

REVISTA

DE INVESTIGACIÓN DE LA

ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA

7

Vol. 4 - n.º 7
julio - diciembre 2022
Lima, Perú



FONDO
EDITORIAL

Academia de la Magistratura

ISSN: 2707-4056
(en línea)

REVISTA

DE INVESTIGACIÓN DE LA

ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA

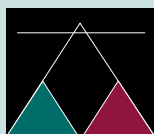
7

Vol. 4 - n.º 7 - julio - diciembre 2022 - Lima, Perú



FONDO
EDITORIAL

Academia de la Magistratura



ACADEMIA DE
LA MAGISTRATURA

REVISTA DE INVESTIGACIÓN

DE LA ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA

Vol. 4, n.º 7, julio-diciembre, 2022
Publicación semestral. Lima, Perú.
ISSN: 2707-4056 (en línea)
DOI: 10.58581/rev.amag.2022.v4n7

PRESIDENTE

Carlos Giovanni Arias Lazarte
Academia de la Magistratura, Perú

DIRECTOR

Javier Arévalo Vela
Academia de la Magistratura, Perú

EDITORA GENERAL

Nathalie Betsy Ingaruca Ruiz
Academia de la Magistratura, Perú

COMITÉ EDITORIAL

Cuela Ochoa, Marina
Perú

De la Fuente Hontañón, María del Rosario
Perú

Díaz Zegarra, Walter Alfredo
Perú

Guzmán, Julio
Perú

Iriarte Pamo, Nadia Paola
Perú

Mayhua Quispe, Luis Miguel
Perú

Mendoza Valdivieso, Cesar Augusto
Perú

Paz Panduro, Moisés Neil
Perú

Ruiz Hurtado, María del Carmen Victoria
Perú

Tapia Cárdenas, Julio César
Perú

Urbina Linares, Fernando Fabricio
Perú

Yalle Jorge, Doris Margarita
Perú

CONSEJO CONSULTIVO

Juan Manuel De Faramiñan Gilbert
España

CONSULTORES TEMÁTICOS

Naffis Roque Roca

Perú

EQUIPO TÉCNICO

Janina Toro Briceño

Luis Enrique Vega Quiroz

Naffis Roque Roca

Margot Rivas Barzola

ISSN: 2707-4056 (en línea)
DOI: 10.58581/rev.amag.2022.v4n7

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

DIRECCIÓN POSTAL

Jr. Camaná n.º 669, Lima 1, Perú.
revistainvestigacion@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

Maria Del Carmen Barragán Coloma
Directora Académica

Miguel Ángel Dávila Servat
Secretario Administrativo

Contenido

Editorial

15

Retos de la magistratura en temas de administración de justicia

Enfoque de género en la motivación de sentencias de divorcio por causal

JULIA ANTONIA FERNANDEZ LÓPEZ

19

Retos de la magistratura en temas de derecho civil

Análisis de convencionalidad de las funciones en derecho de familia de los jueces penales

INGRID LILIANA ALVAREZ COAGUILA DE CÁCERES

35

El derecho a la elección o modificación del régimen patrimonial por las uniones de hecho

GIULIANA LESLIE SOTELO ZEGARRA

51

Retos de la magistratura en temas de derecho constitucional

La buena fe cualificada en el proceso de extinción de dominio en el Perú

LUIS EDUARDO MADARIAGA CONDORI

75

Retos de la magistratura en temas de derecho penal

Fundamentos para descriminalizar el delito de feminicidio en el Código Penal

MANUEL MARTÍN ANICAMA IBAÑEZ

93

Peculado de trabajos o servicios remunerados por la administración pública. Necesidad de una incorporación legislativa

JOSÉ LUIS CRUZ VALERA

111

Retos de la magistratura en temas de derecho procesal penal

Audiencias penales y nueva normalidad en sede central de la corte superior de justicia de Cusco

ANIBAL ABEL PAREDES MATHEUS

127

El control de plazos en la prisión preventiva y la necesidad de regular su fiscalización

CARLOS ADALBERTO ROMÁN GIL

165

Límites epistemológicos de la intermediación

PERCY RAÚL CHALCO CCALLO

183

Vicisitudes en la investigación en el delito de violencia familiar. a propósito del plazo razonable

STEFANO MORALES INCISO

197

RETOS de la
magistratura
en temas de
ADMINISTRACIÓN
de JUSTICIA



ACADEMIA DE
LA MAGISTRATURA

REVISTA DE INVESTIGACIÓN DE LA ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA

Vol. 4, n.º 7, julio-diciembre, 2022
Publicación semestral. Lima, Perú.
ISSN: 2707-4056 (en línea)
DOI: 10.58581/rev.amag.2022.v4n7.01



Enfoque de género en la motivación de sentencias de divorcio por causal

Gender approach in the motivation of divorce decrees by cause

Julia Antonia Fernandez López*

Distrito Fiscal del Santa
(Ancash, Perú)

jafernandezdj@mpfn.gob.pe
<https://orcid.org/0000-0001-8228-5617>

Resumen: El enfoque de género como argumento en las sentencias en materia de divorcio por causal conlleva aplicar una justicia igualitaria, donde el operador de justicia ha de resolver un caso teniendo en cuenta la parte más débil o vulnerable. En ese sentido, en el presente artículo se desarrollan las teorías respecto a la justicia con perspectiva de género, donde se trata el tema de la discriminación e igualdad, como ello guarda relación con el problema de fondo (divorcio por causal), lo que se interrelaciona con la argumentación. El objetivo propuesto es establecer que la perspectiva de género como argumento sirve para motivar las sentencias de divorcio por causal en el Perú y por ende deviene en constitucional. Se hizo uso del enfoque cualitativo, con los métodos dogmático- empírico, documental, con la búsqueda sistemática de bibliografía. Como resultado, se tiene que en la búsqueda de la información existe una relación entre las teorías y enfoque

de los artículos sobre justicia con perspectiva de género, argumentación y divorcio por causal. Como recomendación, se señala que la incorporación de la perspectiva de género en la motivación de las sentencias en materia de divorcio por causal es importante porque permite lograr tener una justicia con equidad o igualdad. Se concluyó que el abordaje del enfoque de género como un equivalente de igualdad en la argumentación de las sentencias de divorcio por causal es constitucional, abriendo paso a la aplicación del principio pro persona.

Palabras clave: perspectiva de género, sentencias judiciales y argumentación

Abstract: The gender approach as an argument in sentences regarding divorce by cause entails applying equal justice, where the justice operator has to resolve a case taking into account the weakest or most vulnerable party. In this sense, in this article the theories regarding justice with a gender perspective are developed, where the issue of discrimination and equality is discussed, as it is related to the underlying problem (divorce by cause), which is interrelated with the argument. The proposed objective is to establish that the gender perspective as an argument serves to motivate divorce sentences by cause in Peru and therefore becomes constitutional. The qualitative approach was used, with the dogmatic-empirical, documentary method, with the systematic search of bibliography. As a result, in the search for information there is a relationship between the theories and approach of the articles on justice with a gender perspective, argumentation and Divorce by cause. As a recommendation, it is pointed out that the incorporation of the gender perspective in the motivation of sentences in matters of divorce by cause is important because it allows achieving justice with equity or equality. It was concluded that the approach of the gender approach as an equivalent of equality in the argumentation of divorce sentences by cause is constitutional, opening the way to the application of the pro persona principle.

Key words: gender perspective, judicial sentences, argumentation

RECIBIDO: 14/11/2022

REVISADO: 15/12/2022

APROBADO: 26/12/2022

FINANCIAMIENTO: Autofinanciado

1. Introducción

La definición de género en sus inicios se produjo en los debates feministas¹, entre la década de los cincuenta, pues mediante las investigaciones realizadas por las mujeres se puso en duda la postura social, política y económica de las mismas (Valdez, 2018). Donde se busca un trato igualitario entre mujer y varón usando para ello el enfoque de género.

En ese sentido, no solo se usó a la perspectiva de género para establecer la igualdad en la diferencia, sino también como un camino donde se incluyan las variadas maneras de advertir y contener la vida (Macia, 2014). En el Perú, se ha observado que los magistrados se basan en estereotipos cuando resuelven un caso, lo que motivo se busque cambiar esa mentalidad, logrando que, en sentencias en materia de divorcio por causal, se aplique el enfoque de género adecuadamente.

La problemática del artículo giró en el cambio del pensamiento de los magistrados para que apliquen la perspectiva de género de manera permanente en la redacción de sus sentencias, más aún si existe un marco normativo internacional sobre el tema. Surgiendo con ello las interrogantes; ¿en qué medida la perspectiva de género como motivación sirve para argumentar las sentencias de divorcio por causal en el Perú? ¿De qué manera el tratamiento normativo, doctrinario y jurisprudencial sobre el uso de la perspectiva de género en la motivación de resoluciones está relacionado con el argumento de las sentencias de divorcio por causal en el Perú?

Los operadores de justicia están mal vistos, se considera que sus decisiones son injustas, con desigualdad, por ende, es necesario dar mayor impulso o firmeza al uso del enfoque de género en sus decisiones, de esa manera lograr una justicia más humana con menos diferencias. Se analizó como incluir a la igualdad de género, como un presupuesto de la debida motivación para lograr una justicia con igualdad.

2. Justicia con enfoque de género

Hay que recordar que, el concepto de justicia con perspectiva de género ha sido tratado antiguamente en la disertación de la ONU en 1975, donde se incluyó por primera vez, para buscar eliminar las desigualdades de género, paralelo a ello estuvieron las cuatro disertaciones a nivel mundial sobre las mujeres, donde la igualdad y su aporte al desarrollo fue el tema central (Poyatos, 2019).

1 Radicando su necesidad en «(...) ver la debilidad y engaños de las motivaciones biológicas de dependencia de la mujer», surgiendo dicha situación a consecuencia de las desigualdades construidas cultural, social e históricamente.

Insertar el enfoque de género en el formato de una debida motivación en resoluciones judiciales, es importante para llegar a una justicia igualitaria por ende se propone advertir que la humanidad es diversa y democrática, donde requiere que todos sean tratados por igual y que la práctica de actuación diferentes a los que comúnmente han desarrollado, varón y mujer cambie (Macias, 2014).

En ese sentido, esta forma de juzgar es definido como una manera de analizar la cuestión en conflicto, donde se abarque nexo de poder desproporcionado o modelos de género, que requiere la inclusión del enfoque de igualdad en la norma jurídica, para dar respuestas similares frente a situaciones de diferencia de género. Se puede inferir que fallar con perspectiva de género, es la manera judicial de solución de una controversia, enmarcada al principio pro persona para buscar soluciones más justas frente a posturas distintas de género (Poyatos, 2019).

De esa manera, el enfoque de género busca fortalecer a la igualdad, ayuda al crecimiento de una justicia con igualdad, su contribución debe ser apreciada sistemáticamente, con un enfoque victimológico, a nivel dogmático y procesal, para que se pueda administrar la justicia de manera adecuada (Bustos y Larrauri, 1993). Rechazando el patrón negativo de roles donde solo existe un sexo superior al otro por las funciones que se le asigna a ese patrón. Por ello la justicia con equidad no se dirige a las mujeres, sino que se acepte considerar a las personas en su disparidad de entornos, privaciones y autonomía (Cumbre Judicial Iberoamericana, 2014)².

Así fallar con perspectiva de género, implica que el argumento que se fundamenta la sentencia debe contener la aplicación de las bases constitucionales de equidad, totalidad, autonomía, inseparabilidad y progresividad. (Bustos y Larrauri, 1993). Por ende, la importancia que se incorpore la perspectiva de género en las sentencias para disminuir, eliminar la desigualdad entre mujer y varón, quebrar los estándares socioculturales de carácter sexista en el ejercicio de los comportamientos hombre-mujer que estorba en un real cambio en la justicia y una plena actuación de sus derechos fundamentales (Sánchez y Zafra, 2021).

3. Teoría clásica sobre la discriminación y el perjuicio

Al respecto se puede decir que la «discriminación» es la distinción, desigualdad, exclusión, disminución o preferencia, referido a cualquier categoría de una persona, que tenga eliminar o reducir una condición de similitud o sin diferencia, respecto a los derechos humanos, en todos los campos públicos y

² Protocolo de la Cumbre Iberoamericana 2014, Suprema Corte de la Nación de Chile.

privadas (basada en las definiciones de discriminación de varias Convenciones de Naciones Unidas).

Así se cuenta con tres teorías sobre la discriminación, a saber:

4. Teoría del conflicto realista

Es considerado como la primera teoría que se dedicó al estudio de los grupos y con ello se consiguió expresar el peligro intergrupal, finalizando cuando varios grupos pelean por una serie de escasos recursos, conllevaría que el grupo que pierde tendría amenazado su bienestar (Castillo, 2011). En diversas investigaciones, esta teoría ha demostrado en diferentes oportunidades y en contextos diferentes, conflictos y sesgo intergrupal en casos donde un grupo amenaza los intereses de otros.

5. Teoría de la identidad social

Se inicia desde una perspectiva cognitiva motivacional y es un acercamiento para expresar el comportamiento del grupo y de manera específica, los enlaces intergrupales (Scandroglio et al., 2008). Concluyo en señalar que, la autoestima se forma con la identidad personal y grupal. Postula que, al surgir un peligro contra la identidad o diferencia grupal, los miembros del grupo podrán tomar diferentes estrategias para lograr la igualdad grupal positiva (Castillo, 2011). Es una teoría con un marco teórico de poder útil para el análisis de los comportamientos y conductas contemporáneas que guarda relación con el género y primordialmente con las mujeres (Scandroglio et al., 2008).

6. Teoría de la categorización del yo

Parafraseando a Giménez de Peña (2003), se colige que esta teoría es observada en los desarrollos académicos implicados en la clasificación que opaca a la conformación de la identidad, trata de identificar porque una persona se determina con un grupo específico en un contexto determinado, que se organiza a través de un dictamen de inclusión, de manera que una lista de categoría inferior se puede insertar en otro grupo de superior jerarquía (pp. 7-8). Se colige que, las diferencias de género indicarían que, en cierto contexto sociales, mujeres y varones se definen utilizando atributos típicos de su grupo de género correspondiente.

7. El principio de «igualdad constitucional»

En contra posición a la discriminación, esta la igualdad, que se encuentra regulado en la Constitución, teniendo la extensión de núcleos que tienen: similitud de oportunidades, ante la ley, económica, social, etc. Se asocia con la potencialidad que todas las personas se favorezcan con igualdad de una

institución, se dirige a suprimir las brechas o desigualdad que excluyen a las personas sin beneficio (Pozo y Rodríguez, 2014). Así Perelman, señala: que el derecho de justicia formal no será suficiente, sino considera a una justicia material: «lo mismo a cada uno; según lo señalado por ley a cada uno; según su rango a cada quién, méritos o su capacidad; así como según su trabajo a cada quién; sus necesidades» (Atienza, 2007).

En tanto que en su forma material el derecho de igualdad accede a materializar no solamente un principio fundamental, sino además garantiza la independencia de la persona, De otra forma, como un principio subjetivo constitucional, se otorga a toda persona el derecho de tener un trato igualitario ante la ley y de no ser de ninguna manera discriminado (Pozo y Rodríguez, 2014). La igualdad va más allá de un fundamento de la forma democrática de un gobierno, ya que se crea además en las bases necesarias de la norma jurídica, es un principio que cuenta con regulación constitucional, punto de equilibrio dentro de la sociedad (Díaz de Valdés, 2015).

La constitucionalización de la igualdad se materializa como un derecho constitucional, entendiéndose que las constituciones señalan situaciones diversas (y algunas veces conjuntas), de obtener la similitud en el fondo como en la forma.

8. Problema de investigación

El divorcio se define como la conclusión del matrimonio, o fenecimiento del mismo, por el cual las obligaciones de hacer vida común, entre los cónyuges cesa con el término de los deberes contraídos a raíz del matrimonio, concluyendo con ello la sociedad de gananciales (Valdivia, 2013). Se materializa con las clases de causal previstos en el artículo 333 del Código Civil, de cuyas causales se advierte que, si no es atendido de manera adecuada aplicando la perspectiva de género, se perjudicara a la parte agraviada.

Se debe recordar que, en los procesos de divorcio por causal por los antecedentes legislativos y casuística jurídica, requiere que el juez que lo resuelva tenga bien en claro que su decisión va influir en el destino de una de las partes, por ende, su sentencia debe estar fundada con mucha reflexión y con mucho sentido común tratando que su sentencia tenga una igualdad, apoyado de los aspectos de perspectiva de género, logrando llegar a una justicia de equidad. Es decir, una adecuada motivación de los fallos judiciales es un principio fundamental así lo ha señalado el Tribunal Constitucional, CIDH incluso ya han precisado que en la motivación que desarrolle el operador jurídico debe contener argumentos con contenido de perspectiva de género.

A todo ello se debe tener en cuenta que, en casos de asuntos civiles donde se advierte un tema de género, es necesario que las resoluciones que emitan los operadores de justicia tengan una adecuada motivación, que comprenda una motivación clara y adecuada además que contenga un desarrollo pertinente sobre la perspectiva de género, que como tal debe ser un presupuesto fundamental para considerar que una resolución judicial está debidamente motivado (Ibáñez, 1992).

9. Teoría argumentación jurídica

Atienza señala que la argumentación jurídica es concebida como formal, material y pragmática, al considerar que se caracteriza de la lógica, por ello conoce a la argumentación jurídica como una inferencia, como una conexión de proposiciones, de tal forma que, un argumento es una relación de proposiciones colocadas de forma que cada una de ellas sigue a las otras (Serafín, 2014). A ello Perelman señala que no solo se fundan en premisas filosóficas, sino en la hermenéutica jurídica, para aparentar los mecanismos que les han dado un empujo, la lógica formal moderna se ha consolidado como el estudio de los medios de demostración usados en las matemáticas (Perelman, 1958).

Para Alexy (2017) esta teoría debe aplicarse en todos sus niveles, como un hecho especial del informe adecuado y racional, del discurso moral. Considera que hay pautas de discusiones jurídicas que son variadas; considera que no es lo mismo una discusión de la ciencia jurídica, por ejemplo, de la reflexión de los jueces entre juristas, o sobre conflictos jurídicos en donde se muestran argumentos jurídicos.

Según el mismo autor, la justificación tiene dos clases, una justificación interna, en el que los problemas conexos con esta han sido debatidos bajo el rótulo de silogismo jurídico, pero en este momento se aplican los métodos de la lógica moderna, se debe diferenciar entre el proceso de hallazgo y el de justificación. En tanto que, la justificación externa tiene como objeto la argumentación de las ideas empleadas en la justificación interna. Premisas que pueden ser de clases bastante disímiles (Alexy, 2017).

10. Importancia de la investigación

El presente artículo ha sido redactado porque en general en las Resoluciones Judiciales muchas veces los magistrados no toman en cuenta la perspectiva de género, conllevando ello en el desmedro de las partes procesales más débiles, con mayor razón en los procesos de Divorcio por Causal, donde además de resolver la disolución del matrimonio, también se resuelve la indemnización

de la parte demandante, es decir que persisten o siguen latentes las normas e interpretaciones de las leyes de manera discriminatorias (Villanueva, 2021).

El interés es buscar identificar los obstáculos del sistema jurídico tomando como herramienta el enfoque de género y de esa manera proponer soluciones al evidenciar que cuando no se argumenta usando la igualdad de género en los fallos judiciales en materia de divorcio por causal, se advierte una desigualdad en la justicia, por lo que se sugiere que el enfoque de género se use como un fundamento de motivación en las sentencias, para identificar una justicia igualitaria (Roda, 2021).

Se debe tener en cuenta que, el término de perspectiva de género implica llegar a una igualdad entre las personas, se busca evitar la desigualdad en la comunidad, eliminando los argumentos estereotipados que se desligan de los principios de igualdad e imparcialidad judicial, ya que el uso de estereotipos conlleva a una injusticia arraigada en patrones donde se pone en desventaja a uno del otro. Consecuentemente si el fallo es resultado de una desigualdad, será considerada como arbitraria (Villanueva, 2021).

11. Utilidad

Por todo ello, se aportará con conocimientos comparativos para acabar con los prejuicios en la mente del o de la Magistrado (a), con mayor razón en aquellos procesos donde hay presencia de partes vulnerables, para que una decisión sea vista como justa usando para ello la igualdad, donde no se desmedre derecho alguno, teniendo como referencia los procesos de divorcio por causal, donde se ha observado que ambas partes procesales pueden ser crueles al momento de presentar sus medios probatorios para obtener una sentencia a su favor, por ende será útil el artículo para establecer que la perspectiva de género como argumento en la motivación de sentencia de divorcio por causal es trascendental y deviene en constitucional.

Para ello se consultó entre otros el Artículo Jurídico denominado «Incidencia de la Argumentación Jurídica en la Motivación de las Resoluciones Judiciales», en el que se analizó el rol preponderante que cumple la argumentación jurídica en la motivación de las resoluciones judiciales y la carencia de tal en el ejercicio de la función jurisdiccional (Gómez, 2016), además de ello se consultaron teorías respecto al enfoque de género, teniendo como referencia el principio de igualdad y una justicia de equidad, así como la basta regulación de normatividad internacional, tales como; la CIDH, CEDAW³, entre otros y como ello influye en una correcta administración de justicia.

3 Convenios y tratados que han sido ratificados por nuestro país y por ello su rango es Constitucional conforme lo señala la Constitución en el Artículo 55° y en la Cuarta Disposición Final y Transitoria, permitiendo con ello que internamente se haya dictado diversas normas y directivas con el objeto de hacer uso del enfoque de género, pero ello debe ser aplicado en cumplimiento del principio de debida

El artículo tuvo como estructura el estudio de la justicia con perspectiva de género y su importancia para ser incorporado como argumento en las sentencias de divorcio por causal, apoyados de los Convenios Internacionales para que los jueces establezcan una justicia con igualdad, correlacionado con la teoría de argumentación, precisaremos los métodos y materiales aplicados para la elaboración del artículo, como llegamos al resultado de los objetivos planteados, la interpretación que ha acogido la investigación y finalmente la conclusión o sugerencia del caso.

12. Objetivos

Teniendo como objetivo general del artículo establecer que el uso de la perspectiva de género como motivación sirve para argumentar las sentencias de divorcio por causal en el Perú, se demostrará que existe tratamiento normativo, doctrinario y jurisprudencial sobre el uso de la perspectiva de género en la motivación de resoluciones que esta relacionado con el argumento de las sentencias de divorcio por causal.

13. Material y método

Se hizo uso del enfoque cualitativo, con los método dogmático- empírico, documental, con la búsqueda sistemática de bibliografía, cuyos materiales fueron la observación documental, hermenéutico, de argumentación jurídica y exegética, con criterios de búsqueda clasificando los artículos de acuerdo a las variables, organizando los textos para su análisis y discusión en base a los años y relevancia, se tuvo como muestra la revisión de artículos con estudios empíricos y textos con reflexiones teóricas sobre el tema.

De esta forma, se realizó una investigación rigurosa en la base de datos de Scielo, Google Académico y Redalyc entre los últimos 10 años. Creando en Excel una base de dato de manera ordenada por año del artículo, nombre del autor, título del libro, artículo y la base de dato donde fueron encontrados.

14. Resultado

En este acápite se exponen el análisis y los resultados de la información en base a la muestra bibliográfica del artículo, respecto a la búsqueda y análisis de los artículos y libros que han sido numerando de acuerdo a la cantidad y calidad:

diligencia, así como del principio pro persona.

Tabla 1

Relación entre las teorías y enfoque de los artículos sobre justicia: perspectiva de género - Argumentación y divorcio

Perspectiva de género	Teoría de la argumentación y divorcio
Rol de género (03)	Divorcio por causal (03)
Teoría de la igualdad (05)	Motivación de resolución (02)
La discriminación (02)	Sentencia con perspectiva (05)

15. Discusión

A partir de los hallazgos encontrados se consideró que la incorporación de la perspectiva de género en las resoluciones emitidos por los operadores de justicia es constitucional, resultado que guarda relación con lo que sostienen Piqué y Valle (2021), Díaz (2015) y Macia (2014), que precisan que el uso de la perspectiva de género es un camino para una justicia de equidad para evitar la discriminación. Ello es acorde con lo que hemos encontrado en las teorías de igualdad y debida motivación que coincide con lo que sostienen Sotomayor (2017), Robert (2017) y Pabón (2021).

Sin embargo, no coincidimos con lo señalado por Barrios, Palomino, Valdez y Callhualca (2018), que consideran que la perspectiva de género es en función a la mujer, dejando de lado a la igualdad. Se tuvo como limitación la poca información respecto a las investigaciones similares al tema; sin embargo, se pudo dar respuesta a la hipótesis planteada, pese a no haber conseguido un cuadro estadístico de sentencias emitidas usando la perspectiva de género, pero ello deja abierto la posibilidad de que próximas investigaciones puedan ahondar con mayor profundidad, no solo respecto a la muestra (Divorcio por causal) que se determinó en el artículo, sino aplicar a otro tipo de muestra.

En ese sentido, en el presente artículo se pudo establecer que las teorías encontradas respecto a la justicia con perspectiva de género implican tener bien en claro que no solo se refiere a la igualdad de género, sino de una igualdad que va más allá del tipo de sexo de una persona, pues esta referida a una igualdad equivalente a equidad. Por ello, la aplicación del enfoque de género es posible de ser incluido en la fundamentación de los operadores de justicia para que de esa manera se pueda llegar a una justicia más equitativa, donde la parte más débil obtenga una sentencia más justa.

16. Conclusiones

El abordaje del enfoque de género como equivalente de igualdad en la argumentación de las sentencias de divorcio por causal deviene en constitucional, dando paso a la aplicación del principio pro persona o derecho para la persona.

Se deja además la posibilidad de que futuras investigaciones sobre el tema amplíen más el objetivo de estudio, haciendo para ello uso de mayor información, que se pueda recopilar o encontrar en otros artículos científicos a nivel mundial y nacional.

Del análisis de la información que permitió dar respuesta a nuestra hipótesis, se concluye que la incorporación de la perspectiva de género como igualdad en la motivación de las resoluciones en materia de divorcio por causal, es necesario para llegar a una justicia igualitaria, porque, deja atrás los estereotipos o conductas estereotipadas que los operadores de justician han tenido como predispuesto.

Se debe impulsar en las diferentes cortes superiores del país, capacitaciones de manera permanente a los operadores de justicia, para que usen como argumento en sus resoluciones el enfoque de género como la igualdad, en el entendido de impartir justicia más equitativa analizando cada caso de acuerdo a su contexto dando prioridad a la parte más débil del proceso.

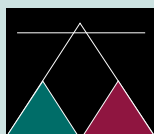
Referencias

- Atienza, M. (2007), *La Razones del Derecho Teorías de la Argumentación*, Universidad Autónoma de México (3.ª ed.).
- Valdez, B. y Cayhualca, Felicita (2018), *Pensando en Género: Marco Conceptual para la Administración de Justicia con Enfoque de Género*. <https://peru.unfpa.org>
- Bustos, J., y Larrauri, E. (1993). *Victimología: presente y futuro. Hacia un sistema penal de alternativas*. PPU.
- Castillo, María, y Montes, B. (2014), Análisis de los estereotipos de género actuales. Universidad de Jaén. <http://dx.doi.org/10.6018/analesps.30.2.138981>
- Comisión de Justicia de Género del Poder Judicial (2019). *Pensando en Género: Marco conceptual para la Administración de Justicia con Enfoque de Género*. (2.ª ed.). Fondo Editorial del Poder Judicial. https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/e13469004771bea684dc871612471008/PensandoenGenero_virtual_martin.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=e13469004771bea684dc871612471008.
- Díaz de Valdés, J. (2015). *La Igualdad Constitucional: Múltiple y compleja*. *Rev. chil. derecho*, 42(1). <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372015000100007>.
- Gómez, F. (2016). Incidencia de la Argumentación Jurídica en la Motivación de las Resoluciones Judiciales. http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20160908_02.pdf
- Ibáñez, P. (1992). Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (12), 257. <https://doxa.ua.es>
- Macía, P. (2014). La Igualdad de Género en las Resoluciones 43/*66 Jurisdiccionales dentro del Sistema Electoral en México. *Cuestiones 6 Jurídicas*, VIII(1), 11 - 26. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=127532358002>.
- Sánchez, M., y Zafra, R. (2021). *Violencia basada en Género contra las Mujeres. La necesidad de Reconfigurar su Abordaje desde la Violencia Simbólica y Estructural* (1.ª ed.).
- Serafín (2014). *Fundamentos de la teoría de la argumentación jurídica*. Porrúa.

- Scandroglio, B., López, J., y San José, C. (2008). *La Teoría de la Identidad Social: una síntesis crítica de sus fundamentos, evidencias y controversias*. Universidad Autónoma de Madrid. *Psicothema*, 20(1), 80-89. www.psicothema.com.
- Sotomayor, J. (2017). Emoción, racionalidad y argumentación en la decisión judicial. *Derecho PUCP*, (79), 151-190. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201702.008>
- Pabon-Mantilla, P., y Cáceres, P. (2021). Incorporación del enfoque de género en las sentencias de restitución de tierras proferidas en Santander – Colombia. *Revista Entramado*, 60-73. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=265470004005>.
- Perelman, Ch., y Olbrechts-Tyteca, L., (1958), *Traité de L ´argumentation. La nouvelle rhétorique*. Editions de L ´université de Bruxelles. (Trad. por Julia Sevilla Muñoz: *Tratado de la argumentación: La nueva retórica*). Ed. Gredos, 1989.
- Piqué, M., y Fernández, M. (2020). La garantía de imparcialidad judicial desde la perspectiva de género.
- Herrera, M., Fernández, S. y De la Torre, N. (dirs.). *Tratado de géneros, derechos y justicia: Derecho penal y sistema judicial*. Rubinzal-Culzoni.
- Poyatos, G. (2019). *Juzgar con perspectiva de género: una metodología vinculante de justicia equitativa*.
<http://hdl.handle.net/10201/67401>.
- Protocolo de la Cumbre Iberoamericana 2014, Suprema Corte de la Nación de Chile.
- Pozo, M, y Rodríguez, A. (2014). *Estudios interdisciplinarios del género*, Edit. Aranzadi.
- Alexy, R. (2017). *Teoría de la Argumentación Jurídica, la Teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica* (3.ª ed.). Palestra Editores S.A.C.
- Villanueva, R. (2021). Imparcialidad, estereotipos de género y corrupción judicial. <http://orcid.org/0000-0003-0183-6558>

- Roda, F. (2021). La no discriminación por motivos raciales o de origen étnico en la normativa española derivada de la adoptada por la Unión Europea. Relaciones Laborales y Derecho del Empleo. http://ejcls.adapt.it/index.php/rlde_adapt/article/view/1039
- Valdivia, M. (2013). Análisis jurisprudencial de la compensación económica en el divorcio y la nulidad en el matrimonio civil chileno. <http://repositorio.unab.cl/xmlui/handle/ria/1313>
- Villanueva, R. (2021). Imparcialidad, estereotipos de género y corrupción judicial. Derecho *PUCP*, (86), 363-392. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.202101.011>

RETOS de la
magistratura
en temas de
DERECHO CIVIL



ACADEMIA DE
LA MAGISTRATURA

REVISTA DE INVESTIGACIÓN DE LA ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA

Vol. 4, n.º 7, julio-diciembre, 2022
Publicación semestral. Lima, Perú.
ISSN: 2707-4056 (en línea)
DOI: 10.58581/rev.amag.2022.v4n7.02



Análisis de convencionalidad de las funciones en derecho de familia de los jueces penales

Analysis of conventionality of the family law functions of criminal judges

Ingrid Liliana Alvarez Coaguila de Cáceres*

Distrito Fiscal de Arequipa
(Arequipa, Perú)
inalvarezdj@mpfn.gob.pe
<https://orcid.org/0000-0001-6800-3126>

Resumen: Este artículo tiene como propósito realizar el examen de convencionalidad de las disposiciones de los artículos 2 y 3 de la Ley n.º 30819, específicamente en los extremos que establecen causales dirigidas a suspender y extinguir la patria potestad de los procesados por los delitos que se sustenta en la Ley n.º 30364 y sobre las funciones que se otorgan a los jueces penales en esta materia específica del derecho de familia. Para estos efectos, usando el método sistemático de recolección de información de artículos jurídicos y doctrina se realiza un análisis de las instituciones de la Convención sobre los derechos del niño como la familia, el derecho a vivir con la familia, a ser escuchado y al interés superior del niño, considerado este

como norma procedimental fundamental en los diferentes procesos, en los que se podría afectar derechos de niños, a la luz de los alcances de las normas de la Ley n.º 30819. Finalmente, se desarrolla un análisis de convencionalidad de dichas normas. En las conclusiones encontraremos los extremos de las disposiciones que contravienen la Convención sobre los derechos de los niños y se propone las formas para solucionar en la vía judicial, mediante un control de convencionalidad, como la interpretación conforme a la Constitución e inaplicabilidad de las normas antes señaladas.

Palabras clave: patria potestad, inhabilitación, interés superior de niño, derecho a ser escuchado, control de convencionalidad

Abstract: The purpose of this article is to carry out the examination of conventionality of the provisions of articles 2 and 3 of Law No. 30819, specifically in the extremes that reinforce causes aimed at suspending and extinguishing the parental authority of those prosecuted for crimes. which is based on Law No. 30364 and on the functions that are granted to criminal judges in this specific matter of family law.

For these purposes, using the systematic method of collecting legal articles and doctrine, an analysis of the institutions of the Convention on the rights of the child is carried out, such as the family, the right to live with the family, to be heard and to the best interest of the child. child, considered this as a fundamental procedural norm in the different procedures in which the rights of children could be affected, considering the scope of the norms of Law No. 30819. Finally, the proportionality test of said rules.

In the conclusions we will find the extremes of the provisions that contravene the Convention on the rights of children and the ways to solve it in the judicial way are proposed, such as the interpretation according to the Constitution and inapplicability of the norms, making a control of conventionality.

Key words: parental authority, disqualification, best interests of the child, right to be heard, conventionality control

RECIBIDO: 14/11/2022

REVISADO: 15/12/2022

APROBADO: 26/12/2022

FINANCIAMIENTO: Autofinanciado

1. Introducción

A partir de la vigencia de la Ley n.º 30364 se ha penalizado y agravado las penas por los delitos referidos a la violencia contra la mujer e integrantes del grupo familiar. Asimismo, se ha establecido inhabilitaciones adicionales a la pena que priva la libertad, así la Ley n.º 30819, además de modificar artículos del Código Penal, en su artículo 2^o introduce nuevas causas que suspenden y extinguen la patria potestad, ambas deben ser aplicadas ineludiblemente por los jueces penales a los procesados y sentenciados, respecto de sus hijos, conforme al artículo 3^o de la misma ley, eliminando en estos casos las competencias de los jueces especializados de Familia.

Sobre este punto específico, a nivel nacional se ha identificado un artículo doctrinario, que interpreta los alcances amplios o extensivos de la ley (Avalos, 2018), no obstante, en la práctica judicial, se evidencia sendas dificultades en los jueces penales para efectivizar dichas funciones, pues al tratarse de una materia propia del derecho de familia, requiere procedimientos especializados de los que no se provee al juez penal ni se contempla en el proceso penal.

Cobra mayor importancia el análisis de convencionalidad de dicha norma, si se tiene en cuenta que la Encuesta Nacional de Relaciones Sociales de Perú – ENARES 2019 determinó que el 78% de la población adolescente de 12 a 17 años de edad sufrió alguna forma de violencia psicológica o física

- 1 **Ley n.º 30819, Artículo 2: Modificación de los artículos 75 y 77 del Código de los Niños y Adolescentes**
Modifícanse los artículos 75, literal h), y 77, literal d), del Código de los Niños y Adolescentes, en los siguientes términos:

«Artículo 75.- Suspensión de la Patria Potestad

La Patria Potestad se suspende en los siguientes casos:

[...]

- h) Por haberse abierto proceso penal al padre o a la madre por delito en agravio de sus hijos, o en perjuicio de los mismos o por cualquiera de los delitos previstos en los artículos 107, 108-B, 110, 121-B, 122, 122-B, 125, 148-A, 153, 153-A, 170, 171, 172, 173, 173-A, 174, 175, 176, 176-A, 177, 179, 179-A, 180, 181, 181-A, 183-A y 183-B del Código Penal, o por cualquiera de los delitos establecidos en el Decreto Ley 25475, que establece la penalidad para los delitos de terrorismo y los procedimientos para la investigación, la instrucción y el juicio.

Artículo 77.- Extinción o pérdida de la Patria Potestad

La Patria Potestad se extingue o pierde:

[...]

- d) Por haber sido condenado por delito doloso cometido en agravio de sus hijos o en perjuicio de los mismos o por la comisión de cualquiera de los delitos previstos en los artículos 107, 108-B, 110, 121-B, 122, 122-B, 125, 148-A, 153, 153-A, 170, 171, 172, 173, 173-A, 174, 175, 176, 176-A, 177, 179, 179-A, 180, 181, 181-A, 183-A y 183-B del Código Penal, o por cualquiera de los delitos establecidos en el Decreto Ley 25475, que establece la penalidad para los delitos de terrorismo y los procedimientos para la investigación, la instrucción y el juicio».

- 2 **Ley n.º 30819, Artículo 3. Declaración de suspensión y extinción de Patria Potestad en procesos penales**
En los delitos previstos en los artículos 107, 108-B, 121-B, 122, 122-B, 153, 153-A, 170, 171, 172, 173, 173-A, 174, 175, 176, 176-A, 177, 179, 179-A, 180, 181, 181-A, 183-A y 183-B del Código Penal el juez penal aplica la suspensión y extinción de la Patria Potestad conforme con los artículos 75 y 77 del Código de los Niños y Adolescentes, según corresponda al momento procesal.
Está prohibido, bajo responsabilidad, disponer que dicha materia sea resuelta por justicia especializada de familia o su equivalente.

en su hogar, por lo que en dicha proporción, los resultados de suspensión y extinción de patria potestad implicaría un problema más grave para los niños y adolescentes, pues en muchos procesos penales, incluidos aquellos por el delito de agresiones, tendrían que ser retirados del cuidado de sus padres.

En mérito a ello, son temas fundamentales de evaluación en el presente artículo los siguientes:

2. La familia

Como señalan Alarcón y Suárez (2020), citando a Benitez (2017) «una de las generalizaciones admitidas en las ciencias sociales es la referida al hecho que la familia es una institución incorporada en todas las sociedades humanas». Señalan además que el desarrollo de las familias no es anárquico, sino que responde a diversas evoluciones de la sociedad, por lo que se van creando nuevas formas de relaciones entre los miembros y entre hombres y mujeres que producen otras formas familiares. (p. 1014)

Asimismo, señalan los autores, citando a Villabella (2016) que la institución de la familia se constitucionalizó en el siglo XX, normativizándose en dicha jerarquía por el alcance social, lo que legitimó el control del poder público y la acción tuitiva (p. 1017).

Cabe resaltar la opinión de De la Fuente (2012) entiende que la familia es una unidad social, plural y compleja, no una simple reunión de unidades, de individualidades separadas o aisladas, y si se ha de aceptar que la familia es un grupo social, que es la célula de toda sociedad, que es un grupo natural y primario, se le debe regular como tal (pp. 62-63).

Villabella (2016) señala que Perú realiza una regulación básica de la institución de la familia en su Constitución, a diferencia de otras Constituciones de América Latina que cuentan con una normativización extensiva, por lo que el contenido constitucional en nuestro país debe ser indagado a la luz de la jurisprudencia y los convenios internacionales.

3. Alcances de las normas de la Ley n.º 30819

Sin perjuicio de la especial relevancia que tiene el último párrafo del artículo 3 de la Ley n.º 30819 que prohíbe a los jueces penales derivar esta materia a la justicia especializada de familia o su equivalente, pues determina responsabilidad funcional en los jueces, los alcances fácticos de esta ley son altamente vulneratorios de derechos.

En primer lugar, las inhabilitaciones de la Ley n.º 30819 se aplican no solo al progenitor que comete un delito doloso en agravio de su menor hijo, respecto de este hijo, sino además, se aplican al progenitor que cometió cualquier

delito que se inspira en la Ley n.º 30364 en agravio de tercera persona, siendo la suspensión y la extinción de los derechos, facultades y atribuciones que confiere el ejercicio de la patria potestad, consecuencia directa e inevitable, respecto de sus menores hijos, aun cuando éstos no hayan sido agraviados directos o perjudicados de modo alguno con el actuar del progenitor procesado. Esta hipótesis normativa no se condice con el concepto de violencia que requiere necesariamente el elemento del dolo, como señala Fernández (2022) (p. 22), elemento subjetivo que a nuestro criterio debe presentarse en todas las sanciones penales e inhabilitaciones accesorias.

Asimismo, la norma tampoco determina un límite para la aplicación de las inhabilitaciones en base a la gravedad de los delitos, como en un primer momento se propuso en el Proyecto de Ley n.º 877/2016-CR. (2016, 13 de enero) que reservaba las mismas, para los delitos de feminicidio, lesiones graves, exposición o abandono a personas en peligro, trata de personas, tocamientos, violación sexual, entre otros, sino que el dictamen de la Comisión de la Mujer y Familia, propuso ampliar su alcance al delito de lesiones leves y posteriormente, el dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos, propuso una nueva modificación ampliando sus alcances al delito de agresiones, siendo este el de menor lesividad pero con más frecuencia en los procesos judiciales.

Ahora bien, los actos de violencia familiar que se producen en las relaciones paterno - filiales, más allá de la sanción que corresponde al progenitor por el incumplimiento de su deber protector, que no es materia de este estudio, deben ser abordados de manera especial, ponderando la debida protección de la integridad física y psicológica de los niños y el derecho que tienen a vivir los niños en familia.

Por ende, compartimos la opinión de Pérez (2021), en las palabras de Torres García, que los casos extremos de violencia contra la vida (de los niños, hijos e hijas, causados por sus progenitores) hasta los execrables atentados contra la indemnidad sexual, producen daños que de por vida afectarán a los niños y niñas víctimas. En adición nuestra, los casos más violentos que causan el feminicidio (muerte de la madre del niño) y los hechos de violación de la indemnidad y libertad sexual en todas sus formas, aun cuando no se afecte de manera directa al hijo del procesado, así como el delito de lesiones graves en agravio de los propios hijos, por la sola gravedad y riesgo extremo, deben aparejar una sanción que inhabilite, suspenda y ponga fin a los derechos de la patria potestad que correspondía al agresor, pues en contraposición se encuentra la protección del derecho a la vida o integridad sexual del propio niño, bienes jurídicos de mayor valor que cualquiera de los derechos que la patria potestad concede al progenitor procesado.

Sin embargo, no se cuenta con la misma certeza de ponderación de los derechos en conflicto, en los delitos de agresiones que se producen muchas veces, en momentos de estrés, descontrol, o en un entorno de inadecuada corrección de la conducta de los dependientes por parte de los padres y madres, dentro de una relación de responsabilidad que implica una posición de garante a criterio de Valdivia (2022) (p. 67), teniendo en cuenta que UNICEF (2019) determina que en nuestro país el trato violento es válidamente considerado como método de crianza y educación y estas prácticas se han transmitido de una generación a otra y están aceptadas socialmente (p. 5).

Asimismo, en cuanto al porcentaje de agresiones se tiene que las más leves como jalones de cabello o de orejas registran 61%; las cachetadas, puñetes, golpes, nalgadas o golpes con objetos hacen un 21% y los ataques más graves como quemadura, cuchillos u otras armas hacen un total de 2%; por lo que es evidente la mayor frecuencia en agresiones de menor intensidad que requieren especial intervención de los operadores, en tanto se reeduce a la sociedad y se normalice métodos educativos respetuosos al interior de las familias (p. 8), lo cual se deberá conseguir en vías de prevención.

