, en una instancia superior». Adicionalmente, en el artículo X del Título Preliminar del Código Procesal Civil (1993), se establece que «el proceso tiene dos instancias».

2.2.3. Origen de la pluralidad de instancias

La familia es la célula básica de la sociedad, es el entorno social donde por primera vez el ser humano, generalmente, tiene la asistencia de sus padres para proveerle de bienes materiales e inmateriales que le permitirán sobrevivir en el mundo.

En el hogar, es natural encontrar situaciones en las que un sujeto del mismo grupo afecta física o psicológicamente a otro familiar. Si el afectado tiene la suficiente capacidad para salir airoso del acto de violencia, el asunto se resuelve directamente. Pero si no tiene esa posibilidad, es lógico que requiera del apoyo de alguien más fuerte que su agresor para que disuada a este de su actuar.

Generalmente, se encuentran este tipo de situaciones cuando hay dos o más hermanos menores en la familia, en la que el mayor puede violentar al menor. Este último recurre a sus padres para que corrijan al hermano mayor.

Como se aprecia el hecho de recurrir a alguien con más capacidad para resolver los conflictos es algo natural en la sociedad. Esto es precisamente lo que se desarrolla de manera semejante en un proceso judicial: la parte que considera injusta una decisión del juez, puede recurrir a su superior para que la corrija. Así se configura la pluralidad de instancias.

Lo señalado se refleja de modo similar en un proceso judicial. Se recurre a un juez superior cuando se considera que la decisión del primer juez está errada o viciada agravando al impugnante.

2.2.4. Pluralidad de instancias y su complementariedad con otros principios procesales

Este derecho tiene un doble carácter. Es subjetivo y particular, exigible por una persona. Además, es objetivo, por asumir una dimensión institucional a ser respetado por todos, debido a que lleva implícito los fines sociales y colectivos de justicia (Landa, 2002).

Devis (1984) consideró que de los principios de la impugnación y de contradicción o audiencia bilateral se desarrolla el principio de pluralidad de instancias. Esta relación directa de un principio procesal con otros se llama complementariedad. Si se desea extraer consecuencias plenamente beneficiosas de la adopción de un principio, resulta inevitable receptor el otro o los otros que contribuyen a hacer más eficaz su accionar (Peyrano, 1978).

Es correcto afirmar que la pluralidad de instancias está íntimamente relacionada con el principio de impugnación privada. Solo mediante la interposición de un medio impugnatorio se puede acceder a una instancia superior. Esto se aprecia claramente en el artículo 364 del Código Procesal Civil (1993), cuando prescribe que «el recurso de apelación tiene por objeto que el órgano jurisdiccional superior examine, a solicitud de parte o de tercero legitimado, la resolución que les produzca agravio, con el propósito de que sea anulada o revocada, total o parcialmente».

Asimismo, la pluralidad de instancias debe ir de la mano con el derecho de contradicción en su sentido más amplio. En un proceso judicial, se debe permitir a quienes intervienen en él —con excepción del juez— cuestionar toda la actividad procesal, salvo prohibición legal al respecto. Así, por ejemplo, se cuestionará la actividad probatoria de la otra parte con la interposición de una cuestión probatoria (tacha u oposición). La actividad procesal producida por el órgano jurisdiccional, se impugnará con un medio impugnatorio (remedio o recurso). Todo ello es manifestación del derecho de contradicción.

2.2.5. Ventajas y desventajas de la instancia única y la instancia plural

Un asunto que se debate en foros procesales es el referido a la conveniencia o no de mantener la pluralidad de instancias u optar por la instancia única. En este último caso, se privilegiarían los principios de economía y celeridad.

Vescovi (1998) hace un estudio de las ventajas y desventajas de ambas instancias. Resalta que con una sola instancia hay más celeridad, y al parecer más avance en la jurisprudencia, pues los jueces de primera instancia son más

abiertos a novedades jurisprudenciales. Por su lado, la impugnación surge de un ansia natural de justicia. Los tribunales de segunda instancia están mejor integrados (por su colegialidad y superior versación y experiencia de los miembros). Evitan la mayor irreflexividad en el juzgar por el juez de primera instancia. La colegialidad no significa límite a las novedades jurisprudenciales, sino en la medida en que ello es razonable y lógico, sopesando óptimamente las corrientes nuevas.

Un problema que se presenta con el tema de pluralidad de instancias está referido a la demora que origina transitar por más de una instancia. Coincidiendo con la apreciación de Gozaíni (2004), ello se presenta por la forma en que se implementa el sistema recursivo. Debe establecerse adecuadamente el funcionamiento de la segunda instancia y encontrar ante el juez de la primera instancia la posibilidad de reconsiderar situaciones firmes. El derecho fundamental de pluralidad de instancias no puede enervarse teniendo como razón la celeridad del proceso.

Como se aprecia, no es posible afirmar la validez inobjetable de ninguno de los sistemas. La eficacia del sistema en materia de instancias depende de muchos factores, como la complejidad del caso, la logística del estado, la litigiosidad social, entre otros.

Resulta conveniente evaluar —en otra investigación— con mayor información, incluso estadísticas, si resulta suficiente en sede nacional la instancia única para algunos procesos (casos fáciles). Pero debería mantenerse la doble instancia para procesos cuya solución sea compleja (casos difíciles o trágicos), o cuando estén involucrados intereses públicos. Esta decisión ya es de política procesal del Estado.

2.2.6. Pluralidad de instancias para el Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional, en el fundamento 9 de la sentencia recaída en el expediente n.º 4235-2010-PHC/TC (2010), señaló que el derecho a la pluralidad de instancias es un derecho fundamental. Su objeto es garantizar que las personas que participen en un proceso judicial tengan la oportunidad de que lo resuelto por un órgano jurisdiccional sea revisado por otro superior de la misma naturaleza. Este derecho guarda conexión estrecha con el derecho fundamental a la defensa, reconocido en el inciso 14 del artículo 139 de la constitución vigente.

No obstante, lo señalado, debe indicarse que los diversos ordenamientos procesales establecen casos de ciertas decisiones judiciales para las cuales no se permite su impugnación. Así la resolución que resuelve la reposición es inimpugnable conforme a lo previsto en el artículo 363 del Código Procesal

Civil, entre otros casos. Estas restricciones son excepcionales y se establecen por razones plenamente justificadas.

También pueden establecerse requisitos para viabilizar el derecho a impugnar, ya que en la actividad procesal son naturales el cumplimiento de ciertas formalidades o requisitos para la eficacia de los actos procesales. El derecho de pluralidad de instancias es de configuración legal.

2.3. Nulidad procesal y pluralidad de instancias.

2.3.1. Concepto de nulidad procesal

El término «nulidad» en derecho procesal, como lo señala Couture (2005), se puede referir indistintamente a cuatro cuestiones: al error deficiencia u omisión en el acto procesal, (acto nulo, como sinónimo de acto equivocado u omisivo), a los efectos que genera ese error (acto nulo, como acto privado de eficacia), al medio de impugnación (remedio o recurso de nulidad) y al resultado de la impugnación (declaración de nulidad del acto, con la pérdida de todos sus efectos) (p. 304).

La nulidad no solo referida al acto procesal, sino también a la actividad procesal —trámite procedimental— en general. Cuando se participa en un proceso judicial, todos los intervinientes deben observar pautas de actuación obligatorias, como son los principios procesales. Asimismo, debe cuidarse el respeto de las garantías constitucionales y legales a las que tienen derecho todos los partícipes del proceso.

En ese sentido, la nulidad se presenta siempre que los actos producidos al interior de un proceso no observen las formalidades establecidas en la ley, y cuando la actividad procesal afecte las garantías constitucionales de los sujetos de la relación procesal.

Debe precisarse que no cualquier incumplimiento de las formas genera nulidad, solo se concluirá en ella cuando se afecte el derecho al debido proceso. Es por eso que el artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Civil precisa que las formalidades previstas —en dicho código— son imperativas, pero el juez adecuará su exigencia al logro de los fines del proceso.

El debido proceso es un derecho fundamental que se encuentra contemplado en el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú. No es posible que un proceso se tramite obviando los cánones de este derecho, pues se atentaría contra la norma fundamental.

La nulidad procesal puede presentarse por diversas causas, entre ellas, cuando el acto o la actividad procesal en general incumple con los requisitos

o formalidades establecidos en la ley, nulidad por invalidez de la relación procesal, y nulidad por inexactitud o ilegalidad del acto procesal.

En general, todas las causas de nulidad posibles no necesariamente darán lugar a la declaración de ineficacia del acto o actividad procesal, sino que debe determinarse si ese vicio afecta gravemente al debido proceso.

2.3.2. Nulidad de resoluciones de primera instancia

El artículo 138 de la Constitución Política establece que la potestad de administrar justicia se ejerce por el Poder Judicial, a través de sus órganos jerarquizados, con arreglo a la Constitución y a las leyes.

Esta prescripción constitucional es muy importante, ya que permite determinar que el ejercicio de la jurisdicción será válido siempre que los juzgadores se sujeten a los parámetros del sistema jurídico nacional.

Los jueces revisores pueden tener varias opciones cuando atienden las resoluciones judiciales de los grados de instancia. Pueden confirmar la resolución impugnada, si están de acuerdo con ella, esto es, consideran que se ha hecho una debida evaluación de los hechos, correcta apreciación de la prueba admitida y actuada, y precisa aplicación de los preceptos jurídicos.

Otra posibilidad es que los órganos de revisión revoquen la resolución impugnada, al considerar que la decisión asumida en ella no es correcta. El juez de primera instancia quizá no haya apreciado correctamente los hechos, o la evaluación probatoria no sea la más idónea, o se observe una aplicación incorrecta del derecho para resolver la litis. En estos casos, la revocatoria de la resolución implica que el pronunciamiento sea sustituido por uno nuevo, pero emitido por el mismo juez superior. Entonces, si la decisión revisada ha declarado fundada la demanda, el revisor revocará la decisión y declarará infundada la demanda. De manera contraria, si la decisión revisada ha declarado infundada la demanda, la decisión del segundo grado será revocar la decisión, y declarar fundada la demanda.

Por último, incluso es probable que el juez superior pueda declarar nula la decisión en revisión. Obviamente esto se hará siempre que llegue a comprobar que ha habido afectación al debido proceso.

Debe precisarse que, la potestad anulatoria de los jueces de segunda instancia puede ser ejercida de dos formas. La primera, cuando es denunciada expresamente la nulidad en el medio impugnatorio. Esto está regulado en el artículo 355 del Código Procesal Civil, en el que se precisa que mediante los medios impugnatorios las partes o terceros legitimados solicitan que se anule o revoque, total o parcialmente, un acto procesal presuntamente afectado por vicio o error. Ello es concordante con lo preceptuado en el artículo 364 del

mismo cuerpo de leyes, que determina que el recurso de apelación tiene por objeto que el órgano jurisdiccional superior examine, a solicitud de parte o de tercero legitimado, la resolución que les produzca agravio, con el propósito de que sea anulada o revocada, total o parcialmente.

La segunda manera en que el juez revisor puede anular la resolución impugnada, se presenta cuando en la apelación no se plantea de manera expresa ninguna nulidad. Sin embargo, el artículo 382 del Código Procesal Civil autoriza dicho pronunciamiento al establecer que el recurso de apelación contiene intrínsecamente el de nulidad, solo en los casos que los vicios estén referidos a la formalidad de la resolución impugnada.

Este segundo caso solo autoriza la nulidad de la resolución apelada, pero no del trámite procesal que incluso podría presentarse. Puede ser que haya vicios de naturaleza procedimental, como una falta de notificación con la demanda a uno de los demandados, siendo así, es evidente la afectación al debido proceso desde la etapa postulatoria del proceso. Frente a estas situaciones, atendiendo a que se está vulnerando un derecho constitucional, la nulidad se extiende no solo a la resolución impugnada, sino a todo el trámite procesal hasta el estado en que se cometió el vicio.

Este último caso es de nulidad insubsanable, de allí que debe aplicarse la parte final del artículo 176 del Código Procesal Civil, que determina la posibilidad de declarar de oficio este tipo de nulidades.

Como se aprecia, no está vedado para el juez revisor el poder declarar la nulidad de la resolución impugnada, pero dicha potestad debe ejercerse adecuadamente.

2.3.3. Nulidad procesal por afectación a la pluralidad de instancias

En la línea de las ideas expuestas, puede afirmarse que la pluralidad de instancias es un derecho que forma parte del derecho continente al debido proceso. Tiene que ver con el objetivo de alcanzar una decisión justa, en tanto que el ser humano puede fallar en su actividad de buscar la verdad de los hechos que dan lugar a un conflicto. Ese riesgo del error humano puede disminuir con el establecimiento mínimo de dos instancias revisoras, «una que formula la decisión y la otra que la revisa» (Castillo, 2011, pp. 8-9).

Entonces, al tener naturaleza constitucional, el derecho de pluralidad de instancias no puede verse restringido o condicionado en su ejercicio, salvo regulación legal razonable.

En ese sentido, no es viable, por ejemplo, admitir como válida la restricción legal referida a la no impugnación de una sentencia en cualquier ámbito procesal (civil, penal, laboral, entre otros), teniendo en cuenta que con la

sentencia se pone fin al conflicto o cuestión controvertida, y también puede rechazarse la demanda por grave defecto de la relación procesal, como lo establece la parte final del artículo 121 del Código Procesal Civil (1993). Tampoco podrá asumirse como constitucionalmente válida una decisión judicial que afecte de cualquier forma el acceso a la doble instancia, sin que haya razón legal alguna para ello.

De acuerdo a lo expuesto, se considera que un acto procesal que afecta uno de los derechos que integra el debido proceso no puede subsistir, teniendo en la nulidad un mecanismo corrector de dicha anomalía.

Agudelo (2009) determina que la nulidad procesal es una sanción procesal que priva a los actos y a las etapas procesales de sus efectos normales desde su eficacia, en las cuales no se han observado ciertas reglas fundamentales del debido proceso, como las referentes a las formas preestablecidas, a la garantía del derecho a ser oído, o cuando se desconocen las pautas objetivas que tutelan la garantía de legalidad del juez.

La pluralidad de instancias es parte del debido proceso, así lo establece el Tribunal Constitucional en el fundamento 4 de su sentencia emitida en el expediente n.º 0282-2004-AA/TC Lima. Allí precisa que el derecho a la pluralidad de instancias constituye una garantía consustancial del derecho al debido proceso, con la cual se persigue que lo resuelto por un juez de primera instancia pueda ser revisado por un órgano funcionalmente superior y, de esa manera, permitir que lo resuelto por aquel, cuando menos, sea objeto de un doble pronunciamiento jurisdiccional.

Por tanto, se concluye que hay afectación al debido proceso-pluralidad de instancias cuando ya no es posible, sustancialmente, la revisión de una decisión por parte de un órgano jurisdiccional superior.

2.4. Afectación de la pluralidad de instancias en la Casación n.º 2296-2017 - Lambayeque

La casación referida ha sido emitida por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema, con fecha 21 de noviembre de 2018, en un proceso de indemnización de daños y perjuicios.

2.4.1. Pretensión y hechos

Se extrae de la casación materia de análisis, que la demandante (Teresa) plantea la pretensión de indemnización de daños y perjuicios por responsabilidad civil extracontractual contra el conductor del vehículo (Alix), el propietario de dicho vehículo (Raúl), y la empresa de seguros y reaseguros (Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito - SOAT). La actora solicita una

indemnización de S/ 100 000 por daño a la persona y S/ 100 000 por daño moral, más intereses, costas y costos.

Además, refiere que el daño causado fue la muerte de su conviviente (Richard) en el accidente de tránsito producido con fecha 10 de junio de 2010, a las 19:00 horas. Y señala que su conviviente conducía su mototaxi, desplazándose por la avenida Venezuela del distrito de José Leonardo Ortiz, en sentido de oeste a este, siendo embestido violentamente por la camioneta conducida por Alix, ocasionándole lesiones graves que le provocaron la muerte.

2.4.2. Sentencia de primera instancia

El juez del Cuarto Juzgado Especializado Civil de Chiclayo, en su sentencia de fecha 17 de junio de 2016, declaró improcedente la demanda.

En la sentencia, se señala que, en las investigaciones realizadas por el personal técnico de la Policía Nacional del Perú y el Ministerio Público, se ha establecido que el vehículo menor (mototaxi) invadió intempestivamente el carril contrario por el que transitaba la camioneta *pick-up* (conducida por Alix).

Asimismo, según lo establecido en autos y graficado en el croquis de folios 265, el día en que ocurrieron los hechos en la avenida Venezuela, cuadra 32, en la calzada norte, había una piedra de gran tamaño en el carril de circulación habilitado temporalmente de oeste - este (por el que circulaba el mototaxi). Este obstáculo en la vía de circulación del vehículo menor obligó al conductor, Richard Altamirano Cotrina, a desviarse hacia el carril de circulación este - oeste.

En esta sentencia se consideró también que, en la producción del accidente de tránsito, no se advierte una situación de total impericia del conductor de la camioneta *pick up* que haya sido determinante en la producción del resultado dañoso. Pues, este iba por su carril de circulación, no había ingerido bebidas alcohólicas que pudieran limitar su actividad física y mental ni excedía la velocidad máxima permitida en la zona.

Se agregó en la sentencia que no resulta relevante el hecho acreditado de que el conductor de la camioneta *pick up* no tenía licencia de conducir, dado que, ante una invasión intempestiva del vehículo menor del carril contrario, no resulta razonable exigir, aún al conductor más experimentado, que logre evitar el choque frontal, más aún por lo angosto de la calzada, que estaba habilitada para circulación por un solo carril en doble sentido y la oscuridad (accidente ocurrió a las 19:00 horas).

En definitiva, la sentencia concluye que se configura el supuesto de fractura causal que regula el artículo 1972 del Código Civil, el cual determina la improcedencia de responsabilidad.

2.4.3. Sentencia de segunda instancia

La Segunda Sala Civil de Lambayeque, en su sentencia de vista de fecha 17 de enero de 2017, confirma la sentencia que declaró improcedente la demanda.

Esta sala superior consideró que el hecho por el que se produjo el daño a la víctima, conforme fluye de los actuados, fue el choque con una piedra en el carril del mototaxi que conducía el afectado, razón por la cual la unidad vehicular se volteó e impactando la puerta lateral izquierda de la camioneta.

Agrega que, dicho evento, como causa ajena, es precisamente un hecho o acto, imputable a la propia víctima, acción producto de la piedra que obstaculizaba la vía. Tal circunstancia es, por tanto, ajena al conductor de la camioneta, razón por la cual resulta errónea la pretensión de condena al pago de una suma, considerando que existen elementos suficientes para colegir que no está obligado a la reparación debido a la fractura del nexo causal que el *a quo* ha invocado en su fallo. De otro lado, el resultado muerte no necesariamente exige una indemnización en todos los casos. Ello está en función solo de una acreditación fehaciente de responsabilidad civil.

2.4.4. Casación n. ° 2296-2017- Lambayeque

La Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema, con fecha 21 de noviembre de 2018, emitió la Casación n.° 2296-2017- Lambayeque. Con esta resolución, casó la sentencia de vista del 17 de enero de 2017, emitida por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque. Anuló esa sentencia y declaró insubsistente la sentencia apelada del 17 de junio de 2016, la cual determinó improcedente la demanda sobre indemnización por daños y perjuicios. Por último, ordenó que el *a quo* emita nueva resolución.

En el considerando octavo, aprecia que los pronunciamientos de los órganos de mérito se han sustentado en una supuesta existencia de una ruptura del nexo causal prevista en el artículo 1972 del Código Civil, eximiendo así de responsabilidad solidaria tanto al conductor del vehículo como al propietario del mismo, basándose en que habría sido la víctima quien imprudentemente chocó su vehículo contra una roca en la calzada y que ello hizo que se volcara e impactara contra el vehículo del demandado. Sin embargo, no se advierte que las instancias de mérito hayan desarrollado de forma debida la infracción al deber de cuidado consistente de encontrarse habilitado para manejar vehículos automotores que, de haberse cumplido, habría podido, en cierta medida, evitar el accidente con consecuencia fatal.

Con esto se hace referencia al hecho de que el conductor Alix Alberto Calderón Carrasco, conforme lo señalaron las instancias de mérito, no contaba con licencia de conducir, y de parte del propietario Raúl Félix Rodas Mendivil, en atención al hecho de permitir el uso de su vehículo a una persona que no contaba con licencia de conducir. La obligación legal de portar una licencia para conducir vehículos automotores se encuentra prevista expresamente en el artículo 107 del Reglamento Nacional de Tránsito, aprobado por Decreto Supremo n.º 016-2009-MTC, que dispone que: «El conductor de un vehículo automotor o de un vehículo no motorizado de tres ruedas o más, fabricado para el transporte de personas y/o mercancías, debe ser titular de una licencia de conducir vigente de la clase y categoría respectiva» (p. 16).

En el fundamento noveno, la Sala Suprema agrega que resulta evidente que la adopción de una sentencia definitiva exige un análisis exhaustivo de todos los hechos, aun cuando sean concomitantes en la producción del evento lesivo, teniendo en cuenta que el presente es un caso de responsabilidad objetiva. No obstante, conforme a los lineamientos antes desarrollados, resulta que este análisis ha sido obviado en las consideraciones de los órganos jurisdiccionales de primer y segundo grado.

2.5. Apreciación sobre lo decidido en la Casación n.º 2296-2017-Lambayeque

De lo desarrollado anteriormente, se observa que, tanto el juez del Cuarto Juzgado Especializado Civil como el de la Segunda Sala Civil de Lambayeque, ya habían asumido criterio motivado respecto a que la carencia de licencia de conducir del conductor de la camioneta no tenía incidencia en la producción del accidente: aunque hubiese tenido dicha licencia no se hubiera evitado el accidente. Esta apreciación está en relación directa al hecho de que quien colisionó con la parte lateral del vehículo *pick-up* fue el mototaxi conducido por el afectado Richard.

Siendo así, al argumentarse en la casación que la carencia de la licencia de conducir del conductor de la camioneta habría evitado, de alguna manera, el accidente, implica un pronunciamiento de fondo sobre la responsabilidad del conductor de la camioneta y del propietario del mismo —en este último caso, por haber permitido la conducción de su unidad a alguien que no estaba autorizado legalmente.

Como se advierte, hay dos posiciones judiciales totalmente contrarias sobre un tema de fondo, esto es, las responsabilidades del conductor de la camioneta y del propietario de la misma. En estos casos, es obvio que la posición de la instancia suprema debe prevalecer y, por ende, ya se determinaron las responsabilidades de los justiciables antes mencionados.

La pregunta que cabe hacer es: ¿Cómo deben resolver las instancias de mérito una vez devuelto el expediente por la Corte Suprema? En el siguiente punto, se plantean las alternativas.

2.6. Alternativas de los jueces de mérito ante lo decidido en la Casación n.º 2296-2017- Lambayeque

Cuando los jueces de la instancia superior declaran la nulidad de una resolución no pueden emitir pronunciamiento respecto del fondo de la controversia. Si lo hacen ya están decidiendo el conflicto, entonces no es correcto que declaren la nulidad, sino que declaren fundada o infundada la demanda.

De acuerdo a lo precisado previamente, la nulidad se declara cuando hay incumplimiento de requisitos o formalidades que la ley establece para la eficacia de los actos procesales o de la actividad procesal.

Si los jueces de revisión se pronuncian por el tema de fondo para declarar la nulidad de la resolución impugnada, entonces afectan a la pluralidad de instancias. Ello, en razón que constriñen al juez de primer grado a resolver en el mismo sentido que el superior. Si se pronunciara de manera contraria, su decisión no sería confirmada, por cuanto el revisor ya ha asumido un criterio sobre el tema en controversia. No serviría de mucho impugnar la decisión cuando la respuesta ya está previamente dada.

Cambio de criterio por el juez de primera instancia. En el caso bajo análisis, el juez de primera instancia, para ser coherente con lo decidido por la Corte Suprema respecto de la responsabilidad del conductor de la camioneta y del propietario de la misma, tendría que cambiar su criterio inicialmente asumido.

El artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial autoriza al juez, por excepción, variar o apartarse de su criterio inicial, debiendo motivar adecuadamente su resolución. Eso no sería negativo siempre que el cambio de criterio haya sido producto de su libre voluntad, y no cuando haya sido condicionado de algún modo.

Mantenimiento de criterio por el juez de primera instancia. La instancia de mérito también podría mantener su criterio. En esta alternativa es previsible que, de plantearse nuevamente recurso de casación, la Sala Civil Suprema mantendría su posición y nuevamente anularía la sentencia en revisión, o de manera extraordinaria podría emitir una decisión de fondo.

De optar por esta segunda opción, los jueces de instancia pueden ser pasibles de una llamada de atención por parte del superior.

Pero en cualquiera de los casos solo se da cumplimiento a la instancia plural desde el punto de vista formal y no material.

2.7. Propuestas de solución al problema estudiado

En este trabajo, se pone como ejemplo del tema desarrollado a la casación antes referida, no obstante que el problema se presenta en resoluciones de órganos revisores de todas las instancias.

Se pueden establecer algunas alternativas que podrían llevar a resolver el problema, considerando desde el inicio que las mismas serán más eficaces si son empleadas concurrentemente.

Regulación legal precisa y clara sobre facultades del revisor para declarar la nulidad de resoluciones revisadas

Esta sería una primera alternativa, pero no es inédita. En el artículo 1085 del Código de Procedimientos Civiles peruano (1912), se regulaban de manera puntual los casos en los cuales se podía declarar nula una resolución y si bien pueden ser opinables algunos de los casos allí regulados, lo rescatable es que existía una regulación concreta sobre el tema.

Sin pretender recoger al pie de la letra lo regulado en el Código antes citado, se propone en este estudio que en la forma como fue tratada la nulidad de las resoluciones podría verse la conveniencia de regular algo similar en una eventual modificación del actual Código Procesal Civil. Dicha regulación debería recoger la experiencia judicial en esta materia, atendiendo los casos concretos y recurrentes que se tienen.

Establecimiento de jurisprudencia vinculante

En defecto de la legislación adecuada, podría acudir a la jurisprudencia vinculante. Esta debería señalar parámetros claros y precisos sobre los casos, en los cuales el órgano revisor puede declarar la nulidad de una resolución. Será la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, que empleando el mecanismo establecido en el artículo 400 del Código Procesal Civil (Precedente Judicial), la que deberá establecer dichos parámetros. Si bien actualmente algunas casaciones pueden determinar ciertas pautas al respecto, estos casos no sirven de mucho al no estar sistematizados. A ello se agrega que estas casaciones por sí mismas no son vinculantes.

Por ejemplo, en la Casación n.º 178-2008 La Libertad, emitida el 10 de diciembre de 2008, se anuló la sentencia de vista en razón de no haber dado respuesta al agravio puntual expuesto por la parte impugnante en su recurso de apelación, con lo cual resultaba evidente la violación del principio de motivación escrita de las resoluciones judiciales.

Mejor preparación de los abogados

Otra medida concurrente que ayudaría es que los abogados litigantes ejerzan un eficiente ejercicio profesional, sobre todo respecto al tema impugnatorio y ético. Esto es tarea de las universidades y de los Colegios de Abogados, instituciones llamadas a preparar adecuadamente a estos profesionales.

Una idónea preparación del abogado conlleva el ejercicio correcto de la defensa técnica, lo cual permite enrumbar por los cauces debidos a un proceso judicial. De tal manera que no se presenten casos de nulidad por deficiencias de tramitación o de otra índole.