4. Derechos convencionales afectados

4.1. Derecho a vivir con la familia

En contraposición al contenido de la ley, la Convención establece en su artículo 9, el derecho de los niños a vivir con su familia, en consecuencia, cada Estado parte debe cuidar que los niños no sean retirados del cuidado de sus padres, excepto por disposición judicial que se emita conforme a ley. Al respecto opina Plácido (2015) que, salvo situación contraria a su interés superior, el niño debe primero permanecer junto a sus padres, y luego, si fuera necesario separar al niño de ellos, los procedimientos aplicados deberán estar impregnados de equidad (p. 261).

La Sentencia de la CIDH en el caso Fornerón e Hija vs. Argentina (2010) ratifica que el interés superior del niño debe ser considerado en todo momento, en mérito a ello el niño debe convivir con la familia de origen, salvo razones claras y objetivas que determinen lo contrario.

En cuanto a la proporcionalidad de las medidas adoptadas por instituciones estatales respecto a la extinción de la patria potestad de los padres, la STC Exp. n.º 02302-2014-PHC/TC³ determina que el órgano judicial debe cumplir con la exigencia de dar una suficiente motivación (de hecho y de derecho) y que este es un mandato constitucional, debiendo evaluar primero si no existen otras medidas menos gravosas y que protejan mejor

3 STC Exp. 02302-2014-PHC/TC (30 de mayo de 2017).

los derechos de los niños, debiendo recurrir a las medidas que se encuentran establecidas en el Código Civil y el Código de los Niños y Adolescentes.

4.2. Derecho a ser escuchado

En igualdad de importancia se encuentra el derecho del niño y adolescente a ser escuchado, o como lo precisa Cabello (2017) este derecho se refiere a su intervención en el proceso judicial, señalando que «son prácticas difundidas el que los menores de edad sean ignorados por la administración pública o la administración de justicia en particular, cuando por la representación paterna se pretende sustituir el derecho de participación que les es propio» (p.49), más en el caso concreto de la norma en análisis, se debe enfatizar que se elimina la opinión de los niños por la función protectora e incuestionable del Estado, depositada en los jueces penales, quienes de manera automática deben suspender y extinguir los derechos de los niños englobados en la patria potestad, a espaldas a la opinión de los afectados.

En este sentido la STC Exp. n.º 02302-2014-PHC/TC de igual forma, ante la evidente omisión de considerar la opinión de los niños que manifestaron su voluntad de retornar a su casa, dispuso que «(...) en lo sucesivo, todos los órganos que sean competentes para conocer de procedimientos judiciales o administrativos en los que se decidan cuestiones vinculadas con menores de edad deben adoptar todas las medidas necesarias para que se puedan recabar sus opiniones, siempre, claro está, considerando su edad y madurez».

Así, conforme al artículo 85 del CNA, el juez especializado debe escuchar la opinión del niño y tomar en cuenta la del adolescente, sin embargo, también se debe ponderar el efecto negativo que podría acarrear involucrar a niños menores o en especiales condiciones personales y familiares, respecto de quienes como señala Ortega (2002) se puede garantizar el ejercicio de este derecho, a través de la persona que lo represente, siempre que éstos no sean una de las partes del proceso y no tengan intereses contrapuestos a los de los niños (p. 92).

5. Principio de interés superior del niño como norma de procedimiento

Finalmente, la Observación General n.º 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea considerado primordialmente, precisa que este principio es en sí mismo un precepto de procedimiento, y determina que los Estados deben crear procesos con garantías procesales de estricto cumplimiento, dirigidos a evaluar y determinar el interés superior de niño, en las decisiones que le afectan. Esta norma internacional junto con la Ley n.º 30466 que establece parámetros y garantías procedimentales para dicha

consideración y su reglamento aprobado por Decreto Supremo n.º 002-2018-MIMP, conforman el derecho al juez especializado y el procedimiento especial, no solo en materias de familia sino en las esferas penal, civil y tutelar, en los que se ventilen derechos de algún niño o adolescente en concreto. En este sentido, cumplen un rol importante en las decisiones judiciales, los informes que emiten profesionales de diversas especialidades como psicólogos, asistentes sociales y educadores que conforman los equipos multidisciplinarios o interdisciplinarios de las diversas instituciones en el derecho peruano, a través de los cuales se llega a conocer la situación del niño y su entorno, verificando las situaciones de riesgo y de protección que lo rodean.

Sin embargo, en la norma bajo análisis se observa la ausencia de procedimiento para determinar la fundabilidad de la suspensión o extinción, omitiendo estas diligencias extra jurídicas indispensables para estar acorde a la protección del interés superior del niño, en consecuencia, la suspensión y extinción se aplican de manera inmediata sin ninguna base fáctica, más que la acción que determinó el delito.

6. Control de convencionalidad de la norma

La figura de control de convencionalidad es una herramienta de concreción de los derechos humanos en el ámbito interno, como lo señala Rojas (2013), y encuentra sus sustento, como señala el mismo autor en la obligación de los jueces y todos los funcionarios del Estado a interpretar las normas internas de forma tal que sean compatibles con la obligaciones internacionales del Estado, y que le den efectividad a los derechos consagrados interna e internacionalmente, sea por vía de preferencia de la norma internacional, mediante un ejercicio hermenéutico o por otras vías que pudiera establecer el derecho interno (p. 492).

Siendo ello así, colegimos que las modificaciones al proyecto de ley y el texto definitivo de ésta no se adecua a las normas convencionales, vulnera y elimina derechos humanos internacionalmente reconocidos a los niños. Este ejercicio de valoración de convencionalidad debe ser realizado por cada juez penal, en virtud de la jerarquía supranacional de las normas internacionales, como lo ha señalado García (2011), los tribunales internos, durante el desempeño de su función de control de convencionalidad, pueden proponer interpretaciones propias sobre normas de derecho internacional, en los casos que ellos conocen, esto es posible cuando no exista jurisprudencia de la Corte Interamericana sobre dicha norma que pretenden aplicar. Pues si no se realizase una interpretación interna, la norma internacional quedaría inaplicada, con las consecuencias que ello implicaría. Lo que sí es

impertinente es que el control interno de convencionalidad colisione con el control supranacional de convencionalidad (p. 139).

Son valiosos los fundamentos que expone Bermúdez (2020), en el sentido que los derechos de los niños se relativizan con frecuencia en los procesos judiciales, y una de las causas es que la legislación no atiende de manera eficiente la tutela de derechos de los niños, en especial porque asume parámetros distintos a la realidad familiar y otro motivo es que en los procesos los niños se encuentran condicionados a una participación pasiva, secundaria e incluso invisible (pp. 131-132). Prácticas que atentan el derecho de los niños a ser escuchados y a que se vele por su interés superior.

A opinión de Bermúdez (2011), «los fallos de las instancias penales y de familia en las diferentes Cortes Superiores del país usualmente generan precedentes erróneos y sin una interpretación constitucional de defensa de derechos fundamentales», a la vez que propone como alternativas de solución, los métodos de interpretación que ayudan a los procesos vinculados a derechos constitucionales en las especialidades de derecho de familia y derecho penal, estos son: método de interpretación sistemático - finalista, a fin de identificar los principios y valores constitucionales y tener una postura hermenéutica abierta a la Constitución. Así como el principio de proporcionalidad y razonabilidad. Por otro lado, señala que se debe reinterpretar las garantías aplicables a casos complejos en el ámbito familiar-penal, cuando se requiera que se condiga con el sentido dinámico de la Constitución (pp. 53-54).

7. Inaplicación de la norma e interpretación conforme a la Convención

Por estas razones, es importante que cada juez al cumplir con la última parte del artículo 3 de la Ley n.º 30819, realice este examen o control de convencionalidad y opte como una opción frente a la norma, por darle una interpretación acorde a la Convención, como segunda opción, adopte una posición contraria al texto de ley, determinando que los asuntos sobre la patria potestad deben ser conocidos irremediabilmente por el Juez de Familia y derive copias de los actuados al competente, inhibiéndose de su conocimiento, con la certeza que sus decisiones no configuran el delito de prevaricato, sino que por el contrario se inspiran en el respeto y protección de personas a quienes se les debe especial atención por su condición de especial vulnerabilidad.

Ahora bien, se debe resaltar que la Ley n.º 30364 contempla dos etapas procesales distintas, la primera de carácter tutelar, que se asigna a los Jueces de Familia con subespecialidad en la materia de violencia contra la mujer

y los integrantes del grupo familiar (juez competente conforme a normas convencionales) en la que se emiten las medidas de protección a favor de la parte agraviada que en este caso puede tratarse de niños y adolescentes. Dentro de estas medidas está la prohibición a la persona denunciada de cambiar o apartar del cuidado del grupo familiar a los niños, así como cualquier otra medida que se requiera para la protección de la integridad y la vida de la víctima o sus familiares (dentro de los que pueden estar considerados los niños). Adicionalmente, se faculta a los jueces de Familia a emitir medidas cautelares con el propósito de fijar pensiones de alimentos, establecer régimen de visitas, tenencia, o suspensión de la patria potestad, e incluso disponer el acogimiento familiar.

La segunda etapa es la de investigación y sanción penal. Pero de manera incoherente, las medidas más drásticas que afectan a derechos de menores (suspensión y extinción) se adjudican a la segunda etapa a cargo de los jueces penales, menguando funciones que corresponde a la especialidad de familia cuyos jueces debieran pronunciarse en dicho extremo en el proceso tutelar, el cual debiera ser adaptado para determinar el interés superior caso por caso.

Siendo ello así, este análisis permite al juez penal, como una primera opción, declinar la competencia en esta materia a favor de los jueces de Familia sub especializados, por ser el organismo encargado de prevenir la violencia en el seno familiar desde un punto de vista tuitivo y por contar con los mecanismos para efectivizar los derechos de los niños. Sin embargo, como esta opción determina una abierta contradicción a la norma expresa, se sugiere una segunda opción judicial.

Otra forma dinámica y adecuada sería la aplicación de la interpretación conforme a la Constitución y la Convención, consistente en que los jueces penales, requieran a los juzgados de Familia, previamente a la emisión de sentencia, se realice un procedimiento sumario en el que intervengan el equipo multidisciplinario de los juzgados de Familia (psicólogos, trabajador social y educador) debiendo contener además la opinión del niño evaluado, y éstos remitan al juzgado penal el informe multidisciplinario, así el juez penal solo traduciría en su sentencia, si es adecuado al interés superior del niño la suspensión o extinción de la patria potestad, teniendo la garantía que aun cuando su decisión sea contraria a la ley, es adecuada y proporcional a los derechos fundamentales de los niños.

Finalmente, de considerar el juez penal que no puede recurrir a otra dependencia judicial para que coadyuve a su función y opte por mantener separadas ambas etapas del proceso, puede recurrir de oficio al equipo multidisciplinario de los juzgados penales especializados en violencia

(psicólogos, trabajador social) para que de igual forma emitan un informe en el que se plasme el interés superior del niño y su opinión sobre este extremo.

Consideramos que esta diligencia requerida a los equipos multidisciplinarios no son actos propios de investigación penal, prohibidos a las funciones de los jueces penales, pues nada tienen que ver con el delito y la responsabilidad penal del procesado, sino que son vías para viabilizar la Ley n.º 30819 que regula una función distinta de los jueces y que ésta sea acorde a las normas internacionales, por ende, esta obligación le permite actuar de oficio únicamente en este extremo de contenido extra penal.

8. Métodos y materiales

El tipo de investigación del presente trabajo es de revisión sistemática, pues se basa en el análisis de doctrina especializada y artículos previamente publicados, tanto a nivel nacional como internacional, la búsqueda y selección de los materiales se realizó en español en el buscador google académico en base a las palabras claves, ubicadas en títulos y resúmenes, lo que permitió descartar aquellos que tenían menor coincidencia con el tema específico y seleccionando los más útiles que desarrollan derechos y principios convencionales de los niños, lo que nos permite encaminar a los objetivos. Se ha considerado como límite solo la fecha de publicación, descartándose los artículos anteriores al año 2012, a excepción de tres de los artículos de mayor antigüedad que por la especificidad de su contenido era relevante a nuestra investigación.

9. Resultados

Recolectada la información relevante de los artículos y doctrina sobre los temas de la presente investigación, se pudo identificar el contenido de tres derechos convencionales que resultan afectados con la Ley n.º 30819, al aplicar de manera automática la suspensión y extinción de la patria potestad a los progenitores procesados. Asimismo, se identificó que se encuentra dentro de las funciones de los jueces, el realizar el control de convencionalidad de las normas internas, a fin de no eliminar los derechos internacionales. Por lo que, se dedujo como factible adoptar opciones de solución y actuación de los jueces penales acordes a la Convención, las mismas que se plasman en las conclusiones.

Tabla 1

Búsqueda por palabras claves

Artículos indexados posteriores al año 2012	7
Artículos indexados anteriores al año 2012	3

10. Discusión

De opinión contraria es Avalos (2018), quien en una interpretación extensiva de la norma señala que en atención a principios protectores y el interés superior del niño, esta inhabilitación de suspensión y pérdida no solo se refiere a los casos donde el progenitor es el que comete el delito de manera directa como autor, y respecto de quien se inició investigación preparatoria, sino que se debe tener por incluidos en dicha inhabilitación a los casos en que la participación de este es como cómplice o instigador. Postura con la que no concordamos, pues recurre a un concepto amplio e impreciso de principios protectores para ampliar restricciones, no siendo ello posible por el principio de prohibición de analogía consagrado en el artículo III del Título Preliminar del Código Penal, que determina que ésta no está permitida, entre otros extremos, para definir un estado de peligrosidad. En consecuencia, ante la imprecisión de los alcances de una norma, se debe recurrir a una interpretación restrictiva a fin de no afectar los derechos de los procesados.

De igual forma, en el mismo artículo se incurre en un exceso al señalar que dicha inhabilitación no se circunscribe únicamente al hijo víctima del procesado, sino que incluye a toda su prole, alcanzando a los concebidos al momento de imponerse la pena. Reafirmando nuestra posición que la única forma de velar por la legalidad de suspensión de la patria potestad es con un proceso especial en el que se vele primordialmente por los derechos de los niños y que su derecho a estar bajo el cuidado de su progenitor solo se pueda ser suspendido o alterado por serle riesgoso, peligroso a su propia integridad, determinado este aspecto con los medios y diligencias que la ley ha establecido.

11. Conclusiones

- a) Los derechos a vivir con la familia, a ser escuchado y a velar por el interés superior del niño, forman parte del bloque de derechos internacionales consagrados en la Convención del Niño, por ende, deben ser efectivizados en todos los procedimientos en los que se afecten derechos de niños y adolescentes en los procesos de familia y penales.
- b) El artículo 3 de la Ley n.º 30819 afecta abiertamente los derechos fundamentales que se reconocen a los niños y adolescentes, tanto por designar una materia a jueces penales no especializados en materia de familia, como por eliminar el procedimiento en el que se determine la opinión y el interés superior del niño, sobre materias que le van a afectar directamente.

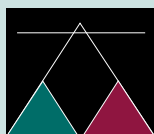
- c) Los jueces penales deben en cada proceso, realizar un examen de convencionalidad del artículo 3 de la Ley n.º 30819, a fin de efectivizar derechos internacionalmente reconocidos a los niños.
- d) Las inhabilitaciones sobre la suspensión y extinción de la patria potestad de los procesados, solo podrían ser automáticas en los delitos más graves en los que el derecho a la vida del niño se contraponga a los derechos del progenitor procesado.
- e) En los casos menos graves como el delito de agresiones, los jueces pueden optar por la inaplicación de la norma o su derivación al juzgado especializado de familia; u optar por una interpretación conforme a la Convención y realizar un breve procedimiento con apoyo de los equipos multidisciplinarios para efectivizar los derechos de los niños, en base al que adoptará su decisión sobre la suspensión y extinción de la patria potestad.

Referencias

- Aguilar, B., Varsi E., Zárate J.B. (2014). *Patria potestad, tenencia y alimentos*. Gaceta Jurídica.
- Alarcón, C. y Suárez, M. (2020). La familia como eje transformador de la sociedad sustentada en el ámbito jurídico. *Polo de conocimiento*, 50(10), 1011-1026. <https://polodelconocimiento.com/ojs/index.php/es/article/download/2140/4266>
- Avalos, P., (2018). *La pérdida y la suspensión de la patria potestad en la Ley N° 30819*. Gaceta Civil & Procesal Civil. (62), 220-222.
- Bermúdez, M. (2011). Redefiniendo el derecho de familia en la tutela del vínculo familiar en la jurisprudencia peruana. *Revista de derechos fundamentales-Universidad Viña del Mar*. (5), 43-62. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3869104>
- Bermúdez-Tapia, M. (2020). El bloque de convencionalidad en el desarrollo del ISN que valúa derechos de orden multidimensional e interdependientes a favor de niños. *Revista Oficial del Poder Judicial*. 11 (13), 117-138. <https://revistas.pj.gob.pe/revista/index.php/ropj/article/view/41/83>
- Cabello, C. (2017). Derecho de participación de los niños, niñas y adolescentes en el proceso judicial. *Revista de la maestría en derecho procesal PUCP*. 7 (1), 45-70. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoprosesal/article/view/19177/19368>
- Castillo, L. (2013). Debido proceso y tutela jurisdiccional. Gutiérrez, W. *La constitución comentada, análisis artículo por artículo*. Gaceta Jurídica.
- Comisión de Justicia y Derechos Humanos. (2017, 8 de noviembre). Dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos recaído en los proyectos de ley 176/2016-CR, 178/2016-CR, 347/2016-CR, 877/2016-CR, 1026/2016-CR por los que se propone modificar el Código Penal y el Código de los Niños y Adolescentes, en materia de violencia contra la mujer y los integrantes del grupo familiar. https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Dictamenes/Proyectos_de_Ley/00176DC15MAY20171108.PDF
- Comisión de la Mujer y Familia. (2017, 17 de abril). Dictamen recaído en los proyectos de ley 176/2016-CR, 178/2016-CR, 877/2016-CR y 1026/2016-CR con un texto sustitutorio por el cual se propone la ley que modifica el Código Penal y el Código de los Niños y Adolescentes respecto de la sanción penal por actos de violencia contra las mujeres e integrantes del grupo familiar. https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Dictamenes/Proyectos_de_Ley/00176DC16MAY20170417.pdf

- De la Fuente, J., (2012). La protección constitucional de la familia en América Latina. *IUS Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*. 5 (28), 60-76. <https://www.revistaius.com/index.php/ius/article/view/55/50>
- Fernández, J. (2022). Conceptualizando la violencia y la violencia física: Un análisis comparado de las legislaciones de Perú y Chile. *Derecho PUCP. Revista de la Facultad de Derecho*. (88), 9-40. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/24255/23842>
- García, A. (2010). *Apuntes sobre el derecho fundamental al juez predeterminado por ley*. En Sosa, J.M. (Coordinador), *El debido proceso – Estudios sobre derechos y garantías procesales* (pp. 81-96). Gaceta Jurídica S.A.
- García, S. (2011). El control judicial interno de convencionalidad. *IUS Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*. 6 (29), 123-159. <https://revistaius.com/index.php/ius/article/view/68/63>
- Observatorio Nacional de la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar. *ENARES 2019. Violencia hacia adolescentes de 12 a 17 años de edad*. <https://observatoriovioencia.pe/wp-content/uploads/2021/02/ENARES-violencia-hacia-adolescentes.pdf>
- Ortega, I. (2002). El principio del interés superior del niño en las situaciones de crisis familiar - una perspectiva comparada en el ámbito de la Unión Europea. *Psicopatología clínica legal y forense*. 2 (3), 87-108. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2516711>
- Plácido, A. (2015). *Manual de Derechos de los niños, niñas y adolescentes*. Instituto Pacífico S.A.C.
- Pérez, A. (2021). Prevención y Protección integral frente a la violencia infantil: un enfoque desde los derechos de niños, niñas y adolescentes. *Anuario de derecho civil - Universidad de la Rioja*. (4), 1432-1437. <https://revistas.mjusticia.gob.es/index.php/ADC/article/view/8074/7845>
- Proyecto de ley n.º 877/2016-CR. (2016, 13 de enero). Congreso de la República. <https://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/CLProLey2016.nsf/sicr/tradocestproc/CLProLey2016.nsf/Comisiones/E1EAE49590F1AA0F052580A700607342?opendocument>
- Rojas, C. (2013). Control de convencionalidad. Precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 489-509.

- Sentencia Caso Fornerón e hija vs. Argentina. (27 de abril del 2012). Corte Interamericana de Derechos Humanos (García-Sayan D. Presidente) https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_242_esp.pdf
- Sentencia Exp. n.º 02302-2014-PHC/TC. (30 de mayo de 2017). Tribunal Constitucional. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2018/02302-2014-HC.pdf>
- UNICEF. (2019). *Cifras de la violencia hacia los niños, niñas y adolescentes en el Perú*. <https://www.unicef.org/peru/sites/unicef.org/peru/files/2019-09/cifras-violencia-ninas-ninos-adolescentes-peru-2019.pdf>
- Valdivia, M. (2022). El dilema de la imputación en el delito de agresión contra la mujer o contra un integrante del grupo familiar. *Ius Vocatio*. 5 (5), 55-73. <https://revistas.pj.gob.pe/revista/index.php/iusVocatio/article/view/588/774>
- Villabella, C. (2016). Constitución y familia. Un estudio comparado. *Dikaion Revista de Fundamentación Jurídica*, 25(1), 100-131. <https://dx.doi.org/10.5294/dika.2016.25.1.5>



ACADEMIA DE
LA MAGISTRATURA

REVISTA DE INVESTIGACIÓN DE LA ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA

Vol. 4, n.º 7, julio-diciembre, 2022
Publicación semestral. Lima, Perú.
ISSN: 2707-4056 (en línea)
DOI: 10.58581/rev.amag.2022.v4n7.03



El derecho a la elección o modificación del régimen patrimonial por las uniones de hecho

**The right to choice or modification of the
patrimonial regime by de-factory unions**

Giuliana Leslie Sotelo Zegarra*

Fiscalía Provincial Civil y Familia de La Molina - Cieneguilla del Distrito Fiscal de Lima Este
(Lima, Perú)

gsotelodj@mpfn.gob.pe

<https://orcid.org/0000-0003-1643-7955>

Resumen: Bajo los nuevos contextos de diversidad familiar, no puede existir falta de resguardo legal a las uniones convivenciales. El principio constitucional de protección de la familia garantiza la equiparación de las uniones de hecho propia al modelo tradicional matrimonial, lo cual no puede ser sinónimo de vulneración de los criterios de igualdad, no discriminación y respeto a la autodeterminación para vivir en familia de los convivientes, brindando amparo infra constitucional e infra convencional. Este artículo desarrolla la importancia de analizar la regulación jurídica del régimen económico de las uniones de hecho propia, que rigen los destinos del patrimonio con el que

* Fiscal adjunta provincial titular de la Fiscalía Civil y Familia de La Molina-Cieneguilla, Distrito Fiscal de Lima Este. Magíster con mención en Derecho Civil y Comercial por la Universidad San Martín de Porres.

concurrir sus integrantes y el que será generado dentro de su duración, todo ello con la finalidad de defensa de la familia y evitar desequilibrio económico entre sus miembros. Adicionalmente, demostrar las repercusiones negativas que trae consigo el imponer un modelo de régimen patrimonial en específico, la omisión o falta de amparo legal uniforme respecto de los modelos de familia para gestionar la administración transparente del patrimonio social entre sus integrantes y de cara a terceros contratantes de buena fe con las uniones de hecho propia, todo ello en sintonía con el desarrollo de la doctrina y la jurisprudencia.

Palabras clave: efectos económicos de la unión de hecho, régimen patrimonial forzoso, la autonomía de la voluntad de los convivientes, equiparidad, discriminación de las uniones de hecho

Abstract: Under the new contexts of family diversity, there can be no lack of legal protection for cohabiting unions. The constitutional principle of protection of the family guarantees the equality of de facto unions to the traditional marriage model, which cannot be synonymous with a violation of the criteria of equality, non-discrimination and respect for self-determination to live in the family of cohabitants, providing infra-constitutional and infra-conventional protection. This article develops the importance of analyzing the legal regulation of the economic regime of de facto unions, which govern the destinations of the heritage with which its members concur and the one that will be generated within its duration, all with the purpose of protecting the family and avoid economic imbalance among its members. Additionally, to demonstrate the negative repercussions that the imposition of a specific patrimonial regime model brings, the omission or lack of uniform legal protection regarding family models to manage the transparent administration of the social patrimony among its members and in the face of contracting third parties. In good faith with de facto unions, all in tune with the development of doctrine and jurisprudence.

Key words: economic effects of the de facto union

RECIBIDO: 14/11/2022

REVISADO: 15/12/2022

APROBADO: 26/12/2022

FINANCIAMIENTO: Autofinanciado

1. Introducción

La Constitución Política de Perú de 1993, en el capítulo II, artículos del 4 al 7, reconoce a la familia como institución natural y fundamental de la sociedad, junto al matrimonio, y también identifica a las uniones de hecho como fuente de familia, reitera la igualdad entre hijos, entre hombre y mujer, y la responsabilidad estatal en la protección de la familia, a los adultos mayores y personas con discapacidad.

A decir de Ramírez (2019), el proceso de constitucionalización de los derechos fundamentales implica:

Que existe un cambio en los modelos o estructura de familia, se reconoce en cierta medida la diversidad de formas que existen de hacer familia y se destierra la idea del modelo único tradicional del matrimonio. Ante esta crisis del modelo tradicional de familia, el paradigma del Estado constitucional de derecho tiene como norte ver a las familias como una institución instrumental, en tanto su finalidad esencial es facilitar a sus integrantes el ejercicio de sus derechos fundamentales, entiéndase según las expectativas de los proyectos de vida de los ciudadanos. (p. 186)

Las uniones de hecho son reconocidas como un modelo de familia a partir de la Constitución de 1979, así lo explicó el Tribunal Constitucional, en el fundamento 12 de la sentencia recaída en el expediente n.º 6572-2006/PA-TC.

El anterior reconocimiento se relaciona con la defensa de la familia, la cual está consagrada en el artículo 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: "Protección de la Familia 1. La familia es un elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y del Estado", así como el artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Artículo "La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad, y tiene derecho al resguardo de la sociedad y del Estado". Al respecto, el Comité de Derechos Humanos en su dictamen núm. 19 (1990) declaró:

El Comité observa que puede haber variaciones en la definición de familia de un Estado a otro e incluso entre regiones dentro de un mismo Estado, lo que hace imposible proporcionar una definición única para el concepto. Sin embargo, el Comité destaca que las personas deben estar protegidas en virtud del artículo 23 cuando las leyes y costumbres de un Estado tratan a un grupo de personas como una familia. Los Estados Parte también deberían especificar en qué medida las leyes y prácticas nacionales reconocen y protegen los diferentes tipos de familias.

En el Perú, el artículo 5 de la Constitución Política de 1993, ha regulado el modelo de familia de la unión de hecho propia, equiparando los efectos económicos de dicha relación a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales del matrimonio, en cuanto sea aplicable. Y bajo la lectura del artículo 326 del Código Civil de 1984, dicho régimen económico sería obligatorio para los convivientes. La importancia del régimen

patrimonial en las relaciones económicas de las parejas matrimoniales o convivenciales gira en torno a regular la participación en los beneficios o en las cargas generadas durante su existencia y evitar las desigualdades entre sus integrantes.

La familia es un motor económico, como revela (Varsi, 2012) “La vitalidad y el crecimiento económico de un pueblo se basan en las necesidades de sus habitantes y familias. Ambos dependen unos de otros. La familia es el corazón de la economía. Por ello, este artículo desarrolla el interés de analizar la importancia de la regulación jurídica del régimen económico de las uniones de hecho propia, que rigen los destinos del patrimonio con el que concurren sus integrantes y el que será generado dentro de su duración; todo con la finalidad de defensa de la familia y evitar desequilibrio económico entre sus miembros y la repercusión entre sus relaciones contractuales respecto de terceros.

1.1. Planteamiento del problema

La problemática por investigar busca demostrar que se estaría limitando el ejercicio de la autonomía de voluntad de los convivientes para gestionar los destinos de sus relaciones económicas. Pues el imponer un modelo de régimen patrimonial específico vulnera los criterios de igualdad y no discriminación respecto del modelo tradicional matrimonial. Es fundamental bajo el contexto que desarrolla la doctrina y la jurisprudencia nacional y extranjera evitar la renuencia del ejercicio irrestricto de la equiparación, entendiéndose como la igualdad de derechos entre la figura del matrimonio y la unión de hecho propia.

Como refiere Borillo (2017), la complejidad de las formas familiares, basada en reglas básicas en gran parte en el orden público no pueden continuar gobernando de manera eficaz las relaciones familiares, son necesarios mecanismos nuevos que permitan regularlas, de una manera flexible (p. 1).

El régimen patrimonial de separación de patrimonios se regula en el artículo 327 del Código Civil 1984 que dispone: «(...) En el régimen de separación de patrimonios, cada cónyuge conserva a plenitud la propiedad, administración y disposición de sus bienes presentes y futuros y le corresponden los frutos y productos de dichos bienes». Prevalenciando, la independencia en la gestión de los bienes durante el matrimonio. Por otro lado, el artículo 326 del Código citado, imposibilitaría la sustitución del régimen patrimonial de la unión de hecho (comunidad de bienes) por la separación de patrimonios, limitando el derecho de los convivientes a regular sus relaciones patrimoniales, discriminando este modelo de familia frente al tradicional. En consecuencia, se crean situaciones injustas por la falta de amparo legal, vulnerando el

principio de autodeterminación de vivir en familia bajo el plan de vida que cada pareja decida, en consonancia con los estándares internacionales de derechos humanos. Según De La Torre (2014):

La solución de cómo regular las uniones de convivencia, cómo resolver el conflicto entre la autonomía de la voluntad y el orden público requiere un juicio equilibrado entre la protección integral de la familia y los principios de igualdad y no discriminación. (p. 335)

Bajo dicho contexto, planteamos como interrogante de investigación: ¿Es posible que los convivientes elijan o modifiquen el régimen patrimonial de separación de patrimonios? Debemos indicar que ante una regulación poco clara para proteger a las relaciones convivenciales se ha venido desarrollando jurisprudencia nacional por el Tribunal Constitucional, derechos de los concubinos reconocidos en legislaciones extranjeras; como en la sentencia recaída en el Expediente n.º 09332-2006-PA-TC, fundamentos 7 y 11, ha reconocido que la familia trasciende el matrimonio, desarrollando el modelo constitucional de familia.

Desde un punto de vista constitucional, cabe señalar que la familia, como institución natural, está inevitablemente expuesta a nuevas condiciones sociales, como resultado de los cambios sociales y legales como la integración social y laboral de las mujeres, la regulación y prevalencia del divorcio, la migración masiva a las ciudades y muchos otros aspectos han afectado las estructuras familiares tradicionales. Por ende, las familias tienen estructuras diferentes a las tradiciones creadas, como las resultantes de las uniones de hecho, las familias monoparentales o lo que la doctrina denomina reestructuración familiar. Y en base a ello se infiere que cualquier tipo de familia merece defensa de posibles injerencias del Estado y la sociedad. Por lo tanto, dada la gran cantidad de familias extramatrimoniales, no se puede argumentar que el Estado protege solo a las familias casadas.

Sobre el particular el Tribunal Registral en la Resolución n.º 086-2021-SUNARP-TR, de 29 de abril de 2021, recoge los argumentos esgrimidos en la Resolución n.º 993-2019-SUNARP-TR-T de 19 de diciembre de 2019, cuya sumilla muestra: «Procede la inscripción de la sustitución del régimen patrimonial de los convivientes integrantes de una unión de hecho debidamente reconocida judicial o notarialmente», por lo que resulta interesante analizar la misma.

En así que, apremia enfocar el derecho patrimonial de la familia en un estudio sincrónico a la realidad, reconociendo que las relaciones familiares vienen readaptándose a un nuevo contexto económico y social relevando su desarrollo con dignidad. (Varsi, 2012)

1.2. Objetivos

Y bajo dichos términos señalamos como objetivo general de la investigación, analizar la importancia que el ordenamiento jurídico regule las relaciones patrimoniales de las uniones de hecho propia sin discriminación respecto del modelo de familia tradicional. Señalando como objetivos específicos: Establecer la necesidad de regulación específica del régimen de separación de patrimonios de las uniones de hecho propia, que evitarán dificultades en la administración de los bienes propios con los cuales cada concubino concurra a dicha relación y adquiera durante la vigencia de esta, evitando controversias patrimoniales entre las partes y frente a las relaciones económicas que surjan con terceros, impidiendo situaciones injustas como el enriquecimiento indebido de una de las partes en detrimento de la otra. Demostrar que la falta de regulación legislativa o la imposición de un régimen patrimonial a las relaciones convivenciales vulnera el principio de autodeterminación de vivir en familia bajo el plan de vida que cada pareja decida, en consonancia con los estándares internacionales de derechos humanos.

1.3. Materiales y métodos

Este estudio es de carácter descriptivo. Se busca investigar una realidad contrastándola y comprobando a través de la doctrina y el marco jurisprudencial constitucional, registral nacional, mediante los cuales se ha venido desarrollando el reconocimiento de los derechos de equiparación de la unión de hecho propia al modelo tradicional del matrimonio. El trabajo se desarrolla mediante fuentes bibliográficas cuya búsqueda se optimizó con el uso de motores de búsqueda digitales en la mayoría artículos de revistas indexadas con una antigüedad no menor a 10 años, así como la revisión de la jurisprudencia, el análisis de la doctrina y la legislación nacional y extranjera, en cuanto al desarrollo y reconocimiento de la diversidad de la familia y el interés de la regulación de los regímenes patrimoniales de las uniones de hecho propia o familia no matrimonial.

2. Marco teórico

2.1. La evolución del concepto de familia: la equiparación de la unión de hecho propia al modelo matrimonial

La importancia de la familia se afirma en el ejercicio de la plenitud de la autonomía de la voluntad y el desarrollo de la libre personalidad de los individuos, derechos humanos inherentes a todos que trasciende a un modelo único o tradicional matrimonial. Según Alarcón y Suárez (2020):

la familia es el núcleo de afectos, que más caracteriza a los grupos humanos, en donde se comparte una vida común y es alcanzada la realización personal;

aunque originalmente no fue concebida bajo estas premisas, los requerimientos por alcanzar la dignidad humana, libertad e igualdad, con el transcurrir del tiempo, han concretado cambios profundos con relación al concepto asumido culturalmente por diferentes sociedades. (p. 1015)

Y en ese orden de ideas, es crucial la protección del Estado respecto de ella, y según su evolución y diversidad ya no se centra en el modelo matrimonial, así Valencia de Urina (2014), traza la siguientes ideas: «La familia, como componente esencial que encarna los valores sociales, culturales y religiosos de una Nación, debe ser protegida. Las familias ensambladas, reconstruidas, fusionadas, mixtas, en segundas nupcias, monoparentales y homoparentales son sólo algunos ejemplos de las nuevas formas de estructuración que el Estado debe reconocer y regular» (p. 91). Por ello, estando al proceso de constitucionalidad de la estructura familiar, el derecho convencional ha extendido la interpretación de dicha atención, así lo refiere Molina (2014), «Los tratados internacionales de derechos humanos reconocen la jerarquía y la importancia de la familia. La incorporación de las reformas progresivas de los tratados produjo los principios del derecho de familia que están en uso hoy» (p. 12).

La Declaración Universal de los Derechos Humanos declara en su artículo 16 que la familia es parte natural e integrante de la sociedad, y como tal, se establece que debe ser protegida por la sociedad y el gobierno. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ONU, 1966), por otro lado, establece que, en el artículo 3, «Los Estados Parte en el presente Pacto se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos consagrados en el presente Pacto», lo que incluye el acceso a instituciones como el matrimonio y la libertad de hecho. los sindicatos, así como los derechos civiles y económicos. El artículo 10 dice: «Los Estados Parte en el presente Pacto reconocen que: La familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, debe gozar de la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y educación de los hijos a su cargo (...)».

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José 1969):

«Artículo 17. Protección a la Familia 1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado. 2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.

Sin embargo, el modelo familiar tradicional bajo el tipo matrimonial ya no refleja la realidad social. Así lo ha reconocido el derecho interamericano, que

establece en la sentencia del caso Atala Riffo contra Chile que “el concepto de vida familiar no se reduce únicamente al matrimonio y debe incluir otros vínculos familiares de hecho donde las partes convivan fuera del matrimonio” (Corte IDH, “Caso Atala Riffo y Niñas c. Chile”, sentencia del 24/02/2012, Serie C, 239, párr. 142.)

Mi convicción es que los cambios que advierten las familias deben tomarse en cuenta y formular las variaciones legislativas coherentes con la realidad social, la Constitución debe reflejar el amparo a las principales estructuras familiares dejando abierta la posibilidad al reconocimiento de la diversidad familiar y los cambios sociales, para evitar situaciones injustas. Debemos dejar atrás el pensamiento de la promoción del matrimonio como único soporte para garantizar los derechos de uno de los miembros de la relación y dejar sin una respuesta legal oportuna a las uniones de hecho.

Sobre la conceptualización de la unión de hecho, Vargas y Riffo (2014) reseñan que el concubinato, es un término que deriva del latín *cum cubare*, o "comunidad de lecho", se refiere a la unión de un hombre y una mujer que tienen relaciones sexuales y viven en pareja. la unión genuina y estable entre dos personas de diferente sexo que viven juntas y dan la impresión de que están legalmente casadas (p. 98).

En términos generales, la doctrina nacional como desarrolla Castro Pérez - Treviño (2005) distingue dos tipos de uniones de hecho en el Perú:

- i) La unión de hecho o concubinato impropio en el sentido más amplio, denota una convivencia de larga duración o habitual entre personas que pueden o no tener barreras o impedimentos matrimoniales. Es aquel que no cumple con los requisitos de monogamia, diversidad de sexos y libertad de las restricciones matrimoniales.
- ii) En sentido estricto, unión de hecho o concubinato propio es cuando un hombre y una mujer que no están legalmente casados, pero, que pueden estarlo (están libres de impedimentos matrimoniales), viven voluntariamente como tales; es decir, su unión reúne los siguientes elementos: convivencia, exclusividad, estabilidad, vocación de perdurabilidad y publicidad en la convivencia. En los tres primeros párrafos del artículo 326 del Código Civil se regula esta cantidad (pp. 343-344)

Como resultado de lo expuesto, en el Perú se reconoce mediante el sistema jurídico de equiparación a la unión de hecho propia como grupo familiar pasible de protección por el Estado, así Varsi (2012) desarrolla: «que se constituye por la unión estable, monogámica y voluntaria de dos personas heterosexuales, libres de impedimento matrimonial que da origen a una

familia, siendo merecedora de protección por parte del Estado en condiciones de igualdad». (p.385). Así diremos que las uniones de hecho son reconocidas como un modelo de familia a partir de la Constitución de 1979 y el artículo 5 de la Constitución Política de 1993, ha regulado el modelo de familia de la unión de hecho propia, equiparando los efectos económicos de dicha relación a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales del matrimonio, en cuanto sea aplicable.

Se plantean tres teorías a nivel doctrinario para establecer la naturaleza jurídica de la unión de hecho a fin de determinar el grado de amparo jurídico que se otorga a la familia creada por la unión de hecho, según Zuta Vidal (E. 2018):

- a) Teoría institucionalista: Reconoce que el matrimonio es una institución. En este sentido, la unión de hecho tendría una naturaleza jurídica similar porque es un acuerdo de voluntades y satisface los requisitos del matrimonio, tales como las obligaciones de convivencia, fidelidad y asistencia, produciendo consecuencias jurídicas. La teoría más aceptada sostiene que la unión de hecho debe ser considerada como una institución porque es fuente de familia.
- b) La teoría contractualista: la unión de hecho se presenta como una relación basada únicamente en una relación contractual, con el régimen económico actuando como base para la coexistencia de la relación de convivencia. Al igual que en el matrimonio, existen factores personales además del dinero que influyen en la decisión de una pareja de vivir juntos. Estos factores van más allá de las responsabilidades del deber de asistencia y ayuda mutua.
- c) Teoría del acto jurídico familiar; esta teoría pone un fuerte énfasis en la voluntad de los miembros de la familia para forjar lazos entre sí. Según la Corte Constitucional, “esta es una institución que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de quienes la integran y que, en rigor, se distingue por su informalidad en cuanto a su inicio y desarrollo (p. 56).

Expuesto ello, se afirma la importancia de la unión de hecho como fundación familiar pasible de resguardo estatal, en igualdad de condiciones que el matrimonio, cuyas relaciones económicas obedecen a la voluntad de las partes que la integran.

Distinguimos, que la naturaleza jurídica de las uniones convivenciales en el sistema comparado ha asumido diversos sistemas jurídicos según Cataldi (2014):

- a) Sistema de equiparación: siempre que se cumplan las condiciones impuestas por cada norma específica, equipará los efectos jurídicos

de la convivencia y las uniones matrimoniales. Este grupo incluye, entre otras leyes, el Código Civil Guatemalteco (arts. 73 y ss. Código de Familia de Cuba (arts. Código de Familia de Panamá (arts. 18 y 19); 53), y el Código de Familia de Bolivia (arts. 158 y ss.).

- b) Sistema abstencionista: El precedente a destacar se encuentra en Francia, donde el concubinato fue ignorado en el Código Civil de 1804 (código de Napoleón), que establecía que “los concubinos prescinden de la ley, la ley se desinteresa de ellas”. Procesos ocurridos desde principios del siglo XX, como en los casos de Chile y Uruguay, se incluyen en esta posición naciones latinoamericanas con importante población europea, cabe señalar que la Ley 18.246 sobre “Unión Concubinaria”, que fue aplicable a estos últimos, aprobada en 2008.
- c) Sistemas proteccionistas: Muchas de las naciones que integraban el sector abstencionista terminaron por suavizar su postura rígida en respuesta a las nuevas dinámicas familiares. Esta apertura propició el surgimiento de este sector intermedio, conocido como “proteccionista”, por reconocer ciertos derechos sin que esto implicara que la unión de hecho se asimilara al matrimonio. En cambio, reconoció ciertos efectos específicos pero los distinguió del matrimonio. Algunas naciones europeas y latinoamericanas, incluidas Francia, España, Brasil y Uruguay, han implementado un sistema de protección mínima de esta manera.
- d) Sistemas de pacto: El Estado acepta el pacto, brindándole protección y publicidad, siempre que no afecte las normas fundamentales del derecho interno. Este sistema es seguido por las leyes de Valencia y Aragón, así como por las de Cataluña, Bélgica y Francia, entre otras (pp. 48-49).

En el Perú, deben presentarse para el reconocimiento y garantía constitucional de la unión de hecho propia, los siguientes requisitos: Cohabitación, comunidad de vida, estabilidad, permanencia que supere los dos años, singularidad, publicidad y la heterosexualidad. Y se proclama un supuesto «sistema de equiparación», entiéndase que no pretende ignorar la realidad social de la existencia de las uniones de hecho; pero, no se asimila la igualdad en la protección de ambas familias mediante analogía. Sin embargo, según las ideas de Aguilar (2015) “el problema constituiría la probanza de la vida concubinaria.” (p. 17). Con ello, seguimos afirmando el punto de falta de regulación normativa clara y no discriminatoria entre modelos de familia.