Los mismos abogados podrían advertir al juez de primera instancia que corrija esos defectos, así el superior en grado ya no encontrará razones para declarar la nulidad de las resoluciones impugnadas. Asimismo, el abogado diligente también podría impugnar adecuadamente la resolución de segundo grado que, no obstante declarar la nulidad de la resolución de primera instancia, se pronuncia sobre el tema de fondo.

Respeto por la independencia judicial

La independencia del juez está establecida en el inciso 2 del artículo 139 de la Constitución Política de 1993, se define como un principio-derecho de la función jurisdiccional; pero también se regula en el inciso 1 del artículo 146, estableciendo que por la independencia los jueces solo están sometidos a la Constitución y a la ley. También se regula la independencia judicial en el artículo 2 del Texto Único de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobado por el Decreto Supremo n.º 017-93-JUS. Asimismo, en el artículo 1 del Título Preliminar y en los artículos 34 (como un deber) y 35 (como un derecho) de la Ley de Carrera Judicial, Ley n.º 29277.

Por su parte, Montero (2003) considera que los jueces, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional y en el cumplimiento de su función, quedan sometidos única y exclusivamente a la ley, lo cual no supone discrecionalidad, tampoco que dichos funcionarios queden sujetos solo a su conciencia a la hora de ejercitar su potestad en el caso concreto, sino que la independencia comporta, en primer lugar, sumisión exclusiva a la ley; en segundo lugar, no sumisión a tribunales superiores; y en tercer lugar, no sumisión a entidad alguna.

Dentro de este contexto, también podría ser parte de la solución que los jueces de primer grado, en ejercicio de su independencia judicial, sostengan motivadamente su posición de la decisión anulada.

En aplicación de una interpretación a fortiori del artículo 386 del Código Procesal Civil, puede decirse que, si se puede resolver motivadamente de

manera contraria a un precedente judicial, con mayor razón se podrá disentir de las resoluciones que no tienen esa condición.

Lo señalado en el párrafo anterior, no significa que haya afectación a la cosa juzgada. La decisión superior solo ha anulado la resolución impugnada, pero no ha decidido respecto a la fundabilidad o no de la pretensión.

3. Materiales y métodos

Para la realización de este trabajo académico, se hizo uso de una computadora con acceso a internet. Con este equipo informático, se obtuvo información de la red (Google académico), y también permitió acceder al aula virtual de la Academia de la Magistratura (AMAG) para las sesiones síncronas con los docentes.

La presente investigación es de carácter cualitativa, ya que se ha abocado a estudiar un problema complejo que se presenta en sede judicial, tratando de explicar las razones por las cuales el hecho de que los jueces revisores anulen decisiones con argumentación de fondo afecta al debido proceso. Asimismo, es descriptiva, ya que se detalla la problemática, determinando cómo se presenta la misma. También es explicativa, en tanto que se ha desarrollado un conjunto de conceptos y de alternativas de manera organizada y sistemática, coherentes a los hechos que tienen que ver con la problemática planteada.

Se analizan casos judiciales particulares y, a partir de allí, se establece la naturaleza de la problemática en estudio. Esto ha permitido plantear alternativas de solución para la generalidad de casos que tengan la misma condición.

También se ha utilizado el método dogmático, ya que la investigación se ha desarrollado tomando como referencias a normas jurídicas, doctrina y jurisprudencia.

4. Resultados

Luego del análisis realizado, se ha podido determinar que hay afectación del principio-derecho a la pluralidad de instancias cuando el juez revisor, empleando argumentación de fondo, anula la decisión impugnada. Ello, por cuanto, cualquier decisión que adopte el juez de primer grado, de recurrirse la misma, va a ser confirmada o anulada, dependiendo si es conforme a lo decidido por el superior en su resolución anulatoria.

La problemática advertida puede corregirse con una adecuada legislación, sobre todo de las facultades anulatorias del órgano jurisdiccional revisor. La jurisprudencia también puede ayudar mucho en resolver esta problemática, siempre que la misma sea vinculante. No se debe dejar de lado el ejercicio

eficiente de los abogados litigantes, que ayudaría mucho para evitar nulidades o corregirlas antes de que llegue el asunto a una instancia superior.

Por último, cabe resaltar que, es posible, a partir de la perspectiva de la independencia judicial, que el juez mantenga su criterio, aunque su decisión haya sido anulada.

5. Discusión

En la revisión que se ha realizado a diversas fuentes bibliográficas, no se ha podido obtener mayor información sobre el tema específico en estudio. Pero hay profusa información sobre los principios-garantías-derechos del debido proceso que se encuentran involucrados en la problemática.

La afectación a la pluralidad de instancias no solo se presenta en las resoluciones del Poder Judicial, sino también en algunas decisiones del Tribunal Constitucional, como se ha visto en la tesis de Tuesta. Esto se advirtió cuando dicho tribunal emitió pronunciamientos de fondo en la revisión de casos de improcedencia liminar de demandas. Con ello se convierte en única y última instancia.

Asimismo, de la misma tesis de Tuesta, se determina que no hay afectación de la pluralidad de instancias cuando la ley no permite la revisión por una segunda instancia. En el inciso 5 del artículo 64 de la Ley de Arbitraje - Decreto Legislativo n.º 1071 (2008), se determina la viabilidad del recurso de casación solo si el laudo es anulado en forma total o parcial por la Sala Civil Superior, en consecuencia, si el laudo no es anulado no procede la casación.

En el Código Procesal Civil, hay varios casos de resoluciones que no permiten acceder a una instancia superior. Como ejemplo se puede indicar el artículo 194 de dicho código, que determina que es inimpugnable la resolución que ordena las pruebas de oficio, siempre que la misma se haya expedido cuando la fuente de prueba haya sido citada por las partes en el proceso, se haya asegurado el derecho de contradicción de la prueba, y que esa resolución esté debidamente motivada.

De la tesis de Álvarez, analizada en este trabajo, se llegó a determinar la afectación de la pluralidad de instancias en aquellos casos de procesos de divorcio por la causal de separación de hecho, en los cuales las salas superiores, en vía de apelación, se pronuncian respecto de la indemnización o adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal cuando los jueces de primera instancia no han emitido decisión en este aspecto. También se produce afectación cuando se revocan las sentencias disponiendo la indemnización en lugar de la adjudicación preferente.

En estos casos, la afectación se produce en el hecho de que las sentencias de las Salas Civiles Superiores son pasibles de recurso de casación, pero como este recurso no tiene por objetivo revisar cuestiones fácticas, entonces las Salas Superiores se convierten en primera y única instancia.

El Tribunal Constitucional, en su sentencia emitida en el expediente n.º 00537-2013-PA/TC del 7 de agosto de 2014, analizó el cuestionamiento realizado por el demandante respecto al irregular ejercicio de la potestad anulatoria de los actos procesales con motivo de resolverse una apelación planteada contra una sentencia judicial ordinaria.

Se señaló que, si se ejerciese la facultad de nulificar o anular aun cuando el supuesto presentado en la apelación contenga un error de criterio o de apreciación del derecho (*in iudicando*) del juez de primera instancia, se infringiría el principio de celeridad procesal. Además, se precisó que, un juez superior encargado de resolver una apelación, so pretexto de reconducir un proceso judicial ordinario por los cánones del debido proceso formal, no puede anular y reenviar los actuados judiciales al juez de primera instancia cuando realmente no existen razones jurídicas para ello, y solo existirían en su interior razones de temor judicial para resolver en forma definitiva el fondo de la controversia planteada.

Según esta sentencia, queda claro que el juez revisor sí puede anular una decisión impugnada, pero esa posibilidad debe ejercitarse siempre que existan razones jurídicas debidamente justificadas. Así mismo, es interesante apreciar que la afectación en estos casos también tiene que ver con la celeridad procesal, respecto de la cual no va a ser posible ampliar teniendo en cuenta el objetivo de este estudio.

En este artículo, se ha desarrollado un aspecto problemático que a simple vista parecería superfluo; sin embargo, tiene una importancia relevante, ya que se trata de la afectación del derecho fundamental al debido proceso, en su fase de la pluralidad de instancias. Además, en tanto no es posible impugnar con medio alguno a la casación, se afecta el principio de impugnación privada del justiciable perjudicado con dicha resolución, quien no podrá enervar la situación gravosa que se le ha generado con este pronunciamiento.

No se ha podido, por la naturaleza de esta investigación, plantear mayores precisiones sobre las modificaciones legislativas en el Código Procesal Civil, como el de determinar los casos de nulidad de órganos revisores a regularse de manera puntual. Tampoco se ha identificado con mayor amplitud la variedad de casos en que la afectación a la pluralidad de instancias se produce también por otros órganos revisores, distintos a la Corte Suprema, como Salas Civiles, Juzgados Especializados o Mixtos, y Juzgados de Paz Letrados.

Lo señalado permite afirmar que, en sede nacional, no se advierte de manera clara la problemática antes referida, por eso se siguen emitiendo decisiones anulatorias en revisión, con argumentaciones sobre temas de fondo.

El desarrollo teórico que se ha hecho en esta investigación, sin duda, permitirá clarificar en algo la situación analizada; sin embargo, es necesario que se profundice aún más respecto al estudio de la casuística para comprender las diversas aristas que tiene el problema analizado.

No obstante, las apreciaciones que se han dado respecto a las alternativas planteadas para resolver la afectación a la pluralidad de instancias podrían dar lugar a que los jueces de revisión tengan mayor cuidado al momento de emitir una decisión anulatoria, sin consignar argumentos de fondo. También los jueces de primer grado pueden optar por mantenerse en su criterio, invocando el principio-derecho constitucional de independencia judicial.

Adicionalmente a lo señalado, es posible que este estudio motive que los abogados en ejercicio libre de la profesión realicen un trabajo más eficiente, y siempre cuidando que no se produzcan situaciones de nulidad, advirtiendo al juez para que en todo caso subsane las mismas si se presentasen.

Cuando la parte de un proceso judicial interpone una impugnación tiene la lógica expectativa que la situación gravosa que ha tenido en el primer pronunciamiento puede ser revertida. Esto no se logrará si se presentara el caso materia de este estudio.

6. Conclusiones

La pluralidad de instancias es un principio-garantía-derecho integrante del debido proceso, está reconocido ampliamente en la legislación supranacional y nacional, y debe ser materia de protección y observancia obligatoria en los procesos judiciales, salvo las excepciones legales al respecto.

Los órganos jurisdiccionales revisores pueden anular una resolución o el trámite procesal siempre que el vicio sea de trascendencia y afecte el debido proceso-pluralidad de instancias. Estos órganos revisores no pueden anular una resolución con argumentos de fondo, caso en el cual deberán emitir un pronunciamiento sobre la controversia.

Cuando el órgano jurisdiccional revisor anula una resolución con argumentos de fondo, constriñe al órgano de primera instancia a emitir una nueva decisión apegada al criterio del superior. La impugnación que se haga al respecto no tiene sentido, ya que el revisor ha asumido un criterio.

La situación anterior afecta no solo a la pluralidad de instancias, sino también al principio de contradicción (cuando no se puede cuestionar legalmente la decisión revisora) y el principio de independencia judicial (salvo que el juez de primera instancia discrepe motivadamente con el superior).

Se necesitan hacer modificaciones en el Código Procesal Civil, estableciendo una regulación legal clara y sistemática de la nulidad de las resoluciones judiciales por parte de los órganos jurisdiccionales revisores. En defecto de dicha regulación, debe emitirse jurisprudencia vinculante referida a este tipo de nulidad. Los abogados debidamente preparados también pueden ayudar en la solución de esta problemática, ejerciendo una defensa eficiente para prevenir nulidades o pedir oportunamente la subsanación de las mismas al juzgado de primera instancia.

Los jueces de primera instancia, en ejercicio de su independencia judicial, pueden sostener su posición de la resolución anulada, siempre que hagan una debida motivación.

Referencias

- Agudelo, M. (15 de octubre de 2009). *Los Presupuestos Procesales*. Procesal civil: Alexander Rioja Bermudez. <https://n9.cl/efen>
- Álvarez, K. (2019). *Integración de sentencias en casos de divorcio por causal de separación de hecho y la vulneración de los derechos de defensa y pluralidad de instancias* [Tesis para optar el título de Maestro en Derecho Mención Derecho Civil y Procesal Civil, Universidad Nacional de San Antonio Abad del Cusco]. Repositorio institucional. <https://n9.cl/2j8n0>
- Cabanellas, G. (1979). *Diccionario jurídico elemental*. Heliasta.
<https://cutt.ly/XW2P2k6>
- Casación n.º 178-2008 La Libertad. (2008, 12 de octubre) Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República (Solís Espinoza, Palomino García, Castañeda Serrano, Miranda Molina y Mac Rae Thays). <https://acortar.link/kIJ1fH>
- Casación n.º 2296-2017- Lambayeque. (2018, 3 de agosto) Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República (Solís Espinoza, Palomino García, Castañeda Serrano, Miranda Molina, Mac Rae Thays). <https://n9.cl/segj0>
- Castillo, L. (2011). *El recurso como elemento del contenido esencial del Derecho a la pluralidad de instancias. En particular sobre el recurso de agravio constitucional*. Universidad de Piura. <https://n9.cl/18s43>
- Código de Procedimientos Civiles (1912). Eddili S.A.
- Código Procesal Civil – Decreto Legislativo n.º 768 (1993, 23 de abril). Diario oficial El Peruano. Consulta Sistema Peruano de Información Jurídica - SPIJ.
- Código Procesal Constitucional - Ley n.º 28237 (2004, 31 de mayo). Diario oficial El Peruano. Consulta Sistema Peruano de Información Jurídica - SPIJ.
- Constitución de 1933. <https://n9.cl/8mqxr>
- Constitución de la República Peruana de 1856. <https://n9.cl/1lcav>
- Constitución para la República del Perú de 1920. <https://n9.cl/vci7a>
- Constitución para la República del Perú de 1979. <https://n9.cl/382i>
- Constitución Política de la República Peruana de 1823. <https://n9.cl/ia8zz>
- Constitución Política de la República Peruana de 1828. <https://n9.cl/7cbc>
- Constitución Política de la República Peruana de 1834. <https://n9.cl/y1lj>

- Constitución Política de la República Peruana de 1839. <https://n9.cl/2ilj>
- Constitución Política del Perú de 1860. <https://n9.cl/xmduy>
- Constitución Política del Perú de 1867. <https://n9.cl/exn6w>
- Constitución Política del Perú (1993). Diario oficial *El Peruano*. Consulta Sistema Peruano de Información Jurídica - SPIJ.
- Constitución Política para la República Peruana de 1826. <https://n9.cl/3btn>
- Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969, 7 al 22 de noviembre). <https://n9.cl/3uezv>
- Couture, E. (2005). *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. IB de F. Argentina.
- Decreto Legislativo n.º 1071. Decreto Legislativo que norma el arbitraje (2008, 1 de setiembre). Presidencia de la República. Diario oficial *El Peruano*.
- Decreto Supremo n.º 016-2009-MTC. Reglamento Nacional de Tránsito. Código de Tránsito. (2009, 21 de abril). <https://n9.cl/9zt11>.
- Devis, H. (1984). *Teoría General del Proceso - Aplicable a toda clase de procesos*. (Tomo I). Editorial Universidad.
- Gozaíni, O. (2004). *Derecho Procesal Constitucional - El debido proceso (1.ª ed.)*. Rubinzal – Culzoni Editores
- Landa, C. (2002). Derecho fundamental al debido proceso ya la tutela jurisdiccional. *Pensamiento constitucional*, 8(8). <https://n9.cl/hmi4>
- Ley n.º 29277. Ley de Carrera Judicial. Congreso de la República. <https://bit.ly/3hCfLvE>
- Ley Orgánica del Poder Judicial – TUO – Decreto Supremo n.º 017-93-JUS (1993, 20 de julio). Diario oficial *El Peruano*.
- Montero, J. (2003). *Derecho Jurisdiccional* (Tomo I, 10.ª ed.), Editorial Tirant lo blanch.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966, 16 de diciembre). Asamblea General de Naciones Unidas. <https://n9.cl/fvqđ>
- Peyrano, J. (1978). *El proceso civil. Principios y fundamentos*. Editorial Astrea.
- Sentencia del Tribunal Constitucional - Expediente n.º 0282-2004-AA/TC (2004, 29 de octubre). Tribunal Constitucional (Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Revoredo Marsano, Gonzáles Ojeda, García Toma). <https://n9.cl/59bpy>

Sentencia del Tribunal Constitucional - Expediente n.º 00537-2013-PA/TC. (2014, 7 de agosto). Tribunal Constitucional. (Blume Fortini, Ramos Núñez, Marianela Narváez). <https://n9.cl/2urby>

Sentencia del Tribunal Constitucional - Expediente n.º 4235-2010-PHC/TC. (2011, 11 de agosto). Tribunal Constitucional. (Mesía Ramírez, Álvarez Miranda, Vergara Gotelli, Beumont Callirgos, Calle Hayen, Eto Cruz, Urviola Hani). <https://n9.cl/u9fzz>

Tuesta, W. (2010). *La racionalidad funcional de la garantía de la doble instancia* [Tesis para optar el título de Magister en Derecho con mención en Derecho Procesal, Pontificia Universidad Católica del Perú]. <https://n9.cl/y3h2l>

Vescovi, E. (1988). *Los Recursos Judiciales y demás Medios Impugnativos en Iberoamérica*. Ediciones Depalma.



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



ACADEMIA DE
LA MAGISTRATURA

REVISTA DE INVESTIGACIÓN DE LA ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA

Vol. 3, n.º 5, julio-diciembre, 2021
Publicación semestral. Lima, Perú.
ISSN: 2707-4056 (en línea)
DOI: 10.58581/rev.amag.2021.v3n5.06



Excesivos juicios penales por falta de control judicial y limitación normativa en la etapa intermedia

Excessive criminal trials for lack of judicial control and regulatory limitation in the intermediate stage

Carlos Adalberto Román Gil*

Distrito Judicial de Cusco
(Cusco, Perú)

croman@pj.gob.pe

<https://orcid.org/0000-0002-7492-1588>

Resumen: En el nuevo modelo procesal penal, se señala que los procesos deben concluir durante la investigación fiscal, ya sea por salidas alternativas como el principio de oportunidad; durante la investigación con las terminaciones anticipadas; o en la etapa de control de acusación, en la que el juez debe pronunciarse sobre los medios de defensas y sobreseimientos. Solo en los casos necesarios y juzgables pueden verificarse en la etapa estelar del juicio oral. Es por ello que en la judicatura nacional normalmente existe más fiscalías y juzgados de investigación preparatorios, y son pocos los juzgados unipersonales y colegiados. Empero, por diferentes circunstancias, se ha venido

* Juez titular del Tercer Juzgado Unipersonal del Cusco, actualmente Juez del Octavo Juzgado de Investigación Preparatoria Especializado en delitos de Corrupción de funcionarios de Cusco, y magister en derecho penal y procesal penal por la Universidad Nacional San Antonio Abad del Cusco.

generando una carga procesal en el juicio oral que va en aumento, postura que implica el nacimiento del siguiente problema: ¿Cuáles son los factores que generan la excesiva carga procesal en la etapa de juicio oral?, ¿es a causa de una falta de control judicial en la etapa intermedia, limitación normativa u otra circunstancia? En la etapa de control de acusación o intermedia, es el fiscal quien en aplicación al nuevo código procesal penal adopta una postura, donde sin lugar a duda va a ser plasmado en el Requerimiento de Acusación Fiscal. Y es justamente, la importancia de dicho resultado fiscal que justifica su postura frente a un hecho determinado, lo que ha generado la falta de fiscalización de un control judicial. Este artículo analizará los Requerimientos de Acusación Fiscal dentro de la jurisdicción de Cusco durante el periodo del año 2019, en el que se pudo observar factores que generan una falta de análisis en el control ejercido por los jueces de investigación preparatoria al realizarse la Audiencia de Control de Acusación, decisiones que devienen de la falta de análisis de lo siguiente: a) imputación necesaria; b) control formal; c) control sustancial; d) inaplicación de terminación anticipada; e) falta de promoción de convenciones probatorias y de hechos; y e) limitación en la valorización de elementos de convicción para resolver sobreseimientos. La estadística comprobó la existencia de una programación en agenda de audiencias para juicio oral, inclusive, hasta diciembre del año 2022, evidenciándose la necesidad de fiscalización de los jueces de investigación preparatoria. Por otra parte, se verificó que, en muchos de los casos prácticos, la ley no permite adoptar medidas que coadyuven al juez de investigación preparatoria a resolver aspectos procesales necesarios para no generar carga procesal y que estos procesos garanticen el principio a la defensa.

Palabras clave: proceso penal, imputación necesaria, control formal, control sustancial, judicatura.

Abstract: In the new criminal procedural model, it is stated that the processes must conclude during the tax investigation, either by alternative solutions such as the principle of opportunity; during the investigation with early terminations; or in the stage of prosecution control, in which the judge must rule on the means of defenses and dismissals. Only in necessary and judgable cases can they be verified in the stellar stage of the oral trial. That is why in the national judiciary there are usually more prosecutor's offices and preparatory investigation courts, and there are few single and collegiate courts. However, due to different circumstances, a procedural burden has been generated in the oral trial that is increasing, a position that implies the birth of the following problem: What are the factors that generate the excessive procedural burden in the oral trial stage? Is it due to a lack of judicial control in the intermediate stage, regulatory limitation or other circumstance? In the stage of control of the accusation or intermediate, it is the prosecutor who, in application of

the new criminal procedure code, adopts a position, which will undoubtedly be reflected in the Requirement of Fiscal Accusation. And it is precisely the importance of said fiscal result that justifies its position in the face of a certain fact, which has generated the lack of control of a judicial control. This article will analyze the Tax Accusation Requirements within the jurisdiction of Cusco during the period of the year 2019, in which it was possible to observe factors that generate a lack of analysis in the control exercised by the preparatory investigation judges when the Control Hearing was held. of Accusation, decisions that result from the lack of analysis of the following: a) necessary imputation; b) formal control; c) substantial control; d) non-application of early termination; d) lack of promotion of conventions of evidence and facts; and e) limitation in the valuation of elements of conviction to resolve dismissals. The statistics confirmed the existence of a schedule on the agenda of hearings for oral proceedings, inclusive, until December 2022, evidencing the need for inspection of the preparatory investigation judges. On the other hand, it was verified that, in many of the practical cases, the law does not allow the adoption of measures that help the preparatory investigation judge to resolve necessary procedural aspects so as not to generate procedural burden and that these processes guarantee the principle of defense.

Key words: criminal process, necessary imputation, formal control, substantial control, judiciary.

RECIBIDO: 30/11/2021

REVISADO: 20/12/2021

APROBADO: 27/12/2021

FINANCIAMIENTO: Autofinanciado

1. Introducción

El presente artículo abarca la problemática que padecen cinco juzgados unipersonales —1.er, 2.º, 3.º, 4.º y 5.º— como los juzgados colegiados con la puesta en funcionamiento del Nuevo Código Procesal Penal, generando una carga procesal excesiva, en Cusco, Perú, en el periodo 2019. A través de una serie de cuadros estadísticos se muestra la cantidad de procesos destinados a la realización del juicio oral, además de la programación de audiencias.

Este problema se divide en dos ideas centrales, por una parte, la limitación normativa, que en muchos de los casos impiden al juez resolver aspectos procesales, imposibilitando descongestionar la excesiva dilatación de procesos judiciales (carga procesal). Como segundo punto se tiene la falta de control por los jueces de investigación preparatoria (control judicial), lo cual repercute una sensación de impunidad y vulneración del principio de defensa.

De acuerdo al último punto, el proceso penal garantiza el ejercicio pleno al derecho a la defensa. En el 2015, el jurista Cesar San Martín precisó que «la finalidad del defensor se fundamenta en conducir y utilizar todas las situaciones e ideales tanto de hecho como de derecho, que convienen al imputado», y así poder «realizar de la mejor manera todas aquellas situaciones que favorecen al imputado salvaguardando sus derechos». (p. 243).

Por consiguiente, dentro del marco procesal, el presente artículo científico se enfocará estrictamente en la etapa de control judicial, tanto más que comprende una serie de actuaciones procesales, partiendo con la terminación de la investigación preparatoria hasta la emisión de un auto de enjuiciamiento.

La etapa intermedia se centra en el ideal de la conveniencia de los juicios, el mismo que se realizará finalizando la actividad correcta. (Binder, 2008).

Del mismo modo, refiere que la fase intermedia tiene una competencia clasificatoria de los medios probatorios, ya que estos deberán ser admitidos para su actuación en la etapa de juzgamiento. Por ello, los medios probatorios son fijados y desarrollados en el debate del juicio oral, eliminando aquellos que hayan sido captados fuera de la ley y de la carta magna peruana (Peña, 2011). El director del proceso es el juez, pues es quien debe de motivar las asambleas probatorias.

De ahí que, la investigación focaliza su estudio en el control de acusación. Asimismo, el objetivo de esta etapa procesal es sanear el proceso haciendo un examen exhaustivo de la fundamentación fáctica y jurídica —la cual está plasmada en el requerimiento fiscal—, y de la admisibilidad de los presupuestos para el normal desenvolvimiento del juicio oral.

Por otro lado, Salas (2011) señala que:

Una vez establecida la audiencia, es el juez quien dará el uso de la palabra a los demás sujetos procesales, con el objeto de escuchar y organizar un debate sobre la prueba actuada, es decir, debatir su procedencia y su admisibilidad. Justamente en dicha audiencia, el representante del Ministerio Público tendrá la facultad de poder aclarar o modificar lo referido a la acusación, pero no sustancial sino de forma, ello podrá presentar un escrito, en el cual en dicho momento se notificará a las partes para su inmediata absolución. (p. 59).

En el sexto considerando del Acuerdo Plenario n.º 6-2009/CJ-116, se estipuló que la acusación del Ministerio Público obligatoriamente deberá cumplir ciertos requisitos para que dé lugar a su validez, siendo de propio control de la misma Fiscalía. Además, se debe examinar los presupuestos procesales, y dicha acusación tendrá que denotar un criterio subjetivo. Entonces, se debe considerar lo siguiente:

- ▶ El representante del Ministerio Público al momento de intervenir en procesos que se traten de delitos de persecución pública deberá encontrarse legitimado activamente.
- ▶ El acusado debe no solo ser una persona viva físicamente, sino que en la etapa anterior debió ser comprendido como imputado e individualizado como lo demanda la norma vigente, además deberá tener una legitimación pasiva.

Desde un criterio objetivo, el Pleno estableció que la acusación del Ministerio Público tiene que respetar responsablemente los requisitos ofrecidos en la norma, debe estipularse correctamente la fundamentación fáctica como la jurídica, y, dentro de ello, agregar la sanción penal a solicitar. Lo que el Pleno también recuerda es sobre la acumulación del proceso civil al proceso penal, que tiene asidero legal en los artículos 92 y 93 del Código Penal (CP), en el que se necesita considerar la pretensión de la vía civil sustentado en los daños y perjuicios realizados en la comisión de un delito.

La acusación deberá contener también la cantidad de los daños y perjuicios causados y la manera en que se haya infringido la esfera patrimonial de la víctima, todo ello con el ánimo de restituir y ser tomados en cuenta por quienes finalmente den como responsables, debidamente individualizadas e identificadas en la etapa anterior y los actos que hayan realizado para lo cual se fije su responsabilidad. (Acuerdo Plenario n.º 6-2009/CJ-116, 2009).