2.2. La posibilidad de los convivientes de establecer régimen diferente a la comunidad de bienes (sociedad de gananciales), mediante la elección o modificación

La Constitución de 1979, y luego la de 1993, reconoce a las uniones de hecho y equipara el trato económico del matrimonio a las uniones de hecho y bajo la lectura del artículo 326 del Código Civil de 1984, el régimen económico de la sociedad de bienes sería obligatorio para los convivientes, más no la elección del régimen de separación de patrimonios. En ese sentido, las ideas de Varsi (2011) expresan que el requisito legal es que la unión estable en sí misma se entienda configurada *ipso iure*, la cual está sujeta al régimen de comunidad de bienes, la cual deberá acreditarse en un proceso judicial mediante sentencia, así como la liquidación correspondiente. Como lo prohíbe el Código, los convivientes no pueden beneficiarse de un régimen patrimonial diferente (separación de patrimonios). La comunidad de bienes es el régimen patrimonial aplicable, indispensable y exigido (p. 262).

En la misma línea de reflexión, el maestro Aguilar Llanos (2019) afirma la necesidad de la equiparación entre el matrimonio y la unión de hecho tomando en cuenta la posibilidad de elección del régimen de separación de patrimonios comunicando que dos regímenes económicos están disponibles bajo la ley nacional: sociedad de gananciales y separación de patrimonios. Según sus propias normas, informan sobre los tipos de bienes o deudas, así como de las obligaciones que la pareja o uno de ellos tiene frente a terceros durante el matrimonio o unión convivencial. En consecuencia, la unión de hecho recibe un trato diferente al de la persona soltera, viuda o divorciada porque es un tipo de comunidad que crea una familia y, en consecuencia, requiere una consideración especial (pág. 10).

Entonces, el propósito de la regulación jurídica de la unión de hecho es proteger a la familia, en ese orden de ideas, la importancia del régimen jurídico patrimonial de la familia radica en torno a regular la participación en los beneficios o en las cargas generadas durante su existencia y evitar las desigualdades entre sus integrantes. Según las ideas de Castro (2014) expresa: “El régimen patrimonial es una institución jurídica, complemento ineludible del matrimonio, capaz de adoptar diversas formas que deriven de la ley o voluntad de las partes, dicho régimen económico de los bienes de los cónyuges determina sus interacciones entre sí como con terceros” (pp. 110-112).

Observamos la falta de claridad en la protección del sistema legal al modelo de familia no matrimonial, lo cual es problemático, ya que el régimen patrimonial legal y obligatorio tiene como objetivo sofocar la capacidad de la familia para funcionar económicamente y garantizar los derechos de sus miembros.

En relación, a la importancia y necesidad de una normativa clara respecto de los regímenes patrimoniales que rigen las relaciones económicas de la familia, Varsi (2012) despliega los siguientes argumentos: Son normas de orden público obligatorias e innegociables que sirven de fundamento a una serie de principios entre ellos la libertad de elegir el régimen económico, igualdad de la administración doméstica, la responsabilidad compartida, la libertad de trabajo, inderogabilidad de las convenciones matrimoniales, comunicabilidad, y prohibición de condiciones injustas (pp. 63-64).

Dentro de los principios citados, resaltamos los principios de libertad para escogerlos, que trasunta en la capacidad para decidir, optar o modificar el régimen patrimonial según las necesidades de familia o de autonomía privada de las partes para pactar lo que consideren oportuno para la vida en común, observando los límites fijados por la ley, el orden público y las buenas costumbres, así como el principio de igualdad entre los integrantes del matrimonio o la unión de hecho que se respalda en igualdad de derechos entre los cónyuges o los concubinos.

Así, Varsi (2012) traza como idea, que dentro de la administración y gestión de una familia en igualdad de condiciones, son derechos humanos fundamentales garantizados la igualdad sin discriminación en el trato de los miembros, por lo que, los Estados deben fortalecer la no injerencia arbitraria de dicho núcleo y no brindar a los tipos de familia ningún estatus inferior. Esto nos permite afirmar que existen obstáculos al ejercicio de la selección del régimen legal de bienes o de las alteraciones de la comunidad de bienes frente a la separación de bienes por uniones de hecho y restringe la autodeterminación de sus integrantes por imposición legal (pp. 63-64). Con lo que aseveramos, se ha impuesto un régimen patrimonial en específico sin opción a elección o modificación.

3. Discusión

Como ya se expresó en la línea de introducción, el régimen patrimonial de separación de patrimonios se regula en el artículo 327 del Código Civil 1984, estableciendo: «(...) En el régimen de separación de patrimonios, cada cónyuge conserva a plenitud la propiedad, administración y disposición de sus bienes presentes y futuros y le corresponden los frutos y productos de dichos

bienes». Prevalciendo, la independencia en la gestión de los bienes durante el matrimonio. Sin embargo, a los convivientes se les impide la elección o sustitución a dicho régimen patrimonial de forma expresa mediante el artículo 326 del Código Civil de 1984, limitando el derecho de los convivientes a regular sus relaciones patrimoniales, discriminando este modelo de familia frente al tradicional, generando problemática que el Tribunal Registral a lo largo de los años ha pretendido dar solución.

La equiparación de la unión de hecho propia con el modelo matrimonial aun trasunta el tema de su reconocimiento judicial e inscripción en el Registro Público para el reconocimiento efectivo de sus derechos. Así, Aguilar (2015), de cuyas ideas se colige: al solicitar la inscripción del interesado o interesados, entran en juego los requisitos del registro público sobre el origen de la inscripción. La equiparación pasa por verificar si los bienes se adquirieron antes de cumplir los dos años de vida en común, para tener la calidad de social; en cambio, pertenecerán a la persona que se presente como titular a título propio sin verificación. Para calificar con precisión la calidad de los bienes adquiridos dentro de esta unión de hecho, es necesario saber cuándo comenzó esta unión de hecho (p. 22)

El Tribunal Registral de nuestro país se avoca al conocimiento frecuente de disputas presentadas entres los convivientes y acreedores, aprovechando los vacíos de la ley, ya que la unión de hecho no genera un estado civil, por lo que, para proteger la comunidad de bienes de las parejas de hecho debe inscribirse, bajo el presupuesto del cumplimiento de los requisitos y plazo de duración exigidos por la norma; por ende, evitar responsabilidades de negocios realizados frente a terceros favorecidos por la inexactitud del registro perjudican al concubino más débil de la relación y a los acreedores de buena fe.

Esto es lo que consideramos las repercusiones negativas que trae consigo el imponer un modelo de régimen patrimonial en específico, la omisión o falta de protección legal uniforme respecto de los modelos de familia para gestionar la administración transparente del patrimonio social entre sus integrantes y de cara a terceros contratantes de buena fe con las uniones de hecho propia. Es conveniente un marco normativo que permita a la pareja de hecho pueda optar por elegir el régimen económico según su voluntad al entablarse la misma y no esperar al plazo indicado por ley de dos años para proceder a su reconocimiento e inscripción, ya que dicho lapso sin amparo jurídico importa el perjuicio inmediato no reparable, salvo por una posterior indemnización, sometiendo al conviviente perjudicado a un tedioso conflicto judicial para el resarcimiento del daño. No puede existir una cortapisa o injerencia arbitraria del Estado en la vida familiar de este modelo no tradicional.

Bajo el desarrollo que las uniones de hecho tienen derecho a optar por un régimen patrimonial distinto al impuesto por la ley, recogemos el fundamento expuesto por la Resolución del Tribunal Registral n.º 343-1998-ORLC-TR de fecha 30 de setiembre de 1998 que deniega el registro de la solicitud de unión de hecho para modificar de régimen de la comunidad de bienes (regido por la sociedad de gananciales en lo que fuera el caso) a una de separación de patrimonios, refiriendo en resumidas cuentas la siguiente idea “El legislador reguló de manera excepcional la unión de hecho, pero, en cuanto a sus efectos patrimoniales no ha realizado una equiparación al matrimonio, señalando que aquellas uniones de hecho propias generan una comunidad de bienes que se sujetan al régimen de sociedades de gananciales, en lo que sea compatible, es decir, la unión de hecho sólo crea una comunidad de bienes, la cual se rige por las reglas de la copropiedad, En conclusión, el régimen patrimonial de las uniones de hecho es obligatorio, requiere ser calificado a nivel judicial y no permite su modificación.

Aunado a ello, por Resolución n.º 1567-2020-SUNARP-TR-L, el mismo organismo, desconoce los efectos de la inscripción del reconocimiento de la unión de hecho y adiciona una carga a la pareja de hecho para calificar la calidad de sus bienes y reputarlos a la comunidad de bienes, vulnerando el principio de no discriminación por el modelo de familia elegido: la inscripción en el Registro Personal del reconocimiento de una unión de hecho no significa que las instancias registrales deban estimar que los bienes adquiridos durante la unión de hecho por uno de los miembros de esta son patrimonio social, se requiere que se solicite la rectificación de calidad de bien ante el registro de bienes correspondiente, porque involucra la afectación de principios registrales.

Empero, destacamos el voto en discordia de la Vocal Mirtha Rivera Bedregal que refiere que la unión de hecho se rige por el régimen de comunidad de bienes en lo que le es aplicable, según el artículo 5 de la Constitución Política de 1993. Adicionalmente, cita los fundamentos de la resolución recaída en el expediente n.º 06572-2006-AA emitida por el Tribunal Constitucional respecto del reconocimiento de la comunidad de bienes que implica que los bienes acumulados durante la unión de hecho pertenecen a los dos convivientes. Con ello, se asegura que los bienes de tal comunidad puedan ser distribuidos equitativamente al término de la relación, erradicando abusos y previniendo el enriquecimiento ilícito. Y en ese entendido, los efectos de la sentencia o reconocimiento notarial de la unión convivencial deben ser retroactivos para proteger adecuadamente los derechos de los convivientes durante el tiempo que hayan vivido juntos y adquiridos bienes. Siendo que en el caso analizado se concluye que el inmueble que es objeto de la transmisión y de la constitución de un derecho real de hipoteca fue adquirido a título oneroso

durante la vigencia de unión reconocida y registrada, y ello sugiere que no debe existir una barrera para acceder al registro de actos rogados para verificar la validez del acto y los antecedentes y asientos registrales.

Con lo expuesto por el Tribunal Registral en las resoluciones citadas, podemos afirmar que las uniones de hecho son una realidad social que ha sido recogida por los pronunciamientos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y reconocida como modelo de familia distinto al matrimonio; sin embargo, se está imponiendo un trato desigual e infra constitucional por efecto de la regulación interna.

Pero, la evolución de los tiempos y la obligación de todos los funcionarios del Estado y operadores jurídicos de realizar un control convencional en la emisión de sus decisiones, trajo consigo que finalmente, el Tribunal Registral por Resolución n.º 086-2020-SUNARP-TR, de 29 de abril de 2021, recogiendo los argumentos esgrimidos en la Resolución n.º 993-2019-SUNARP-TR-T de 19 de diciembre de 2019, se decante por una aseveración plena de la equiparación de las uniones de hecho al modelo tradicional del matrimonio, en consonancia con los estándares internacionales de reconocimiento de los derechos humanos, bajo la mirada de la autonomía de la voluntad de los convivientes, respetando el principio de igualdad y no discriminación ante la ley. La citada resolución cuya sumilla afirma que:

procede la inscripción de la sustitución del régimen patrimonial de los convivientes integrantes de una unión de hecho debidamente reconocida judicial o notarialmente», invocando el reconocimiento de la unión de hecho a nivel constitucional y que según lo dispuesto por el artículo 2 inc. 24 apartado 1 de la Carta Magna «Nadie está obligado hacer lo que la ley no manda ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe».

Así queda demostrado que la regulación jurídica en virtud de la realidad social no solo debe reconocer a las uniones de hecho, sino en observancia a la constitucionalización del derecho familiar se reclama una solución equilibrada entre el respeto al libre albedrío o derecho a la autonomía de la voluntad de los ciudadanos al elegir no casarse, sin desconocer con ello la obligación del Estado de protección a la familia en todos sus matices. Que al no existir una regulación en consonancia con la realidad y el respeto de los derechos humanos se ha impuesto un modelo de régimen patrimonial en específico que vulnera los criterios de igualdad, no discriminación y autonomía de la voluntad de los integrantes de la unión de hecho, respecto del modelo tradicional matrimonial.

Asimismo, Molina de Juan (2015) plantea que "la autonomía personal en la vida familiar implica la protección de la vida privada y la intimidad. Y el orden jurídico debe garantizar a cada uno la posibilidad de diseñar y concretar su propio proyecto de vida sin injerencias arbitrarias del Estado. Por ende, La

igualdad es el ejercicio de la libertad para acordar cuestiones patrimoniales por los miembros de la pareja en paridad de condiciones para realizar acuerdos (p. 415).

El principio de igualdad entorno a las relaciones familiares ha sido desarrollado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) «Atala Riffo y niñas vs. Chile» del 24/02/2012; y, en ese sentido, indica que la igualdad deriva de la unidad del género humano y está indisolublemente unida a la dignidad fundamental de la persona; cualquier circunstancia en la que un grupo se crea superior a otro y se trate con favor o, por el contrario, en la que una persona se crea inferior y se le trate con hostilidad o discrimine en el ejercicio de los derechos reconocidos es incompatible con la igualdad y por ende inadmisibles.

Además, Molina de Juan (2019) expone respecto del principio de no discriminación, que el mismo garantiza la igualdad de derechos y la dignidad de todas las personas, ya que los legisladores tienen el deber de velar por los derechos fundamentales de todas las personas, independientemente del tipo de familia de la que formen parte. Esto implica reconocer la evolución y la naturaleza dinámica del concepto de familia (p. 464).

Considero que la diferencia por parte del Estado al regular jurídicamente la vida económica de las uniones de hecho vulnera además de su autonomía de voluntad o derecho a libre elección, la dignidad de las personas y el principio de no discriminación. En esa línea, menciono a De La Torre (2019) que indica bajo el soporte de la jurisprudencia argentina que las políticas de Estado que se adhieren al derecho internacional de los derechos humanos no reconocen la validez social de un modelo único de familia. Y no se considera adecuado utilizar justificaciones religiosas, morales, convencionales o legales para estigmatizar a una relación comprometida, que es continua, prolongada y tiene un claro propósito de permanencia, como la unión de hecho que tiene el potencial de producir efectos como el matrimonio (pp. 91-92).

El desafío de nuestra sociedad, según Valencia de Urina (2014), «es la necesidad de comprender el nuevo orden social, que demanda reconocer las otras formas de estructura familiar y prepararnos para los cambios, ya que ignorarlos no significa que no existan». (p. 92), motivo por el que, compartimos la opinión del maestro Aguilar (2014) en el sentido, que en el Perú, el órgano que reconoce las distintas estructuras familiares y los derechos que el Código Civil y el ordenamiento jurídico positivo niega, es el Tribunal Constitucional. Por lo tanto, se necesita una legislación a tono con la realidad, bajo el nuevo contexto de diversidad familiar porque de lo contrario se priva de derechos y daría lugar a una serie de injusticias a las uniones convivenciales respecto del matrimonio (pp. 228-235).

Se coincide con De La Torre (2014), para establecer porqué es necesario no solo un reconocimiento de la existencia de las parejas de hecho sino una garantía jurídica plena de sus derechos, la autora menciona tres de los principales fundamentos o razones para regular los alcances de las uniones convivenciales: “a) el principio de realidad; y precisa que no debe ignorarse la evolución del marco normativo en lo familiar, b) la constitucionalización del derecho privado; recogiendo el cambio de paradigma respecto de los modelos familiares y el respeto a la pluralidad y diversidad para fundarla y su amparo internacional como derecho humano. c) la falta de respeto a la autonomía de la voluntad y al derecho de las personas a optar por no contraer matrimonio, así como la existencia de un claro matiz asistencialista en la evolución legislativa y el confuso y ambivalente reconocimiento jurisprudencial de algunos derechos a los convivientes.

Finalmente, dando respuesta a la interrogante de la investigación consideramos que es posible que los convivientes elijan y modifiquen el régimen patrimonial de separación de patrimonios, en atención a que las uniones de hecho en ejercicio a los principios de autonomía de la voluntad, de igualdad y no discriminación no pueden tener un estatus inferior al modelo de familia matrimonial. Al respecto, Molina De Juan (2015) describe: “Defender la vida privada y la intimidad es un componente de la autonomía personal. Exige que el ordenamiento jurídico asegure que todos tengan la oportunidad de crear y realizar sus propios proyectos de vida libres de la injerencia arbitraria del Estado”.

4. Conclusiones

Las uniones de hecho son una realidad social que goza de la garantía jurídica plena de sus derechos en base a distintos tratados de derechos humanos, conformando su reconocimiento lo que se conoce como bloque constitucional; por ello, no existe exclusión de dicho modelo de familia respecto de otro como obligada mirada de los derechos humanos que declara a familia en un sentido plural.

En el Perú, ante tal vacío del reconocimiento de los derechos de la unión convivencial, mediante la doctrina y principalmente la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y el Tribunal Registral, se han venido colmando las expectativas de la población. Sin embargo, es necesaria la regulación clara de los efectos patrimoniales del modelo familiar en análisis, no sólo al término de la convivencia, sino principalmente al inicio de la vida familiar, para evitar el desequilibrio económico de los integrantes y la problemática económica que puede generar adicionalmente perjuicio a terceros que asuman compromisos contractuales con la familia no matrimonial que no puedan contrastar su existencia en el sistema registral.

Los estándares de reconocimiento de derechos humanos respecto a la familia han experimentado un considerable desarrollo y evolución ante la presencia de la diversidad familiar. No es coherente la ambigüedad y omisión de la regulación jurídica nacional que se niega a cristalizar la equiparación real de los derechos de la unión de hecho propia al modelo matrimonial, ello representa discriminación que genera efectos perjudiciales y problemática económica frecuente en la sociedad.

Existe una apariencia de protección de la familia no tradicional mediante el uso de la teoría de la equiparación. La falta de un marco normativo claro que resuelva la problemática de los efectos económicos de la vida familiar no matrimonial perjudica a los convivientes al imponerse un modelo único de régimen patrimonial sin mediar la opción de elección por el régimen patrimonial de separación de patrimonios, al inicio de la vida convivencial, o en su caso modificarlo al paso de los años, bajo supuestos específicos en los que se evidencie perjuicio a uno de los integrantes de la relación.

La importancia del régimen patrimonial en las relaciones económicas de las parejas matrimoniales o convivenciales gira en torno a regular la participación en los beneficios o en las cargas generadas durante su existencia y evitar las desigualdades entre sus integrantes. Es imperativo una modificación normativa con relieve constitucional que proteja a la familia en su diversidad, bajo los principios de respeto a la dignidad, el principio de igualdad, no discriminación, autonomía de la voluntad de sus integrantes y la no injerencia arbitraria del Estado.

Debemos considerar que, mientras en otras latitudes el ordenamiento jurídico está brindando libertad para que tanto los matrimonios como otros modelos de familia autorregulen sus proyectos de vida familiar, sin ser encorsetados a regímenes patrimoniales obligatorios, ofreciendo la autorregulación de las consecuencias económicas que generen mediante capitulaciones matrimoniales, acuerdos o pactos convivenciales, aún en nuestra sociedad pretendemos limitar el ejercicio de la administración de la vida familiar fundada en la diversidad por prejuicios arcaicos.

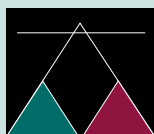
Referencias

- Aguilar Llanos, B. (2014). Las nuevas tendencias del Derecho de Familia. Foro Jurídico, (13), pp.228-235. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/13789>
- Aguilar Llanos, B. (2015). Las uniones de hecho: implicancias jurídicas y las resoluciones del tribunal constitucional. Revista Persona y Familia, Revista del Instituto de la familia UNIFE, (04), pp. 11-25 http://www.unife.edu.pe/facultad/derecho/familia/publicaciones/REVISTA_PERSONA_Y_FAMILIA_2015/11_Las%20uniones%20del%20hecho%20implicancias%20jur%C3%ADdicas%20y%20las%20resoluciones%20del%20Tribunal%20Constitucional%20-%20Benjam%C3%ADn%20Aguilar%20Llanos.pdf
- Aguilar Llanos, B. (2019). Regímenes patrimoniales del matrimonio. *Gaceta Jurídica Sociedad Anónima*, 1-286.
- Alarcón, C. F. y Suárez, M. N. (2020). La familia como eje transformador de la sociedad sustentada en el ámbito jurídico. Polo de conocimiento, 50(10), 1011-1026. <https://polodelconocimiento.com/ojs/index.php/es/article/download/2140/4266>
- Borrillo, D. (2017). La contractualización de los vínculos de familia. Derecho de familia. *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, Abeledo Perrot, Derecho de Familia*, 1(79), 1-28. <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01528614>
- Castro Avilés, Fátima (2014). Análisis legal y jurisprudencial de la unión de hecho. Fondo Editorial de La Academia de la Magistratura.
- Castro Pérez – Treviño, O. (2005). La Sociedad de Gananciales y las Uniones de Hecho en el Perú. *Derecho & Sociedad*, (24), 343-347. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/16991/17290>
- Corte IDH, «Caso Atala Riffo y Niñas c. Chile», Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 24/02/2012, Serie C, n.º 239.
- De La Torre, N. (2014). Algunas consideraciones en torno a la regulación proyectada en las uniones convivenciales El difícil equilibrio entre el principio de autonomía y la solidaridad familiar *Derecho de las Familias, Infancia y Adolescencia. Una mirada crítica y contemporánea*. Argentina, Revista Serie, volumen C, (835), 325-348. [http://www.saij.gob.ar/docs-f/ediciones/libros/DERECHO%20DE%20LAS%20FLIAS%20compil%20digital%20\(3\).pdf](http://www.saij.gob.ar/docs-f/ediciones/libros/DERECHO%20DE%20LAS%20FLIAS%20compil%20digital%20(3).pdf)

- De La Torre, N. (2019). Compensación económica y límites a la autonomía De la voluntad: caducidad, inmutabilidad y renuncia anticipada. *Revista Jurídica Universidad Autónoma De Madrid*, (38), 73-98. <https://doi.org/10.15366/rjuam2018.38.003>
- Estados Americanos, Organización, Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), San José - Costa Rica, del 7 al 22 de noviembre de 1969, https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm
- Lepín, C. (2014). Los nuevos principios del derecho de familia. *Revista Chilena de Derecho Privado*, (23), 9-55. www.scielo.cl/pdf/rchdp/n23/art01.pdf
- Molina de Juan, Mariel F. (2019) Constitucionalismo multinivel. Principio de igualdad y Derecho familiar argentino. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, (10), 446-473. <https://revista-aji.com/articulos/2019/10/446-473.pdf>
- Molina de Juan, Mariel F. (2019) Las uniones convivenciales en el Derecho argentino. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, (11), 200-223. <https://revista-aji.com/wp-content/uploads/2019/09/200-223.pdf>
- Molina de Juan, Mariel F. (2015). Límites a la autonomía personal de los cónyuges y convivientes en el régimen matrimonial argentino. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, (03), 413-428. <https://revista-aji.com/articulos/2015/413-428.pdf>
- Plácido, A. (2013). El modelo de familia garantizado en la Constitución de 1993. *Derecho PUCP*, (71), 77-108. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201302.004>
- Ramírez, B. (2019). Familia y Constitución: reflexiones desde el proceso de constitucionalización del derecho privado. En Libro de homenaje del área de derecho constitucional por los 100 años de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 175 - 192. <http://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/169008>
- Ramírez, B. (2014). Las familias desde los estándares de la jurisprudencia interamericana: una mirada comparada de la legislación argentina y peruana. *Revista De Familia, Revista interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*. (84), 317 - 339. https://www.researchgate.net/publication/331669552_Las_familias_desde_los_estandares_de_la_jurisprudencia_interamericana_una_mirada_comparada_de_la_legislacion_argentina_y_peruana/link/5c8715af92851c831973b180/download

- Tribunal Constitucional, Expediente n.º 6572-2006/PA-TC, Lima, 06 de noviembre de 2007.
- Tribunal Constitucional, Expediente n.º 09332-2006-PA-TC, Lima, 30 de noviembre de 2007.
- Tribunal Registral Resolución n.º 1567-2020-SUNARP-TR-L Lima, 04 de setiembre 2020.
- Tribunal Registral Resolución n.º 086 -2021-SUNARP-TR Lima, 29 de abril 2021
- Valencia de Urina, H. (Año 2014). Estructura jurídica de la familia en Colombia, cambios en su conformación y régimen patrimonial. Inciso. Revista de Investigaciones en Derecho y Ciencias Políticas; 16, 91-103. <https://revistas.ugca.edu.co/index.php/inciso/article/view/268>
- Vargas, D. G. y Riffo J.C. (2014). De los efectos patrimoniales tras la ruptura de la unión de hecho en el ordenamiento jurídico chileno, Revista Boliviana de Derecho, (17), 94-113. www.scielo.org.bo/pdf/rbd/h17/h17a06.pdf
- Varsi Rospigliosi, E. (2012). Tratado de derecho de familia: La nueva teoría institucional y jurídica de la familia (T. 1). Gaceta Jurídica. <https://hdl.handle.net/20.500.12724/5230>
- Varsi Rospigliosi, E. (2012). Tratado de derecho de familia: Matrimonio y uniones estables (T. 2). Gaceta Jurídica. <https://hdl.handle.net/20.500.12724/5231>
- Varsi Rospigliosi, E. (2012). Tratado de derecho de familia: Derecho familiar patrimonial relaciones económicas e instituciones supletorias y de amparo familiar (t. 3). Gaceta Jurídica.
- Zuta Vidal, E. (2018) La unión de hecho en el Perú, los derechos de sus integrantes y desafíos pendientes. *Ius et veritas* (PUCP), (56), 186-198 <https://doi.org/10.18800/iusetveritas.201801.011>

RETOS de la
magistratura
en temas
de DERECHO
CONSTITUCIONAL



ACADEMIA DE
LA MAGISTRATURA

REVISTA DE INVESTIGACIÓN DE LA ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA

Vol. 4, n.º 7, julio-diciembre, 2022
Publicación semestral. Lima, Perú.
ISSN: 2707-4056 (en línea)
DOI: 10.58581/rev.amag.2022.v4n7.04



La buena fe cualificada en el proceso de extinción de dominio en el Perú

The qualified good faith in the process of extinction of domain in Peru

Luis Eduardo Madariaga Condori*

Corte Superior de Justicia de Arequipa
(Arequipa, Perú)

lmadariaga@pj.gob.pe

<https://orcid.org/0000-0001-8011-4793>

Resumen: El presente trabajo aborda el problema de la buena fe cualificada en el proceso de extinción de dominio en nuestro país. Desarrolla aspectos más importantes que le dan contenido a esta institución jurídica, que constituye un límite – garantía para la protección de los derechos patrimoniales de los terceros. En ese contexto, se analiza críticamente la regulación de la buena fe objetiva en el Decreto Legislativo n.º 1373 y su reglamento Decreto Supremo n.º 007-2019-JUS. Asimismo, se analizan algunas resoluciones judiciales emitidas, donde se observan los criterios que vienen desarrollándose en la jurisprudencia nacional.

Palabras clave: buena fe subjetiva, buena fe objetiva o cualificada, debido proceso, tutela jurisdiccional efectiva

* Juez superior (P) de la Sala Transitoria Especializada de la Corte Superior de Justicia de Arequipa.

Abstract: This paper addresses the problem of qualified good faith in the process of domain extinction in our country, developing the most important aspects that give content to this legal institution, which constitutes a limit – guarantee for the protection of the economic rights of third parties. In this context, the regulation of objective good faith in Legislative Decree n.º 1373 and its regulations Supreme Decree n.º 007-2019-JUS are critically analyzed. Likewise, some judicial decisions issued are analyzed, where the criteria that have been developed in national jurisprudence are observed.

Key words: subjective good faith, objective or qualified good faith, due process, effective jurisdictional protection

RECIBIDO: 14/11/2022

REVISADO: 15/12/2022

APROBADO: 26/12/2022

FINANCIAMIENTO: Autofinanciado

1. Introducción: planteamiento del problema

El proceso de extinción de dominio se encuentra regulado por el Decreto Legislativo n.º 1373 y su reglamento Decreto Supremo n.º 007-2019-JUS, constituyendo un instrumento procesal fundamental para combatir el crimen organizado. La finalidad de este proceso es extinguir el dominio sobre los bienes, objetos, instrumentos, efectos y ganancias, provenientes de actos ilícitos. De esta manera se logra evitar que la delincuencia organizada continúe acumulando riqueza y lavando dinero. El Estado ha regulado este proceso de extinción de dominio como uno de los instrumentos de política criminal, dirigidos contra los bienes y patrimonio en general, adquiridos mediante actividades ilícitas.

Sin embargo, siendo un proceso relativamente nuevo en nuestro sistema jurídico, observamos diversos problemas en la aplicación del marco normativo; por lo que cabe preguntarnos ¿Cuáles son las limitaciones, vacíos y contradicciones, que presenta el Decreto Legislativo n.º 1373 y su reglamento Decreto Supremo n.º 007-2019-JUS? A partir de esta premisa, se desprenden diversos problemas que presenta la aplicación de las normas que regulan el proceso de extinción de dominio, a nivel material y procesal, tanto en sus principios como en las instituciones jurídicas.

Así por ejemplo, dentro de los principios jurídicos que sustentan el proceso de extinción de dominio y que resultan polémicos, se encuentra el de la nulidad ab initio, la autonomía del proceso de extinción en relación a las sentencias absolutorias de los procesos de lavado de activos y otros, la afectación del debido proceso, la relativización de la cosa juzgada, las medidas cautelares y sus requisitos, la carga probatoria dinámica, los presupuestos de procedencia de la extinción de dominio, entre algunos. La importancia de

abordar estos problemas también se justifica en la medida que los operadores del derecho tienen una visión sesgada sobre la naturaleza del proceso de extinción de dominio, siendo que la escasa doctrina y jurisprudencia nacional viene desarrollando algunas posibles soluciones.

En ese contexto, dentro del cúmulo de los problemas enunciados, existe uno que resulta de trascendental importancia y constituye un límite al proceso de extinción de dominio: la buena fe exenta de culpa, o buena fe cualificada de los terceros. Así, la interrogante que planteamos para el presente trabajo es: ¿cuál es el contenido de la buena fe cualificada de los terceros, para limitar al proceso de extinción de dominio? En las páginas que siguen, pretendemos aportar algunas líneas de solución a nivel doctrinal y jurisprudencial, de manera tal que la buena fe de los terceros cumpla su función limitante y garantice sus derechos patrimoniales, en tanto que su patrimonio se vea implicado en un proceso de extinción de dominio, y en cuanto estos no hayan tenido participación en los actos ilícitos que originan el inicio del proceso de extinción.

En ese orden, el interés en realizar la presente investigación, obedece a que actualmente integro la Sala Transitoria Especializada de Extinción de Dominio de la Corte Superior de Justicia de Arequipa (cuya competencia territorial comprende a los departamentos de Arequipa, Moquegua, Tacna, Puno, Cusco, Madre de Dios y Apurímac), así como en la necesidad de fundamentar constitucionalmente la buena fe cualificada de los terceros en el proceso de extinción de dominio, como una institución que limita la procedencia de este proceso.

Sin duda, el proceso de extinción de dominio constituye un instrumento eficaz para extinguir el patrimonio de origen ilícito, inserto dentro de la política pública del Estado de lucha frontal contra el crimen organizado y cualquier acto ilícito, pero dicha finalidad legítima debe respetar el debido proceso y la tutela jurisdiccional de los justiciables, prevista en el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución como un principio y garantía fundamental; caso contrario se configura un ejercicio abusivo del poder del Estado, que la Constitución no autoriza.

En esta perspectiva, el proceso de extinción de dominio posee una naturaleza eminentemente sancionatoria, tal como está regulado en el Decreto Legislativo n.º 1373 y su reglamento Decreto Supremo n.º 007-2019-JUS. Por lo tanto, la presente investigación también se realiza desde la perspectiva de una adecuada protección de los derechos fundamentales de las personas naturales y jurídicas que intervienen en el proceso extintivo. En esa medida, la buena fe cualificada cumple una función de garantía frente a los presupuestos de procedencia del proceso de extinción de dominio, regulados por el artículo 7 del Decreto Legislativo n.º 1373.

2. La convencionalización y constitucionalización de la buena fe

La buena fe no es un concepto teórico, tiene una importancia fundamental en todo sistema jurídico; es una institución jurídica que se reconoce a nivel internacional. Así, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados reconoce a la buena fe como uno de los criterios objetivos de interpretación de un tratado internacional. En esa perspectiva, la Convención Americana de Derechos Humanos también se interpreta bajo la regla de la buena fe.

En ese orden, el Estado también tiene la obligación de preservar en su accionar el principio de buena fe y de confianza legítima, en la medida que el reconocimiento de estos principios es inherente a todo sujeto de derecho, que subyace o se encuentra implícitamente reconocido a nivel constitucional, como una derivación de la presunción de inocencia; por ello que en los sistemas jurídicos la buena fe se presume, salvo prueba en contrario. Por lo tanto, la protección convencional y constitucional de los derechos fundamentales de los sujetos de derecho, debe tener presente a la buena fe, lo que incluye también al proceso de extinción de dominio, cuya regulación debe adecuarse a los estándares convencionales y constitucionales.

3. La buena fe subjetiva y la buena fe objetiva

La doctrina considera que la buena fe puede ser subjetiva (creencia de obrar conforme a derecho, con lealtad y veracidad) y objetiva (certeza o convicción de que el transferente del derecho es realmente el titular o propietario del bien).

Así, podemos sintetizar a la buena en el siguiente cuadro:

Tabla 1

Buena fe subjetiva y buena fe objetiva

Buena fe	Subjetiva	Creencia de obrar conforme a derecho
	Objetiva	Certeza o seguridad que el transferente es realmente el titular

4. La buena fe cualificada en el proceso de extinción de dominio

En el artículo 31 del Decreto Legislativo n.º 1373, se regula genéricamente a los interesados en el proceso de extinción de dominio, y en el numeral 31.2 establece que el juez en la sentencia motivada reconoce o no, la calidad de terceros de buena fe. A su vez, el artículo 66 del Decreto Supremo n.º

007-2019-JUS, Reglamento del Decreto Legislativo n.º 1373, desarrolla el concepto de tercero de buena fe cualificada o exenta de culpa, exigiendo un comportamiento diligente y prudente, enunciando tres supuestos, proponiendo el siguiente cuadro:

Tabla 2
Buena fe cualificada

Buena fe cualificada (exenta de culpa)	Subjetiva	Acredita haber obrado con lealtad y probidad	
		a)	Apariencia del derecho, de tal forma que todas las personas al «inspeccionarlo» incurran en el mismo error.
	Objetiva	b)	Adquirir el derecho verificando las condiciones exigidas por leyes, reglamentos u otras normas.
		c)	Tener creencia y convicción de adquirir el bien de su titular, excepto que: Se pretende dar al negocio apariencia de legalidad. Se pretende ocultar al verdadero titular del derecho. Concurran declaraciones falsas para encubrir el origen, la procedencia y destino de bienes o naturaleza ilícita de estos.

Como se observa, la buena fe cualificada exige la acreditación de actos de averiguación sobre el origen del derecho que pretende adquirir; por ejemplo: el comprador debe verificar la titularidad del vendedor en registros públicos y analizar el tracto sucesivo mediante la revisión de los títulos archivados, descartando la inexactitud del registro, además de inspeccionar el bien. En ese sentido, ¿será exigible averiguar el origen lícito del dinero con el cual los anteriores propietarios adquieren el bien?, ¿es exigible averiguar si los transferentes tenían antecedentes penales?, ¿o que tuvieron procesos de lavado de activos o similares?, ¿hasta dónde es exigible el estándar de conducta objetivamente diligente y exenta de culpa? La jurisprudencia aún no se ha pronunciado sobre estas interrogantes, lo que supone además elevar

La buena fe cualificada en el proceso de extinción de dominio en el Perú

los costos de transacción del comprador, para obtener toda la información en comento.

Ahora, si el bien inmueble no está inscrito en registros públicos, la buena fe cualificada exige razonablemente verificar si el vendedor está o no inscrito como propietario y contribuyente en la municipalidad correspondiente donde se ubica el inmueble, así como inspeccionar el bien y verificar la posesión inmediata del transferente. De existir varios propietarios anteriores inscritos como contribuyentes, trasladamos las mismas interrogantes formuladas anteriormente. Adicionalmente, ¿es razonable averiguar a nombre de quién están los servicios de agua, luz, teléfono, cable, o internet para descartar derechos de terceros y consolidar la buena fe cualificada?

Si el comprador realiza los actos de verificación (precisados de manera enunciativa) y pese a ellos, mantiene la creencia de adquirir del legítimo propietario, entonces se demuestra la buena fe cualificada. En caso de existir algún error de titularidad, este sería un error invencible, pues cualquier otro comprador diligente que realice tales actos de investigación, también mantendría la creencia de adquirir lícitamente, por lo que no se afecta su derecho.

5. La buena fe como límite al proceso de extinción de dominio

Conforme a lo expuesto, la buena fe constituye una institución inherente a todo sistema jurídico, constituyendo para las personas un principio-garantía que los protege frente al poder del Estado de extinguir su derecho. Como sostiene Santander (2021) no basta con demostrar que un bien se encuentre en una causal de extinción de dominio, sino que, además, se requiere establecer el vínculo de relación que tiene el titular de un derecho con esa causal extintiva; esto supone realizar un juicio de atribución subjetivo vinculado a la ausencia de buena fe cualificada.

Por lo tanto, en el proceso de extinción de dominio, la buena fe cumple una doble función.

- ▶ **Primero:** respecto a los bienes de destinación ilícita, la buena fe excluye la consecuencia jurídica de la extinción de dominio.
- ▶ **Segundo:** Respecto a las causales de origen ilícito, la buena fe cualificada genera el derecho para el adquirente (Santander, 2021). Es decir, pese al origen ilícito del bien, si el adquirente actúa con diligencia y lo acredita, conserva su derecho, pues el error es imperceptible o invencible, de tal manera que cualquier persona diligente y prudente no hubiera vencido el error pese haber agotado los actos de indagación

razonables para conocer el origen ilícito del bien, adquiriéndolo de buena fe y exenta de culpa.

6. La buena fe cualificada en la jurisprudencia nacional

Este es un problema de relevancia, por cuanto la jurisprudencia nacional viene asumiendo la posición que la buena fe no se controvierte en las medidas cautelares, sino sólo en el proceso principal. En tal sentido, inicialmente la Sala Especializada en Extinción de Dominio de Arequipa, en el Expediente n.º 00033-2022-22-0401-SP-ED-01, considerando sexto, estableció:

En principio, debe considerarse el artículo 66º del Decreto Supremo 007-2019-JUS, que impone que, únicamente en la sentencia recaída en el proceso de Extinción de dominio, corresponderá reconocerse la calidad de tercero de buena fe, a la persona natural o jurídica, siempre que, pruebe haber obrado con lealtad y probidad, y desarrollado un comportamiento diligente y prudente, que podrá hacer oponible su derecho real de propiedad frente a la pretensión de extinción de dominio que fuera peticionada por el Ministerio Público sobre el mismo bien, ello de conformidad con el artículo 31.2 del Decreto Legislativo 13735 . De ahí que, **este aspecto se consolide en ser un asunto que compete efectuar en el análisis de fondo, que solo puede realizarse en el proceso principal, y no por la presente medida cautelar, cuestión que configura la regla** [destacado del autor].

Posteriormente, la misma Sala de Extinción de Arequipa, en el Expediente n.º 00042-2022-18-0401-SP-ED-01, flexibilizando el criterio anterior, en el considerando segundo, numeral 2.3, sostiene:

En cuanto a la oportunidad de dilucidación de la buena fe, dicho pronunciamiento corresponde ser emitido al resolver el proceso principal donde media contradicción y actuación probatoria plena, y no en la estación cautelar; no obstante, **si la actuación de buena fe es propuesta ante esta instancia y resulta evidente y palmario el derecho que se pretende amparar** [destacado del autor], debiera corresponder el análisis del elemento objetivo que se presente.

Es evidente que, si el requerido cuestiona la medida cautelar y sustenta su pretensión impugnatoria en la buena fe cualificada, el órgano jurisdiccional debe darle una respuesta motivada sobre tal extremo, en observancia de principio de congruencia recursal; la posición de negar la posibilidad de resolver en el cuaderno cautelar sobre la concurrencia o no de la buena fe, restringe la tutela jurisdiccional, pues cuando el Ministerio Público deduce su pretensión cautelar también le es exigible que sustente (en grado de apariencia o verosimilitud) la ausencia de buena fe exenta de culpa. En tal sentido, Iguarán (2015) sostiene que se debe buscar en la fase inicial la recolección de pruebas que permitan inferir razonablemente la ausencia de buena fe exenta de culpa, ello indica que al afectar los bienes debe existir una estructura lógica de la causal invocada.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que, cuando el afectado con la medida cautelar, formula su contradictorio e invoca haber actuado con buena fe cualificada, adjuntando sus medios probatorios, merece una respuesta motivada sobre tal alegación en sede cautelar, en grado de probabilidad, mas no de certeza. El fundamento no es otro que la verosimilitud o apariencia del derecho, como presupuesto cautelar, exige un pronunciamiento provisional, que en esencia constituye la verosimilitud de fundabilidad de la pretensión (Priori, 2006). En ese contexto, no cabe duda que la decisión en grado de certeza sobre la buena fe cualificada se resuelve en la sentencia, lo que de ninguna manera significa excluir o postergar el pronunciamiento de la verosimilitud de la buena fe en el incidente cautelar.

A partir de estas precisiones doctrinales, debe corregirse la tendencia jurisprudencial que afirma erróneamente, que, conforme al artículo 66 del reglamento de la ley de extinción de dominio, la buena fe es un tema que se analiza y discute en el proceso principal, en concordancia con el artículo 31.2 del Decreto Legislativo n.º 1373, que precisa que el Juez en la sentencia, decide motivadamente si les reconoce o no, la calidad de terceros de buena fe. Tal interpretación no se desprende de las normas citadas, resultando restrictiva, desconociendo la doctrina y limitando la tutela jurisdiccional. De aceptarse tal posición, entonces de poco o nada servirá la apelación contra el auto que concede la medida cautelar, pues el debate sobre la buena fe cualificada no podrá analizarse nunca en sede cautelar, sino exclusivamente en el proceso principal.

Finalmente, cuando el artículo 15 del reglamento de la ley de extinción de dominio establece que el Juez resuelve en audiencia reservada dentro de las 24 horas de recibida la solicitud cautelar, apreciando la verosimilitud de los hechos y el peligro en la demora, ello supone la exigencia al Ministerio Público de imputar al adquirente una actuación de mala fe, o en el mejor de los casos una conducta negligente o culposa, al adquirir un bien. Esto se corrobora en los literales c y d del artículo 14.1 que establece que corresponde al fiscal recopilar elementos probatorios o indicios concurrentes y razonables, que demuestren la concurrencia de cualquiera de los presupuestos de extinción de dominio, previstos en la ley; así como recopilar los medios probatorios o indicios concurrentes y razonables que demuestren el vínculo o nexo de relación entre cualquiera de los supuestos para declarar la extinción de dominio, la actividad ilícita que corresponde y los bienes objeto de extinción de dominio.

Si esto es así, cómo negarle una respuesta motivada al afectado con la medida cautelar, cuando este sostiene todo lo contrario a las imputaciones del fiscal, invocando la buena fe cualificada. Es evidente que, en observancia a la igualdad de armas, al principio de contradicción y de congruencia, la

conducta negligente, culposa o de mala fe que se atribuye al requerido, para afectarle sus bienes, supone al mismo tiempo aceptar que este también tiene derecho a cuestionar la imputación del Ministerio Público, afirmando la ausencia de los presupuestos cautelares y que si actuó con buena fe cualificada. Así planteado el problema en las medidas cautelares, resulta innegable que el *thema probandum* y el *thema decidendum* incluye un pronunciamiento en grado de probabilidad sobre la buena fe o su ausencia, sin perjuicio de lo que se decida en el fondo, en grado de certeza.

7. La buena fe cualificada en la jurisprudencia nacional

Teniendo en cuenta que el proceso de extinción de dominio es relativamente nuevo en el Perú, los juzgados y salas especializadas en Extinción de Dominio se encuentran aún en una etapa de construcción de los criterios jurisprudenciales. Así, los criterios para determinar el contenido de la buena fe cualificada o exenta de culpa son diversos y depende del caso concreto para delimitar la exigencia de los actos materiales que debe realizar quien invoca la buena fe, máxime que en este proceso se aplica la carga de la prueba dinámica.

En tal sentido, corresponde al adquirente o tercero de buena fe, que acredite haber actuado con diligencia, mediante actos materiales tendientes a la verificación de la titularidad legítima de quien le transfiere el derecho. En la casuística se observan diversidad de argumentos que pretenden justificar la buena fe objetiva o cualificada. Sin embargo, no basta afirmar que se ha verificado la titularidad registral sobre el bien, sino que además debe haberse verificado el tracto sucesivo válido, mediante la revisión de los asientos registrales y títulos archivados; de esta revisión se desprende otra exigencia, consistente en desconocer la inexactitud del registro.

Al respecto, resulta muy complejo determinar con precisión estas exigencias, siendo que en la casuística se argumenta el nivel de educación y conocimientos por parte de los adquirentes para exigirles un comportamiento diligente y prudente. Así, la Sala de Apelaciones Especializada en Extinción de Dominio de la Libertad, en el expediente n.º 00010-2020-01601-SP-ED-01-Lambayeque, fundamento segundo, numeral 1.2.3, precisa: «Si bien la buena fe registral le da contenido a la buena fe cualificada ... no es el único elemento a considerar para dar por acreditado tal elemento ...»; agregando que, al requerido:

si le era exigible actuar con diligencia y prudencia **conforme a sus condiciones propias** en la adquisición del bien. Así, es parte de la alegación de que el requerido únicamente era un trabajador dedicado al transporte y que no se dedica a la compra venta de vehículos. Además, en audiencia se sostuvo que **su**

grado de instrucción solamente es secundaria; pero es necesario **evaluar otras circunstancias** [destacado del autor].

Sin duda, el elemento cultural y nivel de educación incide directamente en la buena fe cualificada, siendo un dato relevante que, en las zonas más alejadas del país, la cultura e idiosincrasia de las personas se basa en criterios de confianza (buena fe subjetiva). A ello se agrega que, la exigencia de revisión de los asientos registrales y sus legajos, por personas con escasos recursos, supone asumir costos económicos que constituyen barreras de acceso a la información de los registros públicos; eventualmente incluso tienen problemas de idioma diferente y limitada instrucción básica.

Adicionalmente, tratándose del arrendamiento de inmuebles y vehículos, tales actos se realizan de manera sencilla, sin fecha cierta y en varios casos, de manera verbal, sin mayores formalidades. Al respecto, la Sala Especializada en Extinción de Dominio de Arequipa, en el Expediente n.º 00037-2022-86-0401-SP-ED-01, ha establecido:

en su informe oral, hace referencia a **la cultura de su patrocinado**, quien **no es un experto en contratos**, que **confía en las personas** y que por tanto si actuó de buena fe, entregando el vehículo marca Toyota, modelo Hilux del año 2013, **en arrendamiento** mediante el contrato de 15 de julio de 2020; sin embargo, debe tenerse presente que, **pese a la afirmación del nivel cultural del apelante**, al momento de suscribir el arrendamiento y entrega del vehículo a Magno Supo Alvarez, en su calidad de propietario del vehículo, **el impugnante no ha realizado las diligencias mínimas que razonablemente realizaría una persona diligente, pues su conducta negligente tampoco alcanza a justificar la buena fe simple**, pues por lo menos se hubiera precisado en el contrato de arrendamiento el destino del vehículo, así como la obligación del arrendatario de no utilizar el vehículo para realizar actividades ilícitas; además **tampoco existen razones mínimas que justifiquen la confianza que aduce en el arrendatario**, siendo que estos extremos solo son afirmaciones improbadas del apelante, sin que existan elementos de convicción que persuadan en grado de probabilidad; por lo tanto, no se desvirtúan los presupuestos cautelares concurrentes [destacado del autor].

Lo cierto es que, la realidad de nuestro país, con una alta informalidad en diversos sectores económicos, origina serios problemas que inciden directamente en la ausencia de medios probatorios para acreditar el origen lícito del patrimonio. La exigencia de la formalización de todas las actividades económicas que inciden directamente en la adquisición del patrimonio, no parece una solución a mediano plazo. Mientras en los juzgados y salas de extinción, los justiciables no pueden acreditar su actuación de buena fe objetiva, sino apenas la buena fe subjetiva, lo que es insuficiente para desvirtuar la presunción del origen ilícito del bien.

8. Objetivos de la investigación

- ▶ Analizar el contenido de la buena fe cualificada de los terceros, para limitar al proceso de extinción de dominio regulado por el Decreto Legislativo n.º 1373 y su reglamento Decreto Supremo n.º 007-2019-JUS.
- ▶ Interpretar sistemáticamente el marco normativo de la buena fe cualificada en el proceso de extinción de dominio y proponer soluciones que optimicen su eficacia, observando el debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva.

9. Antecedentes

Respecto a los antecedentes del problema de investigación, a nivel nacional, son escasos los trabajos desarrollados, pues siendo un proceso relativamente nuevo, encontramos algunos comentarios breves de artículos publicados en revistas. Entre los artículos publicados, mencionamos el trabajo desarrollado por el Dr. Freddy Rojas López, abogado penalista y socio del Estudio Muñiz, denominado «El proceso de extinción de dominio, etapa judicial», publicado por la revista Gaceta Penal n.º 135, en setiembre de 2020, quien describe de manera general el proceso de extinción de dominio en la etapa judicial.

Por otro lado, dentro de los libros desarrollados tenemos el trabajo del Fiscal Superior Jorge W. Chávez Cotrina, titulado *La pérdida de dominio, implicancias en el Perú*, publicado en junio de 2018, por el Instituto Pacífico, describiendo la normatividad sobre el proceso de extinción de dominio.

Asimismo, resulta interesante el texto desarrollado por el Dr. Juan Antonio Rosas Castañeda, *Juez Especializado en Extinción de Dominio*, titulado *Decomiso y Extinción de Dominio*, publicado por Gaceta Jurídica en febrero del 2021, quien aborda el problema a partir del contexto de la nueva política criminal internacional de privación de dominio de activos de origen ilícito, analizando la legislación nacional con una visión más integral que los anteriores textos citados.

Finalmente, el Instituto Pacífico también ha publicado en setiembre de 2021 el texto denominado *Extinción de dominio y lucha contra la criminalidad organizada*, en homenaje al profesor Carlos Santiago Nino, constituyendo una compilación de diversos trabajos a nivel internacional, analizando la legislación de diversos países latinoamericanos y europeos, enriqueciendo el contenido doctrinal y ampliando nuestra visión sobre el problema de investigación.

En este escenario, abordamos el problema de la buena fe cualificada con una visión crítica, a partir de los casos concretos que venimos resolviendo y observando las limitaciones de nuestro marco normativo, así como las carencias de un desarrollo doctrinal y jurisprudencial que le den un contenido

a la buena fe exenta de culpa. De esta manera, bien podemos afirmar que nos encontramos en una etapa de desarrollo de la doctrina y jurisprudencia nacional en relación a la buena fe de los terceros, teniendo como referencia también el derecho comparado de otros países latinoamericanos y europeos, que han avanzado más profundamente en una legislación, doctrina y jurisprudencia, acorde a los estándares internacionales.

10. Materiales y metodología

La buena fe cualificada o exenta de culpa, como límite al proceso de extinción de dominio, constituye un principio fundamental para garantizar la protección de los derechos patrimoniales de los terceros que intervienen en estos procesos. Dado que, en el Perú, es un proceso relativamente reciente, pero de trascendencia nacional, por la finalidad que cumple, se observan escasos trabajos de investigación sobre el problema en cuestión. Por ello, ha sido necesario consultar los trabajos enunciados en los antecedentes, así como otras investigaciones realizadas en otros países de Latinoamérica; por ejemplo, Colombia, México, Costa Rica, entre algunos.

Respecto a la metodología empleada, por la naturaleza de la presente investigación, hemos utilizado las fuentes principales del derecho de extinción, tales como la legislación de la materia, la doctrina y la jurisprudencia, consolidando la recolección de información. Con las fuentes mencionadas, hemos procedido a realizar un análisis sistemático, desarrollando los puntos más relevantes vinculados al problema de investigación; asimismo se propone algunos cuadros ilustrativos para una mejor explicación del problema. Finalmente, el método sistemático se ha realizado desde una perspectiva crítica y comparativa, analizando las tendencias desarrolladas por la doctrina y jurisprudencia; por razones de espacio no se adjuntan las resoluciones.

11. Resultados

La exigencia legal de la buena fe cualificada o exenta de culpa, prevista por el artículo 31.2 del Decreto Legislativo n.º 1373 y el artículo 66 del Decreto Supremo n.º 007-2019-JUS, constituye el límite al proceso de extinción de dominio; sin embargo conforme a la doctrina, esta exigencia debe ponderarse con el principio de prohibición de exceso, que dentro del Estado Constitucional y Convencional supone el respeto de los derechos fundamentales de las personas en relación a su libertad y a su patrimonio. Por lo tanto, el Estado no puede sobrepasar los límites exigidos para la consecución de sus intereses (Vásquez, 2022).

Los criterios desarrollados por la jurisprudencia, para determinar la buena fe cualificada o exenta de culpa, se encuentran en un proceso de desarrollo,

por lo que aún no se ha determinado hasta donde llega tal exigencia. Sin embargo, se han detectado las siguientes tendencias:

- a) El comprador está en mejores condiciones de probar la buena fe cualificada, por aplicación de la carga probatoria dinámica prevista en el numeral 2.9 del artículo II del Título Preliminar del Decreto Legislativo n.º 1373;
- b) La buena fe cualificada se debate en el proceso principal, no es objeto de controversia en la medida cautelar; sin embargo, esta interpretación resulta restrictiva, desconociendo la doctrina y limitando la tutela jurisdiccional.
- c) La presunción de buena fe que se reconoce en nuestro sistema jurídico, en la práctica y para los casos de extinción de dominio, ha sido invertido, pues el comprador es quien debe probar haber adquirido el bien con buena fe cualificada.
- d) La exigencia de la buena fe cualificada debe aplicarse con criterio de razonabilidad y proporcionalidad, pues el estándar de la persona diligente que actúa con prudencia está en función de diversos factores, tales como el nivel de educación, cultura y posibilidades económicas de las personas.

12. Discusión

La determinación de la buena fe cualificada o exenta de culpa, constituye un concepto nuclear en el proceso de extinción de dominio, pues si esta buena fe se acredita no procede la extinción de dominio, constituyendo de esta forma un límite infranqueable al poder del Estado. Así, los terceros que intervienen en el proceso de extinción con motivo de que su patrimonio ha sido objeto de alguna medida cautelar y por tanto se ven obligados a participar en el proceso, tienen que acreditar fehacientemente que han actuado con una conducta diligente, demostrado por hechos objetivos, de tal manera que su buena fe se encuentra exenta de toda culpa y, por tanto, mantienen la titularidad de su derecho.

Así planteado el problema, existen serios cuestionamientos a esta exigencia de la buena fe cualificada, pues como se puede observar, no resulta suficiente invocar y acreditar la buena fe simple, o buena fe subjetiva, que se limita solo a la creencia o conciencia de haber obrado con lealtad. A ello se agrega que en el proceso de extinción de dominio la carga de la prueba es dinámica, lo que significa que es el adquirente o tercero quien debe probar su buena fe objetiva, pese a que en el sistema jurídico nacional la buena fe (subjetiva) se presume.

En ese orden, se advierte la necesidad de establecer los estándares de valoración probatoria sobre la buena fe exenta de culpa. En tal sentido, conforme a los objetivos planteados para nuestra investigación, la discusión se concentra en la determinación del contenido de la buena fe objetiva, así como de los criterios para determinar con certeza, su existencia, en el momento de adquirir o realizar el acto jurídico de adquisición o disposición del patrimonio (muebles, inmuebles, acciones, dinero, entre otros). En la doctrina y jurisprudencia existe una tendencia, pero no es pacífica y existen cuestionamientos que comprometen la vigencia del debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva, como principio y garantía de la función jurisdiccional, y como un derecho fundamental de los terceros implicados en este proceso de extinción de dominio.

13. Conclusiones

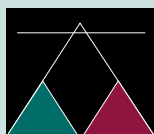
- a) La buena fe subjetiva es notoriamente insuficiente para oponer a las causales de extinción de dominio; solo la buena fe cualificada y exenta de culpa, constituye un límite - garantía frente al poder del Estado para extinguir la titularidad del patrimonio del requerido.
- b) La jurisprudencia se aparta de la doctrina, pues se viene desarrollando criterios restrictivos respecto a la exigencia de la buena fe, tales como que no es objeto de discusión en sede cautelar, sino sólo en la decisión de fondo.
- c) La aplicación de la carga probatoria dinámica se utiliza para que el requerido sea quien acredite haber actuado con buena fe exenta de culpa; sin embargo, esto no debe significar que el Ministerio Público no cumpla con sustentar objetiva y razonablemente su pretensión, existiendo un principio de mínima fundabilidad que debe satisfacer.
- d) Los criterios jurisprudenciales para determinar si existe o no la buena fe cualificada están en una etapa de desarrollo, dependiendo del caso concreto; solo existe coincidencia respecto de la buena fe subjetiva, como creencia de haber adquirido el bien de quien considera su propietario; en tanto que la buena fe cualificada exige por lo menos actos de averiguación sobre el titular del derecho (inscrito o no en registros públicos) y de inspección del bien.

Referencias

- Ambos, K., Caro, D., y Malarino, E. (2015). *Lavado de activos y compliance*. Jurista Editores.
- Arroyo, J. (2022). *La carga dinámica de la prueba y temas de extinción de dominio* (1.ª Ed.) Grijley.
- Blanco, I. (2014). *Combate al lavado de activos desde el sistema judicial: edición especial para el Perú*. [Ver especialmente capítulo IV]
- Caro, D. (2020). Fundamentos de la extinción de dominio. <https://www.youtube.com/watch?v=a2cuv37LfS0&t=2156s>
- Gálvez, T. (2019). Decomiso, extinción de dominio, nulidad de actos jurídicos fraudulentos y reparación civil. A propósito del caso Odebrecht. Ideas Solución Editorial.
- Gamboa, C. y Valdés, S. (2012). *Extinción de dominio: estudio de derecho comparado a nivel internacional y estatal* (2.ª parte).
- García, P. (2018). El decomiso de bienes relacionados con el delito en la legislación penal peruana. En Derecho PUCP, (81), pp. 113-146. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201802.004>
- García, MN Quizhpi Mendieta (2019). Mecanismos para la recuperación de dinero y bienes por parte del Estado en el delito de enriquecimiento ilícito a partir del año 2014.
- Gutiérrez, A. (2019). Cuestiones que se desprenden del proceso de extinción de dominio. Recuperado de: <https://lpderecho.pe/cuestiones-desprenden-procesoextincion-dominio/>
- Martínez, W. (2015). Extinción del Derecho de Dominio en Colombia. Nuevo Código de Extinción de Dominio colombiano.
- Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (2011). Ley Modelo Sobre Extinción de Dominio, Programa de Asistencia Legal en América Latina y el Caribe. UNODC.
- Palomino, J. (2020). El Derecho Fundamental a la Propiedad frente a la Extinción de Dominio, Tesis PUCP, para optar la segunda especialidad en Derechos Fundamentales y Constitucionalismo en América latina.
- Plazas, L. (2014). La Ley De Extinción De Dominio. República de Colombia. Editorial Carrera Séptima.
- Priori, G. (2006) *La tutela cautelar, su configuración como derecho fundamental*. Ara Editores.

- Rivera, R. (2017). La extinción de dominio. Un análisis al Código de Extinción. Segunda Edición. Bogotá. Leyer Editores.
- Rojas, J. (2021). El estándar probatorio en extinción de dominio, con relación al ilícito de lavado de activos. *Revista de investigación de la Academia de la Magistratura*, 2(3), 191-205. <https://revistas.amag.edu.pe/index.php/amag/article/view/70>
- Rosas, J. (2021). Decomiso y Extinción de Dominio. La Nueva Política Criminal de Recuperación de Activos de Origen Ilícito. Lima: Gaceta Jurídica
- Santander, G. (2021). Fundamentos de legitimación, objeto y límites de las causales de extinción de dominio de bienes ilícitos. En Extinción de Dominio y Lucha contra la criminalidad organizada y económica. Homenaje al profesor Carlos Santiago Nino. *Colección Anuario Derecho Penal*, (2), 193-264.
- Vargas, R. (2019). Aspectos problemáticos del proceso de extinción de dominio. En Gaceta Penal & Procesal Penal, número 125. pp. 231-261.
- Vásquez, S. (2022). *De la extinción de dominio en materia criminal* (2.^a Ed.) Ediciones Nueva Jurídica.

RETOS de la
magistratura
en temas de
DERECHO PENAL



ACADEMIA DE
LA MAGISTRATURA

REVISTA DE INVESTIGACIÓN DE LA ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA

Vol. 4, n.º 7, julio-diciembre, 2022
Publicación semestral. Lima, Perú.
ISSN: 2707-4056 (en línea)
DOI: 10.58581/rev.amag.2022.v4n7.05



Fundamentos para descriminalizar el delito de feminicidio en el Código Penal

Fundamentals to decriminalize the crime of femicide in the Penal Code

Manuel Martín Anicama Ibañez*

Distrito Fiscal de Sullana
(Piura, Perú)

manicama@hotmail.com

<https://orcid.org/0000-0001-9106-8534>

Resumen: Este artículo busca establecer fundamentos legales que permitan la descriminalización del delito de feminicidio en el Código Penal. En ese sentido, se mantuvo como objetivos analizar la descriminalización del artículo del artículo 108-B del Código Penal, y, determinar si el delito de feminicidio, lesiona el derecho constitucional de igualdad ante la ley. Lo mencionado se consideró trascendental, ya que se parte de la problemática de la adecuación regulación del feminicidio dentro del ordenamiento jurídico, en el sentido de que su propia prescripción transgrede el trato diferenciado entre hombres y mujeres, el tratamiento simbólico y la gravedad de las penas.

En ese contexto, se analizó dogmática y jurisprudencialmente el feminicidio, tanto a nivel nacional como internacional. Como metodología el estudio se ciñó a un enfoque mixto, manteniendo un nivel descriptivo y de carácter explicativo. Dentro de los resultados más resaltantes se tuvo a

la jurisprudencia emitida por la Corte Suprema en la que se verifica que la interpretación y pronunciamiento de resolución del delito de feminicidio se aleja de lo prescrito en el Código Penal, debido a que evalúa criterios que no son propios a la condición de la mujer, sino a estereotipos o presuntas expresiones de discriminación de acuerdo a lo que considere el juzgador. Se concluyó que el artículo 108-B del Código Penal si sobreprotege a la mujer al criminalizar conductas que solo son atribuidas a los varones y enfocándose en prejuicios abstractos de presunta discriminación de género, del mismo modo, lesiona el derecho constitucional de igualdad ante la ley, al realizarse un trato diferenciado y discriminador entre el varón y la mujer, además de que ello conlleva a la desnaturalización del fin del derecho penal.

Palabras clave: feminicidio, código penal, descriminalización, igualdad ante la ley, principio de proporcionalidad

Abstract: This article sought to establish legal foundations that allow the decriminalization of the crime of femicide in the Penal Code. In this sense, the objectives remained to analyze the decriminalization of the article of article 108-B of the Penal Code, and determine if the crime of femicide violates the constitutional right of equality before the law. The aforementioned was considered transcendental, since it is based on the problem of the adequacy of the regulation of femicide within the legal system, in the sense that its own prescription violates the differentiated treatment between men and women, the symbolic treatment and the severity of the penalties. In this context, femicide was dogmatically and jurisprudentially analyzed, both nationally and internationally. As a methodology, the study adhered to a mixed approach, maintaining a descriptive and explanatory level. Among the most outstanding results was the jurisprudence issued by the Supreme Court in which it is verified that the interpretation and pronouncement of the resolution of the crime of femicide is far from what is prescribed in the Penal Code, because it evaluates criteria that are not to the condition of women, but to stereotypes or alleged expressions of discrimination according to what the judge considers. It was concluded that article 108-B of the Penal Code does overprotect women by criminalizing behaviors that are only attributed to men and focusing on abstract prejudices of alleged gender discrimination, and if it violates the constitutional right to equality before the law, making decriminalization of the crime of femicide is feasible.

Key words: femicide, criminal code, decriminalization , equality before the law, principle of proportionality

RECIBIDO: 14/11/2022

REVISADO: 15/12/2022

APROBADO: 26/12/2022

FINANCIAMIENTO: Autofinanciado

1. Introducción

El presente artículo guarda su motivación ante la verificación de un problema que hasta el momento no tiene solución. El desarrollo del trabajo explica las razones por la cual se debe descriminalizar la figura del feminicidio en el Código Penal. El problema de la figura del feminicidio se ha convertido en una constante no solo a nivel Latinoamérica sino también el Perú, situación que resulta fácil de verificar a través de los medios de comunicación que a diario pone de conocimiento a la opinión pública el incremento casos de feminicidio ha ido en aumento la cifras cada vez escalofrantes.

Ante tal coyuntura, en un Estado paternalista como el nuestro con una fuerte dosis de populismo penal, resultó conveniente forjar la figura jurídica del delito de feminicidio que busquen amparar, sancionar, prevenir y erradicar todo tipo de violencia hacia la mujer, en ese sentido, se crea un delito autónomo al delito de parricidio y que muchas veces genera una confusión a los operadores de justicia, los cuales a pesar de verificar la ausencia de elementos objetivos, subjetivos o probatorios, terminan sentenciando por este delito.

Por lo mencionado, este artículo busca ensayar una respuesta a esta problemática desde el plano especial de la protección jurídica penal, en donde se analiza la descriminalización del delito de feminicidio, debido a que, con anterioridad, está ya se encontraba previsto como una agravante en el delito de parricidio o asesinato, lo cual, ante su nueva tipificación autónoma a favor de la mujer vulnera derechos constitucionales como la igualdad ante la ley; del mismo modo, se busca comprender si, esta ha cumplido su función sancionadora de disminuir la tasa de mortalidad contra las mujeres en el Perú; y, si ante su incorporación, se atenta contra la igualdad de género.

2. Antecedentes

Como antecedentes internacionales, se logró recabar artículos sobre el tema de feminicidio, se puede revisar el título de «El Feminicidio en América Latina: ¿vacío legal o déficit del Estado de derecho?» escrito por Saccomano (2017) en su breve contenido hace un análisis que los homicidios violentos de mujeres en la América Latina lo que genero la tipificación del feminicidio que en un primer momento hubo una concientización y disminuyeron la las tasas de feminicidios en muchos países, volvió a aumentar en los años siguientes eso se debe a la falta de representación de la mujer en organismos de toma de decisiones.

De otro lado, es menester referirse al título «Sobre la tipificación del feminicidio en España. Algunas consideraciones críticas» en la que el autor Vásquez (2018) comparte una propuesta de tipificar el delito de feminicidio

como una tensión existente entre las tendencias políticas criminales de disminuir las tasas de feminicidio forzado por la presión de colectivo sociales. Los obstáculos y problemas de carácter práctico que suscita abogan por desecharla y por reforzar, en cambio, el uso de la agravante de discriminación por género.

Del mismo modo, hay otro título «¿Tipificar el feminicidio?», de la autora Toledo (2008) cuyo contenido precisa que se ha desatado una mayor sensibilidad de la opinión pública frente a la violencia contra la mujer que son objeto en su mayoría al interior de relación de pareja actuales o pasadas y la respuesta del sistema judicial frente a ella avocándose a la revisión del marco jurídico-penal aplicable aquellos tipos de conductas.

En cuanto a los artículos nacionales, podemos citar el título «Feminicidio: un delito especial» de Hugo (2020), en este caso el autor analiza el delito de feminicidio señalando desde que, como delito autónomo al Código Penal, lejos de disminuir por el contrario ha ido en aumento y que resultaba idónea como respuesta punitiva la figura del homicidio calificado o parricidio que protegen el bien jurídico que cubre la vida de la mujer y además el derecho a la vida protegida por la Constitución no está fundamentada en cuestiones de género.

Otro artículo nacional cuyo título es «El delito de feminicidio: un instrumento mediático de control social o una solución alternativa de política criminológica» de Espinoza (2016), que detalla que el delito de feminicidio busca con acabar los índices de muerte hacia las mujeres, bajo el contexto de una violencia de género, comenzando su incorporación en el último párrafo del delito de parricidio, para luego formar parte como delito autónomo en el Código Penal, bajo varios supuestos y agravantes, y que la fecha no es solución a los casos de muerte contra éste género y sin embargo viene generando problemas de interpretación y aplicación máxime si por parte del Estado no hay una adecuada reacción punitiva.

3. Femicidio

La idea de la violencia y constantes asesinatos dirigidos hacia las mujeres por el solo hecho de ser mujeres, ha sido un tema que se ha impreso concretamente dentro de muchas sociedades, en ese sentido, a tal acto se le denominó como «femicidio», la misma que se regulo como una figura del tipo penal de manera autónoma, que presuntamente se diferenciaba de los otros tipos penales que también tenía la protección del bien jurídico de la vida, el cuerpo y la salud (Contreras, 2020). En el Perú, la autonomía del delito de femicidio se apartó de la figura del parricidio, la misma que ya prescribía expresamente la protección de la mujer.

Parafraseando a López y Valenzuela (2018) se puede mencionar que la figura del femicidio, nace como un emblema simbólico que tiene como propósito referir que la violencia y muertes ocasionadas a las mujeres tiene una regulación autónoma que impone una sanción penal elevada que las distingue de los otros tipos penales que también salvaguardan la vida e integridad de las personas.

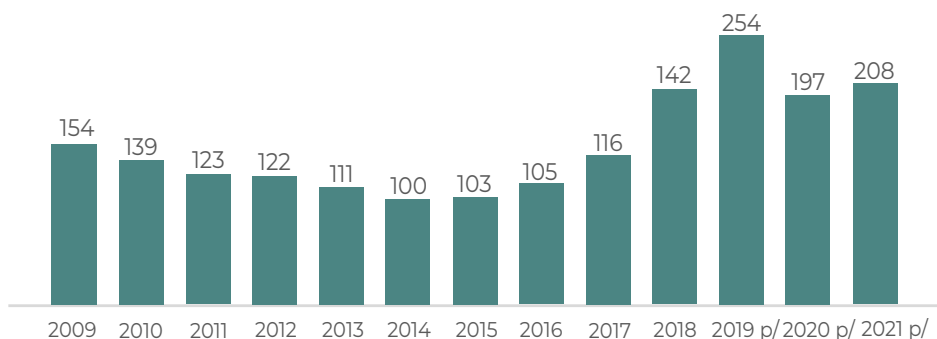
De acuerdo a Ochoipoma et al. (2022), el fenómeno que trae la regulación de la figura del femicidio, es que si bien es cierto este tipo penal considera que la afectación ocasionada a las mujeres se debe a su mera condición de género, al momento de determinar ello en la configuración de los elementos típicos del delito, se prevén otros elementos que son ajenos a la condición de la mujer, tales como los celos o la violencia familiar.

El Perú, no es ajeno a lo mencionado, ya que según reporte del Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI), en el año 2017, la causa materia de imputación en los delitos de femicidio, un 54,8% se debió a los celos, otro 31 % se debió a la violencia ejercida en el hogar, y un 16,7 % se debió al contexto de infidelidad; lo cual hace ameritar que la verificación del elemento de la condición de la mujer que prima el tipo penal de femicidio, no es observado adecuadamente, haciendo alusión a otras condiciones o contextos.

Del mismo modo, a través del Observatorio Nacional de Violencia contra las Mujeres y los Integrantes del Grupo Familiar del Ministerio Público, se verificó que, en el período del año 2009 hasta el 2021, se registró un total de 1,874 víctimas de femicidio, la representación de ella se consigna de la siguiente manera:

Figura 1

Reporte de víctima de feminicidio del año 2009 al 2021



Fuente: Observatorio de Criminalística del Ministerio Público.

Por lo acotado, y en la misma línea de interpretación, Benavídez (2019) indica que, la incorporación del feminicidio como un delito autónomo, presenta falacias en la estructura de su propósito de política criminal y en sus elementos típicos para su configuración, pues brinda una falsa idea de prevención y protección. Ante este problema, es necesario la delimitación de bases sustanciales, que orienten tanto a los operadores judiciales como al propio legislador, a identificar si el feminicidio y su regulación es imprescindible para la protección de la mujer, ya que, como se ha puede observar en la realidad, la tasa de muertes o violencia ejercida hacia las mujeres no ha disminuido, por lo que se denota que el problema en si no se debe a la falta de políticas criminales ni sanciones punitivas graves, sino, a otros elementos de carácter social que en si no corresponden al marco jurídico.

4. Naturaleza del feminicidio

Conforme al estudio del presente artículo, como segundo aspecto a definir se tiene a la naturaleza del feminicidio. De acuerdo a Hugo (2020), este tipo penal se cualifica por la condición del sujeto pasivo, es por ello que, la consagración que prima al tipo penal es la afirmación de amparo hacia las mujeres por su condición de género, ya que se considera que su condición ha repercutido históricamente en actos de discriminación y afectación a su integridad física y psicológica, del mismo modo, este autor adiciona que desde la perspectiva del legislador, la figura del feminicidio guarda su naturaleza en la reacción estatal que buscaba evitar la impunidad y la protección bajo cualquier costo de la mujer (p. 19).

El feminicidio se trata de un crimen que se da precisamente sobre las mujeres por su mera condición del género que ostentan (Salinas, 2015, p. 96). El elemento móvil que estaría intrínsecamente relacionado con los

actos expresados por la condición de la mujer serían el desprecio u odio, o la venganza (Aniyar, 2010, p. 272). Es requerido el inicio de acciones concretas que tengan como eje transversal la perspectiva de género en concordancia con los derechos humanos, así como herramientas que intensifiquen las políticas de género (Aguirre, 2021; Heim, 2021).

Para Castillo (2019), es debido a la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer de Belém Do Pará y el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, que se establecieron políticas orientadas a reducir la violencia ejercida sobre las féminas, solicitando así, a los Estados, que incluyan dentro de sus legislaciones internas, normas de carácter penal para que sean protegidas de todo tipo de violencia, debido a esto es que el Perú, asumió el compromiso de garantizar que estos instrumentos internacionales sean cumplidos a cabalidad (p. 72).

Pese a lo referido, Mendoza (2020), ha referido que no es idóneo que se use el derecho penal como un método de solución que permita disminuir la tasa de agresiones o muertes hacia las mujeres, siendo que, la figura del feminicidio implantada en el ordenamiento jurídico peruano solo corresponde una respuesta al clamor ciudadano por detener el abuso hacia las mujeres, guarda gran significancia a lo acotado, lo señalado por el Acuerdo Plenario 01-2016, que corresponde a jurisprudencia vinculante en materia penal, ha concluido que, el elemento subjetivo que hace referencia a la acción de ocasionar la muerte por su condición de tal, corresponde a un acto simbólico que proviene por parte del legislador, es decir, se forjó un elemento populista que poco aporta a la estructura o determinación de los elementos típicos del delito.

5. Elementos del tipo penal de feminicidio

El delito de feminicidio en el Perú, se encuentra circunscrito en el artículo 108-B del Código Penal, en el que, además de mencionar en su primer párrafo cual es el elemento objetivo y subjetivo que lo rige, posteriormente agrega cuales son los contextos bajo los cuáles se determinará la configuración del delito, y, en su segundo párrafo menciona las agravantes que aumentan la pena, e inclusive, ante la concurrencia de dos circunstancias agravantes, correspondería la cadena perpetua.

De acuerdo a Tuesta y Mujica (2020), la determinación adecuada del tipo penal de feminicidio, requiere de un esfuerzo de interpretación de carácter *sui generis*, ello debido a que el persecutor del delito, debe asociar la concurrencia de motivación en su acusación de comisión del hecho delictivo efectuada, mientras que el juzgador, debe asociar su decisión en relación al género que ostentaba la víctima (p. 88).

En ese sentido, como punto referencial, se tiene que solo se permite que el sujeto activo dentro del presente delito sea un varón, el cual de manera dolosa cause la muerte de una mujer por desprecio u odio que este manifestaba sobre ella por el mero hecho de ser mujer, los supuestos o contextos bajo el cual se dirigirá los móviles mencionado se darán en escenarios como: i) violencia dentro del hogar o relación conyugal; ii) actos coactivos, hostigamiento o acoso; iii) abuso de poder, u alguna otra forma de sobreposición por parte del sujeto activo sobre el sujeto pasivo; y iv) otra forma que se caracterice por ser discriminatoria contra la mujer.

Mientras que, las agravantes del tipo se dirigen por: i) la edad que puede presentar la víctima; ii) el estado de gestación; iii) el contexto de cuidado bajo el que se encontraba la víctima; iv) la violación sexual o mutilación como acto previo; v) la discapacidad de la víctima; vi) trata de personas o explotación; vii) la concurrencia de las agravantes del artículo 108° del Código Penal; viii) la presencia de algún menor en la comisión del hecho delictivo; y ix) la actuación del sujeto activo bajo los efectos del alcohol, drogas, estupefacientes o sustancias de índole similar.

6. Discriminación de género

De acuerdo a las conclusiones arribadas por Vásquez (2019), la finalidad que se le ha dado al derecho penal de combatir y reducir la tasa de violencia ejercida contra las mujeres o sus muertes, no puede basarse netamente en el establecimiento de figuras o tipos penales que busquen satisfacer la consciencia del legislador para demostrar que están haciendo algo contra el problema específico, ya que, esto contrae una serie de problemas no solo en la verificación de la concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos del tipo, sino además en el marco probatorio.

La idea de que la protección del bien jurídico de la vida debe ser tratada distinta dependiendo del sexo o género, es algo que para Toledo (2009), citado por Hugo (2020), le parece inadecuado, pues, dichas formas de contestación al problema de las muertes ocasionadas a la mujer, no hacen más que expresar tratos discriminatorios en contra de los hombres.

En la misma línea de idea, según Vásquez (2018), el sistema penal no puede entrar a inmiscuir en los comportamientos individuales o específicos de los sujetos, debido a que a la atribución de roles o conductas que desarrolla cada persona es ajeno al marco punitivo, siendo que, eso ya compete al enfoque sociológico (p. 240).

De lo mencionado, un dato que se puede ejemplificar y donde se evidencia el trato discriminatorio entre la sanción penal de varón y mujer es la siguiente:

Tabla 1

Distinción de las penas en el Código Penal donde el agraviado es varón o mujer

Numeral 7 del segundo párrafo del artículo 108-B del Código Penal (feminicidio)	Artículo 107° del Código Penal (parricidio)	Artículo 108° del Código Penal (homicidio Calificado)
«La pena privativa de libertad será no menor de treinta años cuando concurra cualquiera de las siguientes circunstancias agravantes: 7. Cuando hubiera concurrido cualquiera de las circunstancias agravantes establecidas en el artículo 108».	«El que, a sabiendas, mata a su ascendiente, descendiente, natural o adoptivo, o a una persona con quien sostiene o haya sostenido una relación conyugal o de convivencia, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de quince años. La pena privativa de libertad será no menor de veinticinco años, cuando concurra cualquiera de las circunstancias agravantes previstas en los numerales 1, 2, 3 y 4 del artículo 108. En caso de que el agente tenga hijos con la víctima, además será reprimido con la pena de inhabilitación prevista en el inciso 5 del artículo 36».	«Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de quince años el que mate a otro concurriendo cualquiera de las circunstancias siguientes: 1. Por ferocidad, codicia, lucro o por placer. 2. Para facilitar u ocultar otro delito. 3. Con gran crueldad o alevosía. 4. Por fuego, explosión o cualquier otro medio capaz de poner en peligro la vida o salud de otras personas.»

Fuente: Código Penal Peruano

Fundamentos para descriminalizar el delito de feminicidio en el Código Penal

Se interpreta que el trato discriminatorio de los referidos tipos penales se da al prescribirse que cuando concurren las circunstancias agravantes del homicidio calificado, la pena será no menor de quince años, mientras que, si dichas circunstancias concurren y se encuentra inmiscuida una mujer, la pena se duplica, pues se establece que será no menor de treinta años, en ese sentido, es claro el trato diferenciado y discriminatorio que el legislador ha regulado contra el hombre por el mero hecho de que se le considere un agente que causa grave perjuicio a la mujer.

De acuerdo a comentarios de Salinas (2013, p. 32), anteriormente, cuando el feminicidio conformaba parte del artículo 107° del Código Penal (parricidio), precisaba que, este era un acto que no daba respuesta a una coyuntura específica, pues suscitaba en cualquier tiempo y las mujeres agraviadas no poseían un rango específico, tanto en edad como condición económica, del mismo modo, el autor o autores de estos crímenes, no oscilaban una calidad específica, siendo solo requerido, que la víctima haya tenido con el sujeto activo una relación íntima, familiar, convivencial o afín, que pudiese ser pasada o actual.

De igual manera, Reategui (2015) precisaba que, la incorporación del delito de feminicidio, se daba en el marco del conflicto en el que la conclusión tenía como resultado la muerte, siempre y cuando se verificará la relación existente entre el sujeto activo y pasivo, pudiendo ser conyugal o convivencial, caso contrario, si esto no pudiese llegar a ser comprobado en el proceso penal, se trataría de un homicidio simple o asesinato (p. 26).

En ese sentido, la evolución que se le fue dada al feminicidio en el ordenamiento jurídico penal peruano, fue el de una estructura compleja normativa, en el que la víctima reunía la condición femenina a través de rechazo o repudio por parte del sujeto activo, ello debido a la respuesta de una política criminal internacional que busca sobrecriminalizar todo tipo de violencia ejercida sobre la mujer (Prado, 2017, p. 34).

7. Igualdad ante la ley

Para Araiza et al. (2020), la implementación y refuerzo de la figura del feminicidio combate la estructura de dominación masculina en perjuicio de las mujeres, es por ello que, según los autores, resulta indispensable que el derecho como transformador social permita que las cosas puedan contribuir para el bien de las mujeres. En esa misma línea, Montenegro (2018) y Palacios (2020) coinciden en indicar que, el delito de feminicidio ya ha sido asumido globalmente como un problema, es por ello que la sociedad tiene el deber de intervenir y combatir la violencia sobre las mujeres.

Por otro lado, Vílchez (2020), precisa que, para un cierto sector de la doctrina en el Perú, el trato diferenciado que se le da al hombre con la mujer cuando se trata del feminicidio, vulnera no solo el principio de igualdad ante la ley, sino también el de culpabilidad, la mínima intervención y más aún, se deslinda en gran medida de la finalidad del derecho penal. En ese sentido, debe entenderse que, los derechos que se ven afectados, son los que la propia constitución consagra como derechos fundamentales inherentes a la persona, tales como el que se regula en el artículo 2.2 (igualdad ante la ley).

Desde una perspectiva contraria, la victimología es de suma importancia dentro de la búsqueda de la verdad; no obstante, con mayor grado de certeza, se puede decir que, es necesario que se establezca el Modelo Integral de Atención que favorezca a la recuperación de las personas que hayan sido expuestas a un hecho traumatizante, dentro de los elementos que coadyuvarían en gran medida este problema se debe tener a profesionales involucrados (Ruíz, 2022; Salas, 2021).

Finalmente, los objetivos que ciñen la investigación: i) analizar la descriminalización del artículo del artículo 108-B del Código Penal, ya que se sobreprotege exageradamente a la mujer habiendo otras normas penales de protección alternativas; y ii) determinar si el delito de feminicidio, lesiona el derecho constitucional de igualdad ante la ley.

8. Materiales y métodos

Respecto a los materiales y métodos usados en la elaboración del presente artículo, ha consistido en artículos de revistas indexadas que tocan el tema del feminicidio, los mismos que se encuentran en Dialnet, Scopus y Latindex.

El enfoque mantenido es mixto, bajo un método descriptivo, guardando un carácter explicativo, ello porque se ha hecho una recopilación de datos reales. En ese sentido, el carácter explicativo ha permitido que se justifique concretamente el problema de investigación planteado, además de brindar criterios que permiten analizar la descriminalización de la figura del feminicidio en el Código Penal.

En cuanto a los métodos generales, se empleó: i) el análisis de las fuentes acudidas en la investigación; ii) síntesis, de las relaciones establecidas entre las fuentes consultadas; y iii) conclusiones, correspondientes a los resultados obtenidos en la investigación.

Por otro lado, en cuanto a la determinación de la jurisprudencia emitida por la Corte Suprema respecto al delito de feminicidio, su búsqueda se realizó a través del portal web del Poder Judicial en su enlace de jurisprudencia sistematizada, considerándose relevantes los pronunciamientos judiciales

que se refieren a la condición de la mujer como medio de configuración del hecho delictivo y, los criterios estereotipados que según el juzgador, deben ser evaluados como un abuso de poder del hombre sobre la mujer. Se hace presente que se hizo la revisión de seis pronunciamientos de la Corte Suprema, en las que se encuentran tanto casaciones como recursos de nulidad, de todas estas, se extrajo un número definido para la realización del análisis en el presente tema.

9. Resultados

A través de la observación documental de jurisprudencia emitida por la Corte Suprema como recursos de nulidad y casación sobre el delito de feminicidio, se obtuvieron resultados correspondientes a la evaluación de la condición de mujer, los estereotipos de géneros que causan discriminación hacia la mujer, el elemento subjetivo de la condición de tal y el bien jurídico de igualdad.

Los resultados se expresan en las tablas desarrolladas a continuación:

Tabla 2

Revisión de la jurisprudencia de la Corte Suprema

Jurisprudencia	N.º de jurisprudencias
Recursos de nulidad	5
Casaciones	1
Total	6

Fuente: Elaboración propia.

Las tablas muestran que, dentro de la línea jurisprudencial en el Perú, existe una diferencia de interpretación en cuanto a la concretización y configuración de la figura del feminicidio, con respecto a su elemento típico de la condición de mujer que el sujeto pasivo debe ostentar.

Se pueden extraer los siguientes resultados:

- Con respecto a la discriminación de género o protección privilegiada, el Recurso de Nulidad n.º 873-2020, Lima Este, dentro de sus fundamentos expone que, lo fundamental en la comisión del delito de feminicidio, es que el sujeto pasivo haya cumplido un estereotipo de género «por su condición de tal», que lleve a que el sujeto activo menoscabe el bien jurídico vida, precisa que, es labor del juzgador, probar a través de hechos concretos que se mata a una mujer por quebrantar o incumplir algún estereotipo de género como el haberse negado a tener una relación romántica o sexual con su pareja o haber incumplido un trabajo doméstico.