Una vez tomado en consideración los lineamientos y requisitos que debe cumplir el requerimiento de acusación, se notificará a las partes procesales para que efectúen sus observaciones a la acusación, así como la formulación de sobreseimientos o excepciones según la naturaleza del proceso. Luego de instalarse la audiencia, el juez de garantías la desarrollará de la siguiente manera: a) control formal; b) control sustancial; y c) admisión de las pruebas.

De ahí se desprende el problema del presente artículo, por una parte, se postula la falta de fiscalización del juez de investigación preparatoria al momento de motivar las resoluciones judiciales, visualizándose el llamado "síndrome de velocidad". Esto se refiere a que todo acto procesal se resuelva en audiencia pronunciándose, en muchos de los casos, sobre temas complejos. Empero no se hace efectivo el plazo que otorga la ley para estudiar el caso. En consecuencia, en numerosos procesos no se logra emitir una resolución debidamente motivada, y solo un porcentaje muy reducido garantizan el normal desenvolvimiento del proceso penal.

En otras palabras, antes de la oralización del requerimiento fiscal acusatorio, se debe dar la oportunidad a la defensa de solicitar una terminación anticipada en adelante, (TA) en la etapa intermedia, por cuanto, en el numeral 1 del art.

468 del CPP, se señala que procede la TA una vez expedida la disposición fiscal del art. 336, y hasta antes de prescribir la acusación fiscal. Sin embargo, no existe impedimento alguno ni legal para que las partes puedan someterse a un proceso de simplificación procesal de TA —tanto más si el Ministerio Público no ha oralizado su requerimiento acusatorio.

Ahora bien, ¿en qué momento se podría solicitar el TA? El momento, conforme a la norma procesal señalada, estaría comprendido entre la emisión de la preparación de formalización y la sucesión de la investigación preparatoria, precediendo a formulación del requerimiento acusatorio (oral) una vez instalada la audiencia, en concordancia a lo estipulado en el artículo 478° del CPP.

En ese sentido, la acusación como tal es un requerimiento efectuado por fiscal dirigido al juez de garantías, con la finalidad de que se pronuncie sobre estos aspectos procesales en concordancia con inciso 4 del artículo 122 del CPP. Además, posibilita la oportunidad de incoar una TA, siempre y cuando el fiscal oralice su acusación transcrita en la audiencia de control judicial, dando inicio el debate sobre los posibles aspectos procesales que el juez deberá pronunciar a efectos de sanear el proceso para el comienzo del juicio oral.

En síntesis, Reyna (2009) sostiene que desde:

la formalización de la Investigación preparatoria y mientras que se haya realizado la instalación de la audiencia preliminar, se puede realizar una terminación anticipada a pedido de las partes y por única vez, ya que hasta ese momento el representante del Ministerio Público no ha terminado de formular su acusación dentro de la fase oral, siendo viable la terminación anticipada. (p. 47).

Por ello, la figura consiste en cambiar la acusación fiscal por una de TA. En primer lugar, es necesario que el juez apruebe el acuerdo de TA, seguidamente concluirá el proceso con una sentencia condenatoria, dejando sin efecto el control judicial de la acusación (buenas prácticas que inclusive en diferentes sedes judiciales a nivel nacional ha generado la reducción de la carga procesal). En el caso de que el juez de garantías no apruebe el acuerdo de TA, es evidente que el proceso penal continuará con lo establecido por ley, dando lugar al debate del control formal y sustancial del requerimiento acusatorio. Siguiendo con el proceso penal, una vez saneada la acusación fiscal pasará a juicio oral, en la que el procesado tendrá la oportunidad de acogerse a una conclusión anticipada (CA), en concordancia al inciso 2 del art. 372 del CPP, desarrollada en el Acuerdo Plenario n.º 05-2008.

En suma, se considera que es procedente aplicar una terminación anticipada, ya que tiene por finalidad reducir etapas y evitar el desarrollo de audiencias innecesarias para el juicio oral. Además, se advierte que a través del nuevo escenario que se está planteando en este artículo, se podría lograr

la reducción de la carga procesal que afrontan tanto en las fiscalías como el Poder Judicial. Para dicha tesis se tiene como argumento lo siguiente:

- ▶ La terminación anticipada es un proceso especial en el que se realiza un acuerdo entre el representante del Ministerio Público y el procesado, por ello se dice que es de simplificación.
- ▶ Interesa la aprobación y aceptación de responsabilidad que realice el imputado respecto a la situación punible e ilícita que este haya cometido dentro del proceso penal y la probabilidad de acuerdo a las situaciones generadas, la posible pena, la posible reparación civil y las consecuencias secundarias; ello, en cumplimiento de diversos delitos, excepto en el delito de lesa humanidad.
- ▶ Está regulada bajo los lineamientos de los principios ya establecidos. Por ejemplo, el principio de no poder dejar de administrar justicia por deficiencia de la ley, también el principio de economía procesal y el principio de celeridad, según el art. 139.8 de la carta magna.
- ▶ Por la facultad que le concierne como director del proceso, el juez de investigación preparatoria es quien se encuentra facultado para incoar un proceso especial de terminación anticipada.
- ▶ La oportunidad de la incoación sería, incluso, anterior a la oralización del requerimiento acusatorio, esto en consideración del principio de oralidad, tanto más que no se declaró la validez formal del requerimiento acusatorio.

El Pleno Supremo, en el Acuerdo Plenario n.º 05-2008, argumenta que la acusación presentada por parte del representante del Ministerio Público deberá obligatoriamente cumplir ciertos requisitos para poder declararlo como válido, pues de ellos depende su control y fiscalización. A su vez, se deberá realizar un mapeo de los presupuestos procesales, pues la simple ausencia generaría un perjuicio al momento de investigar el fondo y el objeto de la pretensión. Debido a ello, la acusación tendrá que fundamentarse dentro de un criterio e ideal subjetivo, tomando la presencia de los siguientes criterios:

- ▶ una legitimidad activa en la persecución de delitos; y
- ▶ una legitimidad pasiva por parte del acusado, quien está involucrado en un proceso de investigación (Arbulu, 2015).

Como segundo tema se tiene a la valorización de elementos de convicción para resolver sobreseimientos. Al respecto, ciertamente la normativa peruana señala que las diligencias y medios de prueba que se verifican durante la indagación son elementos de convicción y no pruebas, puesto que dichas

pruebas recién van a constituirse en pruebas cuando actúen en la etapa del juicio oral.

Empero, también el Código Procesal Penal establece que los elementos de convicción dictados durante la investigación sirven para resolver medidas cautelares personales y para la etapa intermedia.

De otro lado, el numeral 4 del artículo 352 del CPP determina que el sobreseimiento procede de oficio o a petición de parte, siempre y cuando sea evidente y concurren cualquiera de las circunstancias establecidas en el numeral 2 del artículo 344 del Código en mención.

Sin embargo, a causa de ese escenario, surge un problema: cuando el imputado en la etapa de control de acusación presenta nuevos elementos de convicción, el juez no los puede valorar para resolver un sobreseimiento (ya que no se efectuó el contradictorio). Por cuanto, en el desarrollo de la audiencia de control de acusación, primero se procede a verificar la parte formal, luego la parte sustancial y después los elementos de convicción.

Entonces, al plantearse un sobreseimiento, la Fiscalía señalará que, no se podría analizar los nuevos elementos de convicción ofrecidos por las partes (principalmente por el acusado), pues no se ha ingresado al contradictorio. Debido a esto, los jueces de investigación preparatoria se ven limitados al momento de resolver los sobreseimientos evidentes a mérito de los nuevos elementos de convicción, ya que estos no han sido materia de debate (contradictorio) en la etapa de ofrecimiento de elementos de convicción.

En tal sentido, se considera que la normativa debe ser modificada en cuanto al desarrollo de la etapa de control de acusación, pues la dinámica debería de ser de la siguiente manera: primero, debería realizarse el control formal; seguidamente, admitir o no los elementos de convicción; y, finalmente, la parte sustancial. Solo de esta manera podría ser factible analizar los nuevos elementos de convicción que presenten las partes en la etapa de control de acusación, para resolver un sobreseimiento, y así evitar que aquellos procesos en los que es evidente la no responsabilidad del acusado vaya a juicio oral, consecuentemente también se generaría una descarga procesal en dicha etapa.

2. Marco teórico

En este apartado, se describe detalladamente los temas afines, con el propósito de obtener respuesta a la problemática planteada, esto es, detectar por qué se genera la carga excesiva en la etapa de juicio oral y la forma de contrarrestarla. Para ello, se consulta diversas teorías del proceso penal.

Teoría acusatorio garantista con rasgos adversariales

La Constitución Política del Perú establece, como parte normativa y pilar del sistema procesal penal, el modelo acusatorio garantista con la implementación del Código Procesal Penal del 2004, teniendo ciertos rasgos adversariales (incluso mínimos rasgos). La utilización del derecho de defensa tiene una gran importancia dentro del proceso penal además de una doble dimensión: como la dimensión material, en la que es el mismo imputado quien debe ejercer su propio derecho de defensa, desde el momento en el que toma conocimiento de que se le está culpando por participar dentro de una situación delictiva. Además, como segunda dimensión, se encuentra la formal, la misma que se le atribuye a la defensa técnica, es decir, el acompañamiento y asesoramiento de un abogado que pueda defenderlo durante el tiempo que se genere el proceso. Las dos dimensiones mencionadas de algún modo garantizan el derecho de no llegar a un estado de indefensión (Exp. n.º 6220-2005-HC/TC, 2005).

Por otra parte, el Tribunal Constitucional (TC) asegura que el principio constitucional de no ser privado del derecho de defensa, dentro de ninguna etapa del proceso penal, es un requisito importante para poder asegurar que se encuentran dentro de un debido proceso tal y como lo señala el ordenamiento jurídico (Arce, 2015).

Desde un criterio objetivo, el TC señala que la acusación fiscal debe acatar los criterios objetivos referidos a la causa, los cuales son: fundamento fáctico y fundamento jurídico, y la solicitud de una sanción penal objetiva. También afirma que la acusación fiscal debe acatar los criterios objetivos referidos a que es necesario que en dicha acusación se debe de desarrollar una fundamentación que esté constituida de un aspecto fáctico y otro normativo, sin antes olvidar la petición de una concreta sanción penal (Arbulu, 2014).

El destacado jurista del medio, Ramiro Salinas, indica que:

Se habla de una acusación pues cuando existe una separación y diferenciación de roles entre quien debe investigar el delito y quien se encarga de la defensa del acusado además con el encargado de emitir las decisiones finales como el juez, ante ello evidentemente en un supuesto donde no exista acusación por parte de la fiscalía habría que decirse que no habrá juzgamiento lógicamente. (p. 106).

Es garantista, ya que el órgano jurisdiccional tiene el deber de asegurar los derechos de todos los sujetos procesales, estos son: investigado, acusado, agraviado, parte civil y Ministerio Público, con la finalidad de respetar el derecho a la defensa.

Así también, en relación al principio de presunción de inocencia, se conoce que es una máxima garantía que goza el imputado debido a que se

puede tratar y conservar como inocente (es decir, no autor), mientras no se haya expedido una sentencia judicial que sea firme y consentida (Salas, 2011).

Para el Código Procesal Penal de 2004, se regía un modelo acusatorio en el que imperaba el criterio del «rol del juez que era propio de imparcialidad y moderador, quien buscaba la verdad en cada proceso judicial penal, donde se sindicaba el cumplimiento de la norma según el ordenamiento y la Constitución» (Salinas, 2014, p. 107).

Asimismo, Salinas (2014) indicó que, según este modelo, resulta ya indiscutible que no puede garantizarse un adecuado «juicio de acusación» ni afirmarse la relevancia del juicio oral, y evitar de esta forma la «pena del banquillo» y los juicios innecesarios. Existe una etapa dirigida por la autoridad jurisdiccional en la que, bajo el sistema de audiencias, se discuten los presupuestos formales y materiales de la acusación para decidir enseguida el archivo de la causa o su paso al juicio oral. En tal línea, una vez concluida la investigación preparatoria, debe plantearse y discutirse mesurada y jurídicamente, si se abre el auténtico proceso penal a fin de juzgar al acusado, o bien, se prescinde de dicho proceso y se decreta el sobreseimiento.

En otras palabras, el legislador ha optado por el proceso acusatorio garantista y, desde ese punto de vista, el juez va a ser imparcial, sin interesarse por alguna de las partes procesales, ya que tendrá la función de evaluar los actos procesales, respetando los principios de inmediación y el principio de contradicción; con el objetivo final de la búsqueda de la verdad.

3. Marco doctrinario

El debido proceso y el derecho a la motivación

El autor Edhin Campos asegura que «el debido proceso tiene el objeto de cumplir a cabalidad con la norma, es decir de respetar las garantías penales y las garantías procesales, que deben cumplirse con rigor dentro de la etapa de investigación preliminar hasta su desenlace», así queda «claro que es el Estado quien deberá promover el respeto de las partes procesales y el desenvolvimiento de las diversas etapas» (p. 2).

Por tanto, la realización del proceso implica el respeto de principios que garanticen la ejecución de todas las partes del proceso penal, las cuales son parte de un cúmulo de derechos fundamentales que comprenden: un juez imparcial, el derecho al cumplimiento del principio de presunción de la inocencia, el derecho a guardar silencio, el derecho a la impugnación de resoluciones judiciales por falta de motivación, el derecho a no ser procesado dos veces por el mismo hecho, entre otras instituciones que tienen el deber de garantizar el proceso.

Por consiguiente, la motivación de las resoluciones son elementos que fortalecen el debido proceso, refrendado en el inciso 5 del artículo 139 de la Constitución Política del Estado (CPE), norma con arraigo constitucional que expone en el art. 12 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en el inc. 6 del art. 50 e incs. 3 y 4 del artículo 122 del Código Procesal Civil (CPC), y cuya violación desataría la nulidad de la resolución.

4. El rol del juez y del fiscal en implementación del código del 2004

Dentro de un proceso penal, se enfrentan dos partes y sujetos procesales; «donde está a cargo del representante del Ministerio Público y del imputado, sujetos que mediante lo resuelto por facultades probatorias que el CPP del 2004 les otorga provocando que las resoluciones judiciales expedidas recojan sus pretensiones mediante sus argumentos manifestados» (Peña, 2011).

El juez es quien se ubica como una parte imparcial, un tercero que no realiza actividades probatorias ni de estudio previo, sino que mediante el principio de legalidad que faculta la normativa se encarga responsablemente de imponer sanciones, medidas y penas que limiten el derecho del imputado, y, además, es necesario dentro del proceso penal (Peña, 2011).

El nuevo proceso penal tiene una condición acusatoria, en la cual las responsabilidades y las decisiones que se tomen están completamente estipuladas y tipificadas ejecutándose por diferentes órganos. La fiscalía tiene el apoyo de la Policía Nacional y los diversos órganos jurisdiccionales para realizar la investigación, de modo que el juez pueda decidir (Cubas, 2017).

5. Etapas del proceso penal

a) Investigación preliminar o propiamente investigación preparatoria

En esta etapa, el representante del Ministerio Público puede llegar a tomar conocimiento de la comisión de un hecho delictuoso por un tercero o de oficio; siendo una de sus primeras facultades el de iniciar con los actos de investigación, a nivel fiscal o delegando estas facultades a la policía.

La finalidad que tiene esta etapa es cumplir con todos los actos urgentes e indispensables para la aclaración de los hechos, así como con la identificación de los sujetos involucrados, y tomar la decisión de formalizar y continuar con la investigación o, en caso contrario, archivarlo.

b) Etapa intermedia

La presente etapa constituye una especie de control procesal que sirve como filtro para la decisión que llegue a tomar el fiscal respecto a realizar

un requerimiento acusatorio, un requerimiento de sobreseimiento o, en su defecto, un requerimiento mixto; actos procesales que serán discutidos por el juez de investigación preparatoria.

La etapa intermedia comienza con la conclusión de la investigación preparatoria por parte del representante del Ministerio Público y termina con la expedición del auto de enjuiciamiento (siempre y cuando existan medios probatorios para el cambio de etapa) o del auto de sobreseimiento (el cual termina con el proceso penal) en virtud de lo expedido por el juez de la etapa de investigación preparatoria (Salas, 2011).

La acusación fiscal

Es el hecho a través del cual el Ministerio Público realiza el ejercicio de la acción penal, siempre y cuando se acredite fehacientemente y se cuente con suficientes elementos que generen convicción sobre la realización de un hecho punible; además, este hecho se debe relacionar con la actuación del imputado, cumpliéndose así los presupuestos que establece el Nuevo Código Penal (Salas, 2011).

Definición de términos básicos

La acusación fiscal: según Arbulu (2015), «la acusación fiscal es el hecho por medio del cual se interponer una pretensión penal, que es básicamente una solicitud en virtud del principio de petición y rogación, dirigida a una institución y órgano jurisdiccional penal, con el ánimo de la imposición de una pena y sanción o indemnización a una persona cuando haya cometido actos y hechos punibles» (p. 72).

Sobreseimiento: Pérez Sarmiento (citado en Salas, 2011), lo define como:

La figura del sobreseimiento es una institución netamente procesal penal, empero se realizan por razones propias del fondo del proceso, ya que no existe posibilidad alguna de continuar con el proceso esto es por una falta de certeza y aseguramiento de presupuestos y de la existencia del hecho delictivo que este prescrito, o no se conoce con exactitud si esa persona fue quien realizo el hecho punitivo, y no existan suficientes elementos que acrediten su mal comportamiento. (p. 5)

6. Materiales y métodos

En la presente investigación, se utilizó el análisis de procesos judiciales en la investigación aplicada a nivel descriptivo. Comprende los procesos judiciales de los juzgados especializados en lo penal de la Corte Superior de Justicia de Cusco. La población de estudio estuvo comprendida por 4723 procesos judiciales de las diferentes instancias especializadas en lo penal. El nivel descriptivo busca especificar las barreras temporales del grupo experimental,

así como los factores que implican una ineficacia que ha llevado a que estos procesos lleguen a juicio oral, sometiendo al análisis en un momento y tiempo concreto.

En relación a los materiales, mediante un muestreo aleatorio estratificado se trabajó con los procesos que están listos para el desarrollo de juicio oral del año 2019, así como aquellos procesos que han sido sobreseídos. Por otra parte, el resultado de sentencias absolutorias y condenatorias que han sufrido estos procesos. Por ello, para la obtención de datos se elaboraron cuadros estadísticos obtenidos del Sistema Integrado Judicial de la Corte Superior de Justicia de Cusco (sede Av. Sol s/n, Cusco). Más adelante, se dará a conocer los cuadros estadísticos plasmados en los resultados.

7. Resultados

Tabla 1

Procesos judiciales destinados para juicio oral

Instancia	Motivo	Total de proceso
Juzgado investigación prep. materia ambiental	juicio oral	28
Juzgado penal colegiado supraprovincial a	juicio oral	166
Juzg. inv. prep. delitos ambientales	juicio oral	52
7.º Juzgado inv. preparatoria - flagrancia	juicio oral	16
3.º Juzgado penal unipersonal	juicio oral	4
4.º Juzgado penal unipersonal	juicio oral	4
1.º Juzg. invest. prep. - del corrup func.	juicio oral	1
4.º Juzg. penal unipersonal - del corrupc func .	juicio oral	1
Juzgado penal coleg. suprap. - corrup. func.	juicio oral	8
5.º Juzgado penal unipersonal	juicio oral	1
Juzgado penal colegiado supraprovincial	juicio oral	153
1.º Juzgado penal unipersonal.	juicio oral	2
8.º Juzg. invest. preparat. esp. delitos corrup.fun	juicio oral	297
1.º Juz. de inves. preparatoria-	juicio oral	810
2.º Juz. inves. prep. - flagrancia, oaf y ceed.	juicio oral	11
3.º Juz. de inves. preparatoria	juicio oral	782
4.º Juz. de inves. preparatoria	juicio oral	821
5.º Juz. de inves. preparatoria	juicio oral	786

6.º Juz. de inves. preparatoria	juicio oral	779
2.º Juz. penal unipersonal	juicio oral	1
		Total: 4723

Nota: Adaptado de la Corte Superior de Justicia de Cusco.

En la Tabla 1, se puede apreciar con meridiana claridad que existen 4723 procesos con motivo para desarrollarse la etapa de juicio oral, del 1 de enero del año 2019 al 30 de diciembre del mismo año. El resultado muestra una cifra que va aumentando en la actualidad debido a la falta de control judicial que tienen los juzgados de investigación preparatoria, dando lugar al incremento de la carga procesal para los juzgados unipersonales como colegiados.

Tabla 2

Audiencia programada en agenda

Datos del expediente	Dependencia	Programación de audiencia	Tipo de audiencia	Delito
Exp-06341-2018-51-1001-JR-PE-08	4.º Juzgado Penal Unipersonal de la Corte Superior de Justicia de Cusco	3 de septiembre del 2022	juicio oral	peculado Doloso

Nota: Adaptado de la Corte Superior de Justicia de Cusco..

En la Tabla 2, se muestra que el Cuarto Juzgado Unipersonal de la Corte Superior de Cusco tiene planificado una audiencia de juicio oral el año 2022, demostrando una vez más la carga procesal que existe en los juzgados unipersonales como los juzgados colegiados.

Tabla 3

Número de sesiones por audiencia de juicio oral

Numero de sesiones para audiencia	F	%
1-5	670	14
6-10	1200	25
11-15	2430	51
16-20	420	9
21-25	3	1
Total	4723	100%

Nota: Adaptado de la Corte Superior de Justicia de Cusco.

La audiencia del juicio oral se concreta en su mayoría (51 %) en 11 a 15 sesiones; en el 25 % de los casos de 6 a 10 sesiones; en el 14 % de 1 a 5 sesiones; en el 9 % de las audiencias se concretan de 16 a 20 sesiones; y en el 1 % de las audiencias entre 21 a 25 sesiones.

Tabla 4

Suspensión de la audiencia por falta de ocurrencia de los sujetos procesales y órganos de prueba

Sujetos procesales	F	%
Jueces	100	2
Fiscales	800	17
Defensores	1400	30
Imputados	720	15
Testigos o peritos	1703	36
Total	4723	100%

Nota: Adaptado de la Corte Superior de Justicia de Cusco.

En el 36 % de los juicios orales, se ha generado la suspensión por falta de ocurrencia de los testigos o peritos; seguido por la incomparecencia de los defensores, fiscales, imputados y jueces.

Figura 1

Resoluciones de los Juzgados de Investigación Preparatoria del periodo de noviembre del año 2019

N°	Descripción de Variables	Código Variable	Cant. Exp.
1	SENTENCIAS	1 A	6
2	AUTO DE SOBRESEIMIENTO	2 Y	3
3	AUTO DE ENJUICIAMIENTO	3 Z	43
4	CUESTIÓN PREVIA	4 C1	0
5	CUESTIÓN PREJUDICIAL	5 D1	0
6	OTROS AUTOS FINALES	6 A1	0
8	CONCILIADOS	8 D	0
9	INFORME FINAL/CONCLUSION DE LA INSTRUCCION	9 E	0
10	DEMANDA IMPROCEDENTE/ DENUNCIA NO HA LUGAR RESUELTA	89 U	0
TOTAL RESOLUCIONES FINALES EN 1RA INSTANCIA			52
11	CONFIRMADA	10 F	0
12	REVOCADA	11 G	0
13	ANULADA	12 H	0
TOTAL RESOLUCIONES FINALES EN 2DA INSTANCIA			0

Nota: Tomado de la Corte Superior de Justicia de Cusco

Figura 2

Resoluciones de los Juzgados de Investigación Preparatoria del periodo de diciembre del año 2019

Formulario: SIB-E		Periodo: 2019-Diciembre	
Dependencia: 3º Juzgado de la Investigación Preparatoria		***Periodo Cerrado Definitivo***	
Instancia: 3º JUZ. DE INVES. PREPARATORIA - Sede Central - 100064			
Función: INVEST.PREPARATORIA			
Especialidad: PENAL		SubEspecialidad: PENAL	
Nº	Descripción de Variables	Código Variable	Cant. Exp.
1	SENTENCIAS	1 A	8
2	AUTO DE SOBRESEIMIENTO	2 Y	3
3	AUTO DE ENJUICIAMIENTO	3 Z	35
4	CUESTIÓN PREVIA	4 C1	0
5	CUESTIÓN PREJUDICIAL	5 D1	0
6	OTROS AUTOS FINALES	6 A1	0
8	CONCILIADOS	8 D	0
9	INFORME FINAL/CONCLUSION DE LA INSTRUCCION	9 E	0
10	DEMANDA IMPROCEDENTE/ DENUNCIA NO HA LUGAR RESUELTA	89 U	0
TOTAL RESOLUCIONES FINALES EN 1RA INSTANCIA			46
11	CONFIRMADA	10 F	0
12	REVOCADA	11 G	0
13	ANULADA	12 H	0
TOTAL RESOLUCIONES FINALES EN 2DA INSTANCIA			0

Nota: Tomado de la Corte Superior de Justicia de Cusco

En las Figuras 1 y 2, se puede apreciar que los juzgados de investigación preparatoria realizan un mínimo de 6 a 8 sentencias, pero han realizado un número de 34 a 43 autos de enjuiciamientos listos para desarrollar la etapa de juicio oral.

Figura 3

Motivo de conclusión de procesos de los Juzgados Colegiados en el periodo del mes de mayo del año 2019

Formulario: SIB-E		Periodo: 2019-Mayo				
Dependencia: Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial		***Periodo Cerrado Definitivo***				
Instancia: JUZGADO PENAL COLEGIADO SUPRAPROVINCIAL - SEDE CENTRAL - 100261						
Función: PENAL COLEGIADO						
Especialidad: PENAL		SubEspecialidad: PENAL				
Nº	Descripción de Variables	Código Variable	Cant. Exp.			
1	SENTENCIAS	1 A	13			
CON RESOLUCIÓN FINAL EN 1RA INSTANCIA			13			
Nº	T. Exp.	Nro Expediente	Fec.Ing.	Cód.	Descripción del Acto Procesal	Registro
1	INC	02099-2015-96-1001-JR-PE-06	23/01/2019	279	SENTENCIA ABSOLUTORIA(ULTIMA SENTENCIA)	28/05/2019 F
2	INC	00508-2018-83-1001-JR-PE-01	30/01/2018	420	SENTENCIA CONDENATORIA(ULTIMA SENTENCIA)	20/05/2019 F
3	INC	03494-2016-20-1001-JR-PE-01	05/04/2017	279	SENTENCIA ABSOLUTORIA(ULTIMA SENTENCIA)	09/05/2019 F
4	INC	03787-2016-99-1001-JR-PE-01	30/01/2017	279	SENTENCIA ABSOLUTORIA(ULTIMA SENTENCIA)	21/05/2019 F
5	INC	00037-2013-21-1001-JR-PE-03	07/03/2019	420	SENTENCIA CONDENATORIA(ULTIMA SENTENCIA)	16/05/2019 F
6	INC	01763-2018-30-1001-JR-PE-05	07/05/2019	420	SENTENCIA CONDENATORIA(ULTIMA SENTENCIA)	31/05/2019 F
7	INC	01468-2018-18-1001-JR-PE-01	16/03/2018	420	SENTENCIA CONDENATORIA(ULTIMA SENTENCIA)	31/05/2019 F
8	INC	01189-2018-11-1001-JR-PE-06	29/01/2019	279	SENTENCIA ABSOLUTORIA(ULTIMA SENTENCIA)	31/05/2019 F
9	INC	05145-2017-96-1001-JR-PE-04	22/05/2019	420	SENTENCIA CONDENATORIA(ULTIMA SENTENCIA)	31/05/2019 F
10	INC	05335-2018-27-1001-JR-PE-05	14/03/2019	420	SENTENCIA CONDENATORIA(ULTIMA SENTENCIA)	31/05/2019 F
11	INC	04498-2018-60-1001-JR-PE-01	10/07/2018	420	SENTENCIA CONDENATORIA(ULTIMA SENTENCIA)	10/05/2019 F
12	INC	03681-2018-19-1001-JR-PE-07	05/03/2019	420	SENTENCIA CONDENATORIA(ULTIMA SENTENCIA)	21/05/2019 F
13	INC	07519-2018-76-1001-JR-PE-01	21/11/2018	420	SENTENCIA CONDENATORIA(ULTIMA SENTENCIA)	24/05/2019 F

Nota: Tomado de la Corte Superior de Justicia de Cusco.