- b) Con respecto a las normas penales de igual protección alternativa del derecho a la vida, el Recurso de Nulidad n.º 1191-2018, Lima Este, reformula el delito de feminicidio en grado de tentativa al delito de parricidio en grado de tentativa, debido a que, al haber suscitado el hecho en el contexto de violencia familiar, considera que, se debe acreditar que la agraviada haya sido mantenida en un contexto de violencia sistemática o violencia precedente.
- c) Con respecto a la simbología o populismo penal, el Recurso de nulidad n.º 453-2019, Lima Norte, indicó que, el delito de feminicidio es un delito pluriofensivo, ya que protege los bienes jurídicos como la igualdad y la vida; igualdad porque busca combatir los actos de discriminación estructural que sufren las mujeres y pretende proscribir los estereotipos de género, los cuales son resultados de nociones que constituyen un obstáculo para el pleno goce de los derechos y libertades de las mujeres en igualdad de condiciones. Del mismo modo, en el Recurso de nulidad n.º 466-2021, Lima Norte, ha indicado que los celos constituyen el elemento subjetivo de la condición de tal para la configuración del delito de feminicidio. Mientras que, el Recurso de Nulidad n.º 12-2019, Lima, resalto bienes jurídicos protegidos dentro de la figura del feminicidio como la igualdad, la misma que no se encuentran regulada dentro del Código Penal.
- d) Con respecto a la criminalización desproporcional del delito de feminicidio, la Casación n.º 851-2018, Puno, ha resaltado que no toda la muerte de una mujer significa que el juzgador pueda ser denominado como estereotipo de género que vulnera la vida de una mujer, por ello, es necesario que se detallen razones objetivas que justifiquen la conclusión de que estamos frente a un hecho que debe configurar o no como estereotipo de género.

10. Discusión

Sobre los trabajos acotados, se aprecia que, en gran medida, se analiza en primer lugar, las posiciones de autores que están a favor del efecto de la *sobrecriminalización* del delito de feminicidio. Así se tiene a Hugo (2020), quien refiere que, el delito de feminicidio es la consagración que prima al tipo penal como amparo hacia las mujeres por su condición de género, ya que se considera que su condición ha repercutido históricamente en actos de discriminación y afectación a su integridad física y psicológica. De la misma manera, se indicó que, la naturaleza de origen del feminicidio, se da debido a la necesidad de dar inicio a acciones concretas que tengan como eje transversal la perspectiva de género en concordancia con los derechos

humanos, así como herramientas que intensifiquen las políticas de género (Aguirre, 2021; Heim, 2021).

Por consiguiente, los autores Araiza et al. (2020) mantienen la posición, la implementación y refuerzo de la figura del feminicidio, tiene gran influencia en la estructura de dominación masculina que resulta en perjuicio de las mujeres, siendo así indispensable el uso del derecho como transformador social permita contribuir para el bien de las mujeres. En esa misma línea, los autores Montenegro (2018) y Palacios (2020) coinciden en indicar que, el delito de feminicidio ya ha sido asumido globalmente como un problema, es por ello que la sociedad tiene el deber de intervenir y combatir la violencia sobre las mujeres.

Las posiciones mencionadas, tienen como base fundamental lo expresado por la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer de Belém Do Pará y el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, debido a que en esta, se establecieron políticas orientadas a reducir la violencia ejercida sobre las mujeres, solicitando, además, que los Estados incluyan dentro de sus legislaciones internas normas penales que tengan como fin proteger a la mujer de todo tipo de violencia (Castillo, 2019, p. 72).

En cuanto a las posiciones dogmáticas que fundamentan la sobreprotección desproporcionada a la mujer, pese a la existencia alternativa de otras normas penales de protección, se tiene a Mendoza (2020), quien precisa que, no es idóneo que se use el derecho penal como un método de solución que permita disminuir la tasa de agresiones o muertes hacia las mujeres. Mientras que Vásquez (2019), ha precisado que la finalidad que, otorgada al derecho penal de combatir la violencia ejercida contra las mujeres o sus muertes, no puede basarse netamente en el establecimiento de figuras o tipos penales que satisfacen la consciencia del legislador.

Del mismo modo, con respecto a la verificación si la sobrecriminalización del delito de feminicidio lesiona el derecho constitucional de igualdad ante la ley, Vílchez (2020), ha precisado que, es evidente el trato diferenciado entre hombre y mujer cuando se trata del feminicidio, lo cual vulnera el principio de igualdad ante la ley. Por su parte, Benavidez (2019) también precisa que la incorporación del feminicidio presenta falacias en su estructura de propósito de política criminal, pues brinda una falsa idea de prevención y protección.

11. Conclusiones

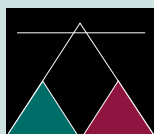
- a) Se concluye que lo prescrito en el artículo 108-B del Código Penal, criminaliza desproporcionalmente conductas que solo son atribuidas a los varones, enfocándose en prejuicios abstractos de presunta discriminación de género, omitiendo así otras normas penales que de la misma manera salvaguardan la protección integral de la mujer, tales como el homicidio calificado y el parricidio.
- b) Sobre la lesión al derecho constitucional de igualdad ante la ley, es claro la diferencia entre este delito que se enfoca en la protección de la mujer con los otros prescritos, que de igual manera protegen el bien jurídico de la vida, expresando así un trato discriminatorio contra los varones, tales como la pena que se interpone y los supuestos de condiciones de punibilidad que se especifican.
- c) La posibilidad de la descriminalización de la figura del feminicidio es factible, ya que al ser un delito que alberga una serie de discrepancias y vulneraciones de derechos sobre otros sujetos, es necesaria su integración con otros tipos que de la misma manera se encargan de la protección de la vida, pero sin tratos simbólicos o preferenciales.
- d) La política criminal establecida en el Perú para sobrecriminalizar el delito de feminicidio, se debe a la respuesta estatal dada a la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer de Belém Do Pará y el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, puesto que esta solicitó que los Estados incluyan dentro de sus legislaciones internas normas penales que tengan como fin proteger a la mujer de todo tipo de violencia.

Referencias

- Aniyar, L. (2010). *Criminología de los derechos humanos. Criminología axiológica como política criminal*. Editores del Puerto.
- Araiza, A., Vargas, F. C., y Medécigo, U. (2020). La tipificación del feminicidio en México. Un diálogo entre argumentos sociológicos y jurídicos. *Revista Interdisciplinaria de Estudios de Género de El Colegio de México*, (6).
- Aguirre, O. (2021). El feminicidio en Ciudad Juárez: una perspectiva jurídica. *Revista Via Iuris*, (30), 192 - 224.
- Benavidez, D. G. (2019). El feminicidio como delito y falso instrumento de prevención: Lectura histórica, socio jurídica y política. *Revista CAP Jurídica Central*, (5), 15 - 60.
- Castillo, J. (2019). *La prueba en el delito de violencia contra la mujer y el grupo familiar. Criterios de valoración en casos de violencia en el grupo familiar*. Editores del Centro.
- Contreras, R. E. (2020). El feminicidio como tipo penal autónomo. *Enfoques Jurídicos*, (1), 103 - 107. <https://doi.org/10.25009/ej.v0i1.2539>
- Espinoza, R. N. (2016). El delito de feminicidio: un instrumento mediático de control social o una solución alternativa de política criminológica. *Universidad San Martín de Porres*. <https://hdl.handle.net/20.500.12727/2393>
- Heim, D. (2021). Las respuestas judiciales a los feminicidios. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, (71), 515 – 542.
- Hernández, R., Fernández, C. y Baptista, M. (2014). *Metodología de la investigación*. Mc Graw Hill Education.
- Hugo, J. B. (2020). Feminicidio: un delito especial. *Actualidad Penal*, (68), 15-30.
- López, A. V., y Valenzuela, M. D. (2018). Feminicidio: tipo penal simbólico y discriminatorio. *Revista de investigación en Derecho, Criminología y Consultoría Jurídica*, 12(24), 211 – 232.

- Mendoza, A. (2020). Feminicidio: Por su condición de tal. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 70(276), 659 - 688.
- Montenegro, J. (2018). Estado del arte sobre el feminicidio en el Perú. Características y tendencias. *Revista Científica PAIAN*, 9(2), 17-34.
- Ochoipoma, J., Carpio, N., Meza, W., y Riveros, M. (2022). El fenómeno del feminicidio: una revisión sistemática. *Revista Latinoamericana De Derechos Humanos*, 33(2), 129-144. <https://doi.org/10.15359/rldh.33-2.6>
- Palacios, J. L. (2020). Cuatro consideraciones socioestadísticas para revisar la etiología del feminicidio en España. *Methodos. Revista de ciencias sociales*, 8(2), 176 - 194. <http://dx.doi.org/10.17502/m.rcs.v8i2.323>
- Prado, V. (2017). *Derecho Penal. Parte especial: los delitos*. Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.
- Reátegui, J. (2015). *Manual de derecho penal. Parte especial. Delitos contra la vida, contra el patrimonio y otros*. Instituto Pacífico S.A.C.
- Ruíz, R. (2022). Apoyo victimológico a familiares de víctimas de delitos de alto impacto (feminicidio). *Archivos de Criminología, Seguridad Privada y Criminalística*, (20), 111-121.
- Saccomano, C. (2017). El feminicidio en América Latina: ¿vacío legal o déficit del Estado de Derecho. *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*, (17), 51-78.
- Salas, A. (2021). Violencia de género: un diagnóstico de nuestro tiempo. *Dikaosyne: revista semestral de filosofía práctica*, (36), 5 - 21.
- Salinas, R. (2013). *Derecho Penal. Parte especial* (5.ª ed.). Iustitia.
- Salinas, R. (2015). *Derecho Penal. Parte especial* (6.ª ed.). Iustitia.
- Toledo, P. (2008). ¿Tipificar el feminicidio? *Anuario de Derechos Humanos*, (4), 213-219. <https://revistas.uchile.cl/index.php/ADH/article/view/13660>
- Tuesta, D., y Mujica, J. (2020). Problemas en la investigación procesal –penal del feminicidio en el Perú. *Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad*, (17), 80 – 95.

- Vásquez, C. (2019). Técnica legislativa del feminicidio y sus problemas probatorios. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*. (42), 193 - 221. <https://doi.org/10.14198/DOXA2019.42.09>
- Vásquez, F. (2018). Sobre la tipificación del feminicidio en España. Algunas consideraciones críticas. *Revista de Derecho y Criminología*, (20), 207 - 247.
- Vílchez, R. (2020). El delito de feminicidio: configuración dogmática vs. necesidad de sanción. *Actualidad Penal*, (68), 15-61.



ACADEMIA DE
LA MAGISTRATURA

REVISTA DE INVESTIGACIÓN DE LA ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA

Vol. 4, n.º 7, julio-diciembre, 2022
Publicación semestral. Lima, Perú.
ISSN: 2707-4056 (en línea)
DOI: 10.58581/rev.amag.2022.v4n7.06



Peculado de trabajos o servicios remunerados por la administración pública. Necesidad de una incorporación legislativa

**Embezzlement of jobs or services paid by the public administration.
Need for a legislative incorporation**

José Luis Cruz Valera*

Distrito Fiscal de Ucayali
(Ucayali, Perú)
jocruzdj@mpfn.gob.pe
<https://orcid.org/0000-0002-1786-4396>

Resumen: En el presente artículo se efectuó un estudio respecto a la necesidad de incorporar legislativamente, en nuestro ordenamiento penal, el delito de peculado por utilización de mano de obra. Este se materializa cuando los funcionarios o servidores públicos realizan labores particulares a favor de su superior jerárquico, dentro del horario de trabajo, tal como así está regulado en la legislación argentina. Por tanto, esta investigación tiene como

* Fiscal provincial titular penal de la Cuarta Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Coronel Portillo - Distrito Fiscal de Ucayali

objetivo que se pueda sancionar punitivamente a cuanto acto reprochable viene ocurriendo en las entidades del Estado, y, de ese modo, coadyuvar con la correcta administración pública.

El análisis abarcó el tratamiento doctrinario y jurisprudencial sobre la materia, en virtud de las cuales, se advirtió teorías contrapuestas. Por un lado, frente a hechos ilícitos de esta naturaleza, se ha catalogado al elemento constitutivo «mano de obra del servidor público» dentro del concepto de «caudales», haciendo una interpretación extensiva del delito de peculado doloso, lo que, constituye una evidente afectación al principio de legalidad; y de otro, se ha afirmado que no es posible otorgar un reproche penalmente relevante para este tipo de conductas, sino, tan solo una infracción administrativa; interpretaciones que han sido rechazadas por el autor.

Palabras clave: peculado doloso, interpretación extensiva

Abstract: In this article, a study was carried out regarding the need to legislatively incorporate, in our criminal system, the embezzlement of using labor crime, which materializes when officials or public employees carry out particular tasks in favor of their chief, within working hours, as regulated in Argentine law; The objective of this investigation is to get a punitively sanction every reprehensible act that has been occurring in State entities, and, that way, contribute to the correct public administration.

The analysis covered the doctrinal and jurisprudential treatment that exists on the matter, by virtue of which conflicting theories were noted; On the one hand, in the face of this kind of crimes, the constitutive element 'public employee labor' has been cataloged within the concept of 'public goods', making an extensive interpretation of fraudulent embezzlement crime, which constitutes an evident violation of legality principle; and on the other, it has been affirmed that it is not possible to grant a criminally relevant reproach to this type of behavior, but only an administrative infraction; interpretations that have been rejected by the author.

Key words: embezzlement, extensive interpretation

RECIBIDO: 14/11/2022

REVISADO: 15/12/2022

APROBADO: 26/12/2022

FINANCIAMIENTO: Autofinanciado

1. Introducción

Desde mucho antes de la formación del derecho positivo, la apropiación o la utilización indebida de los bienes públicos, por parte de quienes ostentaban su administración, se ha considerado como actos reprochables, lo cual ha consistido en un verdadero obstáculo para el desarrollo de los pueblos. Estos actos ilícitos de los funcionarios o servidores públicos se han convertido en una práctica generalizada en los distintos estratos sociales, que en algunos casos ha ocasionado gran impacto social.

En la legislación peruana, la apropiación o utilización indebida de los bienes públicos se encuentra regulada en los artículos 387 y 388 del Código Penal, con la denominación de delito de peculado doloso, culposo y peculado de uso, respectivamente. Desde los inicios de nuestra ley penal este ilícito ha merecido diversas modificaciones, algunas de las cuales, coyunturales, que luego fueron dejadas de lado por cambio de la política criminal; sin embargo, a pesar de esta intención de querer mejorar nuestro sistema punitivo, aún quedan aspectos vacíos, supuestos de hecho que muy bien podrían ser abarcados por el tipo penal de peculado, por ejemplo: Un problema trascendente que traemos a colación es ¿Qué sucede cuando un funcionario público utiliza la mano de obra o el trabajo intelectual de un servidor público remunerado por el Estado, para fines ajenos al servicio, para su provecho o el de terceros? ¿Qué tipo penal resulta aplicable a un acto reprochable de esta naturaleza? ¿Nos encontramos ante una infracción administrativa o un delito que merece ser tipificado en el Código Penal? Son preguntas que van a ser respondidas en el presente artículo.

2. Antecedente jurisprudencial y doctrinario

La utilización indebida, para si o para otro, de la mano de obra o del servicio público remunerado por el Estado es una figura delictiva que no ha sido desarrollada por nuestra legislación penal de manera taxativa, únicamente, se ha trabajado en el ámbito jurisprudencial y doctrinal, por ejemplo: En el caso Belaunde Lossio, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú (2015) habría reconocido dicha figura delictiva en la resolución que resuelve la extradición activa n.º 26-2015, bajo el título de peculado por utilización de caudales, equiparando la mano de obra o el servicio público al concepto de «caudales» (pp. 16-17)¹.

1 Según el pronunciamiento de la Corte Suprema, se le atribuía a Martín Belaunde Lossio «(...) haber recibido y aprovechado recursos humanos del Proyecto Especial Chincas en «La Centralita», bajo la fachada de ILIOS Producciones SAC, como fue el caso de Juan Carlos Barrios Ávalos y Julio César Minchola Chumioque, quienes prestaron servicios de manera particular para los fines de la organización delictiva, bajo las órdenes de Jorge Burgos Guanilo, y este a su vez de Martín Belaunde Lossio, no obstante tener la condición de personal contratado y remunerado por el Proyecto Especial Chincas, enviadas para tal efecto por el entonces Gerente del proyecto especial en cuestión Arnulfo Moreno

Y precisamente, uno de los defensores de esta tesis es el abogado Julio Rodríguez Vásquez (2015), quien en un comentario jurisprudencial realizado —para IDEHPUCP— a la referida resolución de Extradición Activa n.º 26-2015, de fecha 17 de marzo de 2015, respecto a la imputación consistente en el «aprovechamiento de recursos humanos» por parte del señor Martín Belaúnde Lossio en su condición de cómplice secundario, ha sostenido que según la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema el elemento típico «caudales públicos» del delito de peculado por utilización comprendería también la mano de obra de los funcionarios públicos, es decir, dicho órgano jurisdiccional habría acogido la tesis de que el funcionario público puede cometer el delito de peculado a través del uso indebido de la mano de obra de los servidores públicos a su cargo (p. 9).

Aunque, los miembros de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema no lo han mencionado expresamente, lo que el autor intenta es explicar que en dicha resolución se ha reconocido —implícitamente— que el aprovechamiento de los recursos humanos de una entidad pública —o si se quiere decir de otro modo, la utilización indebida del trabajo o mano de obra de un funcionario o servidor público— configura el delito de peculado doloso en su modalidad de utilización, y equipara a este «recurso humano» con el objeto material del delito «caudal público».

Si aún no encontramos explicación a esta postura, la pregunta que sigue es ¿Cuál es el fundamento del autor para sostenerla? Pues, «si se entiende que el caudal público es un recurso con valoración económica que se encuentra a disposición de la administración pública, entonces, la mano de obra se puede interpretar como tal» (Rodríguez, 2015, p. 12)². El suscrito considera que dicha postura está errada, toda vez que, no puede sostenerse que dentro el concepto de «caudales públicos» se entienda a los recursos humanos, sean funcionarios o servidores públicos, tal como será expuesto más adelante.

3. Vulneración del principio de legalidad

No obstante, el problema no queda ahí, el análisis doctrinario de este autor surgió a partir de una interpretación jurisprudencial realizada por la Corte Suprema, entonces ¿Podría siquiera considerarse que dicho pronunciamiento ha sido el adecuado? Bien, a nuestro entender, una interpretación de esa

Corrales... El aporte de Martín Belaunde consiste en haber recibido a estas personas para que trabajaran en dicho establecimiento organizado y dirigido por él, y administrado por Jorge Burgos Guanilo, mientras seguían teniendo la condición de trabajadores públicos».

- 2 A mayor abundamiento, el autor nos dice: «El funcionario que utiliza la mano de obra de un servidor público, que está a su cargo, para satisfacer intereses privados, está realizando un comportamiento inmerso en la prohibición contenida en el artículo 387°. Ello en la medida de que dicho comportamiento pone en peligro el rol legal y prestacional de la administración pública, toda vez que impide que un recurso (la mano de obra del trabajador) cumpla sus fines establecidos».

naturaleza vulnera uno de los principios pilares del derecho penal, el de legalidad, recogido en el artículo II del Título Preliminar de nuestro Texto Punitivo, de cuyo contenido se desprende que, nadie puede ser sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la ley vigente al momento de su comisión (Actualidad Penal, mayo 2022, p. 45). ¿Y por qué decimos aquello?, pues, el delito de peculado doloso no recoge este supuesto de hecho, y tampoco lo hacen los otros tipos penales de este capítulo. Lo que aquí habría sucedido es una interpretación extensiva de este tipo penal, lo cual, se hizo sin tener en cuenta que, las normas que restringen derechos deben ser interpretadas restrictivamente.

De ahí, se entiende que es evidente la existencia de un vacío en la norma penal que merece ser superado, más aún, cuando hechos irregulares de esta naturaleza son comunes en los distintos sectores de la administración pública, altos funcionarios utilizan la fuerza de trabajo del obrero o el trabajo intelectual del servidor público para sus fines particulares, es decir, para beneficio propio o de terceros, por ejemplo: La construcción de una casa en los días y horas que deberían estar prestando servicio al Estado, tal como ocurrió con dos obreros del programa «Trabaja Perú», en el año 2012, quienes percibían una remuneración por parte del Estado, mientras construían la casa de campo del director de la Dirección Regional de Transportes de Ucayali, lo que, en definitiva, genera un perjuicio económico a la administración pública; pero aun así, esta problemática no ha sido trascendente para que los legisladores lo tomen en cuenta y decidan legislar sobre la materia, empero, para dar sustento a nuestra postura, corresponde analizar la concepción actual del delito de peculado doloso.

4. Alcances del delito de peculado doloso

En principio, el artículo 387° del Código Penal establece que:

El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años. (p. 237)

De ahí, entendemos que este delito —en su descripción típica— presenta dos verbos rectores: «Apropiar» o «utilizar», los cuales, en buena cuenta, constituyen la modalidad en la que el agente debe desarrollar su conducta para configurar el ilícito penal; pero la discusión aquí se centra en analizar si el concepto «aprovechamiento indebido de recursos humanos» puede enmarcarse en la modalidad de peculado doloso por utilización de caudales.

Entonces, ¿en qué consiste el peculado por utilización? Esta modalidad delictiva «se configura cuando el agente usa, emplea, aprovecha, disfruta o

se beneficia de los caudales o efectos públicos, sin el propósito de apoderarse del bien» (Salinas, 2016, p. 366). A diferencia del peculado por apropiación, aquí no hay una intención de apartar el bien de manera permanente de la esfera de custodia de la administración pública, sino, consiste, únicamente, en efectuar actos de disposición o aprovechamiento personal, mediante el uso o utilización temporal del bien, sea caudal o efecto, con la inmutable condición de que estos le hayan sido confiados por razón del cargo. El uso temporal supone que una vez utilizado el bien este debe ser devuelto a la esfera de protección administrativa (Enco, 2022, p. 118); de lo contrario, se configuraría el supuesto de apropiación, nótese que ambos supuestos de hecho son excluyentes.

5. Objeto material del delito de peculado doloso

Según está establecido en el artículo 387 de Código Penal peruano, los objetos materiales del delito son los caudales o efectos cuya administración, percepción o custodia le hayan sido confiadas al funcionario o servidor público por razón de su cargo; son estos objetos sobre los cuales recae la conducta reprochable del agente. Ahora ¿que entendemos por caudales y efectos?

Al respecto, Carlos Creus (1998) sostiene que el concepto *caudales*, según la doctrina civil argentina, comprende toda clase de bienes dotados de valor económico; en tanto que, los efectos vendrían a ser los documentos de crédito (valores en papel, títulos, sellos, estampillas) emanados del Estado, que representan un valor económico y son negociables (p. 283). Este concepto también ha sido recogido por Arismendiz (2018).

No obstante, según los autores Álvarez y Huarcaya (2018), suponer que los caudales son bienes en general de contenido económico, implicaría incorporar en ese concepto a todos aquellos objetos que representan un valor patrimonial público, incluido los títulos valores negociables (p. 214), dando entender que tanto caudales como efectos tienen el mismo significado.

Por su parte, Donna (2011) menciona que no hay discusión sobre el concepto de caudales públicos, pues, este comprende toda clase de bienes, y no se reduce únicamente al dinero (p. 297). Por su parte, Rojas (2007), recoge una noción amplia de «caudales», y los define como «el dinero y los bienes materiales fiscalizados, aprehensibles o reconducibles, como también los bienes inmuebles» (p. 497).

De otro lado, el profesor García (2022) hace notar que actualmente existen debates respecto a incluir «la prestación de servicios del empleado público» como objeto material del delito de peculado, como una expresión de «caudal público», e indica que, para los que asumen una postura cerrada, la respuesta sería negativa, por cuanto, un servicio no es una cosa; sin embargo, para los que

asumen un enfoque amplio, la respuesta sería positiva, pues, la concepción del objeto material del delito estriba esencialmente en su valor económico, y la prestación de servicios también es cuantificable económicamente (p. 900).

No obstante, con los conceptos mayoritarios que se han recogido líneas arriba resulta evidente que la fuerza laboral no puede comprenderse dentro de la definición de caudales, aquella, únicamente, está relacionada a los bienes en general con contenido patrimonial.

6. La necesidad de legislar sobre la utilización de la mano de obra en el delito de peculado

Entonces, la finalidad de este artículo consiste en demostrar que, en definitiva, existe un vacío en la legislación penal peruana, al no haber norma expresa e inequívoca que sancione penalmente al funcionario público que utilice, para fines ajenos al servicio, la mano de obra o el trabajo intelectual del servidor público, sea en beneficio propio o de terceros; pues, a partir del desarrollo conceptual del principio de legalidad, se puede inferir que no resulta posible homologar el concepto de caudal público a la mano de obra remunerada del servidor público, tal como así, equivocadamente, lo ha desarrollado la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia (2015), en el Cuaderno de Extradición Activa n.º 26-2015 -Caso Belaunde Lossio; y, por consiguiente, existe esa necesidad de incorporar legislativamente como delito independiente —del peculado doloso— el peculado por utilización de la mano de obra del servidor público.

Para sostener esta postura, se realizó un análisis del derecho comparado, la doctrina, así como la legislación penal argentina, en cuyo segundo párrafo del artículo 261º de su texto punitivo (1984) establece que: «será reprimido con la misma pena el funcionario que empleare en provecho propio o de tercero, trabajos o servicios pagados por una administración pública» (pp. 63-64). Del contenido de esta norma, se entiende que se ha acogido como una de las modalidades delictivas al peculado de trabajos y servicios, el cual consiste en la utilización, en provecho propio o de tercero, del trabajo o servicios pagados por la administración pública.

Este análisis comparativo nos permitió concluir cuán importante es incorporar en nuestro ordenamiento penal esta figura delictiva, vigente en otras legislaciones, precisamente, debido a la necesidad de sancionar punitivamente tales conductas reprochables, que poco a poco, han ido tomando protagonismo en los distintos sectores gubernamentales; pues, en nuestro país, hemos tenido noticia de congresistas, gobernadores, directores y otros personajes de la política peruana que habrían estado involucrados en estos actos irregulares, quienes aprovechando la jerarquía funcional que

ejercen sobre los demás servidores públicos de la entidad estatal, utilizan los servicios que estos deberían prestar al Estado para sus fines particulares, es decir, desvían las funciones o labores que debe prestar el personal hacia otras tareas ajenas al servicio.

7. Materiales y métodos

Respecto a la metodología utilizada en el presente artículo, es preciso mencionar que este ha sido abarcado en el plano normativo del derecho, el mismo que nos permitió desarrollar nuestra labor teniendo en cuenta la existencia de problemas respecto a la potestad punitiva del Estado, con la consecuente necesidad de regular legislativamente un vacío normativo, a partir de la interpretación correcta sobre los alcances del delito de peculado doloso por utilización de caudales, que no necesariamente se equipara a la utilización indebida de los trabajos o servicios remunerados por la administración pública, el cual no se encuentra regulado en la norma penal.

Para ello, se ha planteado la investigación desde un enfoque cualitativo, el cual, se fundamenta en una perspectiva interpretativa centrada en el cabal entendimiento del significado de los fenómenos sociales, en virtud del cual, se buscó describir la importancia de nuestro objeto de estudio y la viabilidad del mismo, que consiste en demostrar la necesidad de incorporar en la legislación penal el delito de peculado por utilización de mano de obra, explicando la postura doctrinaria actual de este ilícito, a partir del análisis del derecho interno y derecho comparado, así como el análisis jurisprudencial de los casos que fueron puestos a consideración, con el fin de llegar a la construcción de un nuevo esquema normativo donde tenga cabida el delito de peculado de trabajos o servicios, o dicho de otro modo, el peculado por utilización de mano de obra. Para ello, el instrumento principal utilizado ha sido el estudio de los casos.

8. Resultados

El proceso de redacción del artículo ha significado la recolección y procesamiento de información relacionada a la doctrina y jurisprudencia del derecho penal peruano y comparado; la búsqueda de la información se ha realizado en libros y revistas sobre la materia, entre las cuales, se halló lo siguiente:

Postura doctrinaria y jurisprudencial actual

En principio, de acuerdo con la tesis asumida por el profesor Rojas (2016), el Código Penal peruano no ha recogido el peculado por aprovechamiento de trabajos o servicios remunerados por la administración pública (pp.

234-235). Por su parte, el autor Martínez (2021) se ha manifestado respecto a la imposibilidad de enmarcar en el delito de peculado doloso cuando un funcionario o servidor público realiza actividades particulares a favor de un superior jerárquico, en horarios de trabajo, lo cual, según su parecer, se debería ventilar en el ámbito administrativo sancionador (pp. 128-129).

Mientras que, otro sector de la doctrina señala que la mano de obra puede ser considerada como caudal público, entendiendo por dicho concepto a todo recurso con valoración económica que se encuentra a disposición de la administración pública (Novoa, 2015, p. 111). Con ello, se infiere que no es pacífica la doctrina nacional para acoger este concepto delictivo de peculado por utilización de mano de obra remunerada por el Estado.

De otro lado, y tal como se ha advertido en la parte introductoria de este estudio, también se han analizado diversos pronunciamientos judiciales, con el fin de comprender la postura asumida por los órganos jurisdiccionales respecto al tema que nos ocupa, como son: El pronunciamiento emitido en el Cuaderno de Extradición Activa n.º 26-2015, por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia, que equipara la figura «mano de obra» al concepto caudales.

Así también, se tuvo ocasión de conocer la sentencia del 10 de julio de 2018, emitida por el Tercer Juzgado Unipersonal de Coronel Portillo, recaída en el Expediente n.º 2928-2016-45-2402-JR-PE-03, seguida contra Eduardo Mera Tenazoa, Director Ejecutivo del Proyecto Especial «Carretera Federico Basadre», a quien se le imputaba «haber utilizado para sí los materiales que le fueron asignados para el citado proyecto, y con ese fin, ordenó a cuatro trabajadores que se apersonaran a su vivienda a realizar trabajos que no eran compatibles con el proyecto al cual fueron asignados» (p. 1). En este caso, la tesis postulada por el Ministerio Público fue la de subsumir la conducta del imputado en el delito de peculado doloso en la modalidad de utilización de caudales, con el argumento de que utilizar la fuerza laboral de los trabajadores del Proyecto Especial suponía la utilización de caudales; sin embargo, el juez, luego del debate oral, adecuó la imputación fiscal al delito de concusión, y lo condenó.

¿Cuál fue el fundamento del juez para rechazar la postulación del fiscal? Pues, este realizó un análisis de la definición de «caudal» a partir de lo establecido en la doctrina y legislación vigente en el país; en un primer momento, recogió lo explicitado en el Acuerdo Plenario n.º 4-2005/CIJ-116, que desarrolló la definición y estructura típica del delito de peculado, en cuyo literal «e» del séptimo fundamento se define a los «caudales» como bienes en general de contenido económico, incluido el dinero; en segundo término, también ha indicado que en el Código Civil, en el Libro V de Derechos Reales,

ninguno de los artículos, ni remotamente conceptualiza como ‘bienes’ la fuerza de trabajo de una persona; y por otro lado, el juez hizo referencia a que en los artículos 37 y 38 del Decreto Legislativo 728, Ley de Fomento del Empleo para la actividad privada, el trabajo constituye «toda prestación de servicios remunerados y subordinados», «prestados en forma personal y directa solo por el trabajador como persona natural» (Tercer Juzgado Unipersonal de Coronel Portillo, 2018, pp. 6-7).

Entonces, resulta clara la concepción establecida por el juzgador de que no puede considerarse como «caudal» al recurso humano o la fuerza de trabajo de un funcionario o servidor público, toda vez que esta figura tiene connotación patrimonial, tal como así ha concluido en la sentencia analizada.

Dicho aquello, es obvio que actualmente, en la doctrina y jurisprudencia penal peruana, no existe un tratamiento pacífico respecto al concepto de «utilización indebida de la mano de obra» o «aprovechamiento de trabajos o servicios remunerados por la administración pública» como supuesto de hecho configurativo del delito de peculado, es más, tampoco ha sido abarcado de manera suficiente por los especialistas en la materia; situación aquella que trae como consecuencia que los operadores de justicia traten de llenar el vacío existente, subsumiendo, en algunos casos, sin el menor análisis, en el mismo tipo penal de peculado por utilización de caudales, y, en otros, enmarcando esta conducta ilícita en el delito de concusión; por lo que, es menester y urgente que se incorpore esta modalidad delictiva a nuestro ordenamiento penal, pero para dar sustento a nuestra postura, corresponde analizar la concepción actual del delito de peculado doloso.

9. Discusión

Bien, hasta ahora, tenemos diversas posturas respecto al tema que nos ocupa; por un lado, se considera que la utilización indebida de la mano de obra del servidor público se equipara al concepto de «caudales», y, por ende, este hecho ilícito muy bien se puede subsumir en el artículo 387 del Código Penal (Guimaray et al., 2015, p. 111); de otro lado, hay quienes sostienen que la figura de la utilización indebida de la mano de obra no sería más que una mera infracción administrativa (Martínez, 2021, pp. 128-129).

Al respecto, como ya lo hemos sostenido anteriormente, consideramos que la utilización de la mano de obra no puede constituirse dentro del concepto de «caudales» recogido en el tipo penal de peculado doloso; pues, de lo esbozado en líneas precedentes, se puede inferir que la concepción actual que tiene el término «caudal» es, básicamente, la de bienes de contenido económico, como los muebles e inmuebles y dinero.

Dicho lo anterior, traemos a colación lo sostenido por el abogado Julio Rodríguez Vásquez (2015), en el comentario jurisprudencial realizado -para IDEHPUCP- a la mencionada resolución de Extradición Activa n.º 26-2015, de fecha 17 de marzo de 2015, respecto a la imputación, hacia el señor Martín Belaunde Lossio, consistente en el «aprovechamiento de recursos humanos»; dicho autor considera que el elemento típico ´caudales públicos´ del delito de peculado por utilización comprendería también la «mano de obra de los funcionarios públicos» o, dicho de otro modo, el «aprovechamiento de recursos humanos».

Esta postura no es de recibo por el suscrito, precisamente, debido a que la concepción actual de «caudales públicos» no alcanza al término «recursos humanos», pues, los primeros son considerados bienes de contenido patrimonial, y, por tal, no se puede equiparar al recurso humano. En consecuencia, los actos irregulares que tienen por naturaleza el aprovechamiento indebido de los recursos humanos para fines particulares por parte de un funcionario público de jerarquía, a pesar de ser hechos penalmente relevantes, hasta este momento no tienen reproche penal en nuestro ordenamiento jurídico, y cualquier pronunciamiento que se haya emitido en ese sentido, por los órganos jurisdiccionales de las distintas instancias, constituye una interpretación antojadiza de la norma penal, una interpretación extensiva, lo que, a su vez, vulnera el principio de legalidad, pues, jurisprudencialmente, se habría establecido como conducta punible a hechos que no están previstos como tal, cuando lo correcto es que solo a través del procedimiento desarrollado por el Poder Legislativo se pueden emitir normas que contemplen sanciones punitivas hasta ahora no previstas (Reyna, 2016, p. 55).

10. Conclusión

- a) Actualmente, no existe tipo penal que proteja a la administración pública del aprovechamiento indebido de los recursos humanos, por parte de los funcionarios públicos, cuando estos utilizan para fines ajenos al servicio la fuerza de trabajo de los servidores públicos, durante la jornada laboral.
- b) No es adecuado equiparar la figura del «aprovechamiento indebido de recursos humanos» al concepto de «utilización de caudales públicos».
- c) Constituye una infracción al principio de legalidad sostener que la figura del «aprovechamiento indebido de recursos humanos» puede ser interpretada como «utilización de caudal público».

- d) Se ha demostrado que existe la necesidad de incorporar legislativamente el delito de peculado de mano de obra como delito independiente, el cual, se materializaría cuando el funcionario público utiliza, en provecho propio o de tercero, el trabajo o servicios pagados por la administración pública, desafectándolo de los destinos a los que estaban determinados, para que realicen servicios particulares a su favor o de terceros; ello, con el fin de evitar la impunidad en tales conductas reprochables.
- e) No constituye infracción administrativa cuando el funcionario público utiliza indebidamente, para fines ajenos al servicio, la mano de obra del servidor público, sino, es un hecho penalmente relevante.

Referencias

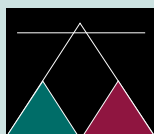
- Actualidad Penal. (2022). *Código Penal & Nuevo Código Procesal Penal* (5.ª ed.). Instituto Pacífico.
- Álvarez, J., y Huarcaya, B. (2018). *Delitos contra la Administración Pública. Análisis dogmático, tratamiento jurisprudencial y acuerdos plenarios*. Gaceta Jurídica.
- Arismendiz, E. (2018). *Manual de delitos contra la administración pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Instituto Pacífico SAC.
- Creus, C. (1998). *Derecho Penal Parte Especial* (6.ª ed., Vol. II). Astrea.
- Donna, E. (2011). *Derecho Penal Parte Especial* (Vol. III). Rubinzal - Culzoni Editores.
- Enco, A. (2022). *Los delitos de corrupción en el Perú. Un enfoque desde la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción* (2.ª ed.). Gaceta Jurídica S.A.
- García, E. (2022). *Delitos contra la administración pública cometidos por Funcionarios o servidores públicos* (Vol. II). Iustitia SAC.
- Guimaray, E., Novoa, Y., Rodríguez, J., y Torres, D. (2015). *Manual sobre delitos contra la administración pública*. IDEHPUCP.
- Martínez, R. (junio de 2021). Delito de Peculado. *Gaceta Penal y Procesal Penal*(144), 117-139.
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. (21 de diciembre de 1984). *Sistema Argentino de Información Jurídica*. <http://www.saij.gob.ar/buscador/codigos>
- Reyna, I. (2016). *Derecho Penal Parte General. Temas claves*. Gaceta Jurídica S.A.
- Rodríguez, J. (17 de marzo de 2015). *Instituto de Democracia y Derechos Humanos - PUCP*. IDEHPUCP: <https://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2012/07/BOLETIN-MARZO.pdf>
- Rojas, F. (2007). *Delitos contra la Administración Pública* (4.ª ed.). Grijley.
- Rojas, F. (2016). *Manual operativo de los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos* (1.ª ed.). Nomos & Thesis.

Sala Penal Permanente. (17 de marzo de 2015). Cuaderno de Extradición n.º 26-2015. <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/563b2f00491a7f2d9fcbff9278204f49/Ext+Act+26-2015.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=563b2f00491a7f2d9fcbff9278204f49>

Salinas, R. (2016). *Delitos contra la Administración Pública* (4.ª ed.). Grijley.

Tercer Juzgado Unipersonal de Coronel Portillo, U. (10 de julio de 2018). *Poder Judicial*. <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/e742a100493b12a99ea8debf57d8ec47/2928-2016-45-2402-JR-PE-03.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=e742a100493b12a99ea8debf57d8ec47>

RETOS de la
magistratura
en temas
de DERECHO
PROCESAL PENAL



ACADEMIA DE
LA MAGISTRATURA

REVISTA DE INVESTIGACIÓN DE LA ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA

Vol. 4, n.º 7, julio-diciembre, 2022
Publicación semestral. Lima, Perú.
ISSN: 2707-4056 (en línea)
DOI: 10.58581/rev.amag.2022.v4n7.07



Audiencias penales y nueva normalidad en la sede central de la Corte Superior de Justicia de Cusco

**Criminal hearings and the new normality at the
central headquarters of the Superior Court of
Justice of Cusco**

Anibal Abel Paredes Matheus*

Corte Superior de Justicia de Cusco

(Cusco, Perú)

aparedesm@pj.gob.pe

<https://orcid.org/0000-0003-3089-1134>

Resumen: El proceso penal peruano gobernado por el sistema acusatorio se desarrolla en torno a audiencias presenciales regidas por los principios de oralidad, publicidad, contradictoriedad e inmediatez que permiten a su conclusión la adopción de la respectiva decisión. Estas notas esenciales debieron dar un vuelco a partir del 15 de marzo de 2020, cuando el Supremo Gobierno debido a la propagación del COVID-19 dispuso el aislamiento social obligatorio. Ello motivó que el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial y los propios magistrados, implementen una serie de medidas administrativas con el propósito que las audiencias se desarrollen de manera virtual en busca

* Juez superior titular de la Corte Superior de Justicia de Cusco.

de dar continuidad al servicio de justicia. La presente investigación tiene como propósito identificar aquellas buenas prácticas, explicar la forma de su implementación y su repercusión en el desarrollo efectivo de las audiencias virtuales como sustento de su permanencia en post pandemia y en el afán de que perduren en el tiempo. Para su desarrollo se ha tenido como campo de acción los Juzgados de Investigación Preparatoria, Juzgados Unipersonales, Juzgados Colegiados y Salas Penales de Apelación de la sede central de la Corte Superior de Justicia de Cusco; aplicando al efecto una metodología mixta (cuantitativa y cualitativa), sobre la base de la información estadística recabada, el diálogo constante con fiscales, abogados y público en general, así como la observación directa puesta en práctica con ocasión del ejercicio de la función jurisdiccional, la experiencia de sus pares y la del propio autor levantada respecto a la efectividad de las audiencias virtuales. Los resultados obtenidos demuestran que la implementación de las audiencias virtuales, evitaron la propagación del virus entre operadores y litigantes y definitivamente, que el servicio de justicia quede paralizado; advirtiéndose como conclusiones buenas prácticas que por su trascendencia deben permanecer en el tiempo.

Palabras clave: audiencias presenciales, audiencias virtuales, sistema integrado de justicia, VPN, mesa de partes electrónica, firma electrónica, notificación electrónica, digitalización de expedientes.

Abstract: The Peruvian criminal process governed by the accusatory system, is developed around face-to-face hearings governed by the principles of orality, publicity, contradiction and immediacy that allow the adoption of the respective decision at its conclusion; essential notes that should have turned around as of March 15, 2020, when the Supreme Government, due to the spread of COVID-19, ordered mandatory social isolation. This motivated the Executive Council of the Judiciary and the magistrates themselves to implement a series of administrative measures with the purpose that the hearings take place virtually in search of giving continuity to the service of justice. The purpose of this research is to identify those good practices, explain the way of their implementation and their impact on the effective development of virtual audiences as a support for their permanence in post-pandemic and in the desire for them to last over time. For its development, the field of action has been the Preparatory Investigation Courts, Unipersonal Courts, Collegiate Courts and Criminal Courts of Appeal of the Central Headquarters of the Superior Court of Justice of Cusco; applying for this purpose a mixed methodology (quantitative and qualitative), based on the statistical information collected, constant dialogue with prosecutors, lawyers and the general public, as well as direct observation put into practice on the occasion of the exercise of the jurisdictional function, the experience of their peers and that of the author himself raised regarding the effectiveness of

virtual hearings. The results obtained show that the implementation of virtual hearings prevented the spread of the virus between operators and litigants and definitively, that the justice service is paralyzed; warning as good practice conclusions that due to their transcendence must remain in time.

Key words: hearing, face-to-face hearings, virtual hearings, integrated justice system, VPN, electronic parties table, electronic signature, electronic notification, digitalization of files

RECIBIDO: 14/11/2022

REVISADO: 15/12/2022

APROBADO: 26/12/2022

FINANCIAMIENTO: Autofinanciado

1. Introducción

La pandemia afectó al mundo entero en todos sus ámbitos y en particular al servicio de justicia; por ello, sin temor se dice que «El COVID-19 trajo un gran reto a la administración de justicia que, como pilar de la democracia, debe seguir funcionando, la virtualidad nos obligó a implementarla de un día a otro con motivo del aislamiento social obligatorio» (Alvarado, 2021). La pandemia aún no tiene fecha de expiración; tan es así que, actualmente atravesamos por una cuarta ola cuya tasa de mortalidad es mínima porque la mayoría de la población ya fue inmunizada, viviendo en tiempos de una nueva normalidad con medidas sanitarias más relajadas.