Figura 4

Motivo de conclusión de procesos de los Juzgados Colegiados en el periodo del mes de julio del año 2019

Formulario: SIB-E		Periodo: 2019-Julio				
Dependencia: Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial A		***Finalizado Cerrado Definitivo***				
Instancia: JUZGADO PENAL COLEGIADO SUPRAPROVINCIAL A - SEDE CENTRAL - 100205						
Función: PENAL COLEGIADO						
Especialidad: PENAL		SubEspecialidad: PENAL				
N°	Descripción de Variables			Código Variable	Cant. Exp.	
7	INC 05373-2018-84-1001-JR-PE-01	28/05/2019	420	SENTENCIA CONDENATORIA(ULTIMA SENTENCIA)	26/07/2019	
8	INC 00112-2016-36-1001-JR-PE-05	22/08/2018	279	SENTENCIA ABSOLUTORIA(ULTIMA SENTENCIA)	17/07/2019	
9	INC 01280-2019-36-1001-JR-PE-01	06/03/2019	420	SENTENCIA CONDENATORIA(ULTIMA SENTENCIA)	06/07/2019	
10	INC 04117-2019-42-1001-JR-PE-01	15/05/2019	420	SENTENCIA CONDENATORIA(ULTIMA SENTENCIA)	23/07/2019	
11	INC 06627-2018-21-1001-JR-PE-01	31/05/2019	420	SENTENCIA CONDENATORIA(ULTIMA SENTENCIA)	04/07/2019	
12	INC 01345-2016-7-1001-JR-PE-04	15/03/2018	420	SENTENCIA CONDENATORIA(ULTIMA SENTENCIA)	01/07/2019	
13	INC 02998-2019-90-1001-JR-PE-01	12/04/2019	279	SENTENCIA ABSOLUTORIA(ULTIMA SENTENCIA)	23/07/2019	
14	INC 03084-2017-84-1001-JR-PE-01	22/08/2018	279	SENTENCIA ABSOLUTORIA(ULTIMA SENTENCIA)	20/07/2019	
15	INC 03546-2018-26-1001-JR-PE-01	22/08/2018	420	SENTENCIA CONDENATORIA(ULTIMA SENTENCIA)	17/07/2019	
1	SENTENCIAS			1	A	17
CON RESOLUCIÓN FINAL EN 1RA INSTANCIA						
17						
N°	T. Exp.	Nro Expediente	Fec.Ing.	Cód.	Descripción del Acto Procesal	Registro
16	INC	01162-2017-10-1001-JR-PE-01	22/08/2018	279	SENTENCIA ABSOLUTORIA(ULTIMA SENTENCIA)	23/07/2019
17	INC	03473-2018-2-1001-JR-PE-06	21/03/2019	420	SENTENCIA CONDENATORIA(ULTIMA SENTENCIA)	01/07/2019
2	AUTO DE SOBRESEIMIENTO			2	Y	0
0						

En las Figuras 3 y 4, se advierte que existe un número considerable de sentencias absolutorias en última instancia.

8. Discusión

Al concluir la investigación, es importante destacar que la hipótesis era, por una parte, la limitación normativa, que en muchos de los casos impiden al juez resolver aspectos procesales, imposibilitando descongestionar la excesiva dilatación de procesos judiciales (carga procesal). Por otra parte, la falta de control de los jueces de investigación preparatoria (control judicial), lo cual generaba una carga procesal excesiva en el Cusco (Perú), durante el periodo 2019.

La estadística refleja, en primer lugar, la cantidad de 4723 procesos derivados de juzgados de investigación preparatoria, listos para el desenvolvimiento de la etapa de juicio oral, en año 2019. A partir de este dato, se determina que en el 51 % de los casos se apreció la falta de celeridad; esto en virtud a la excesiva carga procesal existente en los juzgados unipersonales como los juzgados colegiados.

Además, el 30 % del factor interviniente es la frustración en la instalación de audiencias por la inasistencia de los abogados defensores. Este problema existe a iniciativa de abogados defensores que, en algunos casos, retrasan los procesos judiciales, por cuanto no concluyen con el rol de proteger los derechos procesales de su patrocinado, deviniendo en la contradicción del principio de celeridad, contenido en el control de acusación. Por ejemplo, los casos de procesos que devienen de juzgados especializados en corrupción

de funcionarios, procesos complejos en su mayoría, en los que existen una variedad de imputados y delitos. Por lo tanto, la inasistencia de uno o varios abogados defensores provocará que la audiencia sea reprogramada, generando la necesidad de un mayor tiempo para resolver los casos.

Una vez situado el proceso penal en la etapa de juicio oral, los datos indican que en un 36 % de la audiencia se ve aplazada por la inasistencia de testigos o peritos. En muchos de los casos, la celeridad se encuentra afectada, debido principalmente a que el sistema no puntualiza medidas alternativas (etapa preparatoria y juicio oral) en el distrito de Cusco.

Del análisis de resoluciones expedidas por diferentes juzgados de investigación preparatoria del distrito judicial de Cusco, se evidencia que en un número muy reducido realiza entre 6 a 8 sentencias de terminación anticipada. Solo tres casos se han visto sobreesidos, pero sí existe en un gran número autos de enjuiciamientos, para el desarrollo del juicio oral. En muchos casos, el juez de garantías no realiza un adecuado control judicial de admisión de pruebas ni promueve convenciones probatorias, con lo que se permite que se dé inicio a la etapa de juicio oral, sin lograr el objetivo de sanear el proceso, pues incluso se señala que los Juzgados de Investigación Preparatoria son mesa de partes de los requerimientos acusatorios.

De manera similar, Aguilar (2014), en su artículo titulado: «Problemas de la labor del Ministerio Público en el seguimiento del delito de peculado en la etapa de investigación preparatoria» concluyó que:

El juez de la etapa intermedia autorizó que todo lo expuesto en el proceso penal lleguen a jurídico sin sustento ni asidero legal volviendo el trámite en trámites, siendo ello una de las grandes dificultades que atraviesan los representantes del Ministerio Público, además de una falta de coordinación de la gestión procesal y la debilidad que afrontan las instituciones, pero sobre todo los mecanismos de fiscalización y control. (p. 269)

La presente investigación planteó que el desenvolvimiento de la audiencia de control de acusación puede ser de la siguiente manera: primero proceder a verificar la parte formal; luego, solo en casos que han observado la parte sustancial con sobreesimientos, se procedería a analizar los elementos de certeza, ya que se denota que los elementos de convicción nuevos no podrían ser analizados ni tomados en cuenta por la falta de contradicción.

En consecuencia, los jueces de investigación preparatoria se ven limitados normativamente para resolver sobreesimientos que son evidentes. De la misma forma, una vez llevados a juicio oral, los datos indican un número considerable de sentencias absolutorias expedidas por los juzgados penales

colegiados supraprovincial A y B de la Corte Superior de Cusco, en los periodos de mayo-julio del 2019.

También se ha podido concluir que, en la etapa intermedia, los datos demuestran que pese a la escasez de elementos de convicción que acrediten un hecho delictuoso, los representantes del Ministerio Público realizan un requerimiento acusatorio y no un requerimiento de sobreseimiento, lo cual concuerda con la investigación a la sobrecargada labor de jueces penales y la reprogramación de audiencias a consecuencia de errores formales de la acusación que hacen que devuelva aplazando el proceso.

Es necesario implementar medidas alternativas que coadyuven a culminar el proceso. Entre las acciones propuestas, se tiene: priorizar el sometimiento de terminaciones anticipadas, inclusive en la etapa intermedia, así como la evaluación de nuevos elementos de convicción evidentes que ayuden a resolver sobreseimientos evidentes, con la finalidad de evitar la sobrecarga de procesos de juicio oral.

9. Conclusiones

- a) El juez de investigación preparatoria se encuentra limitado normativamente en aprobar acuerdos de terminación anticipada en la etapa intermedia, así como analizar nuevos elementos de convicción después del control formal de la acusación para resolver sobreseimientos evidentes, con la finalidad de aminorar la carga procesal en los juzgados unipersonales como los juzgados colegiados.
- b) La reprogramación de audiencias dentro del proceso penal afecta gravemente los principios de concentración, principio de continuidad y principio de inmediación, pues dilata el trámite del proceso penal, lo cual afecta a las partes procesales y genera mayor carga procesal.
- c) La emisión de sentencias absolutorias son el producto de un ineficaz control judicial realizado por las partes procesales. El juez de garantías limitado por ley, al igual que el Ministerio Público, no cumple con los requisitos legales establecidos para el requerimiento acusatorio. Por último, se encuentra una defectuosa asesoría legal al procesado ocasionando desprotección dentro del control judicial, acciones totalmente innecesarias que solo generan sobrecargas procesales.
- d) El juez de la etapa de juicio oral evidencia una deficiente labor realizada por el juez de la etapa intermedia, fiscal y abogados defensores, por lo que concluye en que no existen suficientes elementos de convicción que respalden la responsabilidad del procesado, y emiten una sentencia absolutoria. Por otra parte, el juez de juzgamiento

evidencia que existen elementos de convicción que demuestran la inocencia del procesado, pero que no fueron tomados en cuenta en el sobreseimiento, ya que en ese momento dichos elementos no eran materia de debate. En consecuencia, es necesario realizar un análisis de estos nuevos elementos de convicción al ser observada la acusación con un sobreseimiento para ser resuelto por el juez de investigación preparatoria, de esta manera se cumpliría el principio de celeridad y economía procesal.

- e) Se debe modificar el desarrollo de la etapa de control de acusación, pues primero se debe verificar la parte formal del requerimiento acusatorio; posteriormente, admisión de elementos de convicción; y, finalmente, analizar la parte sustancial donde el juez podría resolver sobreseimientos evidentes analizando los nuevos elementos de convicción presentados por las partes en la etapa de control de acusación.
- f) Los jueces de investigación preparatoria deben de propiciar obligatoriamente convenciones probatorias.

Referencias

- Acuerdo Plenario n.º 06-2009/CJ-116. Control de la Acusación Fiscal. (2009, 13 de noviembre). Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República (Gonzales Campos, San Martín Castro, Lecaros Cornejo, Prado Saldarriaga, Rodríguez Tineo, Valdez Roca, Barrientos Peña, Biaggi Gómez, Molina Ordoñez, Barrios Alvarado, Príncipe Trujillo, Barandiarán Dempwolf, Neyra Flores, Calderón Castillo, y Zevallos Soto).
- Acuerdo Plenario n.º 5-2008/CJ-116. Proceso de terminación anticipada: aspectos esenciales. (2009, 13 de noviembre). Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República (Gonzales Campos, San Martín Castro, Lecaros Cornejo, Prado Saldarriaga, Rodríguez Tineo, Valdez Roca, Barrientos Peña, Biaggi Gómez, Molina Ordoñez, Barrios Alvarado, Príncipe Trujillo, Barandiarán Dempwolf, Neyra Flores, Calderón Castillo, y Zevallos Soto).
- Aguilar, C. (2014). *Deficiencias de la labor fiscal en la persecución del delito de peculado en la etapa de investigación preparatoria*. Gaceta Jurídica.
- Arbulu, V. (2014). *La investigación Preparatoria en el Nuevo Proceso Penal*. Pacífico Editores.
- Arbulu, V. (2015). *Derecho Procesal Penal* (Tomo II). Gaceta Jurídica.
- Arce, L. (2015). *Constitución y Derecho Procesal Penal*. Grijley.
- Binder, A. (2008). La fase intermedia. En *Control de la investigación, Selección de lecturas* (p. 215). Instituto de Ciencia Procesal Penal.
- Campos, E. (2018). *Debido proceso en la justicia peruana*. Legis.
- Cubas, V. (2017). *El Proceso Penal Común - Aspectos teóricos y prácticos*. Gaceta Jurídica.
- Peña, A. (2009). *El Nuevo Proceso Penal Peruano*. Gaceta Jurídica.
- Peña, F. (2011). Etapa Intermedia en el Código Procesal Penal. En *Manual del Código Procesal Penal* (p. 169). Gaceta Jurídica.
- Reyna L. (2009). *La Terminación Anticipada en el Código Procesal Penal*. Jurista Editores.

Salas, C. (2011). El Proceso Penal Común. En *Etapa Intermedia. Control de acusación*. Gaceta Jurídica.

Salinas, R. (2014). *La etapa intermedia y resoluciones judiciales según el código procesal penal de 2004*. Justicia Grijley.

San Martín, C. (2015). Derecho Procesal Penal. INPECCP - Cenales.

Sentencia Exp n.º 3356-2011. (2012, 3 de mayo). Juzgado Penal de Investigación Preparatoria de Trujillo.

Sentencia n.º 6220-2005. (2005, 14 de noviembre). Tribunal Constitucional de Perú - (Margi Clavo Peralta).



ACADEMIA DE
LA MAGISTRATURA

REVISTA DE INVESTIGACIÓN

DE LA ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA

Vol. 3, n.º 5, julio-diciembre, 2021
Publicación semestral. Lima, Perú.
ISSN: 2707-4056 (en línea)
DOI: 10.58581/rev.amag.2021.v3n5.07



Exclusión de medios de prueba en la etapa intermedia

Exclusion of proofs in the intermediate stage

Federico Arias Salas*

Distrito Fiscal de Lima Noroeste
(Lima, Perú)

fariasdj@mpfn.gob.pe

<https://orcid.org/0000-0001-7339-0116>

Resumen: En el presente artículo, se hace necesario recalcar la importancia de conocer los siguientes aspectos en la etapa de control de acusación: a) en qué casos es necesario excluir los medios de prueba incorporados en el requerimiento de acusación por parte de Ministerio Público, y si estos han sido anexados teniendo en cuenta los alcances del inc. 2 del art. 155 del Código Procesal Penal (CPP); b) según el artículo 159 de la norma citada, los medios de prueba ofertadas en esta etapa postuladora (filtro - juicio oral) deben cumplir los estándares de legalidad, es decir, que hayan sido obtenidos e incorporados en la investigación preparatoria como acto lícito, sin violentar los derechos fundamentales inherentes a toda persona, claro está debiendo tener como punto de partida los efectos del art. 67 (función del Policía

* Fiscal Provincial Penal titular de la Primera Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Puente Piedra, estudios concluidos en maestría mención derecho penal y doctorado en la Universidad Andina Néstor Cáceres Velásquez

Nacional del Perú [PNP]), art. 68 (atribuciones de PNP) y art. 202 (Búsqueda de Pruebas y Legalidad Procesal) de la norma adjetiva procesal.

El tema de fondo es saber interpretar qué medios de prueba deben ser excluidos en la etapa intermedia, teniendo como base el inc. 2 del art. 155 del CPP, partiendo desde su admisión en el auto de enjuiciamiento conforme el art. 353 de la norma en comento, y su correcta motivación del juez; además de su inadmisión de aquellos medios de prueba que no sean pertinentes y prohibidos por ley, así como aquellos que resulten sobreabundantes y de imposible consecución. Es muy importante conocer este aspecto para proponer y defender qué medios de prueba deben ser incorporados en el auto de enjuiciamiento y no excluidos, en razón de que estos cumplen la función de corroboración a la imputación del tipo penal en contra del acusado, en real pertinencia y utilidad de los citados medios de prueba que han sido obtenidos sin violentar los derechos fundamentales, consecuentemente lícitos e incorporados válidamente en el investigación preparatoria que sostiene la teoría del caso del fiscal, frente a la postura de requerimiento de acusación.

Además, se debe tener en cuenta que, en la etapa intermedia, al momento de que se sustenta el requerimiento de acusación, no solo se debe controlar el aspecto formal, sustancial y la admisión de los medios de prueba, pues ante ello el juez debe tener en cuenta necesariamente el principio de legalidad y el de inmediación, para dar cumplimiento al control de acusación y que de esta manera pueda pasar satisfactoriamente a juicio oral.

Palabras clave: ilícita, sobreabundante, derechos fundamentales, transgresión

Abstract: In this topic it is necessary to emphasize the importance of knowing in the stage of prosecution control; in which cases it is necessary to exclude means of proof incorporated in the requirement of accusation by the of the Public Ministry, and if these have been annexed taking into account the scope of article 155, paragraph 2 of the Criminal Procedure Code, also the Article 159 of the aforementioned rule; taking into account that the means prove offered at this postulating stage (filter - Oral trial), they must comply with the standards of legality, that is, they have been obtained and incorporated in preparatory investigation, as a lawful act without violating the rights fundamental inherent to every person, of course it must have as starting point the effects of article 67 (function of the National Police of the Peru), article 68 (attributions of the National Police of Peru) and article 202 (Search for Evidence and Procedural Legality) of the procedural adjective rule. The underlying issue is knowing how to interpret which means of proof should be excluded in the intermediate stage, based on article 155, inc. 2nd of the CPP, starting from its admission in the indictment according to Article 353 of the rule in question, and its correct motivation from the judge; its inadmissibility

of those means of proof that are not pertinent and prohibited by law, as well as those that are superabundant and of impossible achievement; this aspect is very important to know how to propose and defend what means of proof should be incorporated in the order of prosecution and not excluded, because they fulfill the function of corroboration of the imputation of the criminal type against the accused, in purity is born the relevance and usefulness of the aforementioned means proves that they have been obtained without violating fundamental rights, consequently lawful validly incorporated in the preparatory investigation that sustains the theory of the prosecutor's case, in the face of the position of requesting accusation.

In addition, it should be taken into account that, in the intermediate stage, at the moment on which the accusation requirement is based, not only should it be controlled, the formal and substantial aspect and the admission of the evidence, since in view of this, the judge must necessarily take into account the principle of legality and immediacy, to comply with the accusation control and in this way you can successfully proceed to oral proceedings.

Key words: illicit, overabundant, fundamental rights, transgression

RECIBIDO: 30/11/2021

REVISADO: 20/12/2021

APROBADO: 27/12/2021

FINANCIAMIENTO: Autofinanciado

1. Introducción

Este tema de exclusión de medios de prueba tiene como finalidad que se valore adecuadamente su importancia en la audiencia de control de acusación, partiendo desde la perspectiva de sus efectos y su incorporación en el auto de enjuiciamiento, pues a todas luces este artículo sirve para los operadores de justicia —jueces, fiscales, abogados, entre otros— respecto a su necesidad de conocer en qué casos y en qué momento se puede utilizar este mecanismo en favor de los derechos que tiene el acusado. También sirve como guía del cuidado que debe tener el representante del Ministerio Público al momento de incorporar los elementos de convicción a la investigación, para luego postularlos en la etapa intermedia: siempre teniendo en cuenta que la obtención y presentación de los medios de prueba se hayan realizado respetando el derecho fundamental que le asiste a toda persona, es decir, que su materialización sea lícita y que el fiscal las haya incorporado previo conocimiento de las partes respetando el debido proceso, derecho de defensa y, lo más importante, que se hayan utilizado los mecanismos de autorización del órgano jurisdiccional.

Asimismo, se debe considerar que en la actualidad existen vacíos en la norma adjetiva, en la que se pueda dilucidar qué aspectos son necesarios para ser sometidos al contradictorio en la etapa de control de acusación. Muchos

órganos jurisdiccionales solo controlan el aspecto sustancial dejando de lado el control formal, que viene a ser el punto central de la audiencia en esta etapa, pues el juez con intervención de las partes solo se limita a la verificación de temas colaterales como monto de reparación civil y determinación de la pena, obviando los alcances del artículo 349.1 del CPP, el cual tiene como fin el cumplimiento de los presupuestos para la convocatoria de la audiencia de control de acusación.

Finalmente, advertidas estas falencias, conforme se expuso precedentemente, deberían subsanarse en base a la adecuada participación del Ministerio Público (MP), abogados y procuradores públicos, con el objetivo de dar cumplimiento el fin de la audiencia, y de que se valoren los medios de prueba al momento de ser sustentados por las partes, y se admitan tomando en cuenta su incorporación válida y sin haber violentado los derechos fundamentales, claro está, bajo apremio de ser excluidas, si se acredita su ilicitud o sobreabundancia conforme lo señala el art. 155.2 del CPP.

2. Cuerpo normativo - Marco teórico

2.1 Audiencia de Control de Acusación

2.2.1. Cuestiones preliminares

Para solicitar la exclusión de un medio de prueba ofrecida por las partes, se debe determinar previamente en qué etapa del Código Procesal Penal se encuentra establecido. Directamente se va a la etapa de control de acusación, es decir, a lo señalado en el artículo 350 de la norma adjetiva procesal: el juez, apoyado en la postulación de un requerimiento acusatorio presentado por el representante del MP y basándose en los presupuestos que exige el artículo 349.1 de la norma en comento, admite la mencionada solicitud para que, previo traslado de la parte por el plazo de diez días, la defensa técnica del acusado, el actor civil y el procurador público puedan realizar las observaciones de carácter formal o sustancial al citado requerimiento. Dentro de los cinco días de recibido o vencido el plazo para su absolución, el juez los citará a una audiencia para debatir con presencia obligatoria de las partes —el fiscal, defensa técnica, procurador público, actor civil—, y rebatir en cuanto al control formal y sustancial. Sin embargo, puede darse el caso en que la audiencia se re programe por defecto de notificación o incomparecencia de la defensa técnica del o los acusados; entonces el juez procede a señalar nueva fecha para audiencia, que no podrá ser mayor al plazo de ocho días, conforme lo señala el art. 360 del CPP. Transcurrido dicho plazo, la asistencia del fiscal y las demás partes —como defensa técnica, actor civil y procurador público— es obligatoria. Ante la inasistencia del fiscal, el juez puede ejecutar los apercibimientos decretados poniendo en conocimiento de la Oficina de Control Interno, o aplicar los parámetros del art. 62 del CPP, según el cual

se debe comunicar al fiscal superior de este hecho de incumplimiento de funciones de parte del representante del Ministerio Público. Bajo esta última premisa, el superior jerárquico puede excluirlo como responsable del caso y designar en su remplazo a otro fiscal, y si advierte que existe indicios de una presunta inconducta funcional, puede comunicar este hecho a su órgano de control.

En esta etapa, no es posible actuar pruebas o actos de investigación específicos, salvo lo establecido en el artículo 242 del CPP, es decir, la prueba anticipada, así como presentar pruebas documentales. La audiencia es dirigida estrictamente por el juez de investigación preparatoria y, en el ínterin del mismo, deben primar la oralidad y contradicción, teniendo en cuenta los principios de legalidad, inmediación, concentración, publicidad, celeridad procesal, entre otros.

La diligencia se inicia con la identificación de las partes de obligatoria concurrencia. Enseguida, el juez concede el uso de la palabra en el orden siguiente: fiscal, defensa técnica del actor civil, defensa técnica del acusado, así como defensa técnica del tercero civil responsable. Estos especialistas debatirán respecto a las incidencias surgidas y la pertinencia de la prueba. En este punto, se debe tener en cuenta que lo oralizado por el representante del Ministerio Público, en cuanto a los medios de prueba ofrecidos, no solamente debe sustentar su utilidad, pertinencia y conducencia, sino también se debe identificar en la audiencia que estos medios de prueba han sido incorporados válidamente en la investigación preparatoria. Para ello, es necesario que se hayan utilizado los mecanismos de búsqueda y restricción de derecho establecidos en el art. 202 de la norma adjetiva procesal, claro está, previa autorización judicial; que estos medios de prueba no colisionen con la vulneración de un derecho fundamental ni estén inmersos en la sobreabundancia respecto a la probanza de un hecho ilícito; y, además, que su procedencia sea lícita, de acuerdo al art. 155.2 de la norma en comento. Los operadores de justicia deben poner especial atención en este tipo de incidencia para que, ante el ofrecimiento de pruebas, estas sean admitidas válidamente por el juez y consignadas en el auto de enjuiciamiento, conforme lo señala el art. 353 del CPP. Si se advirtiera que se viene postulando un medio de prueba que ha sido catalogada por una de las partes como sobreabundante o incorporada con clara vulneración de un derecho fundamental, inmediatamente, previo debate de las partes, el juez podría disponer su exclusión, en atención a que no sería idóneo su admisión para su debate y analizado como órgano de prueba en la etapa estelar del proceso.

2.2.2. Importancia

La trascendencia de la admisión y exclusión de un medio de prueba radica en que este viene a constituir un órgano de prueba que será debatido

y analizado en la etapa de juicio oral por las partes; y, a través de ello, se traslucirá en una prueba que sirva en las pretensiones que postulen tanto el fiscal como los demás. Empero, qué sucede cuando a partir del debate se logra avizorar que un medio de prueba postulado por alguna de las partes se encuentra inmerso dentro de los parámetros del art. 159 del CPP: se ha incorporado como elemento de convicción un medio obtenido ilícitamente o sea sobreabundante en la investigación preparatoria. Ante este hecho, es obligación del juez ejercer control en este extremo, en clara interpretación del art. 155.2 de la norma adjetiva procesal y, previo debate de las partes, advierte que este medio no es idóneo, por lo cual lo excluirá y no será admitido en el auto de enjuiciamiento, atendiendo a que no sería lícito incluirlo en razón que transgrediría el debido proceso, derecho de defensa claramente establecido los incisos 3 y 14 del art. 139 de la Constitución Política del Estado (CPE).

En cuanto a la exclusión de medios de prueba, se debe tener en cuenta que el proceso sería declarado nulo, si se incorporaran pruebas prohibidas, o si estas se practicaron con violación a los derechos fundamentales que se encuentran debidamente resguardados en la propia CPE, así como en el art. 159 de la norma adjetiva procesal. Además, se debe tener en cuenta la efectividad de la justicia y sanción penal, reparación que tiene la víctima y, de otra parte, la contravención del ejercicio del *ius puniendi* del Estado, en cuanto no solo a la dignidad del ser humano, sino también a los derechos del procesado. Lo último en razón de que como postulado de carácter constitucional tiene como emblema el concepto de la prueba ilícita, pues aquello que atenten en contra de aquellos derechos devienen en nulos y son objeto de exclusión.

Otro aspecto relevante, es que bajo la premisa de que algunos medios de prueba han sido obtenidos transgrediendo derechos fundamentales, los operadores de administración de justicia y, mayormente, los abogados defensores —en forma negativa y otorgando una mala interpretación— pretenden generar impunidad respecto a la sanción a imponer por parte del Estado, a través de los órganos jurisdiccionales.

2.2.3. En cuanto a la admisión de medios de prueba

Es la etapa más trascendental de la audiencia de control de acusación, en la que el juez está en obligación de poner mayor énfasis para controlar la admisión de medios de prueba. Esto constituye el punto central del proceso, no solo para acreditar la presunta responsabilidad del acusado, sino también por ser un mecanismo de defensa que planteará el abogado defensor del acusado, y en base a ello se determinará su responsabilidad o irresponsabilidad. En cuanto a las pruebas que se pueden postular, son la prueba personal, testimonial, pericial, documental, incorporación de evidencia material, y, a través de ello, previo debate de las partes —es decir sustentando la utilidad, pertinencia y conducencia—, el juez podrá admitir los medios de prueba postulados por

las partes, cuidando que no hayan sido incorporados violentando derechos fundamentales en el auto de enjuiciamiento, para luego derivarlo al juez a cargo de la etapa estelar del proceso. Estos pueden ser actuados como órganos de prueba, en resguardo de las pretensiones de las partes como el Ministerio Público, defensa privada, entre otros.

2.2.4. Respecto al control de admisión de los órganos de prueba

Al respecto, se debe tener en cuenta lo establecido en el numeral 5 del art. 352 del CPP, el cual señala que la admisión de medios de prueba requiere:

- a) que la petición contenga la especificación del probable aporte a obtener para el mejor conocimiento del caso;
- b) que el acto probatorio propuesto sea pertinente, conducente y útil; en este caso, se dispondrá todo lo necesario para que el medio de prueba actúe en la etapa de juicio oral; en la solicitud de una prueba personal o pericial, se deberá expresar el punto que será materia de examen; se debe precisar que la forma de ofrecer un medio de prueba; al momento de sustentar será necesario que el aportante especifique la utilidad y pertinencia. Todo ello con el fin de precisar cuál será el aporte y qué se logrará con su examen en la etapa estelar, claro está, estos medios de prueba serán admitidos siempre y cuando hayan sido obtenidos sin haber violentado derechos fundamentales.

El juez podrá disponer la exclusión de medios de pruebas, si se advierte que son sobreabundantes o que hayan sido obtenidos ilícitamente, en base a lo dispuesto en el artículo 155.2 del Código Procesal Penal. Es imperioso que el juez tenga en cuenta estos preceptos al momento de admitir los medios de prueba en el auto de enjuiciamiento.

Además, es necesario establecer en este punto, que las partes al momento de postular el ofrecimiento de medios de prueba deben seleccionar a aquellos que no se encuentren inmersos dentro de la probable exclusión, pues corre el riesgo de que su teoría del caso quede neutralizada. En reiterada jurisprudencia, ha quedado establecido que las partes deben conducirse por el principio de legalidad al entregar pruebas y que estas deban ser obligatoriamente actos procesales que ayuden al esclarecimiento de la verdad, es decir, que se llegue a acreditar la realización del ilícito penal o irresponsabilidad del acusado.

En ese sentido, el juez debe ser muy exigente para lograr un estándar alto en la admisión y control probatorio, con el fin de que el caso sea remitido a juicio oral, con todos los mecanismos que viabilicen su actuación y examen en esa etapa. De lo contrario, debe excluir los medios de prueba que no cumplan dicho estándar, y así las partes puedan utilizar los mecanismos que prevé el

art. 350 de la norma adjetiva procesal, defensas previas, excepción, criterios de oportunidad, sobreseimiento, entre otros. De esta manera, se llevará adelante un proceso con todas las garantías.

3. Materiales y métodos

El método de estudio realizado es cualitativo de interpretación y doctrinario en razón de la experiencia del ejercicio en la función fiscal, debido a que reiteradamente ha surgido incidencias en la etapa de control de acusación sobre la exclusión de medios de prueba. Ello sin tomar en cuenta los parámetros del artículo 159 del Código Procesal Penal, lo cual constituye un punto importante sobre cómo debe incorporarse y/o ofrecer medios de prueba válidamente obtenidos sin violentar derechos fundamentales. Esta función es realizada por el juez en la audiencia de control de acusación aplicando los alcances del artículo 155.2 del Código Procesal Penal. A través de este estudio, se busca uniformizar criterios para la correcta aplicación de los operadores jurisdiccionales en el ejercicio del ofrecimiento de pruebas en la etapa intermedia.

4. Resultados

Tras la exposición del presente artículo, se busca como resultado que, en esta etapa de control de acusación, el juez ejerza un control minucioso para la admisión de los medios de prueba ofrecidos por las partes, considerando los alcances de los artículos 155.2 y 159 del CPP y, a través de ellos, se depuren los procesos que no tengan futuro para ser derivados a juicio oral. Este aspecto es primordial en el caso de no darse con éxito la postulación del ofrecimiento de pruebas, de modo que estas puedan ser sometidas a mecanismos de defensa en la etapa intermedia y se logre su conclusión con una resolución de fondo. Sin duda, teniendo en cuenta la exclusión de los medios de prueba ofrecidos por los actores del proceso.

Es fundamental destacar que, según el Observatorio de la Criminalidad del Ministerio Público, en los delitos tanto de índole común o especial, se ha incrementado el índice de criminalidad, en razón de que estos mecanismos de exclusión de medios de prueba, son indebidamente utilizados por la defensa técnica de los investigados por los diversos delitos, especialmente, los defensores públicos, y en muchas oportunidades los jueces. Dichos especialistas sin interpretar claramente el procedimiento de incorporación de los medios de prueba —que se hayan recolectado respetando los derechos fundamentales—, proceden a excluirlos bajo la premisa de los alcances del artículo 155.2 del ordenamiento procesal peruano.

Por ello, muchas investigaciones formuladas por los fiscales se ven frustradas, no solo por mala aplicación de este precepto procesal, sino que, en reiteradas oportunidades, los operadores de justicia no ponen en práctica el

principio de interpretación ni respetan los roles que cumplen los operadores de justicia. Se da una indebida interpretación a la admisión de los medios de prueba, con el propósito de generar impunidad a las investigaciones en curso. Todo ello en desmedro e inseguridad de las personas que tiene la condición de agraviados, así como de la sociedad que se ve desprotegida, aunado a que el Estado no coadyuba a la lucha contra el crimen ni dota de la logística e implementación y adecuada capacitación de quienes intervienen en la administración de justicia.

Por lo tanto, es crucial que el gobierno ponga mayor énfasis en la lucha contra el crimen, y se limite el inadecuado uso de las estrategias en solicitar la exclusión de medios de prueba, bajo la premisa que han sido incorporadas violentando derechos fundamentales.

5. Discusión

Este punto siempre ha sido neurálgico en la etapa intermedia, pues las partes malinterpretan el momento en que el juez declara inadmisibles sus medios de prueba y las excluye del auto de enjuiciamiento. Se considera que este extremo del debate es importante porque a través de la admisión de los medios de prueba podrá realizarse con éxito el juicio oral —este proceso representa el filtro obligatorio para la admisión de órganos de prueba (personal, pericial, documental, entre otras), y así se determinará la responsabilidad penal del acusado o su inocencia. En conclusión, es importantísimo este estadio procesal, siempre atendiendo al principio de legalidad e inmediación.

Se considera relevante también que, en la etapa de control de acusación, el juez realice una adecuada subsunción en la admisión y control de los medios de prueba que postulan las partes, claro está respetando el principio constitucional de la presunción de inocencia que ampara a toda persona investigada por un delito. Sin embargo, ello no es óbice que deba ejercer un control minucioso al momento de resolver o excluir los medios de prueba para ser actuados en juicio oral, bajo el pretexto o mala interpretación de que han sido obtenidos transgrediendo derechos fundamentales, o tiene la condición de sobreabundante. Por tanto, esta decisión debe estar acorde no solo a la norma constitucional, procesal o sustantiva, sino también al análisis de la jurisprudencia nacional e internacional y, esencialmente, respetando las máximas de experiencia. De esta manera, se podrá evitar excluir rápidamente un medio de prueba, porque antes será debatida en juicio oral y, recién en esa instancia, se evaluará si se toma en cuenta o valora como prueba lícita y válida.

6. Conclusiones

El juez de investigación preparatoria al instalar la audiencia de control de acusación, luego de realizar el control formal para verificar los requisitos

de procedibilidad que exige el art. 3.49.1 del CPP, debe dar mayor énfasis al control sustancial, es decir, al momento de la postulación de los medios de prueba ofrecido por las partes, cuidando no solo su utilidad y pertinencia, sino que estos hayan sido obtenidos sin transgredir derechos fundamentales. En caso de que el juez advierta que tiene el perfil de la sobreabundancia o haya sido obtenido contraviniendo los lineamientos del art. 159 del CPP, deben ser excluidos, previo debate y contradicción de las partes.

Se considera necesario y pertinente esbozar la gran utilidad que tiene este tema sobre la exclusión de medios de prueba en la audiencia de control de acusación, útil no solo como herramienta válida para hacer prevalecer los medios de prueba postulados por las partes —MP, abogados privados, entre otros—, sino también para resguardar los derechos fundamentales que le asiste a toda persona. Es decir, que el delito que se le imputa debe estar debidamente acompañado con los medios de prueba necesarios, incorporados válidamente a la investigación, y que de ello haya tenido conocimiento el procesado. De este modo, en la etapa intermedia, se podrá postular y debatir si ese medio de prueba ha sido obtenido válidamente, en resguardo del principio de imputación y prueba de parte del Ministerio Público, o será observada o contradicha por la defensa técnica bajo el argumento de la exclusión del medio de prueba.

Es significativo que este artículo haya despejado dudas respecto a la posibilidad de exclusión un medio de prueba, no solo porque lo establece la norma procesal adjetiva, sino también porque tiene resguardo en la jurisprudencia nacional e internacional. No obstante que, dicha exclusión no puede ser utilizada en forma negativa por los abogados defensores, con el propósito de sustraer una imputación o atribución de cargos en contra de su cliente respecto a la comisión de un delito, y generar desavenencia e impunidad. Este accionar, a todas luces, origina no solo incertidumbre en el trabajo de los operadores de justicia, sino también que la sociedad se vea desprotegida —su seguridad física, psicológica y patrimonial—. Así se estaría dando carta libre para que los agentes o ciudadanos puedan materializar ilícitos penales sin esperar recibir sanción alguna del Estado, con el conocimiento de que los medios de prueba que alcanza el Ministerio Público pueden ser rebasados o excluidos bajo el fundamento de su obtención como prueba ilícita y descartando que se utilice en su contra.

Referencias

Código Procesal Penal, Decreto Legislativo 957 promulgado el 22 de julio de 2004 y publicado el 29 de julio de 2004. Entró en vigencia el 1 de julio de 2006. El texto fue modificado por la Ley 31166, publicada el 14 de abril de 2021.



ACADEMIA DE
LA MAGISTRATURA

REVISTA DE INVESTIGACIÓN DE LA ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA

Vol. 3, n.º 5, julio-diciembre, 2021
Publicación semestral. Lima, Perú.
ISSN: 2707-4056 (en línea)
DOI: 10.58581/rev.amag.2021.v3n5.08



Incidencia de solicitudes de medidas cautelares reales en procesos de violación sexual de menor de catorce años

The incidence of requests for real precautionary measures in processes of rape of children under fourteen years of age

Guido Castillo Lira*

Corte Superior de Justicia de Cusco

(Cusco, Perú)

gcastillol@pj.gob.pe

<https://orcid.org/0000-0001-6944-0424>

Resumen: El presente artículo recoge información de las Secretarías Penales de los Juzgados de Investigación Preparatoria de la provincia de Cusco, respecto al porcentaje de solicitudes de medidas cautelares reales incoadas por los fiscales penales en los años 2019 y 2020, en procesos de violación de la indemnidad sexual de menor de catorce años.

La información que se ha obtenido es de suma importancia, ya que evidencia que la incidencia de solicitudes cautelares reales, en dichos años,

* Juez penal titular del Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria de la Corte Superior de Justicia de Cusco.

oscila entre el 0 % y 1 %; incidencia que obedecería al hecho de que los fiscales direccionan sus esfuerzos en lograr la imposición de medidas cautelares personales —prisiones preventivas—, dejando de lado la cautela civil.

Los entrevistados han propuesto algunas medidas para mejorar la incidencia de solicitudes cautelares en resguardo del cumplimiento del pago de la reparación civil, siendo, las más importantes, la implementación de directivas por parte de la Fiscalía de la Nación, en la cuales se establezca que los fiscales requieran obligatoriamente, a Registros Públicos, información respecto de los bienes de un imputado, además de tener que solicitar las medidas cautelares reales que sean menester si se advierten bienes del imputado. Asimismo, se plantea la necesidad de que se implemente un kárdex notarial nacional, para que las Notarías informen sobre los actos jurídicos patrimoniales, en los cuales intervinieron los imputados.

Palabras clave: medidas cautelares reales, delito de violación sexual de menor de edad, reparación civil

Abstract: This article collects information from the Criminal Secretaries of the Preparatory Investigation Courts of the province of Cusco, regarding the percentage of requests for real precautionary measures initiated by criminal prosecutors in 2019 and 2020, in processes of violation of sexual indemnity under fourteen years.

The information that has been obtained is of the utmost importance since it shows that the incidence of real precautionary requests in those years ranges between 0% and 1%, a percentage that would be specifically due to the fact that prosecutors prioritize their efforts to achieve measures are imposed. personal precautions —preventive prisons—, leaving aside civil precaution.

The interviewees have proposed some measures to improve the incidence of precautionary requests to protect the payment of civil damages, the most important of which are the implementation of directives by the Office of the Attorney General, which establishes a protocol that the prosecutors require. Mandatory Public Registries information regarding the assets of a defendant and if assets are noticed, they must request the real precautionary measures that are necessary. Likewise, the need to implement a national notarial transcript, so that the Notaries report the legal patrimonial acts in which the accused intervened.

Key words: Real precautionary measures, crime of rape of a minor, civil reparation.

RECIBIDO: 30/11/2021
APROBADO: 27/12/2021

REVISADO: 20/12/2021
FINANCIAMIENTO: Autofinanciado

1. Introducción

La comisión de un delito genera, como consecuencia para el autor, que se le imponga una pena y una reparación civil en forma conjunta. Obligación que se encuentra establecida en el artículo 92 del Código Penal que señala: «La reparación civil se determina conjuntamente con la pena y es un derecho de la víctima que debe efectivizarse durante el tiempo que dure la condena. El juez garantiza su cumplimiento».

El Acuerdo Plenario n.º 5-2008-CJ-116, en su fundamento veinticuatro, estableció, en relación a esta imposición, que, en el Código Procesal Penal, existe una acumulación de acciones penales y civiles, siendo la última de invocación obligatoria, debido a la existencia de un daño a la víctima, que requiere ser reparado.

Así también, el Acuerdo Plenario n.º 06-2006-116 señaló que el objeto civil de la reparación en el proceso penal se encuentra regulado en el art. 93.º del Código Penal. Refiriendo que la responsabilidad civil tiene como fundamento la obligación de reparar el daño civil ocasionado a la víctima. En cambio, la responsabilidad penal, surge de la puesta en peligro del bien jurídico protegido y de la culpabilidad del agente.

De otro lado, el Acuerdo Plenario n.º 05-2011-CJ-116, en el fundamento séptimo, indicó que el Código Procesal Penal del 2004 establece que el Ministerio Público es el encargado del ejercicio de la acción civil y también la víctima, si se constituye en actor civil dentro del proceso penal. Señaló, además, que la sentencia absolutoria o disposición de sobreseimiento no impide al órgano jurisdiccional pronunciarse sobre la acción civil, según lo establecido en el art. 12 inciso 3 del Código Procesal Penal. Y, en el fundamento décimo, estableció que, en el sistema penal peruano, se posibilita la acumulación de la pretensión civil y penal, que responde a un tipo de acumulación heterogénea, con el fin de evitar el mayor desgaste de la acción jurisdiccional al incoar de manera independiente la pretensión civil y penal.

Adicionalmente, el Acuerdo Plenario n.º 04-2019-CJ-116, en su fundamento veinte, mencionó que el art. 92 del Código Procesal Penal determina que la reparación civil se establezca de manera conjunta con la pena, respondiendo a la efectividad del sistema penal exigir su pago. Mientras que, el fundamento veintidós estableció que la acción civil *ex delicto* es ejercida dentro del proceso penal, procurando una reparación del daño causado por la comisión del delito.

Como se puede advertir, para garantizar la efectividad del sistema penal, es necesario no solo que se imponga una pena ante un hecho ilícito, sino que se cautele, se imponga y se exija el pago de la reparación civil. En este escenario, respecto al contenido de la reparación civil, Peña (2011) precisó

que comprende: a) la restitución del bien o el pago de su valor cuando no es posible la restitución, que busca reponer la situación de las cosas al estado anterior de la comisión del hecho punible; b) la indemnización de daños y perjuicios, siendo indemnizables los daños materiales como los morales; los primeros pueden ser objeto de estimación cuantitativa, pues afecta un determinado bien, en tanto que los segundos van a necesitar una valoración, al penetrar en una esfera muy personal del ser humano.

Ahora bien, Peña (2011) añadió que la reparación civil comprende el daño emergente, el lucro cesante y daño a la persona, dando cuenta que:

- ▶ El daño emergente: se refiere a la necesidad de reparar estimativamente el grado de afectación ocasionado; es la compensación por los daños o perjuicios materiales, cuantificables en dinero; es el empobrecimiento que sufre el agraviado en su patrimonio como consecuencia directa del daño.
- ▶ El lucro cesante: se refiere a la utilidad o ganancia del que fue privado el agraviado. Consiste en la frustración de una ganancia o de la utilidad que haya dejado de percibir por el daño ocasionado.
- ▶ El daño moral: son aquellos que perjudican la esfera psíquica de la víctima, afectan los bienes inmateriales del ofendido, se trata de una lesión a los sentimientos y que tiene eminentemente carácter reparatorio o de satisfacción. Son aquellos que se sitúan en la esfera emotiva de la víctima.
- ▶ En la esfera del daño moral: se comprende una distinción entre aquellos que afectan directamente el patrimonio, susceptibles de valuación económica; y aquellos que no tienen incidencia alguna sobre el patrimonio, pues tienen una incidencia espiritual. A estos últimos, los denominé como daños morales puros; por ejemplo, el dolor por la pérdida de un ser querido, el sufrimiento físico, la disminución de condiciones o aptitudes físicas como la salud, estética, sexualidad y aptitud para el deporte. Para determinar el grado de afectación al plano subjetivo de la víctima, se necesitará la realización de una pericia psicológica y, de una pericia psiquiátrica, para establecer un cuadro clínico que defina la magnitud del daño.

Asimismo, en relación a los presupuestos para su presentación, San Martín (2002) da cuenta como presupuestos de las medidas cautelares reales:

- ▶ *Fumus Delicti Comissi*: consiste en la existencia de indicios razonables de criminalidad de apariencia delictiva, que haya ocasionado un daño o perjuicio material o moral y también se exige que los indicios

evidencien una relación de causalidad con el sujeto contra el que se adoptan, ya sea imputado o tercero civil.

- ▶ *Periculum Libertatis*: se encuentra referido al retardo en el proceso, que puede traer un grave perjuicio en la pérdida del derecho pretendido en un determinado proceso. Es decir, se corre el riesgo de que los bienes que, en un futuro, podrían servir para ejecutar el cumplimiento de la consecuencia económica derivada del delito sean dispuestos de manera indebida por el imputado, y, así, incumplir con su deber.

En relación a los sujetos obligados al pago de la reparación civil, Oré (2016) señaló que los obligados, conforme al artículo 95 del Código Penal, son los imputados (que responderán solidariamente) y el tercero civilmente responsable de existir dando cuenta de que:

- ▶ En relación al imputado: es el obligado a asumir tanto las consecuencias penales como civiles que se deriven del mismo.
- ▶ El tercero civilmente responsable: es el sujeto procesal accidental en quien puede recaer la pretensión de resarcimiento. Se trata de un tipo de responsabilidad por el hecho ajeno, también conocida como vicaria, alternativa o sustitua. Requiere que el daño producido se produzca en el ejercicio del cargo o en cumplimiento del servicio respectivo.

En consecuencia, el objeto del proceso penal no solamente debe estar centrado en la imposición de una pena, sino cautelar y exigir la reparación civil, la cual es cuantificable en dinero. Ahora bien ¿cómo se cautela la reparación civil en un proceso penal?

La respuesta es que se logra dicho objetivo a través de las medidas cautelares reales, medida que tiene por finalidad que el órgano jurisdiccional ordene que algunos efectos de la sentencia se anticipen. Asegurando, de esta manera, que se mantenga las condiciones materiales de una situación existente para mantener la efectividad de la futura decisión del juzgador (Monroy, 1990).

Entonces, las medidas cautelares reales salvaguardan el cumplimiento de la decisión judicial, la trascendencia radica en mantener el patrimonio del imputado incólume para que no realice disposiciones maliciosas.

Ahora bien, Oré (2016) realizó una clasificación de las medidas cautelares reales en el proceso penal, teniéndose, por ejemplo:

- ▶ El embargo: es aquel instrumento cautelar que, a través de la ocupación, aprehensión o retención de bienes pertenecientes al procesado y, en su caso, al tercero civil, pretende asegurar el cumplimiento de las

obligaciones pecuniarias que se impondrían en la sentencia final. Se clasifican en:

- Embargo en forma de inscripción: se traba sobre los bienes muebles e inmuebles registrados a nombre del obligado. La inscripción de la medida se hará en la partida o ficha registral correspondiente, de modo que ningún tercero puede alegar desconocimiento del embargo en forma de inscripción.
- Embargo en forma de depósito: esta modalidad de embargo recae sobre los bienes muebles del obligado que son depositados a la orden del juzgado en poder del propio obligado. El afectado solo podrá realizar actos de disposición o transferencia dejando constancia del gravamen que pesa sobre dicho bien y, en la medida en que, el acto de disposición no afecte la garantía que en sí significa el embargo, y en tanto no implique un riesgo de fraude u ocultamiento del bien.
- Embargo en forma de retención: esta medida opera sobre los bienes o derechos de crédito en posesión de terceros, cuyo titular o acreedor del derecho es el procesado. Conforme a esta modalidad de embargo, el poseedor, o quien detenta el bien o derecho bajo cualquier otro título, recibe la orden de retener el bien o el pago, para luego entregarlo a quien el juez disponga o depositar el pago (en caso del derecho de crédito) al Banco de la Nación, pero en ningún caso al procesado. El retenedor tendrá las mismas obligaciones y responsabilidades que el depositario.
- Embargo en forma de intervención: se puede distinguir en relación a sus fines, dos tipos: a) intervención en recaudación, según la cual el embargo recae sobre los ingresos de una empresa de una persona natural o jurídica (incluyendo a las sin fines de lucro), para ello, el juez nombra un interventor que recaudará directamente los ingresos; y b) intervención por información, mediante la cual el interventor recabará información sobre el movimiento económico de la empresa, el mismo que quedará obligado civil y penalmente a la veracidad de la información proporcionada.
- Embargo en forma de administración: esta medida recae sobre los bienes fructíferos, es decir, sobre los que producen periódicamente ganancias. La medida se concreta con el nombramiento del administrador judicial del bien, quien se encargará de la representación y gestión de la empresa o negocio en sustitución de sus órganos directivos y ejecutivos, los que cesarán automáticamente en sus funciones al asumir el cargo el administrador judicial.

- ▶ La incautación cautelar: se refiere a la restricción de los derechos reales del procesado sobre su patrimonio, específicamente, sobre los bienes muebles e inmuebles relacionados con los hechos investigados penalmente, con el fin de asegurar el futuro decomiso de los bienes.
- ▶ El secuestro conservativo: se encuentra previsto en el artículo 312-A del Código Procesal Penal. Es una medida de coerción real destinada a asegurar la efectividad del pago de la reparación civil derivada del delito, mediante la desposesión física del bien y su entrega a un custodio. A tal efecto, esta medida recaerá sobre los vehículos motorizados del imputado o del tercero civilmente responsable.
- ▶ Orden de inhibición: es aquella medida de coerción real civil que enviste al juez del poder de restringir al procesado su derecho a la libre disposición de sus bienes registrables, con el único fin de asegurar el efectivo cumplimiento de la responsabilidad civil que, presumiblemente, se impondría en la futura sentencia. Se trata, pues, de una medida cautelar que busca prevenir la futura insolvencia de quien puede ser condenado pecuniariamente en el proceso penal, para lo cual limita su facultad de disposición de sus bienes, evitando, así, que el sujeto obligado a responder civilmente pierda su capacidad económica para hacer frente a las obligaciones patrimoniales que puedan imponérsele en la posterior sentencia.
- ▶ Medida cautelar de no innovar: tiene como finalidad conservar la realidad, para, de esa manera, garantizar la decisión final del juzgador; es decir, impide que se modifique el estado actual de las situaciones de hecho o derecho al momento de otorgar la medida cautelar. Al respecto, Carbajal (2016) señala que esta medida consiste en la conservación de una situación de hecho o derecho, por la cual se da una indicación al juez para que dicte una medida que implique una conservación de la situación existente.

Como se observa, existe una variedad de medidas cautelares que podrían ser aplicadas en el proceso penal, con el propósito de que los imputados no dispongan de sus bienes. Por ello, la pregunta que pretende responder el presente artículo es: ¿existe incidencia de solicitudes cautelares en el proceso de violación de la indemnidad sexual de menor de catorce años?

Como se advierte del presente artículo, se busca información en relación al resguardo de la reparación civil en los casos de violación de la indemnidad sexual, delito que se ha escogido debido a que es uno de los delitos más deleznable y que afectan a las personas más vulnerables que son los niños y niñas.

Según Salinas (2019), este delito protege el desarrollo normal de la sexualidad de los menores, quienes todavía no han alcanzado el grado de madurez suficiente para determinarse sexualmente en forma libre y espontánea. Siendo la indemnidad sexual la preservación de la sexualidad de una persona cuando no está en condiciones de decidir sobre su actividad sexual. Ello, debido a que puede afectar al desarrollo de su personalidad y producir alteraciones importantes que incidan en su vida o su equilibrio psíquico en el futuro.

Así también, Arbulu (2019) señaló que la indemnidad es aquel derecho que tiene una persona para que no se le cause un daño o perjuicio, precisando que, en cuanto a los menores de edad, el acceso carnal les acarrea *prima facie* un daño porque perturba su normal desarrollo sexual; aun si no existiera violencia o amenaza, el solo acceso carnal ya es considerado un daño. Esto no sucede en los mayores de edad, puesto que un acceso carnal de por sí no representa un daño, esto es relativo; será un daño en la medida en que sea realizado doblegándola mediante amenaza o violencia, en contra de la libertad del sujeto.

Igualmente, Peña (2019) afirmó que el bien jurídico que se protege es la intangibilidad o indemnidad sexual. El ejercicio de la sexualidad en menores de edad se prohíbe en la medida que puede afectar el desarrollo de su personalidad y producir alteraciones importantes que incidan en su vida o equilibrio psíquico futuro. De ahí que, para la realización del tipo penal, no entre en consideración el consentimiento, pues este carece de validez, configurándose una presunción *iuris et iure* de la incapacidad de los menores de edad para consentir válidamente.

Con todo lo anotado, ¿por qué es importante la cautela civil en este tipo de delito? Es fundamental porque una verdadera justicia para una víctima involucra que no solo se imponga una pena al imputado, sino, como se ha señalado, que se le indemnice económicamente en forma efectiva, para buscar reparar el daño y eventuales traumas que se generaron o se generarán por la conducta ilícita. En este escenario, Gálvez (2016) señala que el resarcimiento no tiene como objetivo la sanción del culpable, sino la reparación del daño que se causó a la víctima, quien fue lesionada en sus bienes jurídicos personales o materiales.

Estos perjuicios son de carácter extrapatrimonial y, precisamente, por ello, su reparación no tiene el fin de reparar al patrimonio de la víctima, por cuanto no existe un precio al dolor que siente la persona (Programa de Formación Judicial, Inducción a la Reparación Civil, 2010). Incluso es muy difícil cuantificar el daño en estos casos, ya que los sentimientos resultan inapreciables económicamente, su edad, el grado de incapacidad que sufre la víctima, y las enfermedades adicionales mentales que pudiera sufrir (Espinoza, 2019).