Esta nueva realidad originó que el Presidente de la Junta Nacional de Decanos de los Colegios de Abogados del Perú, recogiendo el sentir de sus pares, exija al Consejo Ejecutivo del Poder Judicial el retorno a la presencialidad en todos los actos procesales, pedido que fue acogido por Resolución Administrativa n.º 000196-2022-CE-PJ del 30 de mayo de 2022, vigente a partir del 1 de junio del presente, a excepción de magistrados y personal vulnerable.

Según Castillo y Zelada (2021), pese a que en las audiencias virtuales «es posible que las partes y abogados, puedan ofrecer sus testimonios cuyas declaraciones permitirán que el juzgador busque la verdad material del proceso y de esta manera declarar el derecho y solucionar el conflicto de intereses», la decisión administrativa adoptada ha motivado que actualmente en las audiencias penales programadas se exija la presencia física de las partes y, por ende, que las buenas prácticas implementadas con motivo de las audiencias remotas en tiempos de pandemia vayan quedando de lado.

El inicial aislamiento social obligatorio y la actual nueva normalidad no ha impedido que el proceso penal se lleve adelante a través de audiencias virtuales; «entonces, queda claro, por un lado, que no se está afectando el principio de inmediación y, por otro, que la justicia no se puede paralizar y el uso

de la tecnología es fundamental para superar estas difíciles circunstancias» (Limaylla, 2021). Por ello, el presente artículo pretende identificar las buenas prácticas implementadas en tiempos de pandemia que permitieron que el Estado no deje de brindar el servicio de justicia en materia penal, rescatar sus virtudes, corregir sus defectos y proponer que trasciendan en el tiempo, en el afán de favorecer el desarrollo de las audiencias en general, optimizar el servicio de justicia y sentar las bases para la implementación del Expediente Judicial Electrónico (EJE).

Para materializar este trabajo, fue necesario abordar temas centrales como: El sistema de audiencias judiciales en materia procesal penal, los principios que lo gobiernan, las tecnologías de la información y comunicación aplicadas a los procesos penales, entre otros.

Posteriormente se abundó en el material y los métodos utilizados para su redacción, estableciéndose los dos únicos objetivos de la investigación; luego se abordó detalladamente el contenido, tanto de la información oficial como de las entrevistas informales verificadas; datos trascendentales que permitieron abordar los resultados, proceder a su discusión, formular las conclusiones y proponer recomendaciones, todo lo cual queda explicado en líneas posteriores.

Existen artículos que abordan el tema enfocado solo en tiempos de pandemia, cuyo contenido es genérico y empírico; a diferencia de esta investigación que es objetiva por la metodología mixta empleada y porque busca que las buenas prácticas focalizadas trasciendan en el tiempo, cuyo contenido puede ser considerado por jueces, fiscales, abogados y público litigante en el día a día con ocasión de la realización de las diferencias audiencias penales e inclusive servir de fuente para la emisión de normas administrativas que busquen implementarlas, porque se sustenta en casos reales abordados en el ejercicio de la función jurisdiccional, datos estadísticos e información levantada tanto en tiempos de aislamiento social obligatorio como en el período identificado como nueva normalidad.

2. Temas centrales

Para el mejor entendimiento del presente trabajo, desarrollo los temas siguientes:

2.1. Audiencia

Es el acto jurídico procesal que se pone de manifiesto ante un tribunal de justicia y en presencia del juez, quien para tomar la correspondiente decisión opta previamente por escuchar a las partes. Se dice también que una audiencia «es aquel escenario procesal por excelencia donde concurren los sujetos procesales y el Juez, para debatir, contradecir y decidir oralmente

los requerimientos fiscales o solicitudes» (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2014).

El Código Procesal Penal de 2004 reconoce a las audiencias como una herramienta para conocer, debatir y resolver los correspondientes pedidos en todas las etapas del proceso; pudiendo clasificarse desde la óptica de la presencia de las partes en facultativas y obligatorias.

Las primeras se rigen por el trámite previsto en el artículo 8 y se realiza con quienes concurran a la misma, como ocurre en los casos de las excepciones, cuestiones previas y cuestiones prejudiciales; mientras que las obligatorias requieren la presencia no solo del Fiscal, sino también de la defensa, como por ejemplo en la audiencia de incoación del proceso inmediato e inclusive en algunas se exige la presencia del procesado como para la audiencia de juzgamiento, generando en la práctica que pese a ser una audiencia inaplazable, la ausencia de cualquiera de ellos impida su instalación; siendo excepcional la emisión de una resolución sin audiencia como se da en los casos del levantamiento del secreto tributario y de las comunicaciones o de allanamiento de domicilio.

Se entiende por principios procesales a «las construcciones jurídicas normativas que no se expresan como los conceptos – realidades objetivas, sino como ideas generales obtenidas por abstracción y que se vuelven sobre las normas para ofrecer de ellas una visión unitaria, orgánica y sistematizada» (Peyrano, 2004). Las que preponderantemente gobiernan la realización de las audiencias conforme a los artículos 1.2 del Título Preliminar del Código Procesal Penal son:

Oralidad, principio que permite que «los actos procesales sean realizados de manera hablada, elemento que ha reducido las piezas escritas a las estrictamente indispensables, normalmente en audiencia» (Riofrío, 2018).

Publicidad, principio que «hace mención a la posibilidad de que el desarrollo del juicio penal sea abierto al público, salvo casos de exclusión; con este principio se garantiza la transparencia del órgano jurisdiccional» (Cruz, 2020).

Contradicción, principio que «consiste en el recíproco control de la actividad procesal y la oposición de argumentos y razones entre los contendientes sobre las diversas cuestiones introducidas que constituyen su objeto» (Cubas, 2005).

A la lista desarrollada el artículo 356.1 del Código Procesal Penal agrega el **principio de inmediación** que importa la «exigencia de que el juzgador se haya puesto en contacto directo con las demás personas que intervienen en el proceso, sin que exista entre ellos elemento alguno interpuesto» (Montero,

2016); puede entenderse también como el principio procesal que exige que el juez con motivo de una audiencia programada, en presencia de las partes, se ponga en contacto directo con el material probatorio, con cuya valoración razonada, individual y en conjunto, define la controversia judicial.

En el caso de las audiencias de juicio oral, se reconoce también el **principio acusatorio**, expresándose que:

El primero no es más que uno de los principios configuradores del proceso acusatorio que regula aspectos bien específicos de éste, cuyo contenido se ciñe a la separación de la función de acusación de la de enjuiciamiento, funciones que deben ser atribuidas a órganos distintos, y por tal motivo la acusación –el objeto del proceso– ha de ser planteada en juicio por un sujeto distinto del juez. (Rodríguez, 2020)

En cuanto a su instalación, el artículo 369.1 del Código Procesal Penal refiere que la audiencia «solo podrá instalarse con la presencia obligatoria del Juez Penal o, en su caso, de los Jueces que integran el Juzgado Penal Colegiado, del Fiscal y, con las prevenciones fijadas en el artículo 366, del acusado y su defensor»; el artículo siguiente detalla la ubicación de las partes, refiriendo que:

1. El Juez Penal tendrá a su frente al acusado; a su derecha, al Fiscal y al abogado de la parte civil; y a su izquierda al abogado defensor del acusado. 2. Los testigos y peritos ocuparán un ambiente contiguo a la Sala de Audiencias.

A su turno el artículo 119-A expresa que: «1. La presencia física del imputado es obligatoria en la audiencia del juicio oral, conforme al inciso 1) del artículo 356, así como en aquellos actos procesales dispuestos por ley»; mientras que el inciso 2 del mismo numeral, contiene una excepción a la presencialidad de la audiencia que opera a pedido del fiscal, del imputado o por disposición del juez cuando se reconoce que «podrá utilizarse el método de videoconferencia en caso de que el imputado se encuentre privado de su libertad y su traslado al lugar de la audiencia encuentre dificultades por la distancia o porque existe peligro de fuga» y finalmente el artículo 381.2 reconoce que si los peritos y testigos «se encuentran en lugar distinto al del juicio, el juez se trasladará hasta el mismo o empleará el sistema de videoconferencia, en el primer supuesto los defensores podrán representar a las partes». De las normas invocadas, fácilmente se concluye que para la realización de las audiencias de juzgamiento la regla general es la presencia física de los convocados y solo por excepción parte de ella puede realizarse mediante videoconferencia.

Sobre el particular, mucho antes del inicio de la pandemia, en el fuero constitucional se expresaba lo siguiente:

Sobre el sistema de videoconferencia

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

15. En dicha línea de modernización, se ubica el sistema de videoconferencia, que permite la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y sonido, así como la interacción visual, auditiva y verbal entre dos o más personas geográficamente distantes, en tiempo real, otorgando con ello un dialogo personal y directo entre los intervinientes. Estas características permiten a dicho mecanismo tecnológico constituirse en una forma de entrelazar de manera real a los intervinientes en una audiencia judicial, contribuyendo a la celeridad del proceso, en aquellos casos en los que la distancia no solo conspira contra el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable sino también con el adecuado ejercicio del ius puniendi estatal.

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

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

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

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

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

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

20. Corresponde analizar ahora si con el uso del sistema de videoconferencia se lesiona el principio de inmediación como elemento del derecho a la prueba. Al respecto, el Tribunal aprecia que el sistema de videoconferencia permite la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y sonido, en tiempo

real, sin obstaculizar la percepción sensorial que puedan tener las partes de las pruebas, admitiendo la interacción visual y auditiva. Por ende, este mecanismo tecnológico no puede ser rechazado por el hecho de que literalmente "no se encuentre presente físicamente" una persona, pues dicho sistema tiene el efecto de adecuar la audiencia de tal manera que puede considerarse al procesado presente activamente. En ese sentido, el Tribunal considera que su utilización no es incompatible con el principio de inmediación que informa al proceso penal. No obstante, el Tribunal considera que la utilización de la videoconferencia no debe ser la regla general sino una medida de empleo excepcional, en los términos que la ley procesal penal le asigna, y siempre que no impida la interacción directa, personal y cercana de un medio probatorio que tenga directa incidencia en cuestiones de hecho relacionadas a la declaración de inocencia o culpabilidad del procesado. Existirán algunos casos en los que su uso deberá ser excluido por existir la necesidad de la presencia física de las partes, lo cual se deberá evaluar en el caso concreto (Tribunal Constitucional, 2015)

Del mismo modo, en oportunidad anterior al inicio de la pandemia, la máxima instancia del Poder Judicial manifestó lo siguiente:

6.2.6 Conviene precisar que el uso de la videoconferencia, per se, no resulta incompatible con los principios de oralidad, publicidad, contradicción e inmediación (principios del juicio oral); antes bien, dicho medio tecnológico constituye una forma de entrelazar de manera real a los intervinientes en una audiencia judicial, contribuyendo a la celeridad del proceso en determinados casos. No obstante, su utilización -cuando corresponda- no puede significar la vulneración de garantías básicas del proceso penal, como sucede con el derecho de defensa; lo cual, se presentaría si no se permite que el acusado conferencie con su abogado defensor en el lugar donde se encuentre y/o que sea asesorado por el mismo. Contrariamente, un órgano jurisdiccional que garantiza el respeto de derechos procesales básicos como el referido, coadyuva a que la legitimidad de la video conferencia se optimice. (Sala Penal Permanente, 2016)

Las normas y decisiones mencionadas en párrafos precedentes permiten concluir que antes de la pandemia, la realización de las audiencias virtuales de juzgamiento, podían cobrar vigencia solo de manera excepcional; sin embargo, ya con ocasión del aislamiento social obligatorio dejaron de ser la excepción y se convirtieron en regla.

En efecto, en la práctica los procesos penales con reos en cárcel nunca paralizaron porque durante la última quincena y parte de abril de 2020, los magistrados de los juzgados y salas de emergencia verifican audiencias presenciales y ante el recrudecimiento de la pandemia se implementaron las audiencias virtuales vía la red social WhatsApp, teniendo como canal de comunicación los teléfonos celulares, así como los correos electrónicos, disponiéndose además la digitalización de todos los cuadernos cuyo archivo no solo fue remitido a los magistrados, sino también a la Fiscalía y a los abogados de las partes, facilitando la realización de las audiencias y la

resolución de casos, decisiones que fueron notificadas a las partes a su casilla electrónica que a aquella fecha funcionaba con toda normalidad.

Fue el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, que por Resolución Administrativa n.º 000123-2020-CE-PJ del 24 de abril de 2020, autorizó el uso de la Solución Empresarial Colaborativa Google Hangouts Meet para la comunicación de abogados y litigantes con los jueces y/o administradores y, por Resolución Administrativa n.º 000173 del 25 de junio de 2020, se aprobó el protocolo temporal para audiencias judiciales virtuales en todo tipo de procesos judiciales durante el período de emergencia sanitaria.

2.2. Tecnologías de la información y comunicación

Existen variados conceptos de los denominados TIC que permiten comprender el tema; sin embargo, el artículo 6 de la Ley 1341 de 2009 - Colombia, contiene uno atinado que refiere que «son el conjunto de recursos, herramientas, equipos, programas informáticos, aplicaciones, redes y medios; que permiten la compilación, procesamiento, almacenamiento, transmisión de información como voz, datos, texto, video e imágenes».

Por ello, se dice que:

Las audiencias virtuales constituyen hoy en día una muestra de la real expresión que viene ejerciendo la tecnología en el campo del proceso, respondiendo no solo a una exigencia coyuntural, sino también, a la necesidad concreta de resolver distintas situaciones como la inasistencia de las partes, las distancias, impedimentos físicos, entre otros, que tienen como común denominador la frustración de determinadas pruebas, así como la declaración testimonial, pericial o la declaración del imputado. (Rodríguez, 2020)

2.3. Correo electrónico

Denominado brevemente e-mail por su nombre en el idioma inglés. Se trata de una herramienta que permite el intercambio gratuito de mensajes entre personas, sin interesar en que parte del mundo se encuentran, haciendo uso del internet; mensajes que puede contener variada información que van desde escritos, fotografías, videos, sonidos, entre otros. Dependiendo del uso que se les dé, los correos electrónicos pueden ser personales, corporativos e institucionales.

Al inicio de la pandemia, se apeló a esto último, para que, respetando el distanciamiento social obligatorio decretado, hagan las veces de mesa de partes o centro de distribución general y permita el ingreso de requerimientos, disposiciones o todo tipo de pedidos presentados al órgano jurisdiccional por fiscalías y partes del proceso.

2.4. Mesa de partes electrónica

La tradicional Mesa de Partes llamada también Centro de Distribución General (CDG), propia de toda institución pública o privada que es la repartición donde se recepciona todo tipo de documentación alcanzada por los administrados, ha evolucionado a tono con la modernidad, globalización del mundo y la presencia de las Tecnologías de Información y Comunicación (TIC), para dar paso a la mesa de partes electrónica que es aquella herramienta que utilizando las bondades del internet permite la presentación de documentos a la respectiva entidad en cualquier momento.

Esa realidad no es ajena al Poder Judicial y es así que, en el marco de la implementación del expediente judicial electrónico, mucho tiempo antes de la pandemia, se ha dado luz verde a la mesa de partes electrónica inicialmente en las especialidades laboral, comercial y tributario y de mercado expidiendo al efecto la Resolución Administrativa n.º 005-2017.CE-PJ del 6 de enero de 2017, donde se explica que:

La implementación de una Mesa de Partes Electrónica (MPE), permitirá la presentación —a través del internet— de escritos y anexos, firmados digitalmente, generando ahorro de tiempo y eliminación de costos de traslado a las Mesas de Partes físicas, para los sujetos procesales que intervienen en un proceso judicial determinado. Por su parte, los órganos jurisdiccionales darán respuesta a cada uno de ellos, así como los respectivos pronunciamientos definitivos, expidiendo las correspondientes resoluciones de manera virtual; notificándolas electrónicamente.

Esta herramienta estaba siendo usada en el distrito judicial de Lima Cercado, Lima Norte, Cajamarca, Ventanilla y Tacna. Sin embargo, en tiempos de pandemia, en el afán que el servicio de justicia no paralice y se busque preservar la salud y vida de magistrados y servidores, se implementó a nivel nacional para la recepción de todo tipo de solicitudes.

2.5. Casilla electrónica

En términos generales, es posible afirmar que una casilla electrónica es una herramienta virtual creada por el Poder Judicial para que los operadores del derecho; estos son, fiscales, procuradores, abogados e inclusive justiciables, sean notificados con las decisiones tomadas por los jueces en un caso en particular.

2.6. Notificación electrónica

Es el acto de comunicación procesal en virtud del cual el órgano jurisdiccional pone en conocimiento de las partes de una controversia sometida a su conocimiento, el contenido de una resolución en la casilla electrónica previamente proporcionada. Los lineamientos para el diligenciamiento de

este tipo de notificaciones están contenidos en la Directiva n.º 006-2015-CE-PJ aprobada por la Resolución Administrativa n.º 260-2015-CE-PJ del 19 de agosto de 2015 y se materializa a través de un software denominado Sistema de Notificaciones Electrónicas (SINOE).

2.7. Firma electrónica

Acertadamente, la Universidad Autónoma del Estado de México (2021) manifiesta que:

la firma electrónica es un conjunto de datos electrónicos que acompañan o que están asociados a un documento electrónico y cuyas funciones básicas son:

Identificar al firmante de manera inequívoca

Asegurar la integridad del documento firmado. Asegura que el documento firmado es exactamente el mismo que el original y que no ha sufrido alteración o manipulación

Asegurar el no repudio del documento firmado. Los datos que utiliza el firmante para realizar la firma son únicos y exclusivos y, por tanto, posteriormente, no puede decir que no ha firmado el documento.

Posteriormente, se agrega en el portal web:

Para firmar un documento es necesario disponer de un certificado digital o de un DNI electrónico.

El certificado electrónico o el DNI electrónico contiene unas claves criptográficas que son los elementos necesarios para firmar. Los certificados electrónicos tienen el objetivo de identificar inequívocamente a su poseedor y son emitidos por Proveedores de Servicios de Certificación..

2.8. Digitalización de procesos y transformación digital

Sobre el particular, Molina (2022) afirma que:

La transformación digital implica al menos dos cosas. Primero transformar, y segundo hacerlo con el objetivo de adaptarse al mundo actual (al mundo digital). Se centra en la búsqueda de un crecimiento digital más rápido y eficiente.

La transformación digital marca una conversión radical de la forma en la que una empresa utiliza la tecnología, las personas y los procesos para cambiar fundamentalmente el rendimiento empresarial.

La digitalización se enfoca en el procesamiento de la información, mientras que la transformación digital busca el aprovechamiento del conocimiento.

La digitalización busca automatizar las operaciones y los procesos existentes y la transformación digital, cambiar la cultura de la empresa tanto en la forma en cómo se trabaja y en cómo se piensa.

La digitalización trabaja con sistemas y aplicaciones informáticas, y la transformación digital con tecnologías disruptivas.

2.9. Sistema Integrado Judicial (SIJ)

Por Resolución Administrativa n.º 245-2009-CE-PJ del 3 de agosto de 2009, se aprobó el Plan General de Implementación del Sistema Integrado Judicial de las Cortes Superiores de Justicia del país, presentado por la Gerencia de Informática de la Gerencia General del Poder Judicial, en cuyo anexo se define al SIJ como:

un sistema informático diseñado para dar soporte a las operaciones básicas que se realizan en los órganos jurisdiccionales en el trámite de los procesos judiciales y en las oficinas administrativas que dan apoyo a estos para un mejor cumplimiento de su función.

Ello no viene a ser sino el afianzamiento de la sistematización de los servicios de justicia que brinda este poder del Estado iniciado aún el año 1996 cuando se dispuso la construcción del primer sistema de información sobre la base de los datos que se registraba en el ya famoso libro Toma Razón; sistema que no solo alcanza al registro de la información sobre expedientes judiciales, sino también servicios judiciales como recaudaciones, notificaciones, condenas, requisitorias, asignación y control de peritos en un proceso judicial, registro de padres deudores alimentarios morosos (RDAM), entre otros.

2.10. Google Meet

Es un aplicativo de internet que pese a existir aún desde el 2013, solo cobro vigencia plena con motivo de la pandemia que azota al mundo, sobre el cual podemos afirmar que:

Google Meet antes conocida como Hangouts Meet, es la plataforma orientada a las videollamadas de Google. Permite realizar reuniones virtuales o presentaciones online, dentro del ámbito del teletrabajo o la educación por Internet y, tras los confinamientos por el COVID-19, también entre los usuarios particulares. Y es que Google Meet era, en principio, una app destinada a empresas y profesionales, que se incluye dentro de G Suite, unas herramientas de pago que la marca del buscador ofrece al mundo corporativo. También las pueden usar sin coste los colegios y universidades mediante G Suite for Education. Sin embargo, a causa de la pandemia de COVID-19 el uso de Meet ha sido gratis durante muchos meses, de manera que se ha popularizado a la hora de realizar todo tipo de videoconferencias, ya sean personales, reuniones de trabajo o clases online. (Regueira, 2020)

2.11. Virtual Private Network

Nombre inglés que traducido al español quiere decir Red Privada Virtual, conocido lacónicamente como VPN. Sobre esta herramienta se expresa que:

Una conexión VPN lo que te permite es crear una red local sin necesidad que sus integrantes estén físicamente conectados entre sí, sino a través de Internet. Es el componente "virtual" del que hablábamos antes. Obtienes las ventajas de la red local (y alguna extra), con una mayor flexibilidad, pues la conexión es a través de Internet y puede por ejemplo ser de una punta del mundo a la otra. (Bautista, 2021)

3. Material y métodos

El presente trabajo de investigación se inició con el estudio del contenido de las normas procesales penales y el sustento doctrinario que informa la realización de audiencias presenciales en tiempos de normalidad; para luego analizar los mínimos pronunciamientos del Tribunal Constitucional y la Corte Suprema de Justicia de la República que ya existían sobre audiencias virtuales.

Seguidamente teniendo como realidad imperante el distanciamiento social obligatorio generado por la pandemia, se focalizaron las fortalezas y debilidades del sistema de justicia penal imperante en los Juzgados de Investigación Preparatoria, Juzgados Unipersonales, Juzgados Colegiados y Salas Superiores de Apelación de la Sede Central de la Corte Superior de Justicia de Cusco y las posibilidades que todo ello representaba para un cambio radical del sistema de audiencia presenciales por virtuales.

Luego se procedió al abordaje de todo aquello que los jueces de emergencia debimos «descubrir» e implementar utilizando el teléfono y las bondades del internet, las redes sociales, las tecnologías de la información y comunicación e inclusive la imaginación, para finalmente aterrizar en el análisis de las medidas administrativas que se implementaron por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial para que servicio de justicia responda a las necesidades de los procesos con reos en cárcel que jamás dejaron de tramitarse y se extendió con el paso de los meses para todos aquellos procesos con justiciables en libertad.

Por todo ello, para la elaboración del presente artículo jurídico se ha utilizado tanto el método cuantitativo como el método cualitativo.

Así se recurrió a la fuente; esto es, a la Corte Superior de Justicia del Cusco habiéndose recabado información oficial al efecto; se ha compilado la información recogida a través de entrevistas informales sostenidas permanentemente con operadores judiciales y se ha tenido en cuenta lo observado en el día a día con ocasión del ejercicio de la función jurisdiccional; teniendo como referencia temporal los años judiciales 2019, 2020 y 2021, los que guardan relación con espacios de tiempo anteriores a la pandemia, de la pandemia en sí y de época posterior y como campo de acción los órganos jurisdiccionales penales de la sede central de la Corte Superior de Justicia de Cusco, para finalmente y de manera breve abordar el uso de la internet y de la tecnología con que se cuenta para el desarrollo de las audiencias virtuales.

En efecto, al 15 de marzo de 2020 en que se dispuso el distanciamiento social obligatorio rígido, los órganos jurisdiccionales en materia penal de la sede central de la Corte Superior de Justicia de Cusco ya contaban con el SIJ que permitía dar soporte a las operaciones básicas realizadas en el trámite de los procesos judiciales para el debido cumplimiento de su función.

Así cada proceso se registra con un número y año del primer ingreso y demás números y letras que identifican el cuaderno y juzgado o sala en el que se encuentra, los que son asignados por el Centro de Distribución General, registrándose todo pedido, trámite impreso, audio de la audiencia —de corresponder—, número, fecha y contenido de la decisión tomada y las notificaciones prácticas, precisándose que para ingresar al sistema y trabajar en él, cada juez y personal auxiliar tiene usuario y clave, pudiéndose imprimir lo laborado y agregar al expediente físico. Entre las debilidades del sistema, se advierte que no puede imprimirse en bloque el contenido del respectivo expediente, sino paso por paso y únicamente se podía ingresar haciendo uso de la red vía cable, cuyos terminales están instaladas en cada oficina.

Al inicio de la pandemia, en la sede central de la Corte Superior de Justicia de Cusco, prácticamente todos los abogados ya contaban con su casilla electrónica implementada por el Poder Judicial al constituir un requisito a consignar en cada escrito o con ocasión de las audiencias realizadas y ello permitía que las resoluciones judiciales sean notificadas electrónicamente al ser considerada la casilla como domicilio procesal; sin embargo, aún no se habían implementado las firmas electrónica de magistrados y auxiliares.

Al inicio del aislamiento social obligatorio las dos salas superiores y solo tres juzgados contaban con el equipo de videoconferencias que permitían realizar audiencias virtuales en forma excepcional. Sin embargo, el ancho de banda del internet contratado era bajo y ello influía en la calidad de la imagen y audio al momento de llevarse adelante la respectiva audiencia.

Antes del inicio de la pandemia, se usaba el teléfono celular y mensajería escrita de la red social WhatsApp para notificar a fiscales y abogados con el señalamiento de audiencias urgentes, solo en forma excepcional.

Por lo detallado en párrafos precedentes, claramente se advierte que los órganos jurisdiccionales penales de la sede central de la Corte Superior de Justicia del Cusco contaban solo con lo mínimo necesario para llevar adelante las audiencias virtuales; sin embargo, aquellos actos debían llevarse en forma presencial en los locales de juzgados y salas donde se encontraban los respectivos equipos.

Por ello, al inicio de la pandemia magistrados y personal asignado a los Juzgados y Sala de Apelaciones de Emergencia laboraron en forma presencial para conocer procesos con detenidos y asuntos urgentes, y ante el recrudecimiento del contagio y la orden de llevar adelante el trabajo remoto pusimos en práctica determinadas medidas.

Así se implementó un correo electrónico que haga las veces de mesa de partes, que todo requerimiento o disposición de la Fiscalía contenga el

número de teléfono y correo electrónico de los abogados de las partes; que las notificaciones se materialicen de manera electrónica y simultáneamente por llamada telefónica y también a través de mensajes de texto vía redes sociales como WhatsApp o Messenger, agregándose a los autos la constancia de su realización; las audiencias se verificaron en forma virtual por llamada de video vía WhatsApp, Messenger o Skype, cuidando el especialista de audiencia grabar en audio su desarrollo para luego registrarlo en el sistema; que todos los actuados que contiene el respectivo cuaderno se digitalice y se envíe no solo al juez o jueces del caso, sino a todos quienes debían de participar en el respectivo acto procesal; se creó cuentas grupales de WhatsApp de jueces, jueces y personal, entre otros, que servían no solo para circular el voto ponente y la resolución adoptada, sino también para la comunicación fluida entre magistrados y servidores.

Con el paso de los días y después de más de un mes de pandemia por disposición del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial se implementó a nivel nacional el uso de la Solución Empresarial Colaborativa Google Hangouts Meet (en adelante solo Google Meet), aplicativo que no era usado por desconocimiento, pese a que brinda servicios de videoconferencia, mensajería instantánea y llamadas por teléfono; bondades que fácilmente permiten llevar adelante audiencias virtuales en forma efectiva, alejados del centro de trabajo, desde la comodidad del hogar o lugar en que nos encontremos; siendo relevante destacar que magistrados, servidores judiciales, fiscales, abogados, litigantes y público en general, facilitaron su realización al conectarse a través de computadoras de mesa, laptops, tablets y teléfonos celulares.

Con motivo del aislamiento social obligatorio, el Poder Judicial implementó también el Servicio VPN y ello permite que magistrados y personal auxiliar de todos los órganos jurisdiccionales podamos ingresar al Sistema Integrado de Justicia, trabajar en cualquier ordenador y desde el lugar en que nos encontremos; esto es, sin estar presencialmente en el local donde se ubica nuestro centro de trabajo.

Los correos electrónicos que hacían las veces de Mesa de Partes, fueron reemplazados por la Mesa de Partes Electrónica, aplicativo que permitió que Fiscales, partes y terceros puedan ingresar virtualmente requerimientos, disposiciones, escritos, informes, oficios y otros para los respectivos procesos; ser derivados al personal auxiliar, darse cuenta a los magistrados, generar las respectivas audiencias, la emisión de la resolución, su notificación a las partes y la continuación de su trámite al impugnarse su contenido y alcances.

La proliferación del covid-19 impulsó también la plena implementación de las firmas electrónicas de todos los magistrados y personal jurisdiccional; firmas que fueron asociadas al SIJ ya preparado para ello, facilitando las

notificaciones electrónicas en las casillas de fiscales, magistrados y terceros del respectivo proceso.

Por lo hasta aquí explicado, se tiene que el servicio de justicia que se brindó por los órganos jurisdiccionales en materia penal en la sede central de la Corte Superior de Justicia de Cusco nunca paralizó por la pandemia; sin embargo, ello estuvo limitado solo a la atención de procesos con reos en cárcel, que inicialmente se brindó pese a algunas limitaciones logísticas, pero con mucho ingenio de los jueces y ya posteriormente haciendo uso de las tecnologías de la información y comunicación que se implementó por decisión del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial permitió, finalmente, que todos los procesos penales, requieran o no la realización de una audiencia, sean atendidos íntegramente de manera remota.

Actualmente, la mayoría de la población ha sido inoculada con tres dosis de la vacuna contra el covid-19 y ello ha generado que las drásticas medidas sanitarias inicialmente implementadas, se relajen ostensiblemente; encontrándonos transitando por una nueva normalidad y es por ello que a la fecha por disposición del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial el trabajo de magistrados y servidores es presencial —excepto para mayores de 65 años y personas con comorbilidades— y los órganos jurisdiccionales en materia penal de la sede central de la Corte Superior de Justicia del Cusco no están exceptuados de dicho mandato; motivo por el cual, todas las audiencias programadas deben llevarse adelante en forma presencial; salvo contadas excepciones en casos muy particulares; por ello, poco a poco, varias de las medidas que se implementaron con motivo de la pandemia y permitieron que el servicio de justicia no paralice, vienen quedando de lado.

4. Objetivos de la investigación

- ▶ **Objetivo general:** Identificar las buenas prácticas implementadas por los órganos jurisdiccionales que coadyuvaron al desarrollo de los procesos penales en forma virtual en tiempos de pandemia.
- ▶ **Objetivo específico:** Proponer que aquellas buenas prácticas continúen aplicándose en tiempos de pospandemia e indefinidamente por favorecer al desarrollo de los procesos penales.

Para ese efecto, se ha procedido a recabar información trascendente que la presentamos en los siguientes párrafos.

4.1. Información estadística recabada de la Corte Superior de Justicia del Cusco

Para focalizar aquellas buenas prácticas, se procedió a recabar información estadística oficial sobre el número de procesos ingresados en cada uno de los órganos jurisdiccionales penales de la sede central de la Corte Superior de Justicia del Cusco sobre: El número total de procesos penales ingresados, del total de las audiencias programadas, realizadas y frustradas; y, del total de escritos ingresados tanto en forma física como virtual durante los años 2019, 2020 y 2021; esto es, antes, durante y en tiempos de pospandemia; información que al ser ampulosa por estar disgregada por salas o juzgados y mes a mes, procedí a consolidar en la forma siguiente:

Tabla 1
Número de procesos ingresados durante los años 2019 al 2021 en los órganos jurisdiccionales penales de la sede central de la Corte Superior de Justicia de Cusco

Año	Procesos ingresados
2019	9,726
2020	4,923
2021	7,681
Total	22,330

Fuente: Centro de Distribución General de la Corte Superior de Justicia de Cusco.

Tabla 2
Número de audiencias programadas durante los años 2019, 2020 y 2021 en los órganos jurisdiccionales penales de la sede central de la Corte Superior de Justicia de Cusco

	Juzgados de Investigación Preparatoria	Juzgados Unipersonales	Juzgados Colegiados	Salas Superiores	Total
2019	15,407	9,872	2,194	1,849	29,322
2020	10,677	6,769	1,449	1,426	20,321
2021	14,743	10,496	1,491	1,838	28,568
Total	40,827	27,137	5,134	5,113	78,211

Fuente: Área de Estadística de la Corte Superior de Justicia de Cusco.

Tabla 3

Número de audiencias realizadas durante los años 2019, 2020 y 2021 en los órganos jurisdiccionales penales de la sede central de la Corte Superior de Justicia de Cusco

	Juzgados de Investigación Preparatoria	Juzgados Unipersonales	Juzgados Colegiados	Salas Superiores	Total
2019	13,876	8,352	2,004	1,810	26,042
2020	6,781	4,644	1,253	1,320	13,998
2021	12,906	9,311	1,414	1,713	25,344
Total	33,563	22,307	4,671	4,843	65,384

Fuente: Área de Estadística de la Corte Superior de Justicia de Cusco.

Tabla 4

Número de audiencias frustradas durante los años 2019, 2020 y 2021 en los órganos jurisdiccionales penales de la sede central de la Corte Superior de Justicia de Cusco

	Juzgados de Investigación Preparatoria	Juzgados Unipersonales	Juzgados Colegiados	Salas Superiores	Total
2019	1,531	1,520	190	39	3,280
2020	3,896	2,125	196	106	6,323
2021	1,837	1,185	77	125	3,224
Total	7,264	4,830	463	270	12,827

Fuente: Área de Estadística de la Corte Superior de Justicia de Cusco.

Tabla 5

Número de escritos presentados durante los años 2019, 2020 y 2021 en los órganos jurisdiccionales penales de la sede central de la Corte Superior de Justicia de Cusco

Año	Total de escritos
2019	32,281
2020	21,314
2021	37,781
Total	91,376

Fuente: Centro de Distribución General de la Corte Superior de Justicia de Cusco.

Tabla 6

Número de escritos presentados en forma física y virtual a los órganos jurisdiccionales penales de la sede central de la Corte Superior de Justicia de Cusco

Año	Físico	Virtual	Total de escritos
2019	32,281	0	32,281
2020	20,447	867	21,314
2021	33,631	4,150	37,781
Total	86,359	5.017	91,376

Fuente: Centro de Distribución General de la Corte Superior de Justicia de Cusco.

4.2. Datos que resultan de las entrevistas informales sostenidas con fiscales, abogados y litigantes

El Presidente de la Junta de Decanos de los Colegios de Abogados del Perú (JUDECAP), canalizó el pedido de los profesionales en derecho que exigían la atención presencial en todos los órganos jurisdiccionales del país. Ello generó que el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial por Resolución Administrativa n.º 000196-2022-CE-PJ del 30 de mayo de 2022, disponga la labor presencial en Juzgados y Salas de todo el territorio de la República desde el 1 de junio de 2022 y es por ello que, actualmente, todos los Juzgados de Investigación Preparatoria, Juzgados Unipersonales, Juzgados Colegiados y Salas Superiores de Apelación de la sede central de la Corte Superior de Justicia del Cusco llevamos adelante todas las audiencias programadas en forma presencial.

El retorno al trabajo presencial tal y conforme se llevaba adelante antes de la pandemia y la realización de las audiencias en sede judicial, con presencia del juez, abogados y las partes, motiva diferentes actitudes, opiniones y comentarios de los operadores judiciales, que se recoge en la tabla siguiente:

Audiencias penales y nueva normalidad en sede central de la corte superior de justicia de Cusco

Tabla 7

Conformidad expresada por fiscales, abogados y litigantes con la realización de la totalidad de audiencias en forma presencial en los juzgados y salas penales de la sede central de la Corte Superior de Justicia del Cusco

Sí		¿Por qué?	No	¿Por qué?	NS/NO	Total
Fiscales (15)	1	▶ Contado directo con juez y partes.	14	▶ Inversión innecesaria de tiempo en desplazarse a la sede judicial que puede aprovechar en realizar diligencias propias de su Despacho.	0	15
				▶ Igual efectividad de su trabajo que en audiencias presenciales		
				▶ Incremento en la producción de disposiciones y requerimientos con calidad.		
				▶ Control del personal asignado al Despacho.		
Abogados privados (24)	12	▶ Contacto directo con juez y partes. ▶ Cobro de honorarios superiores. ▶ Posibilidad de lucir dominio en técnicas de litigación oral y captar mas clientes. ▶ Desconocimiento en manejo del sistema de videoconferencias.	12	▶ Ejercicio de la defensa en diferentes jurisdicciones territoriales.	0	24
				▶ Atención de mayor número de casos por día.		
				▶ Calidad en redacción de escritos		
				▶ Ahorro en gastos de alquiler de oficina y pago de servicios básicos.		

Abogados públicos (4)	0	▲ ---	▲ Mayor tiempo para atender a usuario del servicio.	4	▲ Mayor tiempo para estudio de casos y redacción de escritos.	0	4
			▲ Respeto pleno a jornada laboral.				
			▲ Conocer al Juez que resolverá su caso.				
			▲ Presenciar la puntualidad y forma como lo defiende su abogado.				
Litigantes (30)	8	▲	▲ Posibilidad de llegar a acuerdo con parte contraria y concluir su juicio.	10	▲ Ahorros de dinero en desplazarse a la sede judicial y traslado de abogado.	12	13
			▲ Desconocimiento en el manejo del sistema de videoconferencias.		▲ Mayor tiempo para dedicarse a su trabajo y proveerse del sustento diario.		
	21			40		12	73

4.3. Datos que resultan de las entrevistas informales sostenidas con jueces penales

Para abordar el tema del retorno de las audiencias presenciales y su conveniencia, se ha tomado contacto y dialogado con 9 colegas magistrados.

Tabla 8

Conformidad expresada por jueces penales con la realización de la totalidad de audiencias en forma presencial en los juzgados y salas penales de la sede central de la Corte Superior de Justicia de Cusco

Jueces	Sí	¿Por qué?	No	¿Por qué?	Total
1	1	▲ Solo las audiencias presenciales permiten que se respete la solemnidad y formalidad de estos actos procesales.	0	▲ Inversión innecesaria de tiempo en desplazarse a la sede judicial que puede aprovechar en realizar diligencias propias de su Despacho.	1
		▲ Facilita la debida aplicación del principio de oportunidad, acuerdo reparatorio, terminación anticipada y conclusión anticipada de juicio.		▲ Igual efectividad de su trabajo que en audiencias presenciales	
		▲ Respeto pleno al principio de intermediación, salvo las únicas excepciones reguladas por ley.		▲ Incremento en la producción de disposiciones y requerimientos con calidad.	
		▲ Evita que terceros subrepticamente influyan en el relato de procesados, testigos y peritos.		▲ Control del personal asignado al Despacho.	
1	1	▲ Permite que las penas efectivas impuestas se cumplan inmediatamente.	0		1
		▲ No hay riesgo que la audiencia se frustre por deficiencias de la internet.			

1	0	1	1
1	0	1	1
1	0	---	Se amplía el abanico de posibilidades para la elección por las partes de abogado privado. 1
1	0	1	No es necesario el traslado de abogados a la Sede Central cuando el caso apelado se origina en provincias. 1
1	0	1	No toda audiencia exige la presencia física de abogados y partes. 1
1	0	1	1
1	0	1	1
Total	2	7	9

4.4. La internet y tecnología al alcance para el desarrollo de videoconferencias

Del mismo modo, considerando que las audiencias virtuales tienen como soporte la internet, procedí a buscar información para conocer la variación que experimentó su uso en los años 2019, 2020 y 2021; esto es, en prepandemia, pandemia y pospandemia, trasuntando la siguiente información:

Según la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT) entre 2019 y 2021 el número de usuarios de internet a nivel mundial pasó de 4.1 miles de millones (mm) a 4.9 mm. La tasa de crecimiento anual registrada en 2020 (10.3%) ha sido la más alta de la década, destacando el caso de los países en desarrollo con un 13.3%. No obstante, este crecimiento, el acceso a este servicio aun es insuficiente, llegando solo a 63% de la población mundial.

Perú ha mostrado una tendencia similar durante la pandemia. Según el INEI, la población que hace uso de internet pasó del 62% al 76% del total, entre el último trimestre de 2019 y similar período de 2021. Si bien las tasas de crecimiento han sido altas en todas las zonas del país, el crecimiento ha sido mayor en las zonas rurales en donde se pasó de un 26% a un 47%. Este incremento ha sido sin duda elevado; sin embargo, el nivel de acceso rural aún resulta bajo y explica el poco éxito alcanzado por programas como «Aprendo en Casa» en estas regiones, que buscaban suplir la educación presencial, en un contexto de confinamiento. (Ruíz, 2022)

Para que la internet fluya es necesario contar con una computadora o laptop, tableta o teléfono celular. Sobre el particular corresponde expresar que en «los dos últimos años han producido un crecimiento acelerado dentro del sector tecnología. Al cierre de este año, en el Perú se habrán importado alrededor de 2.6 millones de laptops de acuerdo a las estimaciones de Leasein superando así en 10% al récord registrado en 2020». (Business Empresarial)

En cuanto a las tabletas se maneja también una información positiva, así se dice que:

Ante una demanda sin precedentes como consecuencia de las nuevas necesidades surgidas en consumidores y profesionales, las ventas de tablets volvieron a crecer en 2020 a niveles de hace tres años.

Atendiendo a los datos publicados por IDC, el mercado de tablets ha experimentado un último trimestre del año con un crecimiento interanual del 19,5%, consiguiendo envíos de 52,2 millones de unidades a nivel mundial.

Estas cifras ponen de manifiesto que, como señala la consultora, este mercado se ha visto fuertemente impactado por la pandemia, ya que el aumento en los envíos ha alcanzado niveles no vistos desde el cuarto trimestre de 2017, cuando se vendieron casi 50 millones de tablets. (Gonzales, 2021)

Respecto a los teléfonos celulares la tendencia es inversa; en efecto, se tiene que:

Las ventas mundiales de teléfonos celulares cayeron un 20% durante el segundo trimestre de este año, como consecuencia de la contracción económica y el cierre de fronteras producto de la pandemia mundial por Covid-19.

Se trata de casi 76 millones de unidades menos que durante el segundo trimestre de 2019, de acuerdo con la consultora internacional Gartner (Castro, 2020)

Finalmente, un dato trascendente es el relativo a un estudio reciente presentado solo el 28 de abril de 2022, donde se aprecia que, en cuanto al resumen de adopción y uso de dispositivos y servicios conectados, se dice que:

La población total es de 33,52 millones de habitantes, de los cuales el 78,7% viven en zonas urbanizadas.

Hay un total de 38,4 millones de conexiones móviles, lo que equivale a un 114,6% de la población total.

Por otro lado, el número de usuarios de internet es de 21,89 millones, representando un 65,3% de la población.