2. Materiales y métodos

Para obtener dicha información, se siguió la línea de investigación de carácter cualitativo, ya que se basa en un proceso inductivo, es decir, explorar y describir desde lo particular para llegar a lo general. La muestra estuvo constituida por cinco abogados que se desempeñaron como secretarios de causa y tramitaron incidencias en los siete Juzgados de Investigación Preparatoria de la provincia de Cusco, en los años 2019 y 2020. Para la recolección de datos, se utilizó como herramienta la entrevista.

3. Resultados

Los datos, como se ha indicado, fueron recolectados a través de entrevistas grabadas estructuradas en tres preguntas: 1. Respecto al porcentaje de medidas cautelares solicitadas por la fiscalía y actores civiles en el delito de violación de la indemnidad sexual de menor de catorce años, durante los años 2019 y 2020. 2. Consideraciones respecto al por qué no se presentarían medidas cautelares en este tipo de procesos 3. Alternativas en relación a la incidencia de la cautelar real en este tipo de procesos; obteniéndose lo siguiente:

Tabla 1

Categoría: Requerimientos de medidas cautelares reales de los años 2019 y 2020, solicitadas por la Fiscalía o actores civiles

Secretaría 1	Secretaría 2	Secretaría 3	Secretaría 4	Secretaría 5
0 % el 2019	0 % el 2019	1 % el 2019	0 % el 2019	0 % el 2019
0 % el 2020				

Tabla 2

Categoría: Consideraciones respecto al por qué no se presentarían medidas cautelares reales en procesos de violación de la indemnidad sexual de menor de 14 años

Secretaría 1	Secretaría 2	Secretaría 3	Secretaría 4	Secretaría 5
<ul style="list-style-type: none"> ▶ Los fiscales se preocupan únicamente por la prisión preventiva. ▶ Los imputados por estos delitos son personas de escasos recursos económicos. ▶ Los imputados son familiares de las agravadas. 	<ul style="list-style-type: none"> ▶ Los fiscales inciden en la prisión preventiva, dejando de lado la cautela civil. ▶ Las víctimas desconocen que pueden pedirle al fiscal que solicite medidas cautelares reales. ▶ Las víctimas son personas de escasos recursos económicos y menores de edad, además, desconocen el trámite judicial, por lo que, no se constituyen en actores civiles. 	<ul style="list-style-type: none"> ▶ Los fiscales se preocupan únicamente por la cautela personal. ▶ Los agravados no solicitan constituirse en actores civiles ni solicitan medidas cautelares por desconocimiento. ▶ Tampoco solicitan constituirse en actores civiles porque las víctimas son menores y sus representantes legales son familiares de los imputados en la mayoría de los casos. 	<ul style="list-style-type: none"> ▶ Los fiscales no se preocupan de la reparación civil, solo de lograr que se imponga una pena. ▶ La carga procesal no les permite investigar la existencia de bienes del imputado. ▶ No se constituyen en actores civiles porque son familiares de los imputados. ▶ Los imputados son personas de escasos recursos económicos que no tienen bienes. 	<ul style="list-style-type: none"> ▶ Los fiscales no investigan la existencia de bienes del imputado. ▶ Las agravadas provienen de familias muy vulnerables de escasa cultura y de escasos recursos económicos y desconocen el procedimiento judicial. ▶ Si bien un porcentaje mínimo de agravadas acude a los centros de asistencia legal gratuitos del Estado, luego se olvidan del proceso.

Tabla 3

Categoría: Alternativas para mejorar la incidencia cautelar real en el delito de violación sexual de menor de 14 años

Secretaría 1	Secretaría 2	Secretaría 3	Secretaría 4	Secretaría 5
<p>▶ Emisión de una directiva por parte de la Fiscalía de la Nación, para que los fiscales recaben, en forma obligatoria, información de registros públicos y notaría, y, de advertirse bienes del imputado, se solicite obligatoriamente medidas cautelares reales.</p>	<p>▶ Emisión de una directiva por parte de la Fiscalía de la Nación, que comprenda un procedimiento para solicitar obligatoriamente medidas cautelares reales.</p> <p>▶ Emisión de una directiva del Ministerio de Justicia para que los defensores públicos de las víctimas contribuyan en la búsqueda de bienes del imputado y, de hallarse, soliciten medidas cautelares reales.</p>	<p>▶ Emisión de una directiva para que la Unidad de Víctimas y Testigos del Ministerio Público contribuya en la búsqueda de bienes de los imputados en este delito, con el objetivo de que luego se soliciten medidas cautelares reales.</p>	<p>▶ Capacitación de los fiscales para que internalicen que la cautela de la reparación civil y el pago de la misma permiten que la agravada pueda acceder a una verdadera reparación.</p> <p>▶ Ejecución de convenios, para que la Fiscalía tenga acceso, a nivel nacional, a la información de Registros Públicos, con el objetivo de ubicar los bienes de los imputados por este delito.</p>	<p>▶ Implementación de un kárdex notarial informático, para que los Fiscales puedan tener acceso a los actos jurídicos patrimoniales en los que haya intervenido un imputado por este delito, y puedan solicitar medidas cautelares de hallarse bienes del imputado.</p>

4. Discusión

De acuerdo a lo desarrollado, las medidas cautelares reales, en el proceso penal, tienen por finalidad garantizar el pago de la reparación civil. Empero, como se concluye de las entrevistas a los abogados de las Secretarías de los Juzgados de Investigación Preparatoria, la incidencia de su aplicación es mínima. Así, el año 2020 fue del 0 % y, el 2019, del 1 %.

Respecto a los motivos que determinarían por qué no se presentan medidas cautelares, los entrevistados consideraron los siguientes motivos:

- ▶ Los fiscales dan mayor preponderancia a la cautela personal buscando prisiones preventivas, olivándose de la cautela civil.
- ▶ La carga procesal con la que cuentan los fiscales no les permite investigar la existencia de bienes del imputado.
- ▶ Las agraviadas son personas de escasos recursos económicos y no acuden a los centros de asistencia legal para constituirse en actores civiles y pedir medidas cautelares.
- ▶ Existe la probabilidad de que los imputados por estos delitos sean personas de bajos recursos económicos y no tengan bienes —siendo este un aspecto que requiere mayor investigación; no obstante, para efectos del presente trabajo se hace constar solo lo indicado por los entrevistados—.
- ▶ Las agraviadas y sus representantes desconocen el procedimiento judicial, por lo que no inciden en buscar la protección cautelar, con fines de garantizar el pago de una reparación civil.
- ▶ Los imputados, en la mayoría de los casos, son familiares de los imputados, por lo que no se interesan en solicitar al fiscal que plantee medidas cautelares reales ni en constituirse en actor civil.
- ▶ Respecto a las alternativas para mejorar la cautela personal:
- ▶ Señalaron que los fiscales deben investigar los bienes que posee el imputado desde las primeras diligencias, para evitar que luego dispongan de sus bienes.
- ▶ Indicaron que, al no existir ninguna norma que obligue a los fiscales a plantear medidas cautelares reales, no se le da la importancia debida. Por tanto, consideraron que la Fiscalía de la Nación debe emitir una directiva en la cual establezca que el fiscal en este delito debe recabar

información de los Registros Públicos, a fin de indagar la existencia de bienes del imputado y, en caso de tener bienes, debe solicitarse de manera obligatoria las medidas cautelares reales que sean menester.

- ▶ Asimismo, propusieron la implementación de un kárdex notarial nacional, para que las notarías públicas, en virtud de los pedidos fiscales, informen sobre los actos jurídicos patrimoniales en los que intervino un imputado por delitos contra la indemnidad sexual.
- ▶ Además, mencionaron que es necesario que se emita una directiva para que la Unidad de Asistencia a Víctimas y Testigos del Ministerio Público contribuya en la búsqueda de los bienes del imputado.
- ▶ Por último, señalaron que los abogados del Ministerio de Justicia, ante la solicitud de las víctimas para ser defendidas, deben solicitar la constitución en actor civil y, obligatoriamente, deben —al igual que fiscal— realizar la búsqueda de los bienes del imputado y, en caso de existir, solicitar las medidas cautelares reales necesarias.

5. Conclusiones

- a) Las medidas cautelares reales en el proceso penal tienen como finalidad garantizar el pago de la reparación civil.
- b) Los resultados del estudio evidencian que, en efecto, existe un porcentaje mínimo de incoación de medidas cautelares reales en el proceso penal por el delito de violación de la indemnidad sexual de menor de catorce años. Ello, en base, a los datos obtenidos: en el año 2019, la incidencia llegó al 1 % y, el año 2020, al 0 %. De este modo, es posible que el imputado pueda disponer de sus bienes libremente durante el proceso, a fin de no pagar el monto impuesto para reparar el daño causado a la víctima.
- c) La Fiscalía de la Nación debería emitir una directiva que disponga que los fiscales, con ayuda de la Unidad de Asistencia a Víctimas y Testigos del Ministerio Público, recaben información de Registros Públicos y, ante la existencia de bienes, soliciten obligatoriamente la medida cautelar real que sea menester.
- d) Se debería implementar un kárdex notarial nacional para que los fiscales puedan solicitar información sobre los actos jurídicos patrimoniales presentados en las notarías, con el propósito de indagar respecto a la existencia de bienes de un imputado.

- e) La presentación de las medidas cautelares reales no implica su aceptación automática, ya que será el juez quien determine si resulta procedente o no la medida. Empero, su incidencia legítima el sistema penal, ya que evidencia que se busca cautelar el efectivo cumplimiento de la reparación civil ante una eventual sentencia condenatoria.
- f) El derecho que tiene la víctima a que se haga justicia por un hecho cometido en su agravio involucra el cumplimiento efectivo de la reparación civil impuesta.

Referencias

- Acuerdo Plenario n.º 04-2019-CJ-116 (10 de septiembre de 2019). Corte Suprema de Justicia de la República. Lima, Perú.
- Acuerdo Plenario n.º 05-2011-CJ-116. (06 de diciembre de 2011). Corte Suprema de Justicia de la República. Lima, Perú.
- Acuerdo Plenario n.º 06-2006-116. (13 de octubre de 2006). Corte Suprema de Justicia de la República. Lima, Perú.
- Acuerdo Plenario n.º 5-2008-CJ-116. (13 de noviembre de 2009). Corte Suprema de Justicia de la República. Lima, Perú.
- Arbulu, V. (2019). *Delitos sexuales en agravio de menores de edad*. Gaceta Jurídica.
- Carbajal, J. M. (2016). Medida de no innovar. En R. Cavani (Ed.), *Código Procesal Civil Comentado* (pp. 220-229). Gaceta Jurídica.
- Espinoza, J. (2019). *Derecho de la responsabilidad civil* (9.a ed., Vol. 1). Instituto Pacífico.
- Gálvez, T. A. (2016). *La reparación civil en el proceso penal* (3.a ed.). Instituto Pacífico.
- Monroy Gálvez, J. (1990). El juez nacional y la medida cautelar. *Derecho & sociedad*. (2), 42-48. <https://bit.ly/3fV3Wjz>
- Oré, A. (2016). *Derecho procesal penal peruano*. El Búho.
- Peña Cabrera, A. R. (2011). *Derecho penal parte general*. Idemsa.
- Peña Cabrera, A. R. (2019). *Los delitos sexuales y el acoso sexual*. Ediciones Legales.
- Salinas Siccha, R. (2019). *Derecho penal parte especial* (8.a ed., Vol. 1). Editorial Justitia.
- San Martín, C. (2002). La tutela cautelar de las consecuencias económicas del delito. *IUS ET VERITAS*, 13(25), 310-338. <https://bit.ly/2U8wYnY>



ACADEMIA DE
LA MAGISTRATURA

REVISTA DE INVESTIGACIÓN DE LA ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA

Vol. 3, n.º 5, julio-diciembre, 2021
Publicación semestral. Lima, Perú.
ISSN: 2707-4056 (en línea)
DOI: 10.58581/rev.amag.2021.v3n5.09



Garantías procesales penales en la evidencia digital

Criminal procedural guarantees in digital evidence

Gladys Liliana Gonzáles Obando*

Distrito Fiscal de Lima Noroeste
(Lima, Perú)

ggonzalesdn@mpfn.gob.pe

<https://orcid.org/0000-0003-1783-539X>

Resumen: En este artículo, se presenta el estudio de las garantías procesales penales que deben de respetarse en el procedimiento de obtención de una evidencia digital en un hecho ilícito y su correspondiente incorporación a un proceso penal, de acuerdo con la Constitución política del Estado peruano. En principio, se enumeran brevemente las garantías procesales que deben considerarse en relación a la evidencia digital, a la par que se explica los requisitos exigibles para que dicha evidencia se incorpore a un proceso penal. En este trabajo de investigación, se utilizó el método descriptivo. Se halló que los operadores jurídicos del Ministerio Público se encuentran solicitando apoyo técnico para investigar estos nuevos delitos cibernéticos estando a que no existen fiscalías especializadas a nivel nacional. Ello, para no correr el riesgo de perderse la fuente de información del hecho ilícito

* Fiscal provincial titular penal en el Distrito Fiscal de Lima Noroeste y miembro titular de la Red de fiscales contra la Ciberdelincuencia del Ministerio Público.

cibernético, lo cual generaría impunidad. Por otro lado, se describirá si en el camino de obtener la evidencia digital se vulneran derechos fundamentales, ello impediría la valoración de dicha prueba digital. Por último, también se advirtió que, en el Código Procesal Penal, no existe un tratamiento jurídico especial de la evidencia digital, pues se considera como prueba documental. En consecuencia, habiendo firmado el Perú el Convenio de Budapest, urge crear un procedimiento especial para el tratamiento legal de la prueba digital, que vaya acorde con la evolución de los nuevos delitos cibernéticos.

Palabras clave: globalización, dispositivos electrónicos, cadena de custodia, delitos cibernéticos, operador jurídico, proceso penal

Abstract: In this article, the study of the criminal procedural guarantees that must be respected in the procedure of obtaining digital evidence in an illicit act and its corresponding incorporation into a criminal process is presented, in accordance with the Political Constitution of the Peruvian State. In principle, the procedural guarantees that must be considered in relation to digital evidence are briefly listed, as well as the requirements for such evidence to be incorporated into a criminal process. In this research work, the descriptive method was used. It was found that the legal operators of the Public Ministry are requesting technical support to investigate these new cyber crimes, since there are no specialized prosecutors at the national level. This, in order not to run the risk of losing the source of information about the cyber crime, which would generate impunity. On the other hand, it will be described if, in the way of obtaining digital evidence, fundamental rights are violated, this would prevent the evaluation of said digital evidence. Finally, it was also noted that, in the criminal procedure code, there is no special legal treatment of digital evidence, since it is considered as documentary evidence. Consequently, Peru having signed the Budapest Convention, it is urgent to create a special procedure for the legal treatment of digital evidence, which is consistent with the evolution of new cyber crimes.

Key words: globalization, electronic devices, chain of custody, cyber crimes, legal operator, criminal process

RECIBIDO: 30/11/2021

REVISADO: 20/12/2021

APROBADO: 27/12/2021

FINANCIAMIENTO: Autofinanciado

1. Introducción

La inmersión en la era de la globalización mundial demanda el conocimiento de nuevas conductas ilícitas, como los delitos cibernéticos. Ello da lugar a la implementación de determinados tipos de procedimientos para la

obtención de la evidencia digital, diferente a la clásica evidencia material de un delito común.

En este marco, se cuestiona si se están respetando las garantías procesales en los procedimientos de recolección e incorporación a un proceso penal; de lo contrario, se estarían transgrediendo aquellas garantías consagradas en la carta magna peruana.

Ante ello, resulta importante hacer un recuento de todas aquellas garantías procesales que deben tenerse en cuenta y, por consiguiente, respetarse en la obtención de la evidencia digital.

La aproximación al conocimiento de los procedimientos mencionados y al panorama actual de los delitos cibernéticos en el Perú, permitirá determinar si se respetan las garantías procesales en la obtención de la evidencia digital y su posterior incorporación a un proceso penal, o, por el contrario, se estarían transgrediendo derechos fundamentales de los investigados.

Se finaliza con una reflexión sobre el avance de la lucha contra los delitos cibernéticos en el Perú, ¿o es que se ha dado lugar a la impunidad?

2. La evidencia digital como desafío de la globalización

Los avances científicos y tecnológicos han generado la adopción de nuevas formas de vida que demandan el uso de las tecnologías de información y comunicación (TIC). En este contexto, aparecen también nuevas formas de delinquir, las cuales constituyen un desafío para los operadores jurídicos en la lucha contra quienes, haciendo uso de medios tecnológicos, cometen delitos —en diversas modalidades.

Una investigación penal se inicia de distintas maneras, pero la más determinante se da cuando el operador jurídico se encuentra frente a la evidencia digital. Es «determinante» porque si se realiza inadecuadamente la recolección de dichas evidencias, no se logra el objetivo y se pierden esas evidencias. Al respecto, Mesa (2015) afirma que «estas personas carecen de nombre, rostros, pero se encuentran en relación a sus víctimas a un clic de distancia, operando en línea o por medio de herramientas tecnológicas de operación asincrónica» (p. 122).

De ahí que, en una investigación penal por un delito cibernético, la pesquisa debe saber que no se va a limitar a una evidencia física, sino que, además, tendrá que buscar en la nube y en dispositivos electrónicos. Pues, como indica Haro (2021), «los ciberdelincuentes con la facilidad de la tecnología desarrollan día a día técnicas para realizar los ataques y las herramientas utilizadas por ellos cada vez son más robustas» (p. 56). Adicionalmente, Santos y Flórez (2012) sostienen que:

Cuando se manejan las evidencias hay que tener en cuenta que muchas de ellas pueden ser virus, o el daño pudo haber sido causado por una falla del hardware o software o una falla eléctrica, además se tiene que tener en cuenta que el intruso pudo haber dejado trampas para eliminar o modificar información al momento de hacer el análisis o utilizar herramientas antiforenses para evitar ser encontrado o rastreado. (p. 93)

Según Arellano y Castañeda (2012), «en la recolección física de prueba indiciaria tradicional, se secuestra el indicio y se lo traslada», mientras que «en la recolección de documentación informática esta acción puede realizarse o no, ya que es suficiente con copias bit a bit la prueba y luego trasladar dicha copia» (p. 70).

Así nace un reto para los operadores policiales y fiscales, pues la obtención de la evidencia digital tiene que atender los cánones del estricto respeto de las garantías procesales, de modo que se cumpla con los requisitos de admisibilidad en un proceso penal. A esto se suma, además, que muchos operadores jurídicos se mantienen aún reacios a las innovaciones tecnológicas. En relación a esto, Del Pino (s.f.) estableció que posiblemente se debe a «la Ciberfobia o miedo a la nueva tecnología que experimentan algunos jueces, fiscales e incluso los cuerpos de seguridad del estado» (p. 20).

Asimismo, Peñaloza (2019) destaca que, actualmente, los fiscales deben investigar delitos con pruebas digitales utilizando un código procesal implementado para investigaciones de delitos analógicos. Por lo tanto, es primordial que se adapten los códigos como corresponde.

Por su parte, en el 2012, Cárdenas y Fonseca señalaron que el ciudadano debe mantener una actitud activa, pues:

«el avance, crecimiento y expansión de las tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC), en el nivel científico, académico, empresarial y técnico, implica para la sociedad, para los entes del Estado y para las organizaciones en general, un compromiso grande, un estar alerta, un estar atento frente a los riesgos y amenazas que este desarrollo conlleva» (p. 23).

Entonces, como se mencionó antes, no solo es importante el procedimiento de obtención de la evidencia digital para la eficacia de la prueba, sino que, además, se debe respetar las garantías procesales en la investigación penal. Pero, ¿cuáles son esas garantías? Antes de enumerarlas, se desarrollarán definiciones de evidencia digital.

Para Casey (citado por Cano, 2002), una evidencia digital es un tipo de evidencia física que está constituida por campos magnéticos y pulsos electrónicos que pueden ser recolectados y analizados con herramientas y técnicas especiales. Por consiguiente, toda información extraída de un medio o dispositivo electrónico y/o informático creado para almacenar datos o

transferirla, cuyo contenido se trate de un hecho o conducta humana que sirva para probar un delito, se denomina evidencia digital; es decir, es el registro de la información guardada o difundida a través de un sistema informático. De manera similar, Torres (2020) señaló que es «cualquier información probatoria almacenada o transmitida en forma digital que una parte de un caso judicial puede usar en el juicio».

Esta evidencia —para su seguridad, preservación y custodia, y con el propósito de que genere un valor probatorio a futuro— debe ser recabada con el procedimiento debido a través de la cadena de custodia. Por ello, Arévalo (2018) afirma que «es de vital importancia mantener un procedimiento para el tratamiento de evidencia digital, el cual debe considerar las mejores prácticas existentes» (p. 42). Acorde con ello, Marqués y Serra (2014) precisaron que:

Esto significa que, para garantizar la admisibilidad de las pruebas, es necesario prestar especial atención a los métodos y procedimientos utilizados para la obtención de las mismas, respetando no sólo los procedimientos técnicos sino también la legislación judicial y la legislación aplicable al caso. (p. 168)

En el año 2017, se publicó el Manual de Evidencia Digital en el Perú, el cual comprende un tratamiento de este tipo de evidencias, e invita a los operadores jurídicos a ceñirse a su metodología. Además de leerlo, es imprescindible ponerlo en práctica, pues propone un manejo de la evidencia digital basado únicamente en las buenas prácticas:

El correcto tratamiento de la evidencia digital es fundamental para que sea admisible: haber sido obtenida respetando las garantías y procedimientos legales, basada en una previa autorización judicial o del director de investigación, justificando su tratamiento en los procedimientos de obtención, preservación, análisis y presentación ante el tribunal, respetando la cadena de custodia, cuyos pasos deberá desprenderse de un manual de buenas prácticas. (Martín, 2017, p. 15)

Un proceso penal debe atender las garantías que le otorgan validez, tales como: a) derecho a la tutela jurisdiccional, para acceder a la justicia; b) presunción de inocencia, es una de las garantías que tiene el investigado desde el inicio y como tal se le debe tratar durante todo el proceso penal, hasta que judicialmente sea condenado; c) derecho a la defensa, con el que el investigado puede contradecir los cargos que se le imputan; y d) derecho al debido proceso, se refiere al respeto de todas estas garantías durante la investigación.

Por otro lado, es necesario tener en cuenta que las evidencias digitales que se incorporan a un proceso penal como prueba tienen que ser idóneas, pertinentes, conducentes y útiles; ninguna debe relacionarse a causales de ilicitud. Solo, así, el juez podrá incorporarlas al proceso penal y valorarlas en su sentencia, de modo que su decisión comprenda la superación de toda duda razonable. No obstante, el momento crucial de toda investigación penal

es el juicio oral, pues es la oportunidad para presentar todas las evidencias digitales halladas, a las cuales se les podrá otorgar validez —con el respeto a los principios de inmediación, igualdad de condiciones, contradicción y publicidad— y se les incorporará en el proceso para, finalmente, ser valoradas.

Ante ello, los peritos informáticos tienen que mantener la autenticidad e inalterabilidad de las evidencias digitales, sin modificar las imágenes originales, las mismas que deben tener fecha y hora, y codificación. Es conveniente, contar con duplicados digitales originales de las imágenes reproducidas, a fin de preservar la autenticidad como una garantía de certeza respecto a la fidelidad de la evidencia ubicada en el lugar de los hechos. Una vez que se cumpla con el protocolo de obtención, su incorporación y valoración estarán asegurados, ya que se valorará su autenticidad y licitud en el debate del juicio oral.

De manera semejante, la actuación de los medios probatorios en el proceso penal está garantizado por la constitución. Es así que, existen tres estadios en los que se deben atenderse las reglas de exclusión probatoria, ya sea de prueba ilícita, ilegal o prueba irregular. En un primer momento, se puede invocar la nulidad, oposición u otro acto que permita la exclusión de los medios de prueba, se da precisamente en la audiencia de tutela de derechos. La segunda oportunidad es en la audiencia de control de acusación, en la cual se cuestiona la admisibilidad de las pruebas, su pertinencia, idoneidad, conducencia, utilidad y licitud. La tercera y última actuación es la valoración de la prueba ofrecida, pero previamente debe ser admitida e incorporada al juicio oral en la etapa de juzgamiento; lo esencial en esta oportunidad es la actuación probatoria, a través de un debate del principio contradictorio y oralización de los informes periciales. Al respecto, Gómez (2020) precisó que:

Desde la óptica constitucional, el funcionario judicial debe realizar un análisis de cada prueba digital, para descartar que en su obtención se vulneraron derechos fundamentales, toda vez que en caso de que así ocurra, debe aplicar la cláusula de exclusión y evitar así la vulneración del principio del debido proceso. (p. 235)

Es importante subrayar que, la evidencia digital solo será admitida en el proceso judicial si cumple con tres requisitos indispensables: a) licitud, es decir, bajo el marco del respeto a los límites de los principios constitucionales y derechos fundamentales —derecho al secreto de las comunicaciones, a la intimidad personal, a la inviolabilidad de domicilio, a los secretos financieros, entre otros—; b) integridad, teniendo en cuenta que las evidencias digitales suelen ser volátiles y, por tanto, se tiene que garantizar su inmutabilidad del soporte digital; y c) autenticidad, se refiere a que sea la muestra original con la garantía de la preservación de su cadena de custodia.

Por otro lado, se ha advertido que, en el Código Procesal Penal, no existe un tratamiento jurídico especial de la evidencia digital, pues se considera como prueba documental. Ello, pese a que, en la actualidad, existen diversos tipos de evidencia digital que, en algunos casos, tienen una marcada diferencia con la clásica evidencia documental. Es por esto que se necesitaría crear un procedimiento especial para el tratamiento legal de la prueba digital.

Finalmente, otro aspecto destacable es la firma del Convenio sobre la Ciberdelincuencia en el Perú, denominado también de Budapest, el mismo que entró en vigencia el 1 de diciembre de 2019. El compromiso asumido comprende la aplicación de una política unificada entre todos los operadores jurídicos frente a la ciberdelincuencia. Ello, mediante el cambio de una legislación que responda al tratamiento procedimental de la evidencia digital. Si bien desde el año 2013 existe la Ley n.º 30096 —modificada por la Ley n.º 30170—, lo que necesitamos no es solo la tipificación de estos nuevos delitos, sino que es determinante el establecimiento del procedimiento penal para hechos ilícitos que solo cuentan con evidencia digital. Indudablemente, poco a poco se están implementando los nuevos métodos que utilizarán los operadores jurídicos para estos casos. En consecuencia, es vital también que se les capacite oportunamente para afrontar a estos nuevos delitos.

3. Materiales y métodos

Para el presente estudio, se utilizó la diversa documentación doctrinaria y legal en torno a los nuevos delitos cibernéticos, así como la casuística generada en el presente año de los delitos cibernéticos que se han denunciado ante el Ministerio Público (MP) a nivel nacional y que se encuentra en la estadística de dicha institución. También se realizaron entrevistas a representantes de la Fiscalía y se obtuvo una estadística general de la plataforma de ciberdelincuencia que tiene alcance a nivel nacional. Es importante precisar, que tras la creación de la Unidad Fiscal Especializada en Ciberdelincuencia del MP, se implementó dicha plataforma, a fin de que los fiscales soliciten acompañamiento técnico en la realización de las investigaciones de los ilícitos de la ley de delitos informáticos.

4. Resultados

En este estudio, se halló que la doctrina establece de manera uniforme que la evidencia digital solo se podrá incorporar al proceso penal si cumple con ser idónea, pertinente y útil; así como lícita, es decir, con respeto a los derechos fundamentales, hecho que en forma unánime fue señalada por los representantes del Ministerio Público que fueron entrevistados. Asimismo, se halló que los operadores jurídicos recientemente se encuentran capacitándose para afrontar las nuevas y diversas modalidades de delitos cibernéticos, cuya

clave es la búsqueda y protección de la evidencia digital. Esto se encuentra reflejado en la cantidad considerable de solicitudes de acompañamiento técnico presentadas a la Unidad Fiscal Especializada en Ciberdelincuencia del Ministerio Público a nivel nacional, las que son menores en comparación a los ingresos de denuncias por delitos cibernéticos, pese a que como se ha hallado, no existe un tratamiento diferenciado de la evidencia digital en el Código Procesal Penal, respecto de la prueba documental.

5. Discusión

Cuando en la obtención de la evidencia digital se vulnera derechos fundamentales —tales como del secreto de las comunicaciones, de la violación de domicilio, de la violación a la intimidad personal y familiar, y de la reserva financiera— o se incurre en irregularidades procesales, se obstaculiza la valoración de dicha prueba digital, es por ello que todo proceso penal se caracteriza por su legalidad. Sin embargo, vemos que el tratamiento e incorporación de la evidencia digital no se encuentra prevista en la norma jurídica —para el caso, el Código Procesal Penal—; y, por tanto, tiene el mismo tratamiento que la prueba documental. Entonces, es de suma importancia un cambio que promueva la atención adecuada de los nuevos delitos cibernéticos en dicha norma adjetiva.

Sabido es que no toda evidencia digital resulta ser idónea, pertinente y útil, ante ello, nuevamente se destaca la necesidad de una formación de los operadores jurídicos, con el objetivo de que puedan discriminar las evidencias digitales que podrían presentarse ante un juez para su respectiva valoración. Pero, sobre todo, para que conozcan el procedimiento de la cadena de custodia de la evidencia digital, y se cautele su autenticidad y garantice su contenido.

Todo esto asegurará que no queden impunes las nuevas modalidades de delitos cibernéticos, debiéndose iniciar una urgente y continua capacitación de todos los operadores jurídicos de la mano con el personal policial y peritos informáticos de las diversas instituciones. Así estarán preparados para respetar las garantías procesales en el proceso de obtención de la evidencia digital, evitando que se pierdan, y dando lugar a una incorporación válida en un proceso penal.

Finalmente, se advierte que existe un gran avance en la lucha contra los delitos cibernéticos en el Perú con la firma del Convenio de Budapest, el cual dio lugar a la creación de la Unidad Fiscal Especializada en Ciberdelincuencia del Ministerio Público, que indudablemente reducirá la impunidad frente a la creciente variedad de formas de estos delitos cibernéticos, debido a que poco a poco todos los operadores jurídicos serán plenamente capacitados tanto jurídica como técnicamente.

6. Conclusiones

- a) La obtención de la evidencia digital que no respeta las garantías constitucionales —tales como violación del secreto de las comunicaciones, violación de domicilio, violación a la intimidad personal y familiar, así como de la reserva financiera—, o que incurre en irregularidades procesales, impide la posterior valoración de dicha prueba.
- b) A partir del estudio, se afirma que, actualmente, los operadores jurídicos no se encuentran capacitados para la obtención válida de una evidencia digital y, por tanto, tampoco se garantiza su incorporación al proceso penal. Esta problemática da lugar a la impunidad de diversos delitos cibernéticos.
- c) En el Código Procesal Penal, no existe un tratamiento jurídico especial sobre la evidencia digital, pues se le considera como prueba documental. En consecuencia, se debe crear un procedimiento especial para el tratamiento legal de la prueba digital, que responda a la evolución de los nuevos delitos cibernéticos.
- d) A la fecha, con la creación de la Unidad Fiscal Especializada en Ciberdelincuencia del Ministerio Público, se ha dado un gran paso en la lucha contra los delitos cibernéticos, con lo que se espera reducir la impunidad.

Referencias

- Arellano, L., y Castañeda, C. (2012). La cadena de custodia informático-forense. *Revista Activa*, 3(1), 67-81. <https://bit.ly/3ztmqiH>
- Arévalo, P. (2018). El tratamiento de la evidencia digital, una guía para su adquisición y/o recopilación. *Revista Economía y Política*, (28), 35-46. <https://bit.ly/3BhqMKk>
- Cano, J. (2002). *Evidencia digital: Reflexiones técnicas, administrativas y legales* [Diapositiva de PowerPoint]. Universidad de los Andes. <https://bit.ly/2WB3znz>
- Cárdenas, B., y Fonseca, H. (2012). Rol del derecho penal y la informática forense en la protección de la información en la era digital. *Revista Academia y Virtualidad*, 5(1), 21-29. <https://bit.ly/2XVv4IO>
- Convenio sobre la Ciberdelincuencia. (23 de noviembre de 2001). Serie de Tratados Europeos - n.º 185. <https://bit.ly/2WxHeak>

- Del Pino, S. (s.f.). *La Informática Forense en el Derecho Procesal Español: Una mirada introductoria a la luz del debido proceso* [trabajo de investigación]. Escuela Judicial, Consejo General del Poder Judicial. <https://bit.ly/2USmWro>
- Gómez, D. (2020). Implicaciones jurídicas de la evidencia digital en el proceso judicial colombiano. *Revista Ratio Juris*, 15(30), 220-240. <https://bit.ly/2Y8jpGP>
- Haro, P. (2021). *Técnicas de seguridad en redes de comunicaciones aplicadas a la custodia de evidencia digital* [Tesis de maestría]. Repositorio de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. <https://bit.ly/3jnXwLT>
- Marqués, T., y Serra, J. (2014). Cadena de custodia en el análisis forense. Implementación de un marco de gestión de la evidencia digital. En *RECSI XIII: Actas de la XIII Reunión Española sobre Criptología y Seguridad de la Información*. Alicante, 2-5 de septiembre de 2014 (pp. 167-172). Servicio de Publicaciones. <https://bit.ly/3mDRCbk>
- Martín, A. (2017). *Manual de Evidencia Digital*. American Bar Association. <https://bit.ly/2XZxq9D>
- Mesa, A. (2015). La evidencia digital eximente de violación a la protección del dato personal a partir de la autorregulación. *Academia & Derecho*, 6(10), 119-156. <https://bit.ly/38mYd1v>
- Peñaloza, B. (2019). Mendoza: hacia un Código Procesal Penal adecuado para la investigación de ciberdelitos. *XIX Simposio Argentino de Informática y Derecho* (SID 2019)-JAIIO 48 (Salta), 39-42. <https://bit.ly/3yrsGpT>
- Santos, L., y Flórez, A. (2012). Metodología para el análisis forense en Linux. *Revista Colombiana de Tecnologías de Avanzada* (RCTA), 2(20), 90-96. <https://bit.ly/3yj91Za>
- Torres, M. (2020). Informática forense y el camino de la Evidencia digital. *Ciencia y Técnica Administrativa*. <https://bit.ly/3mHaBlS>



ACADEMIA DE
LA MAGISTRATURA

REVISTA DE INVESTIGACIÓN DE LA ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA

Vol. 3, n.º 5, julio-diciembre, 2021
Publicación semestral. Lima, Perú.
ISSN: 2707-4056 (en línea)
DOI: 10.58581/rev.amag.2021.v3n5.10



El retraso de los plazos procesales en materia penal en el Ministerio Público del Perú

Delay of procedural time limits in criminal matters in the Public Ministry of Peru

José Jaime Mestas Ponce*

Distrito Fiscal de Tumbes
(Tumbes, Perú)

thuertadj@mpfn.gob.pe

<https://orcid.org/0000-0002-7157-0954>

Resumen: El presente artículo pretende identificar las soluciones que se vienen dando en los hechos, actualmente, frente a la sobrecarga procesal del Ministerio Público o Fiscalía. Esta institución es esencial en la reforma procesal penal que aún se viene impulsando en América Latina. Y los retos que está afrontando durante los últimos años, en dicha labor, resultan definitorios para el logro de una mejor justicia y con absoluto respeto a las garantías propias del Estado democrático de derecho. En la presente investigación, se evidenciarán esos problemas, a veces no percibidos por la propia gestión encargada de la buena marcha de la institución, sino más bien por la propia población. Asimismo, se proponen algunas soluciones que podrán ponerse en

* Fiscal adjunto provincial penal de Tumbes, magister en derecho por la Universidad de Medellín.

marcha para atender, en parte, dicha problemática, puesto que corresponde a una consultoría especializada en análisis estructurales organizacionales brindar respuestas integrales al respecto. Los métodos empleados fueron el dogmático y el histórico. La metodología empleada de acuerdo a la naturaleza del estudio de la investigación fue de niveles descriptivo, explicativo e histórico, y un enfoque cualitativo. Las principales conclusiones fueron: a) la sobrecarga procesal de los despachos fiscales no es encarada debidamente a nivel nacional; b) existen reglas precisas sobre la forma, los protocolos y obligaciones del nuevo despacho fiscal; sobre todo, respecto al denominado despacho fiscal corporativo; c) propiciar resoluciones fiscales mínimas, concisas, tanto en Requerimientos, Providencias como Disposiciones, con formatos precisos, que expongan solo lo suficiente; d) ejecutar políticas de racionalización del personal fiscal a nivel nacional, para atender la descarga de la sobrecarga fiscal; y e) implementar nuevos métodos ágiles de Informática que ayuden a desechar la cultura del papel aún arraigada profundamente en el modelo procesal penal actual.

Palabras clave: Ministerio Público, mora fiscal, celeridad procesal.

Abstract: This article aims to identify the solutions that are currently being given in the facts, in the face of the procedural overload of the Public Ministry or Prosecutor's Office. This institution is essential in the criminal procedure reform that is still being promoted in Latin America. And the challenges it has been facing in recent years, in this work, are defining for the achievement of better justice and with absolute respect for the guarantees of the democratic rule of law. In the present investigation, these problems will become evident, sometimes not perceived by the management in charge of the good running of the institution, but rather by the population itself. Likewise, some solutions are proposed that may be put in place to address, in part, this problem, since it corresponds to a consultancy specialized in organizational structural analysis to provide comprehensive answers in this regard. The methods used were dogmatic and historical. The methodology used according to the nature of the research study was descriptive, explanatory and historical levels, and a qualitative approach. The main conclusions were: a) the procedural overload of tax offices is not adequately addressed at the national level; b) there are precise rules on the form, protocols and obligations of the new fiscal office; above all, regarding the so-called corporate tax office; c) promote minimum, concise tax resolutions, both in Requirements, Rulings and Provisions, with precise formats, that expose only enough; d) implement policies for the rationalization of fiscal personnel at the national level, to deal with the discharge of the fiscal burden; and e) implement new agile IT methods that help to discard the paper culture that is still deeply rooted in the current criminal procedure model.

Key words: Public Ministry, tax delay, procedural speed.

RECIBIDO: 30/11/2021
APROBADO: 27/12/2021

REVISADO: 20/12/2021
FINANCIAMIENTO: Autofinanciado

1. Introducción

El tema de la carga procesal del Ministerio Público (MP) es muy complejo y abarca más factores que el simple crecimiento de las denuncias que ingresan, en forma cada vez mayor, a las mesas de partes de las fiscalías. El punto se refiere a algo más amplio e innegable: la naturaleza misma del Nuevo Modelo Procesal Penal, el cual trae como consecuencia que ahora el Ministerio Público tenga a su cargo diversas funciones que antes no realizaba o que antes solo debía hacerlo formalmente. Decir esto, podría parecer una verdad de perogrullo para muchos, pero lamentablemente esta realidad no es apreciada debidamente y mucho menos ponderada, no solo por los estudiosos de la reforma, sino incluso por las autoridades e instancias superiores administrativas. No se le da a este hecho la trascendencia que tiene y no debería ser así.

El Ministerio Público es el organismo que representa a la sociedad ante los estrados judiciales para proteger la defensa y legalidad y los intereses públicos tutelados por el derecho. No defiende al Estado ni a sus funcionarios, esa labor está destinada a los procuradores públicos mencionados en el artículo 47 de la Constitución Política. Asimismo, la Fiscalía en el Perú, como institución autónoma, se remonta a la Constitución de 1979. La actual Constitución Política de 1993 regula al MP en sus artículos 158, 159 y 160, como el titular en el ejercicio público de la acción penal.

Entonces, a partir de su reconocimiento como un organismo constitucional, el Ministerio Público se ha ido moldeando como institución tutelar del Estado peruano con independencia y presupuesto propio, pues era un apéndice del Poder Judicial. Además, tiene una Ley Orgánica que lo rige (Decreto Legislativo n.º 052), y que, últimamente, se ha complementado con la Ley n.º 30843 de la Carrera Fiscal. Es importante mencionar que, ha tenido contratiempos que dispusieron su reorganización, cuando se promulgó la Ley n.º 7367 que desactivó la Comisión Ejecutiva del MP y, por ende, cesó el intervencionismo del Ejecutivo de esa época en la institución.

Por otra parte, el Ministerio Público tiene una organización interna jerarquizada y su representante o máxima autoridad es el Fiscal de la Nación, que es un órgano unipersonal encargado de la Dirección, elegido por la Junta de Fiscales Supremos, por un periodo de tres años reelegible a dos años más. No es un cargo político, sino una autoridad nacional, elegido mediante

mecanismos legales en forma interna. De igual modo, la Junta de Fiscales es el organismo colegiado de dirección y gobierno del MP, este órgano está constituido para debatir los aspectos institucionales y adoptar las decisiones más importantes para el desenvolvimiento de dicha institución pública, entre las que se destaca la aprobación de proyectos de presupuesto (art. 160° de la Constitución).

Pero, pareciera que no fuera suficiente la selección de magistrados fiscales mediante concursos públicos que ha venido realizando el anterior Consejo Nacional de la Magistratura (CNM), en el que se sobreentiende que se seleccionaba a los más aptos y competentes para realizar realmente una función bastante sacrificada como la de la función fiscal—específicamente, los fiscales adjuntos y provinciales son quienes soportan la mayor carga procesal, sobre todo para quienes con dedicación, ahínco y esfuerzo desarrollan dicha labor. Es posible que falten otros recursos ajenos a los mismos y que se requieran con urgencia para atender o afrontar una demanda cada día más notoria, como es el incremento de denuncias a nivel fiscal. Y que también se necesitaría que los propios fiscales provisionales¹ pasen por un proceso mínimo de selección, dado que cumplen la misma función, lo cual involucraría temas de competencias y de calidad que deberían evidenciar todos quienes cumplen labor fiscal en el Ministerio Público.

De las experiencias, las lecturas, los intercambios de opiniones, como de las frustraciones y los deseos de optimización, compartidos con colegas magistrados, abogados y litigantes, nace la inquietud por abordar esta problemática, con el único sincero deseo de aportar a desentrañar, explicar y ofrecer soluciones para aspectos muy neurálgicos como los retrasos o dilaciones indebidos (no deseados) en los plazos procesales, que contravienen el principio de plazo razonable. Sin embargo, a su vez causan malestar al propio magistrado fiscal, quien, sin proponérselo, es sobrepasado por los plazos procesales; esto como resultado de esa exagerada carga procesal que no ha sido analizada hasta el momento como un verdadero problema que involucra gestión funcional, trabajo administrativo y función fiscal, en aplicación de la norma procesal.

2. Un problema de antigua data junto a los orígenes de la Fiscalía

En el Perú, al igual que la mayoría de países de América Latina y de América hispana en general, los antecesores del Ministerio Público se pueden encontrar en los funcionarios coloniales que, conforme a Hurtado (1983), resguardaban la

1 Aquellos que no son fiscales titulares y son asignados por el fiscal de la nación a propuesta de las juntas de fiscales superiores de los distritos fiscales del Perú.

jurisdicción y los intereses de la hacienda real en los Tribunales del Consejo de Indias, así como la defensa de los indios. Siendo en los hechos una autoridad relacionada a las Audiencias de Lima y Cusco, estos fiscales virreinales se hallaban claramente unidos al aparato judicial colonial.

Al advenimiento de la República, la asimilación de los fiscales al poder judicial se mantuvo. En esa forma, la figura de los fiscales en el Perú, de alguna manera, tiene sus antecedentes en la administración colonial, en la que gradualmente la institución fue adquiriendo la necesaria autonomía que requiere para poder cumplir su labor.

Los fiscales, en el Estado peruano, aparecen en la Constitución de 1826, la cual considera su existencia a nivel de la Corte Suprema. La posterior carta magna de 1828 señala que la Corte Suprema de la República estaba constituida por siete vocales y un fiscal, aparte de un fiscal en cada Corte Superior, mencionándose además a los agentes fiscales, cuya competencia sería de primera instancia. Esta organización embrionaria del Ministerio Público es continuada por la Constitución de 1834 y por la Constitución de 1839, que del mismo modo reguló a los fiscales de la Corte Suprema, de la Corte Superior y agentes fiscales a nivel de los Juzgados de Primera Instancia.

No obstante, ninguno de estos textos constitucionales realizó mayor detalle de las atribuciones del Ministerio Público ni de su autonomía. Y así continuaría su situación hasta la Constitución de 1933 que, en igual forma, consagró la existencia de fiscales en la Corte Suprema, las cortes superiores y los juzgados.

Fue con el Código Penal de 1940, que se delimitó como etapas del proceso penal a la instrucción y al juzgamiento, y se determinó que los fiscales formaban parte del Poder Judicial. Si bien es cierto que, en las leyes orgánicas del Poder Judicial de 1912 y 1963, el Ministerio Público o Ministerio fiscal aparece regulado como una institución autónoma, estas mismas normas señalaban incongruentemente que integraba el Poder Judicial.

La autonomía del Ministerio Público peruano se logró finalmente, aunque declarativamente, en el año 1979, con la Constitución Política del Estado, norma fundamental que en sus artículos 250 y 251 le atribuyó personería propia, le dotó de independencia, organización y delimitó sus funciones esenciales. Seguidamente, ello fue desarrollado en la Ley Orgánica del Ministerio Público, dictada el 19 de marzo de 1981 por Decreto Legislativo n.º 052, que a la fecha sigue vigente, aunque con diversas modificaciones introducidas por el paso del tiempo a través de la Constitución Política de 1993 y por sucesivas disposiciones legales, como la Ley n.º 27367, el Reglamento de la Fiscalía Suprema de Control Interno, el Nuevo Código Procesal Penal y la última Ley n.º 30483 o Ley de la Carrera Fiscal.

No obstante, esa autonomía del Ministerio Público, todavía siguió prevaleciendo un sistema mixto inquisitivo en el proceso penal peruano, que ocasionaba mucho más atraso que el de ahora, dado que los jueces (Poder Judicial) seguían haciendo la labor fiscal en varios distritos judiciales, hasta el año 2006 en que se va implementado progresivamente el Nuevo Código Procesal Penal (todavía en el 2020 existen dos distritos judiciales en Lima, que aún no entra en vigencia). Lo que ha evidenciado, además, un desbarajuste en la administración de justicia penal y, por supuesto, una afectación de derechos fundamentales procesales, con un sistema dual inconcebible, en el que los jueces tenían preminencia en el proceso penal o simplemente hacían labor fiscal, ello al realizar las aperturas de instrucciones, tramitarlas y sentenciar en la misma, esto es, eran juez y parte legalmente.

Entonces, resulta pertinente resaltar la relevancia de las funciones fiscales en el Perú, distinguiéndose dos grandes etapas de la Fiscalía. Una primera etapa que va desde sus inicios con la República instaurada en 1821 hasta el año 2006, periodo durante el cual el Ministerio Público peruano, en consonancia con los sistemas procesales inquisitivos, mantuvo durante décadas una participación minúscula y prácticamente irrelevante. Era como un simple revisor formal de la labor instructora que había hecho el juez, pues en el remoto sistema inquisitivo y mixto, el papel del fiscal era simplemente formalista, servía para justificar la función inquisidora del juez y proporcionar ribetes de legitimidad a esa conjunción de funciones: investigadora y juzgadora que se realizaba en el antiguo modelo procesal por parte del juez, llamado juez instructor o de primera instancia en el Perú.

La segunda etapa se da cuando el Ministerio Público adquiere la relevancia que tiene hoy en día, en base al nuevo modelo procesal penal en el Perú, el cual es calificado como acusatorio, garantista y parcialmente adversarial. Acusatorio, porque al fin delimita las funciones que corresponden al juez y no las confunde con las del investigador, en la perspectiva de propiciar un juzgamiento que garantice la imparcialidad, el debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva. Garantista, porque se inscribe dentro de las proyecciones, aspiraciones y virtudes, de las declaraciones y tratados internacionales que rigen los derechos humanos, como resultado de un largo proceso histórico social.

En este panorama y contexto, la Fiscalía se constituye en el protagonista esencial del nuevo modelo, puesto que asume su rol, no solamente de titular de la acción penal, sino de director de la investigación y acusador en los casos que corresponda. Tal realidad, conlleva una conjunción de tareas, de orden penal estratégico, como director de la investigación, defensor de la legalidad y ejercitante del *ius puniendi*; pero igualmente como gestor de la tramitación

del expediente preliminar y preparatorio, con todo lo que ello significa, lo cual le confiere funciones necesariamente administrativas.

El reproche penal es el más grave que una sociedad puede imponer a un ser humano. Por la naturaleza de sus acciones, cualquier ciudadano puede llegar a ser sujeto de un proceso penal o criminal, en el cual se llegue a poner en juego su libertad, dignidad, patrimonio, trabajo e incluso su propia vida. Por ello, es que las sociedades contemporáneas pugnan porque los procesos penales sean realizados con sujeción estricta a los derechos y garantías que amparan a las partes, a fin de poder arribar a decisiones justas y ponderadas. Y, en ese ínterin, se encuadra indudablemente el plazo razonable de toda investigación o el derecho a un proceso sin dilaciones, como derecho fundamental (Apolin, 2007), que —no obstante, el esfuerzo y despliegue que hacen los fiscales por cumplir los plazos procesales— se afecta por la tremenda carga procesal que soporta el Ministerio Público en la mayoría de los distritos fiscales del Perú.

3. La problemática y los actores del problema

Indudablemente que el personal de una institución u organización, como el fiscal, es quien juega un rol muy importante en la realización de las funciones y actividades diversas en sus distintos niveles, cuyos objetivos se encuentran plasmados en la Ley orgánica del Ministerio Público, La ley de la Carrera Fiscal, Manual de organización y funciones (MOF), Reglamento de organización y funciones (ROF), entre otros dispositivos legales y administrativos. Para cumplir ello, obviamente que los fiscales requieren directa o indirectamente del apoyo de personal profesional, médicos, ingenieros, contadores, ingenieros informáticos, técnicos y personal administrativo no profesional como conductores, entre otros, sin mencionar el personal de seguridad, de limpieza y mantenimiento que no forman parte de las planillas de remuneraciones del MP. Habría que analizar cómo ha ido progresando el aumento de personal durante los últimos siete años, conforme a la siguiente tabla

Tabla 1

Personal del Ministerio Público

Años	2014	2015	2016	2017	2018	2019
Total de personal	16 853	17 754	18 539	19 980	20 458	20 577
Personal fiscal	5258	5537	5760	5171	6576	6539
Personal no fiscal	11 595	12 217	12 779	14 809	13 882	14 038

Nota. Adaptado de los boletines estadísticos del Ministerio Público, correspondientes a los años 2017, 2018 y 2019..

Rápidamente se puede apreciar, conforme a la tabla esbozada, que el personal fiscal aún sin ser delimitado por especialidad o por materia, significan menos de la mitad del personal que no es fiscal, lo cual es preocupante, dado que quienes realizan más labor que no es fiscal son personas que no efectúan propiamente actividad fiscal dentro del Ministerio Público. Ello nos conlleva a una inquietante y preocupante interrogante por resolver: ¿se encontrará la Fiscalía debidamente estructurada y racionalizada como organización a nivel nacional, para cumplir a cabalidad sus funciones? No es finalidad de este artículo descifrar dichos temas. Pero nos da un indicador claro respecto a que no habría una seria racionalización general en el ámbito de recursos humanos, y esto podría dar lugar a uno de los factores que contribuyen al atraso y/o incumplimiento de plazos procesales en materia penal.

Por otro lado, es evidente que la propensión a un aumento de la carga procesal penal será constante por diversos factores. Ello se advierte de la información del Boletín de Estadística de diciembre del 2018, publicado por el Ministerio Público, año en que se recibieron 1 256 746 denuncias. También se observó que, a nivel nacional, el 2017 se recibieron 1 109 011 denuncias y que para el siguiente año esta cifra se elevó en 17,55 % más. Lo último hace columbrar la problemática de incremento de denuncias que no vendrían siendo atendidas estratégicamente por el MP, pese al esfuerzo que despliega el personal fiscal.

Ahora bien, la labor de los fiscales en materia penal, y de todos los fiscales en general, requieren de habilidades y competencias que no siempre el órgano seleccionador (Consejo Nacional de la Magistratura [CNM] y Junta Nacional de Justicia [JNJ]) ha podido potencializar adecuadamente con el personal conveniente. Puesto que ello no se refleja en los exámenes diversos aplicados, que siempre propenden a enfatizar conocimientos en los futuros fiscales, cuando dichas habilidades deben plasmarse en experiencia y conocimientos teóricos, como predisposición conductual y psicológica para afrontar diariamente las abrumadoras tareas y funciones de los fiscales penales y que, además, debe sincronizarse con el trabajo de apoyo que brindan los asistentes de función fiscal, que resulta muy importante y clave en el desempeño del despacho y del propio fiscal.

Entonces, es fundamental también la adecuada selección de asistentes de función fiscal para obtener de los mismos un mejor rendimiento. De ahí que, la siguiente interrogante sería: ¿se estará llevando a cabo actualmente adecuadas selecciones de personal de asistente de función fiscal para que los mismos cumplan una óptima labor de apoyo fiscal? Una respuesta que merecería varias aristas, máxime si hoy en día se advierte que ingresan a

laborar al Ministerio Público muchos jóvenes que no tienen el compromiso de trabajar fuera de horario, teniendo en consideración la labor peculiar que desarrolla el fiscal y que sobrepasa o rebasa naturalmente las ocho horas diarias para cumplir un servicio público. Por la evidente imposibilidad de hacerlo dentro del horario establecido, y cuyo exceso de labor puede y debería ser reconocido en un pago de tiempo con tiempo u otra forma de compensación, ya se ha hecho patente en varios asistentes de función fiscal que priman en ellos sus derechos laborales antes de los que del público usuario. Sin embargo, debería reconocérseles también los derechos que les corresponderían por un apoyo extra al fiscal en esa carga procesal de permanente y constante incremento.

Por otro lado, en un solo día el fiscal despliega varias y diversas actividades, como participar en diligencias, en juicios orales, audiencias de control de acusación, de confirmatoria, o de levantamiento del secreto de las comunicaciones, así como llevar a cabo diligencias propias de la investigación fiscal —tomar declaraciones de investigados y testigos. Ora inspecciones fiscales en investigaciones preliminares y de preparatorias donde anteriormente programó las mismas, ora calificar nuevas denuncias asignadas, y efectuar archivos preliminares una vez vencidos los plazos; formalizar investigaciones, concluir las mismas investigaciones, efectuar los requerimientos de sobreseimiento o acusación, entre otras; la actividad desplegada es variadísima y recargada. A lo que se aúna el turno fiscal que casi se da al mes, en los que siempre caen detenidos por delitos graves y requieren que se solicite medidas coercitivas de prisión preventiva, entre otras diligencias que hacen más abrumadora la labor fiscal y que no viene siendo sistematizada hasta la fecha para que el fiscal desarrolle un mejor rendimiento y atención al público usuario.