Por su parte los usuarios de redes sociales son 28,1 millones, lo que equivale a 83,8% de la población. (Min, 2022)

5. Resultados

Corresponde recordar que el espacio temporal que se consideró para la elaboración del presente trabajo fueron los años 2019, 2020 y 2021, teniendo como punto de quiebre el 15 de marzo de 2020, oportunidad en que el Supremo Gobierno dispuso el aislamiento social obligatorio por la propagación del virus del covid-19; por ello, consideramos al año 2019 como de prepandemia, al 2020 como de pandemia y al 2021 como de pospandemia o de nueva normalidad.

Se tuvo como muestra los Juzgados de Investigación Preparatoria, Juzgados Unipersonales, Juzgados Colegiados y Salas Penales que funcionan en la sede central de la Corte Superior de Justicia del Cusco.

Con ese precedente necesario, haciendo constar que la autoría de las tablas que preceden corresponde al suscrito, se debe expresar que de todo lo descrito en párrafos precedentes, se tiene los siguientes resultados:

- a) De la apreciación objetiva de la tabla 1, se advierte que el número de procesos ingresados hasta antes de la pandemia (9,726), fue mayor que los ingresados en pandemia (4,923) y en tiempos de la nueva normalidad (7,681); sin embargo, luego de la caída abrupta que se tuvo el 2020, el número de procesos ingresados se volvió a incrementar el 2021.
- b) Del análisis objetivo de la tabla 2, se aprecia que el número de audiencias programadas el 2019 (29,322), fue mayor que el de los años

2020 y 2021. Así bajó ostensiblemente en pandemia (20,231), pero se incrementó en pospandemia (28,568).

- c) De la evaluación objetiva de la tabla 3, se tiene que el número de audiencias realizadas el 2019 (26,042), fue mayor que las realizadas el 2020 (13,998) y el 2021 (25,344), coligiéndose también que la diferencia existente entre las audiencias realizadas antes de la pandemia y las llevadas adelante en pospandemia, es de escasamente 698.
- d) De la apreciación objetiva de la tabla 4, se advierte que el número de audiencias frustradas en 2020 (6,323), es definitivamente mayor que las frustradas los años 2019 (3,280) y 2021 (3,224).
- e) Del análisis objetivo de la tabla 5, se aprecia que el 2021 ingresó el mayor número de escritos (37,781), seguido del 2019 (32,281) y finalmente el 2020 (21,310).
- f) De la evaluación objetiva de la tabla 6, se tiene que antes de la pandemia ingresaron solo escritos físicos (32,281), mas no virtuales (0): que el año siguiente, el ingreso de escritos físicos (20,447), superó largamente al de los escritos virtuales (867) y el 2021 aquella tendencia de ingresos se mantiene, en atención a que los escritos físicos (33,631), siguen superando a los escritos virtuales (4,150).
- g) De la apreciación objetiva de la tabla 7, se colige que del universo de 73 entrevistados entre fiscales, abogados privados y públicos y litigantes; solo 21 están de acuerdo que todas las audiencias que programen los órganos jurisdiccionales penales de la sede central de la Corte Superior de Justicia de Cusco sean presenciales; mientras que 40 no están de acuerdo con ello y 12 no expresan opinión sobre el particular.
- h) Del análisis objetivo de la tabla 8, se desprende que, del universo de 9 jueces, solo 2 de ellos están de acuerdo que todas las audiencias que se programen en los órganos jurisdiccionales penales de la sede central de la Corte Superior de Justicia de Cusco sean netamente presenciales y 7 no están de acuerdo con ello.
- i) Un estudio reciente, evacuado solo 28 de abril de 2022 refiere que en Perú, la población total es de 33,52 millones, de los cuales el 78,7 % vive en las diferentes ciudades; que existen, 38,4 millones de conexiones móviles; esto es, un 114,6 % de la población total; que los usuarios del internet son 21,89 millones; esto es, el 65,3 % de la población y que usan redes sociales 28,1 millones; esto es, 83,8 % de la población.

- j) En todo el territorio peruano, el uso del internet entre los años 2019 al 2021 se ha incrementado en 14 %; siendo de advertir que el crecimiento fue mayor en zonas rurales que del 26 % pasó al 47 %.
- k) La adquisición de computadoras, laptop y tabletas se incrementó ostensiblemente respecto al 2019, habiéndose crecido el 2020 en más del 10 % y en 2021 en más del 19.5 % con relación al año anterior; crecimiento que no se repite en el caso de la compra de teléfonos celulares porque en el mismo período las ventas cayeron en casi el 20 %, habiendo preferido los usuarios adquirir los de mediana gama.
- l) Del mismo modo de un análisis objetivo sobre la base de lo apreciado en el ejercicio de la función jurisdiccional queda definido que la instalación del VPN para operar desde casa el Sistema Integrado Judicial, la digitalización de los expedientes judiciales y el contar con firmas electrónicas, permitió no solo llevar adelante las audiencias, sino resolver el caso y comunicar lo decidido a los sujetos procesales.
- m) En órganos jurisdiccionales colegiados, por el distanciamiento social obligatorio decretado, quedó en el olvido la emisión de los votos escritos, los que fueron reemplazados por votos virtuales y su comunicación a los demás integrantes a través de correo electrónico e inclusive del WhatsApp.
- n) Pese a que el Sistema Integrado Judicial permitió el desarrollo de la labor virtual, quedó al descubierto que no permite imprimir en bloque la información almacenada; la que debe recabarse actuado por actuado y es precisamente por ello que se dispuso la digitalización de los expedientes con las bondades que ello representa.
- o) Fueron mínimos los días en que la deficiencia del servicio de internet impidió la fluidez en el desarrollo de las respectivas audiencias; sin embargo, es loable que Jueces, Fiscales, servidores judiciales, abogados y público litigante en general, poniendo a disposición de la justicia la tecnología con que contaban, permitieron que las audiencias judiciales virtuales tengan vigencia a través de computadoras, laptops, tabletas y teléfonos celulares y todos juntos logramos que la justicia no se paralice.
- p) También fueron escasos los casos en que la intermediación lograda en las audiencias virtuales a través del uso del aplicativo Google Meet intentó ser aprovechada por algunos abogados o partes del proceso para inducir en sus respuestas a quienes en esos momentos declaraban.

6. Discusión

Los resultados presentados en el rubro anterior, permite efectuar comentarios, interpretaciones, valoraciones y contextualizaciones, en la forma siguiente:

- a) Las limitaciones logísticas de los órganos jurisdiccionales penales de la Corte Superior de Justicia del Cusco al 15 de marzo de 2020 solo permitían llevar adelante audiencias presenciales y muy excepcionalmente una que otra audiencia virtual, cuando el caso lo ameritaba y siempre que el pedido se ciña al mandato de la ley. Esas limitaciones, definitivamente no han impedido que dispuesto el aislamiento social obligatorio a partir del 15 de marzo de 2020; los jueces penales asignados a los Juzgados y Salas Superiores de Emergencia, atendieran todos los casos con reos cárcel, llevando adelante las audiencias inicialmente de manera presencial y ante el recrudecimiento de los contagios, de manera virtual apelando al ingenio y haciendo uso las redes sociales y ya posteriormente, las audiencias fueron despachadas a través del aplicativo Google Meet.
- b) La disposición del trabajo remoto para todos los jueces que no formaban parte de los órganos jurisdiccionales de emergencia, solo fue posible implementarse a través de audiencias virtuales y gracias a las bondades del aplicativo Google Meet adquirido por el Poder Judicial; motivando que desde la comodidad de sus viviendas, todos los Jueces Penales de la sede central de la Corte Superior de Justicia del Cusco, a partir de mes de julio de 2020, resuelvan los casos sin reos en cárcel, reprogramando las audiencias frustradas y señalando día y hora de las nuevas, evitando que continúen paralizados por tiempo indefinido, laborando sobre la base de las experiencias adquiridas al inicio de la pandemia.
- c) El Código Procesal Penal de 2004, vigente en Cusco desde el 1 de octubre de 2009 se acoge al sistema acusatorio y obliga que las decisiones que adopte el órgano jurisdiccional en la resolución de los casos, se efectúan previa audiencia; siendo solo excepcional los supuestos en los que la resolución del requerimiento o pedido efectuado por el Fiscal o las demás partes, se verifique sin llevar adelante aquel acto procesal. Regula dos variedades de audiencias. La primera que permite resolver el fondo; esto es, dictar sentencia y concluya la instancia y la segunda, que no se pronuncia sobre el fondo, sino se emite pronunciamiento sobre incidentes a través de un auto como cuando se resuelve cuestiones previas, cuestiones prejudiciales, excepciones, entre otras. En cuanto a su instalación rige el artículo 369.1 del Código Procesal Penal y sobre el particular se dice que:

Para dictar sentencia en primera instancia a la audiencia que la dirige el Juez, debe concurrir obligatoriamente Fiscal, acusado y su defensa. el juicio oral debería realizarse en un menor número de sesiones a fin de proteger los derechos de las partes procesales, y, si en caso este se suspendiera, tal como lo señala el Nuevo Proceso Penal este no debe ser suspendido en un máximo de ocho días hábiles, a fin de evitar su nulidad y dejar sin efecto todo lo actuado. (Franco, 2019)

Para resolver los incidentes, la audiencia que la dirige el juez se lleva adelante solo con quienes concurren y así lo determina el artículo 8.2 del Código Procesal Penal. Corresponde agregar que:

Por ello, el NCPP acentúa la realización de audiencias durante la etapa de investigación preparatoria, tanto para resolver cuestiones incidentales como para tomar decisiones que involucren la tutela de derechos fundamentales, donde los principios de oralidad e inmediatez se despliegan en sus verdaderas dimensiones. (Rodríguez, 2013)

En atención a lo expresado y siendo del mismo parecer de la mayoría de jueces entrevistados en el sentido que no están de acuerdo que todas las audiencias ordenadas y programadas por el órgano jurisdiccional sean completamente presenciales, se considera que, en el caso de las audiencias que resuelven incidentes o no resuelvan el fondo de la controversia, lejos de llevar adelante la audiencia sin presencia del Fiscal o de las partes del proceso o solo con la presencia de una de ellas, para facilitar la resolución del caso y que se ponga en vigencia el principio de contradicción, es plenamente posible que la audiencia a convocarse pueda llevarse adelante de manera virtual e inclusive mixta; esto es, quienes así lo vean por conveniente asistan a la sede del órgano jurisdiccional o en todo caso lo hagan de manera virtual.

En el caso de las audiencias de juzgamiento, estando al mandato de la norma y mínimas excepciones contempladas; es del caso convocarlas de manera presencial; sin embargo, no debe descartarse definitivamente su realización total o parcial de manera virtual, situación que debe definirse caso por caso.

Así solo por mencionar un supuesto, se tiene que en cada juzgado cuenta con un número considerable de expedientes con reos contumaces; esto es, personas que oportunamente no asistieron a la audiencia convocada y tienen una orden de captura vigente o cuentan con mandato de prisión preventiva y no concurren porque saben que inmediatamente serán internados en el Penal.

En ese supuesto, de solicitar la defensa la realización de la audiencia de juzgamiento de manera virtual, no habría razón para negarse a hacerlo, ya que ello en puridad es la materialización del principio de

presunción de inocencia, permitirá que se decida en definitiva la condición jurídica del acusado contumaz e inclusive incidirá en que la carga procesal se reduzca.

Tan cierto resulta siendo lo afirmado que el inicial pedido del Presidente de la Junta de Decanos de los Colegios de Abogados del Perú que generó la disposición para el desarrollo de todas las audiencias en forma presencial, ya fue atemperado; así con ocasión de la reunión llevada adelante entre el 8 y 10 de julio de 2022 que generó la «Declaración de Lambayeque» ahora se exige que «se continúe con la utilización de tecnología en la realización de audiencias virtuales para temas incidentales y audiencias presenciales para casos de mayor complejidad que requiera la inmediatez»

- d) No puede negarse que antes de la pandemia, con ocasión de la pandemia y en tiempos de nueva normalidad, muchas audiencias programadas no se verificaron por diferentes motivos; entre ellos: Deficiencia o ausencia de notificación, inasistencia de abogado o justiciables, cuando es necesaria su presencia; no contar con abogado, desconocimiento del domicilio procesal de las partes; no proporcionar el link de la audiencia o comunicarlo de manera deficiente y desconocer el uso del aplicativo Google Meet; entre otros.

Ello importa la vulneración de los principios de celeridad y economía procesales; motivo por el cual, incidir en la realización de la notificación en casilla electrónica, es una herramienta acertada y ya implementada para que aquella debilidad se supere y para coadyuvar en ese propósito, es plenamente posible mantener la buena práctica implementada en tiempos de pandemia de notificar a las partes adicionalmente en sus correos electrónicos, a través de redes sociales como WhatsApp, Messenger y otros e inclusive mediante una llamada telefónica.

- e) La agenda de los jueces penales de la sede central de la Corte Superior de Justicia de Cusco antes de la pandemia siempre fue recargada; realidad que se mantuvo en pandemia y en tiempos de la nueva normalidad continúa debido a la excesiva carga procesal que soportan y todo lo dicho incide en que la convocatoria para el verificativo de la respectiva audiencia sea cada vez más distante.

La realización de las audiencias virtuales en la vida práctica trae beneficios para todos; así Jueces y Fiscales y personal auxiliar, ya no requieren trasladarse al centro de reclusión donde están detenidos los justiciables y el tiempo ahorrado es ocupado en la realización de otros actos procesales; ello también representa ahorro en las arcas del Estado en el traslado de sus funcionarios. Para las partes abarata

costos en el pago de la defensa y en gastos adicionales que genera su desplazamiento y el de su defensa a la Sala de Audiencias. Permite que abogados privados y públicos atiendan más casos por día, sin importar el lugar en que se encuentran; mayor ingreso para los primeros y además ahorro en el pago de alquiler de oficina y servicios básicos y para ambos, mayor tiempo para preparar la defensa y redactar sus escritos y recursos de calidad.

- f) Desde el 15 de marzo de 2020 en que se dispuso el aislamiento social obligatorio y el Centro de Distribución General dejó de funcionar abruptamente; en los órganos jurisdiccionales penales de la Sede Central de la Corte Superior de Justicia del Cusco se implementó un correo electrónico para recepcionar los requerimientos y disposiciones fiscales, escritos de las partes y comunicación oficial. Posteriormente fue sustituido por la Mesa de Partes Electrónicas (MPE), herramienta que no solo evitó el contacto físico de Jueces, Fiscales, Abogados y público litigante; sino también permitió llevar adelante las audiencias virtuales en todo tipo de proceso penal
- g) La creación en tiempos de pandemia de la mesas de partes electrónica (MPE) no solo evitó contagios entre los operadores de justicia, sino que su uso permitió no solo el ingreso de disposiciones y requerimientos fiscales, sino también de pedidos de las partes en contención; quienes sin necesidad de trasladarse hacia los locales donde funcionan los diferentes juzgados y salas, pudieron ingresar sin limitación alguna todo tipo de escritos dirigidos a los jueces; por lo que, sin perjuicio que continúen funcionando físicamente los Centros de Distribución General, es una buena alternativa que la Mesa de Partes Electrónica no deje de atender al público en general.
- h) La realización de audiencias virtuales inicialmente en procesos con detenidos o con reos en cárcel y ya posteriormente para todo tipo de procesos penales, fue posible gracias al uso del internet y de aplicativos como Google Meet y redes sociales; a la predisposición de jueces, fiscales, servidores judiciales, abogados y público litigante, quienes para su materialización utilizaron la tecnología a su alcance a través de computadoras, laptops, tabletas y celulares, permitiendo que dichos actos procesales fluyan.
- i) Vivimos en un mundo globalizado en el que la obtención de la información está a un clic de distancia; en ese orden de ideas, la realización de audiencias por los órganos jurisdiccionales no debe ser ajena al avance de la ciencia y en mayor medida cuando está en plena implementación los expedientes judiciales electrónicos; por ello,

estando a los resultados presentados considero que si bien el Código Procesal Penal limita la realización de audiencias virtuales a casos específicos ya detallados; también lo es, que no puede descartarse de plano la realización de este tipo de acto procesal de manera virtual para resolver el fondo del asunto, sino que lo que corresponde es que todos los actores judiciales se reúnan no solo para alcanzar propuestas, sino también debatir al efecto y llegar a una definición consensuada que logrará que el servicio de justicia sea oportuno y esté al alcance de todos.

7. Conclusiones

- a) La realización de audiencias virtuales durante la pandemia y en época de nueva normalidad evitó la propagación del virus del covid-19 entre magistrados, servidores, fiscales, abogados y público litigante, contribuyendo con la política del gobierno central cuyo mensaje básico fue respetar el distanciamiento social obligatorio.
- b) La realización de audiencias virtuales permite que se ponga de manifiesto el principio de economía procesal para todos los operadores del derecho y público litigante por el significativo ahorro de tiempo esfuerzo y dinero que representa su realización.
- c) La implementación de audiencias virtuales en tiempos de pandemia para resolver el fondo del asunto o en todo caso para emitir pronunciamiento sobre cuestiones incidentales o pedidos similares fueron igual de efectivas que las audiencias presenciales; así inicialmente permitió la atención de procesos con detenido o reos en cárcel por los Jueces de Emergencia y posteriormente de todos los demás procesos sin detenido o con reos libres por todos los jueces penales de la sede central de la Corte Superior de Justicia del Cusco. Prohibir su realización durante la pospandemia o a futuro constituye un retroceso.
- d) No siendo obligatoria la asistencia de las partes a la audiencia en la que se debe resolver un incidente o donde no se ha de emitir pronunciamiento sobre el fondo del asunto; es materialmente posible que se lleve adelante en forma virtual e inclusive mixta; esto es, dejar a criterio de las partes del proceso elegir si asistirán al local del juzgado o sala o si lo harán de manera virtual. Ello permitirá que los principios de contradicción e inmediación dejen de ser una mera declaración lírica.

- e) Por regla general las audiencias de juzgamiento deben llevarse adelante en forma presencial, salvo las excepciones reguladas por ley; sin embargo, no debe descartarse de plano su realización total o parcialmente virtual en supuestos que se definan caso por caso, posibilitando que el principio de presunción de inocencia tome cuerpo y deje de ser solo una declaración constitucional y abonará en la descongestión de procesos en juzgados y salas.
- f) El personal jurisdiccional debe actuar con extremada responsabilidad al momento de notificar a las partes en sus respectivas casillas electrónicas; herramienta que permitirá —entre otros beneficios— que la audiencia convocada se lleve adelante en la fecha convocada; acto de comunicación que puede complementarse con notificaciones adicionales vía correo electrónico, redes sociales e inclusive mediante de una llamada telefónica, proceder que permitirá que indefectiblemente el acto convocado se lleve adelante.
- g) La mesa de partes electrónica implementada en tiempos de pandemia, sustituyó temporalmente y en forma efectiva a los tradicionales Centros de Distribución General.
- h) Sin internet, aplicativos como Google Meet o redes sociales, no hubiese sido posible la materialización de audiencias virtuales; tampoco habría sido posible laborar desde casa si no se contaba con el Servicio Integrado de Justicia, VPN, firmas electrónicas, mesa de partes electrónica, casillas electrónicas, correos electrónicos, entre otros; los que combinados con el ingenio y buena voluntad de todos los operadores del derecho involucrados, hicieron posible que el sistema de justicia no paralice.

8. Recomendaciones

- a) Estando demostrada su efectividad, la aplicación de audiencias virtuales para la resolución de cualquier pedido en el trámite de un proceso penal no debe quedar de lado en tiempos de pospandemia y a futuro, siendo posible su implementación en circunstancias excepcionales como: paro o huelga indefinida de los servidores judiciales; sospecha de contagio del covid-19 de algún integrante o servidor del respectivo órgano jurisdiccional que genere el distanciamiento preventivo de sus conformantes, ausencia de espacio en las salas de audiencias por excesiva carga procesal, entre otros.

- b) La convocatoria a la respectiva audiencia en la que solo deba resolverse un incidente o pedidos que no se pronuncien sobre el fondo del asunto, al no ser obligatoria la presencia de las partes pueden llevarse adelante en la sede judicial en forma presencial; sin perjuicio que las partes y sus abogados puedan conectarse virtualmente si consideran trascendente ser escuchados por el Juez antes que resuelva el caso.
- c) Cada juzgado o sala superior debe tener asignado un único enlace que permita conectarse con la audiencia en caso de llevarse adelante en forma virtual; enlace que para ser de conocimiento público debe ser debidamente publicitado.
- d) Es plenamente posible que los auxiliares judiciales puedan complementar la notificación electrónica con la resolución que cita a una audiencia judicial, con otra oficiosa; haciendo uso de correos electrónicos, redes sociales e inclusive por llamada telefónica, siendo posible exigir al Ministerio Público que al identificar a las partes en el desarrollo de sus funciones cuide recabar sus correos electrónicos y número de teléfono y ser proporcionar al órgano jurisdiccional al presentar sus disposiciones o requerimientos; consiguientemente la continuidad en la materialización de esta buena práctica definitivamente permitirá que la audiencia convocada indefectiblemente se lleve adelante.
- e) Estando en pleno proceso la implementación de los expedientes judiciales electrónicos en los órganos jurisdiccionales penales de la Corte Superior de Justicia del Cusco, es una buena alternativa que además del Centro de Distribución General continúe funcionando indefinidamente la Mesa de Partes Electrónica.
- f) La digitalización de expedientes fue una práctica acertada en tiempos de pandemia y su aplicación no debe quedar de lado, por haber permitido que jueces, fiscales, abogados, servidores judiciales y litigantes en general hayan tenido acceso directo a cualquier hora y en cualquier lugar a los actuados que sirvieron de soporte para el verificativo de la audiencia virtual que motivó la resolución del caso.
- g) La continuidad en el servicio del VPN permitirá que jueces y servidores judiciales, fuera de la jornada laboral, continúen trabajando en sus casas y de este modo coadyuvar a la descarga procesal de Juzgados y Salas.

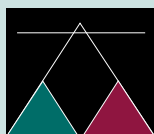
- h) La emisión de los votos virtuales y la evaluación por sus pares en órganos jurisdiccionales colegiados debe mantenerse latente, por la facilidad que ello representa para la resolución de casos y adicionado al sistema de firmas electrónicas, seguirá permitiendo que los principios de celeridad y economía procesales tengan vigencia.
- i) La pronta entrada en vigencia de los expedientes judiciales electrónicos convoca a todos los operadores del derecho interesados en el tema, a reunirse permanentemente, alcanzar y debatir propuestas y a llegar a consensos para la implantación de audiencias virtuales para la resolución de todo tipo de requerimientos o pedidos efectuados por el Fiscal y las partes de la controversia.

Referencias

- Alvarado, M. (2021). Audiencias virtuales en tiempos de pandemia. Obtenido de Pólemos Portal Jurídico Interdisciplinario: <https://www.polemos.pe/portal-juridico-interdisciplinario-polemos-6/>
- Audiencias, P. d. (2014). *Comisión Especial de Implementación del Código Procesal Penal*, 1. <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/b220fa0040999d949d22dd1007ca24da/Protocolo+de+gesti%C3%B3n+de+audiencias.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=b220fa0040999d949d22dd-1007ca24da>
- Bautista, I. (2021). VPN: ¿Qué es y para que sirve? *Servnet. Link to think.*, <https://www.servnet.mx/blog/vpn-que-es-y-para-que-sirve>.
- Business Empresarial. (s.f.). La importación de laptops en 2021 crece 10% en cantidad y 35% en valor. https://www.google.com/search?q=business+empresarial+la+imprtacion+de+laptops+en+2021+crece+10%25&rlz=1C1YTUH_esPE1011PE1012&oq=business+empre+arial+la+imprtacion+de+laptops+en+2021+crece+10%25&aqs=chrome..69i57.34334j0j4&sourceid=chrome&ie=UTF-8
- Castillo, Susan & Zelada, Ridolini. (2021). *Razones jurídicas que determinan que la valoración de los medios de prueba testimoniales en las audiencias virtuales lesionan el principio de inmediación procesal*. Cajamarca: <http://repositorio.upagu.edu.pe/handle/UPAGU/1750>.
- Castro, J. (2020). Venta mundial de celulares cayó en un 20% debido al Covid-19. *La República.net*. <https://www.larepublica.net/noticia/venta-mundial-de-celulares-cayo-un-20-debido-al-covid-19>
- Cruz, N. (2020). ¿Se vulneran los principios y garantías del juicio penal con el desarrollo de las audiencias virtuales? *Lp - Pasión por el Derecho.*, s/p.
- Cubas, V. (2005). Principios del Proceso Penal en el nuevo Código Procesal Penal. *DS. Asociación Civil Drecho & Sociedad*. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/17021>
- Franco, P. (2019). La fragmentación del juicio oral y la vulneración de los principios del nuevo proceso penal en Tacna 2018. *Revista de Investigación de la Academia de la Magistratura*. <http://repositorio.amag.edu.pe/handle/123456789/1090>

- Gonzales, E. (2021). Las ventas de tablets vuelven a crecer en 2020. *Muycanal*. https://www.google.com/search?q=business+empresarial+la+imprtacion+de+laptops+en+2021+crece+10%25&rlz=1C1YTUH_esPE1011PE1012&oq=business+empresarial+la+imprtacion+de+laptops+en+2021+crece+10%25&aqs=chrome..69i57.34334j0j4&sourceid=chrome&ie=UTF-8
- Limaylla, A. (2021). Las audiencias virtuales en los procesos penales durante el estado de emergencia nacional. *Ius Vocatio. Revista de Investigación de la Corte Superior de Justicia de Huánuco*, 55-72. <https://revistas.pj.gob.pe/revista/index.php/iusVocatio/article/view/545>
- Min, Y. (2022). Situación digital, internet y redes sociales Perú 2022. Estadísticas. Social Media, Marketing, SEO, *Marca Personal*. <https://yiminshum.com/social-media-internet-peru-2022/#:~:text=Hay%20un%20total%20de%2038,%2C8%25%20de%20la%20poblaci%C3%B3n>.
- Molina, M. (2022). ¿Qué es la digitalización de procesos y en que se diferencia de la transformación digital?.. *Revista IEBS Digital Bussiness*. <https://www.iebschool.com/blog/diferencia-digitalizacion-transformacion-digital-digital-business/#:~:text=La%20digitalizaci%C3%B3n%20busca%20automatizar%20las,y%20en%20como%20se%20piensa>.
- Montero, J. (2016). *Introducción al Derecho Jurisdiccional Peruano*. Enmarce.
- Peyrano, J. (2004). *El proceso civil. Principios y Fundamentos*. Astrea.
- Regueira, M. (2020). Meet, la app de Google para videollamadas. *El Grupo Informático. Tecnología al alcance de todos*. <https://www.elgrupoinformatico.com/tutoriales/meet-que-como-funciona-t77256.html>
- Riofrío, E. (2018). Oralidad en los procesos judiciales como garantía de los derechos humanos. *Revista de la Universidad Técnica de Loja - Ecuador*. <https://noticias.utpl.edu.ec/oralidad-en-los-procesos-judiciales-como-garantia-de-los-derechos-humanos#:~:text=E1%20principio%20de%20oralidad%20permite,estrictamente%20indispensables%2C%20normalmente%20en%20audiencia>.
- Rodríguez, M. (2013). Sistema Acusatorio de Justicia Penal y Principio de Obligatoriedad de la Acción Penal. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 643 - 686. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r32235.pdf>

- Rodríguez, R. (2020). Las audiencias virtuales. Análisis de su ventajas y limitaciones en la práctica de prueba testifical, pericial y su vigencia en la pospandemia Covid-19. *Revista Sapientia & Justicia*, 15 - 30. <https://sapientia.ucss.edu.pe/index.php/sei/article/view/20>
- Ruíz, G. (2022). Internet durante la pandemia. *Macro Consult. Especialista en Consultoría e Investigación Económica*, <https://sim.macroconsult.pe/internet-durante-la-pandemia/>.
- Sala Penal Permanente . (2016). *Recurso de Nulidad N° 999-2016*.
- Tribunal Constitucional . (30 de julio de 2015). *Exp. N° 02738-2014-PHC/TC*. Obtenido de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2015/02738-2014-HC.pdf>
- Universidad Autónoma del Estado de México. (2021). *Secretaría de Administración. Firma y Sello Electrónicos*. Obtenido de ¿Qué es y para qué sirve la firma electrónica?: http://web.uaemex.mx/fise/0_1_inciso.html



ACADEMIA DE
LA MAGISTRATURA

REVISTA DE INVESTIGACIÓN DE LA ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA

Vol. 4, n.º 7, julio-diciembre, 2022
Publicación semestral. Lima, Perú.
ISSN: 2707-4056 (en línea)
DOI: 10.58581/rev.amag.2022.v4n7.08



El control de plazos en la prisión preventiva y la necesidad de regular su fiscalización

The control of terms in pretrial detention and the need to regulate its control

Carlos Adalberto Román Gil*

Corte Superior de Justicia de Cusco
(Cusco, Perú)

croman@pj.gob.pe

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

Resumen: Las funciones del fiscal y el juez son distintas en el Nuevo Código Procesal Penal (NCPP). La investigación la dirige el representante del Ministerio Público (MP) y es el único que puede solicitar el requerimiento de prisión o en todo caso su prolongación. Al respecto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en su dictamen sobre las estrategias direccionadas aminorar las prisiones preventivas en los Estados Americanos ha recomendado la creación de programas especiales que se encarguen de fiscalizar los plazos de la prisión preventiva, y los Estados deben mantener sistemas eficientes de inteligencia que resguarde los plazos de duración de

* Juez del Octavo Juzgado de Investigación Preparatoria Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios del Cusco. Doctor en Derecho.

las prisiones. Bajo esta perspectiva en el proceso penal peruano se regulan los presupuestos y plazos de la medida cautelar de prisión preventiva, pero, en la realidad se puede advertir que dichos plazos no se cumplen a cabalidad. Esto genera una gran cantidad de prolongaciones de prisiones preventiva que amplían los plazos y los ceses de prisión preventiva por vencimiento del plazo, afectando gravemente derechos fundamentales de los investigados. Lo dicho manifiesta la necesidad de una reforma legislativa que proponga al momento de resolver los requerimientos, sea el mismo juez, quien dicte fechas de audiencias para controlar los plazos de la prisión y verificar el normal cumplimiento de las diligencias por parte del Ministerio Público, donde al determinar y reexaminar de oficio el incumplimiento de las funciones de la Fiscalía, determine la libertad del investigado.

Palabras clave: investigación preparatoria

Abstract: The functions of the prosecutor and the judge are different in the New Criminal Procedure Code (NCP). The investigation is directed by the representative of the Public Ministry and is the only one who can request the request for imprisonment or in any case its extension. In this regard, the Inter-American Commission on Human Rights (IACHR), in its opinion on strategies aimed at reducing preventive detention in the American States, has recommended the creation of special software that is in charge of monitoring the terms of preventive detention, and the States they must maintain efficient intelligence systems that safeguard prison terms. Under this perspective, in the Peruvian Criminal Process the budgets and terms of the precautionary measure of preventive detention are regulated, but, in reality, it can be seen that said terms are not fully complied with. This generates a large number of extensions of preventive prisons that extend the terms and the cessations of preventive detention due to the expiration of the term, seriously affecting the fundamental rights of those investigated. What has been said manifests the need for a legislative reform that proposes, when resolving the requirements, be the same judge, who dictates hearing dates to control the terms of the prison and verify the normal compliance of the proceedings by the Public Ministry where when determining and re-examining ex officio the breach of the functions of the prosecution, determine the freedom of the investigated.

Key words: preparatory investigation

RECIBIDO: 14/11/2022

REVISADO: 15/12/2022

APROBADO: 26/12/2022

FINANCIAMIENTO: Autofinanciado

1. Introducción

El presente artículo aborda el desenvolvimiento del MP, dentro de las principales etapas del proceso penal como es el caso de la etapa de Investigación Preparatoria, en especial en las prisiones preventivas requeridas por fiscalía, esto, debido a la gran concurrencia de prisión preventivas que se dictan en el Poder Judicial, ante ello, se ha podido detectar que dentro de dicha etapa, el juez emite un plazo a la dicha medida otorgando un plazo establecido en la norma, a fin que los fiscales en ejercicio de la acción penal puedan realizar las diligencias necesarias para determinar la culpabilidad del investigado privado de su libertad. Sin embargo, dicho plazo muchas veces terminan sin que el fiscal logre reunir la información y medios probatorios necesarios que cumplan con el objetivo de la medida de prisión, es más, en muchos casos, la Fiscalía no impulsa o da cumplimiento a las diligencias señaladas dentro del requerimiento, ante dicho problema el fiscal requiere su prolongación, donde el juez de manera accesible termina por admitir la solicitud ampliando el plazo de prisión, sin la fiscalización y el cumplimiento de las diligencias señaladas dentro del requerimiento, lo que demuestra una vulneración a los derechos fundamentales del investigado, como el derecho a la inocencia y ser investigado en un plazo razonable, aún más al tratarse de una medida de coerción personal que afecta la libertad de una persona. Es por ello que esta investigación se desarrolló utilizando un enfoque o método cualitativo; sobre el que Salgado Ana (2007), en su artículo titulado «Investigación con enfoque cualitativo: boceto, rigor científico entre otros» sostiene que dicho enfoque se redacta en base a la realidad social, en un vaivén de significados intersubjetivos. Además, es de tipo básico; al respecto, Keith Stanovich (2007) expresa que dentro de una indagación básica existe el objetivo principal de recolectar datos anteriores a la realidad pues actuará como doctrina creando una base dentro de la investigación (p. 245), ello se relaciona ampliamente con el presente, puesto que el objetivo es recolectar información importante que coadyuve con la investigación, utilizando un nivel descriptivo-explicativo, donde se analizará normativas, tesis realizadas y jurisprudencias a fin recabar información que nos facilite datos reales y a profundidad, ya que este trabajo tiene la única finalidad de buscar y proporcionar una solución a dicha problemática.

La estructura del presente artículo consta de la introducción, la descripción de la metodología utilizada, y resultados que derivan de la investigación así como las conclusiones. El objetivo principal es determinar de qué manera la fiscalización del control de plazos dentro de la prisión preventiva contribuirá en el cumplimiento de la medida de coerción. Como objetivos específicos, se tiene determinar de qué manera la falta de control de plazos afecta el cumplimiento de la finalidad de la prisión preventiva, y determinar los actores principales a controlar los plazos de la prisión preventiva.

2. Marco teórico

2.1. Posición de la CIDH sobre la prisión preventiva

La CIDH en su dictamen sobre las estrategias para reducir los números de prisiones solicitadas en países americanos, ha detallado la importancia de la creación de programas de inteligencia artificial para la correcta fiscalización de los plazos, y para el mantenimiento de los datos e información referentes a la prisión. Donde se estableció que, los estados y países dentro de Latinoamérica deben velar por mantener la eficiencia y eficacia entre la organización del Poder Judicial y las personas, así como la evaluación del cumplimiento. Se dice que un buen manejo de información, expediente, así como el uso de los tics, e inteligencia artificial dentro de ello, mejoraría enormemente la correcta administración penal.

Situación similar es la que se vive en el caso de Argüelles vs Argentina, en el que dentro de la CIDH, específicamente en su artículo 7, sostiene que no existe necesidad de la sentencia absolutoria, para la recuperación de libertad, es decir el juez de oficio debe monitorear si es necesario seguir con la prisión en base a la proporcionalidad de la medida y las causas a si cómo la necesidad urgente de su cumplimiento, esto quiere decir que el juez al observar que no existe el peligro de fuga o las condiciones hayan disminuido o fenecido, de oficio deberá autorizar la libertad inmediata aún cuando existe medidas menos gravosas que la prisión.

2.2. De la prisión preventiva

El NCPP establece dentro de sus artículos los presupuestos que debe cumplir la prisión preventiva, pero no define la medida, sin embargo, se puede determinar que esta medida tiene carácter personalísimo, y además tiene como objetivo salvaguardar el transcurso del proceso en virtud de sus características y la ejecución de una posible pena, por consiguiente se puede contextualizar que es una privación de la libertad por un tiempo determinado (según lo considerado por el juez), donde el investigado es recluso en un centro penitenciario para asegurar el debido cumplimiento del proceso.

El NCPP peruano, a través de su art 268, tipifica los presupuestos que deben concurrir dentro del proceso penal para que el fiscal pueda solicitarlo y en consecuencia el juez pueda dictarlo. La doctrina manifiesta que dicha medida cautelar se sustenta en dos grandes principios, esto es, la proporcionalidad y la intervención indiciaria. Del mismo modo, sostiene que el principio de proporcionalidad, no reclama la restricción de la libertad personal ampare solicitudes personales sino que debe ser idónea para obtener el objetivo de dicho aseguramiento en línea, enuncia también que

se concierta dos motivos base para la privación de la libertad, el delito grave y el delito procesal (Neyra, 2010).

Se afirma que, dentro de esta medida de prisión, se puede delimitar un enfrentamiento de 2 intereses valiosos, esto es, la defensa de la presunción de inocencia, donde ningún ciudadano deber ser considerado como culpable hasta que ello se limite con una sentencia y se demuestre su culpabilidad y por otro lado el deber del Estado y su responsabilidad de justicia y la comisión de un delito y la defensa de bienes legales protegidos de garantía constitucional (Jara, 2013). El autor expresa que existe un riesgo fuerte al dictar la medida cautelar, porque podría encontrarse con la prisión y la objeción a libertad de un ciudadano que en el fondo es inocente, afectando su libertad, sus ámbitos sociales, laborales y demás y de otro lado frente a una persona libre que tiene la única intención de frustrar el curso del proceso y manipular la actividad probatoria.

La normativa, a través del art. 268 del NCPP, revela que la medida de prisión se dictará en respuesta a una solicitud del MP, siempre que motive la concurrencia de tres requisitos: a) que se observen fundados y graves elementos de convicción que estimen razonablemente la comisión de un delito que relacione al imputado como autor o un participante del delito; b) que la pena futura a imponerse en caso se demuestre la culpabilidad sea superior a cuatro años de pena privativa de la libertad; y c) que el imputado a través de su comportamiento o diversas circunstancias personales deriven en sus acciones la intención de eludir a la justicia (peligro de fuga), o de obstaculizar la investigación de la verdad (demostrando un peligro de obstaculización).

Ante lo expuesto, se puede advertir que, ninguna parte de la normativa establece el control del juez sobre las diligencias que el fiscal deber realizar dentro del plazo otorgado en la prisión preventiva, aquí el primer vacío legal y el problema de las tantas solicitudes de prolongación de prisión preventiva.

2.3. De la prolongación de prisión preventiva

Que mediante el Decreto Legislativo (D. L.) n.º 1307, se modifica el NCPP con la finalidad de mejorar el sistema de eficiencia y sanción de los delitos frente al crimen organizado y corrupción de funcionarios, establece en su artículo 274 que, cuando se determine situaciones que merezcan una especial dificultad o en su defecto se necesite la prolongación de la prisión preventiva, donde el investigado pueda contradecir el hecho imputado, o algún procedimiento probatorio, dicho plazo concedido en audiencia puede extenderse en el caso de los procesos normales y comunes por un plazo de 9 meses más y en el caso de los procesos complejos por el plazo de 18 meses más, e incluso donde existe casos donde se establezca crimen organizado puede extenderse hasta

por un plazo de 12 meses más. Todo ello se decidirá dentro de las 72 horas siguientes de la solicitud de extensión.

Dentro del ámbito local, en la ciudad de Lima, hubo una reunión entre jueces de las diversas etapas procesales, es decir, supremos y superiores de las cortes de la república, y decidieron la emisión del Tercer Pleno Jurisdiccional, el cual surte efectos obligatorios en relación a la extensión y/o prolongación de la prisión preventiva, el cual examina y fomenta de forma solidaria el presupuesto más importante, siendo resultante el hecho de especial dificultad.

Esta problemática ha sufrido cambios constantemente, puesto que, en su momento, específicamente en el año 2004, con la aplicación del NCPP, en el artículo 274, fue reformado a través de la Ley n.º 30076, en el año 2013, y siendo que en el D. L. n.º 1307, del año 2016, que a la vez también surtió reformas, a través del art 272, en el cual se generaron cambios dentro de los plazos establecidos para la prisión preventiva, y se dio en base a la necesidad de extender los plazos según la citada Ley, esto es 30077, que lucha contra el crimen organizado, donde se puede observar que el plazo dentro de procesos excepcionales resulta mínimo y no permite realizar las diligencias fiscales y policiales a nivel de fiscalía, generando el hecho de especial dificultad.

La doctrina manifiesta la importancia de diferenciar los actos realizados para el peligro procesal, en el que existen aún dudas dentro del desarrollo del presupuesto, y a fin de cubrir esos vacíos y peculiaridades a nivel procesal, se solicita la aplicación de la prolongación, en relación al caso concreto (Moreno, 2021).

Por otro lado, el autor Del Río (2016) explica que los actos de especial dificultad, que nacen a partir de la prolongación de la prisión, va provocar que aquellos actos con dificultad presentados dentro del trámite del proceso, va asegurar las demás etapas. Es por ello que, el autor Bazalar (2018) expresa que estos actos y hechos de especial dificultad, solo se darán de forma objetiva en causalidades externas, o en su defecto, dentro de las ciudades o provincias que se produzcan en la capital del Perú, esto es Lima.

Al respecto, se expresa que, esta dificultad solo se podrá determinar cuándo se pueda palpar el peligro de fuga o cuando exista una amenaza inminente respecto al desarrollo del proceso, solo de esa manera puede extenderse el plazo para el cumplimiento del requerimiento de prisión preventiva (San Martín, 2015).

Para lo dicho, hay dos diferentes formas de expresar la circunstancia de especial dificultad, esto es, ya sea dentro de la investigación o dentro del proceso, cabe recalcar que estas situaciones, son excepcionales, y la

dificultad dentro de la investigación se realizará dentro de las diligencias preliminares, mientras que las dificultades dentro del proceso, se darán en la etapa intermedia o de juicio oral. Realmente se podrá ver la dificultad en base a la proporcionalidad de las diligencias que se deban realizar para cada caso en concreto (Moreno, 2021).

Para lograr eso, se debe enfocar en el análisis de los hechos dificultosos, y en base a las posturas que nos expresa la doctrina, con el propósito de fiscalizar la legalidad de la conducta y su actuar durante el proceso, donde se verifican las teorías fortuitas en cada etapa procesal, con la finalidad de descubrir la conducta final del agente, y las situaciones que puedan originarse en el futuro para iniciar y finalizar la investigación.

La jurisprudencia en el Exp. n.º 11-2017, trabajado en la Primera Sala con especialidad en delitos de corrupción de funcionarios, investigaron un caso complejo, el cual, necesitó de la apertura de tres expedientes fiscales, para identificar a cada uno de los investigados dificultando la investigación por pluralidad de agentes e investigados, lo propio ocurre en el Exp. n.º 4-2015, donde se argumenta que dentro de un proceso arbitral se solicita la intervención de un árbitro, y encuadra en la circunstancia dificultosa.

Es importante destacar que, el autor y aquellos hechos fortuitos que se presentan son complejos hoy en día, y ello debido a la cuarenta por el covid-19 que ha logrado cambios dentro del desarrollo del proceso penal a partir del mes de marzo del año 2020, en el que fue declarado como pandemia a través de la Organización Mundial de la Salud (OMS) por la peligrosidad del contagio y por la cantidad de muerte provocadas. Este cambio también a provocado diferencias en el desarrollo del proceso dentro del MP y el PJ, puesto que surgieron recortes en el horario de trabajo, y se intensificó la cantidad de trabajo virtual, lo que a su vez al ralentizar la actuación fiscal provocó un déficit en el avance de las diligencias, provocando extensiones de las prisiones remitidas.