Asimismo, el elemento común que utiliza el fiscal para desarrollar sus actividades es la toma de decisiones sobre qué o cuál delito calificar o actividad procesal promover, como, además, una computadora, papel e impresora, para plasmar sus decisiones o solicitar algo relacionado en función a dichas decisiones. Es decir, el elemento más utilizado resultaría ser el papel en la función fiscal, porque a través del mismo se plasman, sino todas, la mayoría de sus actividades. Hoy lo que resulta más notorio en el despacho fiscal son las rumas de papel que se vislumbran en carpetas fiscales arrumadas y mal ordenadas, porque sobrepasan en cantidad y abruman el despacho, haciendo complicada la actividad fiscal. Esta situación merecería replantearse con miras a automatizar las diligencias y, por ende, hacer más expeditivas las actuales carpetas fiscales, sin perjudicar los derechos fundamentales de las partes.

4. La llamada sobrecarga procesal y la carga o incremento funcional

A despecho de los muy buenos propósitos y de los sistemáticos esfuerzos realizados para lograr el cambio y el fortalecimiento del Ministerio Público en el contexto del nuevo proceso penal, la realidad evidencia que esta institución fiscalizadora no consigue todavía alcanzar los niveles de eficiencia y de solidez que la sociedad reclama en las funciones que le han sido encomendadas. Esta problemática se mantiene, incluso, después de dotar a esta entidad de las herramientas legales y reglamentarias correspondientes, así como de una asignación relativa de presupuesto, logística y un mínimo de potencial humano, todo ello con el fin de lograr la sintonía de la Fiscalía con las tareas que exige el nuevo modelo procesal penal acusatorio - garantista. Diversos estudiosos conocedores de esta realidad, como Mauricio Duce, coinciden en que el MP enfrenta, en la actualidad, una serie de problemas muy significativos para satisfacer las expectativas que existen respecto de su rol en la consolidación del proceso de reforma (Duce y Riego, 2006).

Al respecto, a fines de los años 80, el destacado autor alemán Bernd Schünemann (2005) señalaba que la situación difícil era ya desde siempre la del Ministerio fiscal. Y ponía en duda la capacidad operativa de dicha entidad, dado que la sobrecarga procesal era un «cuello de botella» de la persecución penal.

Para poder enfrentar el flujo de casos y la carga funcional que el nuevo modelo procesal penal impone al Ministerio Público, en los diversos países de la región, se dotó a la Fiscalía de herramientas legales que sirvieran de filtro razonable para poder efectuar la descarga de aquellos casos sin contenido o sin naturaleza penal (los atípicos), o sin futuro exitoso (los que eventualmente carecen de pronóstico procesal positivo). Sin embargo, el Ministerio Público no siempre ha hecho uso conveniente de estas facultades, a pesar de que las mismas constituyen una parte indisoluble de la nueva gestión fiscal que requiere el modelo. Así, por ejemplo, lo han señalado Duce y Riego (2006) cuando manifiestan que, refiriéndose al Ministerio Público latinoamericano, en relación a los problemas que la circundan, salvo excepciones, no han sido capaces de utilizar los medios alternativos de solución al conflicto que franquea la ley procesal, para poder desestimar tempranamente los casos que recibe y que atosigan la función fiscal.

A más de trece años del inicio de la aplicación del nuevo modelo procesal penal, ¿cuáles son los elementos que intervienen en la persistencia de estos vicios en cuanto a la gestión de los procesos penales? Es posible señalar infinidad de factores. El presente trabajo se centra solo en aquellos factores que corresponden a la experiencia como magistrados del Ministerio Público,

los más importantes y los que generan que el nuevo modelo procesal penal no llegue aún a satisfacer plenamente las expectativas cifradas en la labor fiscal.

4.1. La sobrecarga procesal propiamente dicha

La sobrecarga procesal es un tópico muy mencionado como una de las causas de las deficiencias o el retraso en el cumplimiento de los plazos procesales, argumento al que muchas veces incurren los funcionarios del Ministerio Público y del Poder Judicial (PJ). Sobre este punto, cabe citar, entre otros, el trabajo de tesis de Fisfalen (2014) que, en su Resumen Ejecutivo, aunque referido al PJ, destaca no solo la pervivencia sino el acrecentamiento de esta terca realidad, que afecta por igual al MP, esto es, el incesante aumento de la carga procesal, a pesar de los esfuerzos por aumentar la producción judicial que se tornan insuficientes para reducir los niveles de dicha carga, además de resultar preocupante.

El asunto, por una parte y sin lugar a dudas, es un hecho concreto, que se basa en una situación real, en el mundo actual, el incremento de los conflictos judicializables; y en el caso del Ministerio Público, de los hechos delictivos, es decir del fenómeno delincencial, que es algo incuestionablemente notorio, que se produce día a día, por razones totalmente ajenas a la voluntad y a la labor de los operadores de la administración de justicia. Ese es un dato de la realidad que no se puede soslayar. Basta ver el índice de denuncias que ingresan anualmente para constatar que año a año la suma de presuntos delitos se eleva, según el Boletín del Ministerio Público (2017, 2018, 2019) y, con ello, el lógico incremento de la carga procesal. Sin tener en cuenta, para nada, la existencia de una llamada cifra negra, o cifra oculta, de los delitos que el ciudadano común y corriente no denuncia, ya sea por temor, dejadez, o absoluta desconfianza del ciudadano en la labor y la eficacia de las autoridades encargadas de hacer justicia.

4.2. El impacto de las nuevas tareas asignadas: la carga funcional

Es imprescindible recordar en este punto las múltiples tareas que el nuevo modelo procesal penal ha concedido al Ministerio Público. El fenómeno del crecimiento de las demandas de atención de la comunidad, a causa del creciente accionar de la delincuencia, no es el único factor que debe ser considerado cuando se hace referencia al tema de la llamada carga procesal. Limitarse a ver únicamente ese ángulo del problema, resultaría simplista e incompleto y nos daría un panorama imperfecto y poco efectivo para proponer alternativas de solución, pues no solo se trata de eso.

En efecto, ahora con el nuevo modelo procesal penal, el fiscal ya no solamente es un magistrado o funcionario persecutor del delito, con todo lo que eso significa, como director efectivo de la investigación, realizador de los

turnos fiscales, ejecutor de inspecciones, reconstrucciones y levantamientos de cadáveres; sino que, además, es un abogado litigante del Estado, en audiencias de todo tipo; aparte de magistrado, argumentador y redactor de resoluciones; y, finalmente, como administrador de la gestión de su Despacho a cargo de recursos humanos. Por ende, su desempeño es más complejo.

Todo ello, sin dejar de mencionar que su criterio se encuentra sometido a los Principios de Legalidad y Objetividad, lo que implica que su actuación, en el cumplimiento de sus funciones, tiene que estar desprovista de todo interés subjetivo. Aquí es pertinente destacar lo que señala Roxin (2006) sobre el fiscal: no tiene que juntar unilateralmente material de cargo contra el procesado, sino que también debe investigar las circunstancias que sirvan de descargo; de otra manera sería irreconciliable con su obligación hacia la verdad y la justicia. Ello coincide con la conclusión de Ore (2011), quien afirma que «el fiscal no es un acusador a ultranza» (pp. 302-303), sino que está estrictamente sujeto a lo que fluye o se desprende de las pruebas y del derecho vigente, pues solo así podrá cumplir el Principio de Legalidad.

De lo anterior se infiere que la labor diaria del fiscal no se circunscribe a buscar y valorar solamente los elementos inculpatorios, sino también los exculpatorios; además de realizar, un cuidadoso y permanente análisis de los elementos que se acopian en cada caso, en pro y en contra de la imputación efectuada respecto a alguien. Todo lo cual significa, por una parte, una delicada y muy compleja función como director de la investigación y titular de la acción penal. Y, por otra parte, requiere que el funcionario fiscal tenga posibilidades y facilidades de contar con el tiempo suficiente para una permanente actualización, capacitación y retroalimentación intelectual, que le permitan ser un magistrado dotado de las herramientas metodológicas, técnicas e intelectuales, de los saberes dogmáticos o doctrinarios y jurisprudenciales, que le permitan afrontar con solvencia tales tareas funcionales y lograr un desempeño óptimo en su labor diaria. Esto, es lo que denominaremos la carga funcional, ya no la simple y reconocida carga procesal que afronta la administración de justicia, sino las múltiples labores y tareas que el modelo requiere para que el fiscal pueda cumplir con las metas: a) absoluto respeto a los derechos del ciudadano o garantismo; y b) plena eficacia en la labor contra el crimen.

5. El proceso penal donde el fiscal es uno de los actores principales

Conforme lo señala Reyna (2011), en la doctrina se han propuesto diversos conceptos y definiciones respecto a lo que es, en general, 'proceso' y, específicamente, el significado de 'proceso penal'. En cuanto a esto último,

César San Martín (2015) indica que el proceso penal es un concepto funcional en relación tanto al de jurisdicción, como el de acción. Siendo la relevante singularidad del proceso penal, la cual constituye un elemento imprescindible para una efectiva realización del derecho penal, y que es el único instrumento a través del cual puede aplicarse el derecho penal.

Igualmente, resulta de importancia lo señalado por Reyna (2011), cuando afirma que es necesario vincular la noción del proceso penal con la función asignada al derecho procesal penal, adjetivo dentro del estado social y democrático de derecho que la Constitución reconoce en el artículo 43. Es precisamente en el proceso penal, donde tiene una de las funciones principales el fiscal, como representante del Ministerio Público, y que merece atenderse con prioridad como corresponde para exigirle también una buena actuación fiscal.

6. Resumen de las principales funciones que realiza el fiscal en el nuevo despacho fiscal

Para entender mejor la problemática propuesta, se tiene que precisar cuáles son las funciones desplegadas cotidianamente por los fiscales encargados de la investigación (tanto provinciales y adjuntos provinciales), las cuales se enumeran a continuación:

- ▶ **Emitir disposiciones (Resoluciones Fiscales) que son, en su mayoría, diligencias permanentes que realiza cada fiscal, a través de las cuales:** a) dispone el archivo preliminar de una denuncia; b) inicia o apertura investigación preliminar; c) amplía disposiciones de investigación preliminar; d) formaliza investigación preparatoria; b) emite disposiciones de ampliación de investigación preparatoria; e) provee y emite disposiciones en las carpetas fiscales, en base a escritos y/o solicitudes presentadas por las partes; f) efectúa las solicitudes de requerimientos varios como prisión preventiva o medidas coercitivas personales; requerimientos de levantamiento del secreto de las comunicaciones, secreto bancario, de allanamiento, confirmación de incautación, entre otros, según corresponda; g) solicita requerimientos de prisión preventiva y/o medidas coercitivas personales; h) emite disposición de conclusión de investigación preparatoria; i) emite disposiciones de elevación de actuados al superior, ordenando la foliación y colocación de todos los actuados correspondientes a la carpeta fiscal para su remisión al superior con el oficio respectivo; j) emite requerimientos de sobreseimiento de casos fiscales; k) emite requerimientos de acusación fiscal o mixta; y l) ingresa cada una de las disposiciones descritas al Sistema de Gestión Fiscal -SGF.

- ▶ **Diligencias efectuadas a nivel de Despacho Fiscal en forma interna en que el Fiscal participa personalmente y que hacen necesario los conocimientos, la experticia y la capacitación como la retroalimentación para dicho desempeño**

Tomas de declaraciones de testigos y denunciados como imputados; b) examen a peritos; c) declaratoria de carpetas fiscales consentidas y su remisión al archivo general del distrito fiscal; d) contestación de denuncias y/o procedimientos administrativos que abre el órgano de control interno, en la mayoría de los casos, sin ningún sustento o mayor trascendencia; y e) contestación de las informaciones que son solicitadas por la superioridad.

- ▶ **Diligencias efectuadas a nivel de Despacho Fiscal en forma externa**

a) Participación fiscal en declaraciones de los denunciados; b) designación de defensores públicos para denunciados que no tienen abogados; c) entrevistas de menores en Cámaras Güell; d) participación fiscal en diligencias de reconocimiento de denunciados, en comisarías o establecimiento penitenciario; y e) visualización de videos.

- ▶ **Participación durante siete días en turnos fiscales permanentes**

a) Asistencia a Comisarías para atender denuncias comunicadas al fiscal de turno; b) participación fiscal en declaraciones de los denunciados; c) aplicación de principios de oportunidad en casos concretos que la ley prevé tal aplicación; d) incoación de procesos inmediatos en casos de flagrancia y según corresponda; e) requerimientos de prisión preventiva; y f) emisión escrita de providencias fiscales en cada comisaría y según sea el caso concreto.

- ▶ **Participación del fiscal penal en sede judicial**

a) Participación en audiencias de procesos inmediatos; b) participación en audiencias de prisión preventiva o medidas coercitivas personales; requerimientos de levantamiento del secreto de las comunicaciones, secreto bancario, de allanamiento, confirmación de incautación, entre otros, según corresponda; c) sustentación de requerimiento fiscal de sobreseimiento; d) sustentación del requerimiento fiscal de acusación; e) sustentación de requerimiento fiscal mixto; f) asistencia a juicios en cada caso concreto que pasa a juzgamiento hasta culminación del mismo; g) apelación de sentencia cuando esta es materia de la misma; y h) apoyo a otros fiscales en casos que tienen programada una audiencia y que por diversos motivos no puede atender el fiscal a cargo.

Por lo expuesto, se planteó el siguiente problema de investigación: ¿cuáles son las soluciones que se vienen dando en los hechos, actualmente, frente a la sobrecarga procesal del Ministerio Público?

En consecuencia, el presente trabajo parte de la búsqueda de responder a la situación problemática que enfrenta el Ministerio Público debido a las tareas medulares que se le han encomendado como responsable del nuevo proceso penal acusatorio y garantista en la región. Razón por la cual se plantea el siguiente objetivo general: identificar las soluciones que se vienen dando en los hechos, actualmente, frente a la sobrecarga procesal del Ministerio Público.

7. Materiales y métodos

En el presente trabajo, se utilizaron los métodos dogmático e histórico. El primero se utilizó porque la realidad que se enfoca no es el de las meras instituciones y definiciones, sino el de la realidad integral del derecho en interacción con los factores sociales, culturales, normativos y de política judicial que confluyen en la efectivización de un sistema procesal.

- ▶ Método: se empleó el método histórico basado en la necesidad de entender el conocimiento de las distintas etapas de la historia del Ministerio Público, lo cual se combina, a su vez, con el método descriptivo.
- ▶ Nivel de investigación: de acuerdo a la naturaleza del estudio de la investigación, corresponden los niveles descriptivo, explicativo e histórico, con un enfoque cualitativo.
- ▶ Técnicas e instrumentos o fuentes de recolección de datos: se realizó el análisis documental con las fuentes de consulta del trabajo fiscal que realizan los fiscales penales y el análisis de las fuentes de la propia fiscalía y literatura relacionada a la actividad fiscal y procesal, como también el análisis de fuentes bibliográficas relacionadas al tema propuesto.

Se usaron estos sistemas por tener propósitos prácticos, inmediatos y bien definidos para actuar, cuya finalidad indudablemente es transformar, modificar o producir cambios en un determinado sector de la realidad. Asimismo, el nivel descriptivo busca especificar los problemas que atañen, fundamentalmente, al atraso e incumplimiento de los plazos en las investigaciones fiscales, así como las características de los integrantes de la organización, sometiendo al análisis en un momento y tiempo histórico concretos.

8. Resultados

Frente a la carga procesal y funcional, se ha argüido comúnmente como lógica solución, y se seguirá arguyendo, varias alternativas posibles como también se hace imprescindible abordar esta solución no como la única, sino dentro de una «política amplia y estructural». Tal cosa se impone igualmente, frente a las tareas que afronta el Ministerio Público con el Nuevo Modelo Procesal Penal: una estrategia integral institucional. Dentro de las acciones identificadas tenemos:

8.1. La administración del cambio y la gestión de Despacho; actualización, capacitación y autocapacitación permanente

Resulta interesante la apreciación respecto a la conexión entre el antiguo proceso penal y el nuevo sobre «la adopción de nuevas prácticas procesales y administrativas, y el consiguiente abandono de las prácticas inquisitivas» (Burgos, 2011). La cultura de un Ministerio Público acostumbrado a un modelo inquisitivo, obviamente que está aún impregnada en el subconsciente y en el modo de actuar de los fiscales peruanos y latinoamericanos. Por eso, muchas malas prácticas nefastas del modelo anterior siguen vigentes en algunos despachos fiscales, lo que indudablemente involucraría una mejor y adecuada selección de personal fiscal a cargo de la Junta Nacional de Justicia.

8.2. Desaparecer el culto al papel en el Despacho fiscal

Mientras, el modelo acusatorio es propuesto como eminentemente oral y el Poder Judicial asume campañas como la denominada «papel cero», aludiendo a que se descarta el uso abusivo del papel; en un abierto contrasentido, en lo que corresponde al Ministerio Público, las tareas asignadas al fiscal, tales como dirigir y ser titular de una investigación del delito, formular los requerimientos, disponer las diligencias preliminares, entre otras, conllevan a que, en la práctica, se encuentre muy difundido el prejuicio implícito de que las resoluciones fiscales, para ser verdaderamente buenas, deben ser abundantes en consideraciones y párrafos. A ello se presta, muchas veces, una determinada interpretación de algunos artículos del Código Procesal Penal (por ejemplo, el contenido del art. 352. 2, en conexión al rehacimiento del requerimiento de acusación fiscal).

En tanto al Ministerio Público, se le abruma con la obligación continua e innecesaria de suscribir cantidad de hojas de escritos fiscales, cuando muy bien se podría buscar que el soporte papel puntualice por escrito únicamente los ejes y los fundamentos esenciales de la resolución fiscal. Sin embargo, plenos jurisdiccionales, casaciones, entre otros, continúan requiriendo al Ministerio Público que sus disposiciones y requerimientos sean

extremadamente detallistas, obviando que se debe impulsar el desarrollo de una sana cultura de la oralidad.

8.3. La adecuada racionalización del personal fiscal existente

La racionalización es una de las herramientas fundamentales de toda gestión pública y, políticamente, se advierte como una falencia o debilidad en el Ministerio Público. Racionalizar, en términos administrativos sencillos, significa distribuir adecuada y eficazmente los recursos con que se cuenta en una entidad o institución. En ese sentido, Chiavenato (2004), al referirse al empleado público, indica que estos burócratas son personas que forman parte del cuerpo administrativo de la estructura de la organización, que siguen las reglas impuestas y sirven al objetivo de dicha organización, de ahí su importancia a tener en cuenta.

De alguna manera, la racionalización ha sido y es aplicada tímida o escasamente, puesta en práctica institucionalmente, como se ha visto, con la creación o implementación de Fiscalías de Descarga, en distritos que se declararon en emergencia, como Trujillo o Chiclayo (que ha sido de conocimiento público en el 2015), con personal procedente de zonas que no afrontaban tanta carga procesal. Pero, esto no fue una política generalizada para todos los distritos fiscales en iguales condiciones, por lo que urge poner en práctica como política institucional.

Si no se tiene presupuesto ni recursos para implementar nuevos despachos fiscales o para dotar a determinadas zonas que requieren de fiscalías de descarga procesal, es impostergable recurrir a las bondades y beneficios que ofrece una correcta racionalización del personal. Así, por ejemplo, de la contrastación de los cuadros contenidos en el *Boletín Estadístico del Ministerio Público* de marzo 2017, se aprecia que distritos fiscales como Huancavelica, Apurímac, Pasco, Moquegua, San Martín, Ucayali y Ventanilla, por citar algunos, tienen mucho menor carga procesal ponderada que distritos como Tumbes; sin embargo, dichos distritos se encuentran dotados de una mayor cantidad de personal fiscal. Una situación así, resulta incompatible con los fines tan pregonados del nuevo modelo procesal penal.

8.4. Implementación de nuevos métodos informáticos como metodología ágil para acortar tiempos y fases innecesarias en la aplicación del Código Procesal Penal

La alta competitividad actual hace que los sistemas de información se tengan que desarrollar de forma rápida para adaptarse a la organización. Las ligerezas hacen que lo primero que se descarte sea un estudio absoluto y se sustituya por uno superficial o simplemente se elimine. En un mundo de cambios y desarrollo hacia un entorno dinámico y colmado de presión social, en el que

obtener un resultado rápido en algo que se pueda ver, mostrar y sobre todo utilizar, se ha vuelto crucial para el éxito de las organizaciones como la del Ministerio Público.

9. Discusión

Podemos decir, que como consecuencia del uso inadecuado y hasta de la falta de uso de los canales legales establecidos para coadyuvar a la descarga procesal, el Ministerio Público tiene que soportar un pasivo irrazonable, una carga muerta y sin futuro. Esta situación muchas veces influye de manera decisiva en los otros aspectos del trabajo fiscal, generando el uso y desgaste inadecuado de recursos humanos, así como de tiempo, debilitando una labor eficiente y eficaz. Problemática que lo confirman múltiples trabajos recientes de investigación, como el de Andia Torres (2013), quien afirma que el MP no realiza una adecuada calificación o determinación de los hechos para cada imputado, tampoco una debida investigación preliminar ni preparatoria, sino que, finalmente, se emite una acusación meramente formal, como en los viejos tiempos, que no corresponde a la carencia real de elementos acopiados. Del mismo modo, la tesis de Monago Collazos (2015) concluye que resulta probada en forma favorable su hipótesis de que existen deficiencias en la aplicación de instituciones procesales, como el Principio de Oportunidad y la Conclusión Anticipada, y a esto se suma, anualmente, el ingreso de nuevas denuncias penales; y que todos estos factores influyen en el incremento de carga procesal innecesaria en el Ministerio Público.

La sobrecarga procesal, al no ser encarada debidamente, en sus causas, efectos y en las soluciones posibles que se deben propiciar y aplicar, ocasiona que casi a diez años del inicio de la aplicación del nuevo modelo procesal penal, en regiones como Tumbes, en un representativo porcentaje de casos, no se cumplan los plazos procesales correspondientes o no se efectúe una gestión conveniente, que dé lugar una óptima investigación y una adecuada solución del caso. Ello termina afectando los dos grandes fines generales trazados por el nuevo modelo procesal penal, que ya hemos señalado: el cumplimiento de las garantías procesales para las partes (imputado y agraviado) y la eficacia del proceso para resolver el problema social que cada caso significa.

Como se puede apreciar en los resultados, son muy diversas las funciones que cumple hoy en día el fiscal, evidentemente diversas y recargadas, en forma tal, que no es posible atenderlas adecuadamente cuando existe una abundante cantidad de carpetas fiscales asignadas o una inmanejable carga procesal. Por lo tanto, para desempeñar esa labor, el fiscal requiere —además de una sólida formación jurídica en materia penal y procesal penal— de experiencia en materias de organización y gestión del despacho, así como una destacada ética y moral. Y cuando se encuentre en funciones, necesitará

una adecuada capacitación y retroalimentación de conocimientos. En síntesis, el fiscal requiere de capacidad para poder realizar una adecuada gestión pública-jurídica en las tareas que se le ha confiado.

De los resultados obtenidos de la investigación, se puede apreciar la latencia de un problema muy puntual como es el atraso o incumplimiento de plazos procesales en el Ministerio Público en materia penal.

10. Conclusiones

- ▶ La sobrecarga procesal de los despachos fiscales no se ha encarado debidamente a nivel nacional.
- ▶ Existen reglas claras sobre la forma, los protocolos y obligaciones del nuevo despacho fiscal. Sobre todo, respecto al denominado despacho fiscal corporativo.
- ▶ Propiciar resoluciones fiscales mínimas, concisas, tanto en requerimientos, providencias como disposiciones, con formatos precisos, que expongan solo lo suficiente.
- ▶ Ejecutar políticas de racionalización del personal fiscal a nivel nacional, para atender la descarga de la sobrecarga fiscal.
- ▶ Implementar nuevos métodos ágiles de Informática que ayuden a desechar la cultura del papel aún arraigada profundamente en el modelo procesal penal actual.

Referencias

- Andia, G. (2013). *Deficiencias en la labor fiscal y judicial en las distintas etapas del actual proceso penal*. Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Apolin, D. (2007). *El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas*. Foro Jurídico 7. Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Burgos, V. (2011). *Factores jurídico procesales inquisitivos en el Código Procesal Penal que impiden consolidar el modelo acusatorio en el Perú* (Tesis de doctora, Universidad Nacional de Trujillo). <https://bit.ly/3iDUdQi>
- Chiavenato, I. (2006). *Introducción a la teoría general de la administración*. MAC GRAW-HILL-Interamericana.
- Código Procesal Penal del Decreto Legislativo n.º 957. (2004).
- Constitución Política del Perú. (12 de julio de 1979).
- Constitución Política del Perú. (29 de diciembre de 1993).

- Decreto Legislativo n.º 052, Ley Orgánica del Ministerio Público. (16 de marzo de 1981)
- Duce, M., y Riego, C. (2006). *Desafíos del Ministerio Público fiscal en América Latina*. CEJA. Fisfalen, M. (2014). *Análisis Económico de la carga procesal del Poder Judicial* (Tesis de maestría, Pontificia Universidad Católica del Perú) <http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/5558>
- Hurtado, J. (1983). *El Ministerio Público* (2.ª ed.). EDDILL.
- Ley n.º 27367, que desactivó la Comisión Ejecutiva del Ministerio Público
- Ley n.º 30843 de la Carrera Fiscal
- Ministerio Público. (marzo de 2017). *Boletín Estadístico del Ministerio Público*. http://www.mpf.n.gob.pe/publicaciones_estadisticas
- Ministerio Público. (marzo de 2018). *Boletín Estadístico del Ministerio Público*. http://www.mpf.n.gob.pe/publicaciones_estadisticas
- Ministerio Público. (marzo de 2019). *Boletín Estadístico del Ministerio Público*. http://www.mpf.n.gob.pe/publicaciones_estadisticas
- Monago, G. (2015). *Delito de incumplimiento de la obligación alimentaria y la carga procesal en la segunda fiscalía provincial penal corporativa de Huánuco 2014-2015* (Tesis de grado, Universidad de Huánuco). <https://core.ac.uk/download/pdf/80293267.pdf>
- Ore, A. (2011). *Manual De Derecho Procesal Penal* (Tomo I). Reforma.
- Reyna, L. (2011). *El proceso penal aplicado conforme al Código Procesal Penal de 2004*. Editorial Grijley.
- Roxin, C. (2006). *Derecho procesal penal* (G. Córdoba y D. Pastor, Trad., 25.ª ed.). Editores del Puerto SRL. (Trabajo original publicado en 2000)
- San Martín, César. (2015). *Derecho Procesal Penal lecciones*. Editorial: INPECCP.
- Schünemann, B. (2005). *La reforma del proceso penal*, Editorial Dykinson.



ACADEMIA DE
LA MAGISTRATURA

REVISTA DE INVESTIGACIÓN

DE LA ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA

Vol. 3, n.º 5, julio-diciembre, 2021
Publicación semestral. Lima, Perú.
ISSN: 2707-4056 (en línea)
DOI: 10.58581/rev.amag.2021.v3n5

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

La producción digital de la Revista de Investigación de la Academia de la
Magistratura finalizó en diciembre de 2021.