Lo real en la actualidad es que no existe un criterio diferenciado entre lo resuelto por el Tribunal Constitucional (TC) y las salas penales, ya que, a través del Exp. n.º 6-2018, no se admitió la reforma de utilizar los fundamentos para posteriores solicitudes, lo propio apareció en las salas de criminalidad organizada, donde se obtuvieron criterios y teorías suficientes para prolongar la prisión preventiva.

2.4. Sobre el principio de inocencia y del plazo razonable

La Declaración Universal de Derechos Humanos, en el inciso 1 del artículo 11, defiende y garantiza el mismo derecho al ciudadano, lo propio sucede en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su inciso 2 del artículo

8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, además según el comité de Derechos Humanos de la ONU al analizar el artículo 14 del Pacto de Internacional de Derechos Civiles y políticos, manifiesta que en virtud de este principio la carga de la prueba recae sobre la acusación mientras el acusado tiene Derecho a la duda. Se conoce que los principios mencionados tienen un tratamiento Constitucional, esto es porque tienen una función garantista que salvaguarda los principales derechos de las personas, respetando el principio de Inocencia, impide de algún modo el tratamiento como culpable de algún ciudadano por el hecho de que se le señale dentro de la organización de un delito, hasta el momento que obtenga una pena firme y consentida que declare su culpabilidad. Ello se encuentra regulado en el art 2 inciso 24 literal e de nuestra carta magna, sin embargo aplicado a la medida de Prisión Preventiva, genera las prácticas inquisitivas de uso indebido de la medida, al no ser debidamente motivada, o al no cumplir con la finalidad de dicha medida, a ello se le puede sumar que al ser una medida excepcional pero que sin embargo, ha creado una gran cantidad de presos sin condena alguna, pareciera que dicha figura y el ius puniendi del Estado está convirtiendo la medida en el cumplimiento de una pena anticipada.

Lo peor ocurre cuando se ve afectado el derecho de inocencia con la prolongación de la prisión preventiva, esto, porque la presunción de un ciudadano lesiona su derecho de libertad personal, lo que en consecuencia denota la pérdida del propósito principal de la figura de la prisión preventiva y refleja de algún modo la falta de capacidad del Ministerio Público en su rol de buena administración de justicia. Ante ello la normativa decidió el tratamiento de las audiencias de prisión preventiva a fin de salvaguardar el derecho a la inocencia, donde el juez en virtud de su capacidad e imparcialidad decidirá si aplicará o no la medida.

Ante lo dicho anteriormente existe diversas tesis de investigación como la de Serrano (2015), en su tesis titulada «La prisión preventiva a nivel del Poder Judicial y la violación del derecho de inocencia constitucional donde el investigado es la víctima, Ucayali, 2014-2015» donde concluye en referencia al principio de inocencia tipificada en la Constitución, que muchas veces la figura no cumple con su finalidad, ello debido a que en la praxis, dicha medida se convierte en una pena anticipada y una condena antes del juicio sea cual sea su final y recomienda que los administradores de justicia deberían implementar programas intensivos de legalidad constitucional de presunción de inocencia, con el objeto de crear conciencia.

Por otro lado, en cuanto al principio del Plazo Razonable, cabe destacar que dicho principio se encuentra regulado en el artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, donde estipula que toda persona debe ser oída dentro de un plazo prudencial, a su vez, nuestro Nuevo Código Procesal

Penal, establece en su artículo 1 del título preliminar que la justicia se activa dentro de un plazo razonable, ante ello Rui, (2020), sostiene que, el derecho de todo ciudadano a un plazo razonable se encuentra dentro del principio constitucional del debido proceso, ello debido a que una prolongación de la demora puede llegar a afectar el debido proceso de todo ciudadano.

2.5. Antecedentes y jurisprudencia

Dentro de los antecedentes sobre el tratamiento y el comportamiento de los jueces y fiscales dentro de procesos penales en las prisiones preventivas tenemos a Tarazona (2021) en su tesis titulada «Mejoramiento de la prolongación en la prisión preventiva y su violación en el código procesal penal en la selva, Coronel Portillo», donde se identificó que existe una vinculación entre la extensión del plazo y el control que ejerce el Poder Judicial dentro de las circunstancias de especial dificultad, a fin de distinguir cuales son esos actos fortuitos difíciles dentro de las etapas procesales, para ello se debe realizar una actuación probatoria que sea valorada por el juez, donde se verificará el cumplimiento de los presupuestos y elementos para la extensión del plazo.

A modo de ejemplo, a nivel Internacional dentro de los centros penitenciarios, en España a pesar de la cantidad de prisiones preventivas que se dieron, y del tiempo que han transcurrido en prisión, se puede determinar que muchos obtuvieron su libertad por ser declarados inocentes, es decir, a pesar de las pruebas irrefutables, no se logró controlar el verdadero cumplimiento de los presupuestos (Sánchez et al., 2017).

Actualmente y en virtud de los últimos acontecimientos en el mundo y en resultado de la pandemia, la prisión preventiva se ha tornado una medida sumamente gravosa para las personas, pues al exponerlas al hacinamiento y al covid-19, se estarían vulnerando derechos fundamentales, cuando podrían establecerse medidas menos gravosas al respecto, por lo que no solo es importante el control de los plazos sino también la verificación de los presupuestos para el otorgamiento de la medida. (Katey et al., 2022).

A nivel en reos en cárcel, es importante controlar no solo el plazo sino también la problemática, pues la medida de prisión preventiva, debería encontrarse fiscalizada y controlada a nivel de cumplimiento, pues el problema no solo afecta a la sociedad, sino también perjudica a las personas que tienen mayor desventaja frente a otras, como los hechos sucedidos con los adultos mayores, y las mujeres embarazadas. (Augsburguer et al., 2022).

En Francia, existe un incremento a la tasa de suicidios por el trauma y el estrés que genera el cumplimiento de la medida de prisión preventiva, un estudio establece que cada vez es mayor la población que opta por quitarse

la vida ante el encierro, personas que no lograron postular y demostrar en la investigación las razones y pruebas importantes que coadyuve al caso, es por ello que el presente análisis verifica la razón fundamental de controlar la prisión preventiva no solo en los plazos sino en el correcto cumplimiento de la medida. (Vanhaesebrouck et al., 2022).

A nivel internacional, en Ecuador, la investigación titulada «La libertad, y su vinculación con la prisión en delitos como hurto y robo» tuvo como objetivo verificar el incremento de la cantidad de prisiones solicitadas en cárceles, utilizando enfoques cualitativos donde se concluyó que, no existen fundados elementos de convicción para determinar prisión dentro de este tipo de delitos (Cuevara y Jiménez, 2020).

Es por ello que la investigación que lleva como nombre, «Inobservancia de la congruencia y su vinculación con las prisiones dentro de las fiscalías en España», tuvo como objetivo analizar las prisiones preventivas en base a los montos sustraídos, es decir si este monto no era proporcionar a una remuneración mínima vital, que concluyó que los dictámenes se realizaban de forma desbalanceada (Morales, 2021).

Ante ello, la investigación que lleva como título «Medidas excepcionales; DD.CC; Prisión Preventiva; Principio de presunción de Inocencia; Comportamiento del Juez; monto de reparación; Delitos diversos; Libertad», tuvo como objetivo indagar sobre los daños y riesgos bajo un enfoque cualitativo de revisión narrativa donde se concluyó que existe la vulneración de los derechos fundamentales, en los delitos de robos de teléfono celular (Vizueta, 2016).

Justamente, la investigación titulada «prisiones y el papel de la policía», tuvo como objetivo general, analizar la vinculación de la prisión y el desenvolvimiento policial dentro de Lima Norte, donde a través de una investigación cuantitativa, significativa, en un total de 188 policías se logró concluir que la prisión se relaciona con el desenvolvimiento policial (Camones & Vásquez, 2021).

Lo mismo ocurre en el análisis titulado «los requerimientos de prisión en delitos de hurto, en Ecuador, 2019», quienes tuvieron como objetivo principal, indagar sobre la eficiencia, de la flagrancia, en una investigación de revisión de literatura que analizaron cada medida, concluyendo que, en casos de robo, se dictan medidas de carácter de forma desproporcional, funcionando como regla más no como excepción (Gudiño, 2020).

Algo semejante en la investigación titulada «Delito de Hurto y delito de receptación» los cuales tuvieron como objetivo, verificar si la prisión preventiva, es congruente frente a delitos como hurto y receptación, utilizándose un

análisis cualitativo, donde se concluyó que la mayor parte de fiscales requieren prisión sin la verificación del cumplimiento de los presupuestos (Tapia, 2019).

Los antecedentes como la investigación de nombre «eficacia de las prisiones dentro de la primera etapa del proceso penal en el departamento de la Libertad», quienes tuvieron como objetivo analizar la correcta aplicación de la medida en la primera etapa del proceso penal, esto es, la etapa de investigación preparatoria, para el delito de robo, en la cual se utilizó una investigación cualitativa bajo la teoría fundamentada, verificando que las pruebas ofrecidas por las partes son correctamente analizadas (Almeida, 2021).

La investigación que lleva por nombre, «las prisiones preventivas y el hurto en Huánuco», la misma que se aplicaba bajo una frecuencia aplicada a la medida de coerción como lo es la prisión por el delito de hurto en los juzgados de la primera etapa en la provincia de Huánuco, utilizando una investigación descriptiva obteniendo como muestra 30 servidores públicos, donde se llegó a la conclusión que estos delitos no merecen un gasto estatal de forma leve (Espinoza et al., 2020).

Justamente en base a ello el proyecto de nombre «La Prisión y el delito de Hurto en el Distrito Judicial Cusco Año 2017», en la cual el objetivo principal fue si existía la necesidad de dicta la medida excepcional de prisión en los casos de hurto agravado, en la cual utilizaron una metodología haciendo uso de la estadística los datos de la entidad encargada, llegando a la conclusión de la existencia de una posible desnaturalización de contrato (Vargas, 2018).

La investigación titulada «Aplicación de las prisiones en base al principio de inocencia del investigado en el proceso penal en la localidad de Arequipa, 2020», donde se tuvo como objetivo fiscalizar y verificar si las prisiones están acorde al principio de inocencia, donde a través de un enfoque cualitativo, básico, se determinó que las prisiones en estos casos limitan y vulneran el derecho a la libertad personal, y es aplicado indiscriminadamente. (Polar y Zúñiga, 2021).

En el sistema penal y dentro de la figura de prisión preventiva se ha establecido, la supremacía de los principios penales de la norma jurídica, esto es importante conocer los valores, el caso y aplicar la proporcionalidad, sin embargo, ello no sería fácil sin la obtención de correcto cuidado y fiscalización a modo de control. (Hartman y Munzert, 2022). Del mismo modo, Chuta (2018) en la investigación que lleva por nombre, «Fiscalización legal para la extensión del plazo para la prisión», donde se concluye que la extensión del plazo, vulnera el derecho a la libertad, puesto que no es culpa del imputado que las diligencias no se hayan realizado en el plazo establecido, y que el propósito

dentro de las etapas procesales, atentan contra principios importantes provocando extensiones de plazo indiscriminadamente.

Es por ello que, Burga (2021) en su análisis de nombre «requisitos para la extensión del plazo de prisión en Jaén», se concluyó que, esta figura, de extensión del plazo tiende a tapar labores desproporcionales del representante del Ministerio Público, quienes, al no obtener información necesaria durante las diligencias preliminares, tienden a, cubrir esas labores anti trabajadores con la extensión del plazo afectando la libertad y presunción de inocencia del investigado.

Así mismo, Aranda (2020), en su investigación «Manifestación de los presupuestos de extensión de prisiones de la 1º Sala de apelaciones en Lima», donde se concluyó que, la interpretación a nivel judicial es valiosa, para la aplicación de la norma del proceso penal, correspondiente al caso concreto, donde la Ley podrá aplicarse de forma objetiva frente a las desigualdades de los requerimientos solicitados.

Esto nos lleva analizar al autor, Batalla (2018), quien en su investigación titulada «Observación de la extensión de las prisiones dentro del proceso penal en relación al crimen organizado» donde se concluyó que, la doctrina explica que el proceso se encuentra relacionado a la criminalidad organizada, con el énfasis esta direccionado a la fiscalía de turno siendo esperada por el juez, bajo la legalidad de la norma, y sus presupuestos establecidos.

Lo mismo ocurre con Bazalar (2019), en su artículo titulado «Permanencia de las prisiones en el Acuerdo Plenario 1-2017», manifiesta que el plazo concedido es muchas veces extendido en base a conceptos equivocados, propios errores del aparato judicial.

En cuanto al tratamiento de la jurisprudencia y de los criterios que han venido utilizando los jueces y miembros del Tribunal Constitucional se tiene al expediente n.º 1014-2011-TC, se ha establecido de manera vinculante y obligatoria que el Derecho a un plazo Razonable se encuentra implícita dentro del Derecho del debido proceso, por lo tanto, estaríamos también ante un derecho constitucional. Es por ello que la doctrina ha establecido ciertos criterios para identificar el plazo adecuado dentro de un proceso, esto es, la complejidad del asunto, a los hechos ocurridos y su posterior clasificación de proceso penal, si se está bajo un proceso simple o complejo, a una gran cantidad de agraviados o imputados etc., a su vez, también se debe determinar la actividad procesal del interesado, ello como finalidad de lograr determinar el comportamiento y la conducta del procesado dentro del proceso judicial, también, en virtud del Caso Salazar Monroe, en el Expediente n.º 5350-2009 el Tribunal Constitucional ha determinado que se debe verificar la conducta de las autoridades judiciales, ello debido a que

también se presentan insuficiencias y escases de los propios tribunales, donde se verifica si las mismas autoridades han contribuido en realizar los actos judiciales con prontitud. Esta última parte es muy importante, ya que como el problema principal lo viene diciendo, existe una gran necesidad de tratar normativamente desde una reforma legislativa la fiscalización de las diligencias propias del Ministerio Público a fin de determinar si el plazo razonable no se está cumpliendo debido a la falta de verificación de la conducta de las autoridades judiciales.

Es menester señalar lo ocurrido en el Perú dentro del caso Chacón, en virtud del Expediente n.º 3509-2009, donde el TC, estableció que fue la propia autoridad judicial quien contribuyo en la dilación del proceso, al no haber podido ni actuado con diligencia y rapidez. Ello nos lleva a razonar que no necesariamente los procesos tardan en solucionarse por tener carácter complejo y con situaciones fortuitas que imposibiliten su atención rápida, sino que en muchos casos como ya lo estableció el TC son aquellas mismas autoridades judiciales las que realizar el acto de dilación del proceso, perjudicando el proceso, y afectando el derecho de un plazo razonable, por consiguiente del derecho al debido proceso, ahora bien si trasladamos esa idea dentro de una prolongación de prisión preventiva, donde el fiscal solicita la ampliación y la prolongación del plazo establecido de prisión preventiva donde el investigado tiene restricciones de libertad ambulatoria y personal debido a ese mandato, todo ello debido a la falta de capacidad del fiscal encargado del proceso o simplemente a la falta de fiscalización y control de los plazos (vacío normativo que faculta al juez controlar dicho periodo a través de audiencias de control de diligencias y plazos) se estaría hablando de un proceso judicial penal en aras de la justicia y la celeridad procesal, no se estaría afectando además del principio de inocencia, el derecho del plazo razonable, el derecho a un debido proceso?.

Esta problemática no solo se puede palpar a nivel nacional, son muchos países que tienen estos cuestionamientos referentes a estos principios en la etapa de investigación preparatoria, justamente dentro de la prisión preventiva. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, a través del caso Suarez Rocero vs. Ecuador, sostuvo la gran necesidad de no restringir la libertad más de lo que se necesita, ya que hacerlo de manera diferente podría transformarse en una condena anticipada. Lo mismo ocurre con el Caso Barrayí vs. Argentina, donde la Corte Interamericana de Derechos Humanos afirma que los plazos de prisión preventiva tienen que actuarse conforme al principio de la legalidad, presunción de inocencia, de la proporcionalidad y la necesidad, donde argumenta también que la regla general es la investigación mientras el imputado se encuentre en libertad y lo distinto a ello solo se actuaría en caso de excepciones.

En el caso Neptune vs. Haití, ante dichos cuestionamientos la CIDH, enuncia que la medida de prisión preventiva no debería prolongarse, mientras no se cumplan con los presupuestos establecidos, pues se estaría vulnerando el derecho de toda persona al ser juzgado dentro de un plazo razonable.

3. Metodología

La metodología utilizada en la presente investigación fue bajo un enfoque cualitativo, que consiste en la recopilación y búsqueda de bibliografía de autores que permita determinar diversas posturas y criterios, las mismas que se verán analizados para la perspectiva de los antecedentes y la doctrina, es importante recalcar que para ello, se consultó con revistas indexadas y arbitradas, para brindarle mayor seguridad al tema de investigación, los cuales cumplen con rigor las normas lingüísticas del Manual Apa 7ma edición, también es fundamental sostener que se utilizó información en inglés, la cual fue traducida y analizada bajo el contexto del tema actual. Al respecto, Vargas (2009), expresa que esta investigación es importante y fundamental por simplifica información obtenida, además porque a través de la práctica, se concreta el conocimiento y sus conclusiones, organizando de forma eficaz la comprensión. (p. 159). Bajo esa directriz, el objetivo tiende a recabar información y ejecutarla mediante conocimientos en relación a las variables de búsqueda.

4. Discusión de resultados

En el presente apartado se describirá los resultados que hemos obtenido de la doctrina investigada, antecedentes y la jurisprudencia analizada, por ello Moreno, Cuervo y Puerta, además de Vizueta, (2016) expresan que en base al estudio de nombre «Enfoque crítico de literatura científica, hechos realizados en la Universidad Javeriana», teniendo como objetivo, vincular al lector y a la crítica en sus artículos, desde la temática, hasta la postura recibida, es decir, conforme a los razonamientos congruentes y proporcionales para obtener amplios resultados (p. 85).

Referente a los resultados obtenidos de la doctrina analizada se ha determinado que, Neyra Flores (2010), Bazalar (2018) y San Martín (2015), se encuentran de alguna manera a favor de la medida, pues manifiestan que solo se tiene que dar en circunstancias extremas para que se pueda configurar la prolongación y solo cuando ocurre peligro de fuga o perturbación, alegando que no se descompone la presunción de inocencia sino una necesidad de dictar prisión; a diferencia de De la Jara (2013), Moreno (2021) y Del Río (2016), quienes sostienen que, sí se observa un enfrentamiento entre principios y derechos, esto es, presunción de inocencia, restricción de libertad, en donde

solo se podrían considerar hechos muy difíciles solo en ese momento, pues existe una gran necesidad de diferenciar los peligros y despejar las dudas.

Referente a los resultados obtenidos de los antecedentes se ha determinado que Sánchez, Sobral y Seijo, (2017), Hartman y Munzert (2022), Polar y Zúñiga (2021), Vargas (2018), Espinoza et al. (2021), Tapia (2019), Tarazona (2021), Aranda (2020), Batalla (2018) y Bazalar (2019), manifiestan que la falta de control de plazos en dicha medida no solo afecta derechos fundamentales del investigado, sino que no se encuentra completamente regulada en la norma adjetiva y por ello el juez utiliza un criterio personal, mientras que Chuta (2018), y Burga (2021), Augsburguer et al. (2022), Katev et al. (2020), Camones y Vásquez, (2021), Morales (2021), y Guevara y Jiménez (2020), sostienen y dejan claro que esta medida es solo excepcional y no se debe aplicar sin medida alguna, ni con la intención de cubrir comportamiento anti laborales de los mismos funcionarios y servidores públicos. En base a los antecedentes, se ha determinado que el control de plazos en las medidas de coerción de prisión preventiva, mejora los resultados obtenidos dentro del proceso penal.

Referente a los resultados obtenidos de la Jurisprudencia analizada, se tiene que la Primera Sala especial de Delitos de corrupción de funcionarios, manifiesta que incluso ni el tema de la pandemia, es considerado como extremo para la prolongación no contando como argumento necesario para la aplicación de la medida, por su parte, el Tribunal Constitucional, en el caso Salazar Monroe y el caso Chacón, sostienen que estas medidas muchas veces son dictadas por la falta de diligencia y rapidez de las autoridades jurisdiccionales y que esta insuficiencia solo se debe a la escasez de trabajo. Mientras que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, mediante los casos Suarez vs Ecuador, Barrayi vs. Argentina y Neptune vs. Haití, sostienen que la medida si vulnera el derecho de presunción de inocencia y el derecho a un plazo razonable, indicando que se genera una condena anticipada. Por lo que se pudo determinar que, ante la falta de fiscalización del control de plazos, se afectaría el cumplimiento de la finalidad de la prisión preventiva dentro del proceso penal.

Finalmente, según la doctrina sí, se estaría vulnerado de algún modo los principios de presunción de inocencia y el plazo razonable y dejan claro que existe una necesidad de regular de manera clara su aplicación, mientras que según los antecedentes, el criterio del juez es fundamental para la medida, pues la norma aún presenta vacíos que llevan a ambigüedades, alegando que básicamente esto se dicta para cubrir acciones anti laborales, finalmente la Jurisprudencia tanto a nivel nacional emanados de salas superiores y salas supremas, como Internacional mediante la Corte Interamericana de DD. HH., terminan por confirmar que esto se solita y se dicta en su mayoría debido a una falta de eficacia laboral y mayor diligencia afectando los derechos y

principios constitucionales como el de Inocencia, Plazo Razonable y el debido proceso, lo que resulta importante precisar que son los jueces en su ejercicio del poder jurisdiccional los capacitados a controlar los plazos de prisión preventiva dentro del proceso penal.

5. Conclusiones

- a) En razón a las funciones que ejerce el juez penal y el representante del Ministerio Público dentro del Nuevo Código Procesal Penal, el juez de investigación preparatoria se encuentra limitado normativamente en indicar dentro de la audiencia de prisión preventiva y al fundamentar el plazo de prisión preventiva, fechas de audiencia de control de plazos y de diligencias que han fundamentado dicho plazo, a fin de verificar que el Ministerio Público esté realizando las labores necesarias para demostrar la culpabilidad del acusado en base a los criterios graves encontrados.
- b) El Ministerio Público, en ejercicio de la acción penal en muchos casos está demostrando una insuficiente capacidad de trabajo y dirección, lo que genera vencimiento de plazos de prisión preventiva y le da la oportunidad al juez de dejar en libertad al investigado solo por un comportamiento antilaboral.
- c) Existe una desmedida demanda de prolongaciones de prisión preventiva, que a su vez es producto de un ineficaz control judicial lo que vulnera de algún modo el principio de presunción de inocencia y plazo razonable, violentando notablemente la Constitución Política vigente.
- d) A mérito de las recomendaciones efectuadas por la comisión y la corte interamericana de derechos humanos (caso Argüelles y otros vs. Argentina), los países de América deben efectuar un control del plazo máximo de la prisión preventiva, por ende se debe modificar el desarrollo de la etapa de audiencia de prisión preventiva, facultando al juez la capacidad de que al momento de dictar prisión preventiva señale fecha de audiencias de control de plazos y diligencias (por ejemplo cada dos meses), a fin de no vulnerar principios constitucionales del investigado y en aras del principio de celeridad procesal principalmente en procesos con reos en cárcel.
- e) Finalmente, se logró determinar que la falta de fiscalización de los jueces en la medida de prisión preventiva no permite el cumplimiento de la finalidad de la prisión preventiva, mientras que esto afecta el correcto funcionamiento del aparato jurisdiccional y el ánimo de mejorar el proceso penal. Por último, los llamados a controlar los

plazos, y fiscalizar el trabajo realizado por el Ministerio Público y la defensa técnica, respecto al cumplimiento de plazos.

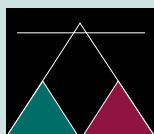
6. Propuesta de solución

Existe una gran necesidad de regular una reforma procesal penal, donde le otorgue facultades al juez de investigación preparatoria para dictar en la audiencia de prisión preventiva, fechas de control de plazos y diligencias por parte del Ministerio Público. Además, la propuesta considera la exigencia de observar obligatoriamente la jurisprudencia nacional e internacional dentro de los procesos penales en etapa de investigación preparatoria, a la hora de dictar la medida de prisión preventiva, con un fundamento debidamente motivado ajustado a la norma, pero sobre todo indicando cual es la verdadera necesidad de la solicitud de prolongación de prisión preventiva.

Referencias

- Almeida, S. (2021). *Eficacia de la prisión preventiva en la investigación preparatoria del delito de robo agravado, distrito judicial de La Libertad 2019*. [Tesis de Maestría, Universidad Cesar Vallejo]. <https://hdl.handle.net/20.500.12692/74523>
- Augsburguer, A., Neri, C., Bodenman, P., Gravier, B., y Jaquier, V. (2022). *Evaluaciones de los estados de la persona humana frente a las prisiones preventivas. Salud y Justicia*. DOI: 10.1186/s40352-022-00171-z
- Camones, J. (2021). Mandato de Prisión preventiva y la función policial. *Revista de Post Grado, Gestión y gobernabilidad*. <http://revistas.ucv.edu.pe/index.php/regunt/article/view/1992>
- Espinoza, O., Rojas, E., Cudeña, H. (2020). *La prisión preventiva y el delito de hurto agravado en el Distrito Judicial Huánuco, periodo 2018 - 2019*. [Tesis de pregrado, Universidad Emilio Valdizan, Huánuco]. <https://hdl.handle.net/20.500.13080/6012>
- Gudiño, C. (2020). *La prisión preventiva en el delito flagrante en el Distrito Metropolitano de Quito durante el segundo semestre de 2019*. [Tesis de grado, Pontificia Universidad Católica de Ecuador]. <http://repositorio.puce.edu.ec:80/xmlui/handle/22000/18557>
- Guevara, J., y Jiménez, A. (2020). *Derecho a la libertad y aplicación de la prisión preventiva en delitos de robo y hurto*. [Tesis de maestría, Universidad Técnica de Ambato] <https://repositorio.uta.edu.ec/jspui/handle/123456789/31511>

- Hartman, L., y Munzert, J. (2022). La responsabilidad penal de los funcionarios penitenciarios. DOI: 10.1017/glj.2022.38
- Katey, D., Abass, K., Garnosu, E., y GyasiRazak. (2022). Despoblación, como abordar la crisis del covid-19. Salud y justicia. Scopus. https://www.scopus.com/record/display.uri?eid=2-s2.0-85126201037&origin=resultslist&sort=plf-f&src=s&st1=PREVENTIVE+PRISON&sid=a9ad4b161f07fdb348487b0dd41b1b2e&sot=b&sdt=b&sl=32&s=TITLE-ABS-KEY%28PREVENTIVE+PRISON%29&relpos=0&citeCnt=0&searchTerm=&featureToggles=FEATURE_NEW_DOC_DETAILS_EXPORT:1
- Morales, L. (2021). *Inobservancia del principio de proporcionalidad en la aplicación de la prisión preventiva, en las instrucciones fiscales iniciadas por el tipo penal de robo con fuerza en las cosas, en la ciudad de Ibarra*. [Tesis de Maestría, Universidad Técnica del Norte]. <http://repositorio.utn.edu.ec/handle/123456789/11604>
- Polar, J., y Zúñiga, J. (2021). *Aplicación de la prisión preventiva y el principio Constitucional de inocencia del investigado, en el derecho procesal penal, Arequipa 2020*. [Tesis de pregrado, Universidad Cesar Vallejo]. <https://hdl.handle.net/20.500.12692/62764>
- Sánchez, N., Sobral, J., y Seijo, D. (2017). Error judicial en prisión preventiva: personas en prisión que nunca serán condenadas. *Revista Iberoamericana de Psicología de Salud*. DOI 10.23923/j.rips.2017.08.004
- Tapia, J. (2019). *Hurto agravado y receptación*. [Tesis de pregrado, Universidad San Pedro]. <http://repositorio.usanpedro.edu.pe/handle/USANPEDRO/10649>
- Vanhaesebrouck, A., Tostivint, A., Lefevre, T., Melchor, M., Khireddine I., Chee. (2022). Características de las personas que fallecieron por suicidio en cumplimiento de la prisión preventiva. *Psiquiatria BMC*. DOI: 10.1186/s12888-021-03653-w
- Vargas, G. (2018). *La Prisión Preventiva y el Hurto Agravado en el Distrito Judicial Cusco Año 2017*. [Tesis de maestría, Universidad Cesar Vallejo]. <https://hdl.handle.net/20.500.12692/33992>
- Vargas, Z. (2009). La Investigación Aplicada: Una forma de conocer las realidades con evidencia científica. *Revista Educación*, 33(1), 155-165.
- Vizueta, X. (2016). *Medidas Cautelares; Derecho Constitucional; Prisión Preventiva; Presunción De Inocencia; Rol Del Juez; Caucción; Delitos Susceptibles; Libertad*. [Tesis de pregrado, Universidad Católica de Santiago]. <http://repositorio.ucsg.edu.ec/handle/3317/5745>



ACADEMIA DE
LA MAGISTRATURA

REVISTA DE INVESTIGACIÓN DE LA ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA

Vol. 4, n.º 7, julio-diciembre, 2022
Publicación semestral. Lima, Perú.
ISSN: 2707-4056 (en línea)
DOI: 10.58581/rev.amag.2022.v4n7.09



Límites epistemológicos de la intermediación

Epistemological limits of immediacy

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 artículo delimita el principio de intermediación, en especial desde la óptica del análisis frente a un recurso de apelación. Se pretende clarificar este concepto y a partir de ello, determinar qué aspectos están, verdaderamente, impedidos de ser valorados en segunda instancia. Para conseguir el objetivo analizaremos algunos aspectos relacionados a la valoración de la prueba personal. Luego, verificaremos varias sentencias de la Corte Suprema en donde se ha definido y delimitado este principio, así como su aplicación práctica. Se trata de un estudio eminentemente documental y dogmático. Evidenciaremos como es que este principio ha sido sobrevalorado y sacramentado, pues no ha sido entendido cabalmente.

Palabras clave: razonamiento probatorio, credibilidad, testimonio, segunda instancia

Abstract: The article defines the principle of immediacy, especially from the perspective of analysis against an appeal. It is intended to clarify this concept and from this, determine which aspects are truly prevented from being valued in the second instance. To achieve the objective we will analyze some aspects related to the evaluation of the personal test. Then, we will verify several sentences of the Supreme Court where this principle has been defined and delimited, as well as its practical application. It is an eminently documentary and dogmatic study. We will show how this principle has been overvalued and sacramented, since it has not been fully understood.

Key words: probative reasoning, veracity, testimony, second instance

RECIBIDO: 14/11/2022

REVISADO: 15/12/2022

APROBADO: 26/12/2022

FINANCIAMIENTO: Autofinanciado

1. Introducción

La inmediación como principio del proceso penal implica la relación directa del juzgador con la prueba y las partes. Su estudio, requiere determinar la esencia de la misma, definiendo sus márgenes y su significado epistémico, pues junto a la oralidad y la contradicción son principios trascendentes del juicio oral.

Este principio se relaciona directamente con la presencia física del juzgador durante el juicio, y en especial en la actuación de la prueba, por cuanto se encuentra en una inmejorable posición para ver la prueba y poder emitir una sentencia. Esta posición es asumida por el último párrafo del artículo 425.2 del Código adjetivo, pues impide a la Sala Penal, que evaluará la apelación, otorgar diferente valor probatorio a la prueba personal que fue objeto de inmediación en primera instancia.

Este artículo evidencia la consideración elevada y sacramental de este principio, en particular al valorar la prueba personal. Sin embargo, el artículo 419 del Código Procesal Penal, permite a la instancia superior examinar la resolución en la aplicación del derecho y en la declaración de hechos, en la cual, entre otros, revisará la corrección de la valoración de la prueba personal o testimonial. Es decir, la segunda instancia puede revisar si se valoró la prueba persona adecuadamente pero no puede otorgar diferente valor probatorio a la prueba actuada por inmediación por el juez de primera instancia. Esta contradicción permite preguntarse ¿qué tan trascendente es la inmediación y porque no permite revalorar la prueba personal en segunda instancia?, y ¿habrá aspectos que, sí se pueden revalorar, de ser así, bajo qué criterios?

Sobre el problema han existido algunos estudios que han tratado de desmitificar el principio de inmediación. Irisarri (2021) ha concluido que

sobre la determinación de la sinceridad del testigo no existe argumento valedero que nos haga pensar que el magistrado, amparado solamente en la inmediación, pueda determinar quién miente y quién es honesto. Por otro lado, Andrade (2017) quien estudió la Ley n.º 19.968, que crea los Tribunales de Familia en Chile y cuya regulación si permite revalorar la prueba personal en segunda instancia, afirmó que esta ley implica un quiebre de la inmediación al permitir un juicio sobre la fiabilidad y mérito. No obstante, señala que ello no autoriza la ausencia de justificación o análisis racional de la prueba.

El trabajo se justifica porque no existe claridad en la jurisprudencia ni doctrina peruana sobre la trascendencia de la inmediación y sobre aspectos específicos que no pueden ser revalorados por el juez de segunda instancia al no haber tenido inmediación con la prueba personal. Así, el objetivo del presente será redefinir el concepto de inmediación y, a partir de ello, determinar qué aspectos pueden ser valorados y cuales están vedados al juez de apelación. Para ello debemos valernos previamente de un marco conceptual que nos permita entender de mejor forma el tema planteado.

2. De la concepción persuasiva a la concepción racionalista de la prueba

Partimos de indicar que todo aquel que es parte en un proceso tiene derechos, uno de ellos es el de probar. Este derecho implica la producción de prueba relativa a los hechos de su pretensión o defensa, ofrecer los que considere necesarios, se le admitan, se actué adecuadamente, se asegure la producción o conservación de la prueba y finalmente se valore y motive adecuadamente sobre ellos (Exp. n.º 6712-2005-HC, fundamento 15).

En la etapa de actuación y valoración probatoria, las partes, en la actualidad y de manera errónea, apelan al convencimiento del juez. Su objetivo es persuadirlo, pero más a nivel subjetivo que objetivo. Esta finalidad ha quedado evidenciada con la aparición de las denominadas «técnicas de litigación oral», que a veces lidian con histrionismo, así por ejemplo se recomienda colocar intitular con un *slogan* al momento del alegato de apertura. Estas técnicas han permitido afirmar que el abogado debe destacar por su destreza y dominio de escena acompañado de un lenguaje verbal y corporal (Ortiz-Quichimbo y Ortega-Peñafiel, 2022).

El afronte del proceso basado en la subjetividad para «convencer» al juez, ha sido denominada por Ferrer (2017) como la «concepción persuasiva de la prueba» cuyas notas esenciales apelan a la íntima convicción judicial, fuerte defensa del principio de inmediación, exigencia de débil motivación y sistema de recursos que dificultan la revisión y control del juicio sobre los hechos.

En esa línea, la magnificación de la intermediación cuando se valora la prueba personal, resulta criticable. La razón principal es porque se posiciona al juez de primera instancia como el único que lo podrá realizar dada su percepción directa al testigo durante el juicio oral. Así, se le adscribe una función exclusiva y sacramental, impidiendo a la vez que el superior en grado modifique su mérito probatorio.

Esta concepción tradicional ha sido superada, pues de la mano de Luigui Ferrajoli, Michelle Taruffo y Jordi Ferrer Beltrán, podemos hablar de una «concepción racionalista» de la prueba, que implica un «giro epistemológico» para «desmontar» varios errores provenientes de una mala cultura jurídica, en particular la judicial, basada a su vez en una mala epistemología (Accatino, 2019).

Ciertamente, la «concepción racionalista» se opone, como un espejo, a la «concepción persuasiva» y se caracteriza porque atiende a la corroboración y refutación de hipótesis como forma de valorar la prueba, una versión débil del principio de intermediación, fuerte exigencia de motivación en la decisión de los hechos y un sistema de recursos con amplio control de la decisión de primera instancia (Ferrer, 2017).

Entonces, la errónea concepción de apelar a la subjetividad para convencer al juez no tiene cabida en nuestro sistema procesal penal y por ello no debería magnificarse el principio de intermediación. Como dijimos, nuestro sistema de recursos permite un control amplio de los hechos, aunque simultáneamente impide variar el mérito probatorio otorgado a la prueba personal. No obstante, basados en esta nueva concepción sobre la prueba que deriva de la corriente del «razonamiento probatorio», cuyo principal objetivo es la búsqueda de la verdad como correspondencia con la realidad, es que debe redefinirse a este principio, otorgándole su verdadero valor en el proceso.

3. Intermediación de la prueba personal

Para conocer cómo se entiende este principio en la doctrina nacional recurrimos al profesor Talavera (2017) para quien la intermediación exige que el juez y las partes se hallen en contacto personal e inmediato con las personas, hechos y cosas que sirven como fuente o medio de prueba para alcanzar una coincidencia real entre el hecho percibido y el hecho objeto de prueba.

Es la misma línea, López (2016) distingue dos caras de este principio, la primera como simple percepción sensorial y la segunda relacionada a la presencia física y proximidad del juez, las partes y la prueba. Ahora, últimamente se ha afirmado que el contacto directo del juez con las partes y la prueba, no se reduce al contacto físico-presencial, sino también a través de nuevas tecnologías: o interacción virtual (Pinto, 2021).

De lo anterior, queda en claro, que para Talavera y López, en cuanto a la prueba la intermediación presenta dos facetas: una referida al contacto personal con aquella y otra relacionada a la percepción del juez, de tal modo que sólo ante esta circunstancia puede el juez valorarla adecuadamente. Ahora con la pandemia del covid-19 ha quedado en evidencia que el contacto personal no necesariamente formará parte de la intermediación, pues como dice Pinto, también puede existir una interacción virtual entre el juez, las partes y la prueba. Esto último es contradicho por Quispe (2022) para quien lo más importante es asegurar la actuación de la prueba en presencia del juez, pues es quien debe interpretarla y emitir una decisión motivada.

Por su parte, San Martín (2015), procesalista connotado, precisa que cuando el material probatorio del juicio de primera instancia se centra exclusiva y especialmente en la prueba personal, debe distinguirse las zonas opacas que constituyen los datos probatorios estrechamente ligados a la intermediación, tales como el lenguaje gestual del declarante, de difícil acceso a la supervisión y control de aquella otra zona denominada franca que sí son controlables en la segunda instancia.

Ciertamente, San Martín relaciona la intermediación con las denominadas zonas opacas que guardan relación con el lenguaje gestual de quien declara. Esta concepción ha sido reforzada por la Casación n.º 3-2005-Huaura que identificaba estas zonas opacas a las expresiones del lenguaje, capacidad narrativa, expresividad de sus manifestaciones, precisiones en su discurso, etc., y las distingue de aquellas zonas abiertas, referidas a la estructura racional del contenido propio de la prueba que son distintos de la percepción sensorial del juez y que pueden ser fiscalizados a través de la reglas de la lógica, la experiencia y los conocimientos científicos.

En la misma línea, el Tribunal Constitucional, señala que por la intermediación directa que existe se trata de una garantía de la valoración adecuada de la prueba y, en cuanto a la prueba testimonial, facilita la apreciación de la secuencia verbal, el contexto, la totalidad de palabras y el modo en que fueron pronunciadas; es decir se accede a los aspectos verbales y no verbales (Exp. n.º 02738-2014-PHC/TC).

De ello podemos apreciar que no solo la doctrina nacional sino el propio Tribunal Constitucional (TC) peruano otorgan un alto valor a la intermediación, tanto es así, que éste último precisó que se trataba de una garantía del proceso. No obstante, resulta preocupante que el lenguaje gestual, expresión de lenguaje o secuencia verbal, así como la expresividad de sus manifestaciones, la totalidad de palabras y el modo en que fueron pronunciadas, que son aspectos que tiene que ver con la percepción sensorial del juez puedan ser

aspectos fundamentales para decidir un caso, tanto que han sido resaltados como aspectos importantes al momento de valorar la prueba personal

Esta conclusión no es gratuita, pues el propio TC insiste en que existen zonas opacas u oscuras donde solo el juez que presencié la prueba podría valorar y nadie más que él. Así, al describir la faceta personal de la intermediación la vincula con el lenguaje, la capacidad narrativa, la expresividad de las manifestaciones, las precisiones en el discurso, etc., añadiendo que ello no puede ser objeto de revisión y control en apelación. Aunque también reconoce una faceta referida a la estructura racional del contenido de la prueba, pero que son ajenos a la percepción sensorial del juzgador que si puede ser fiscalizada y variada. (Exp. n.º 2201-2012-P A/TC).

Así también la Casación n.º 6489-2018-La Libertad, ha indicado que el Tribunal de alzada no puede variar la conclusión que de su contenido y atención realice el órgano jurisdiccional de primera instancia. Así, datos expresados por los testigos estrechamente ligados a la intermediación (lenguaje, capacidad narrativa, expresividad de sus manifestaciones, precisiones en su discurso, etcétera) no son susceptibles de supervisión y control en apelación. Estos aspectos fueron fijados como doctrina jurisprudencial por la Casación n.º 385-2003/San Martín.

De lo anterior, queda en evidencia que la doctrina y jurisprudencia parten de una premisa incorrecta: que por la imediación el juez es el único que puede otorgar un correcto merito probatorio a una prueba personal. Así, tambien se afirma, que el contacto directo con la prueba le pemitiría al juez, estar en la capacidad de evaluar la credibilidad del testigo, en especial cuando atiende no sólo al contenido de la declaración sino, en especial, a las expresiones no verbales o gestuales. Ahora, que tan cierto es que el Juez que tuvo contacto directo con el testigo puede determinar si este miente o dice la verdad.

Estos aspectos no verbales si son importantes pero desde la valoración del profesional psicólogo, quien además de verificar, mediante la observación, el lenguaje no verbal es que los confronta con otros instrumentos como son la entrevista, los test proyectivos, el análisis de versiones anteriores, etc. Entonces vincular la intermediación con el lenguaje no verbal y pretender magnificarlo para considerarlo como un principio imprescindible para valorar si un testigo dice la verdad, es un despropósito. Téngase en cuenta que el profesor Nieva (2012) ha señalado que la credibilidad de un medio de prueba depende de las máximas de la experiencia que posee cada medio de prueba y, en el caso de la prueba personal, de la denominada psicológica del testimonio.

Es decir, el profesor Nieva precisa que la credibilidad del testigo tiene que analizarse desde la perspectiva de la denominada psicología del testimonio. Ello es correcto, porque esta rama de la psicología estudia, la mentira

intencional, la capacidad de la persona que miente, la identificación de la mentira y los procesos de toma de decisiones implicados a la hora de establecer la credibilidad de un testimonio (Mazzoni, 2019).

En dicho sentido, el mayor contacto ocular, la afirmación con la cabeza, movimiento facial al hablar, relajación en la postura, voz firme, no titubeos, llanto, etc., no implican que alguien diga la verdad. Y por el contrario el parpadeo constante, la sudoración, risas al hablar, agachar la cabeza, movimiento de brazos, hablar lento, tartamudear, etc., tampoco están relacionados con la mentira. Pese a este modo, no es más que actuar bajo la intuición pues hasta el momento no existen estudios que certifiquen que estas expresiones permitan determinar si una persona miente o dice la verdad. Por ello no se explica el porque se otorga papel preponderante a la intermediación del juez en la valoración personal de los testigos, tanto así que no se permite variar la conclusión probatoria acerca del relato de un testigo. En esa línea, Igartua (2017) refiere que lo que importa de la intermediación es, por tanto, la información que se pueda controlar y no la subjetividad del decisor que es ingobernable.

Es importante tener en cuenta que la intermediación es un instrumento para capturar elementos observables y describibles con efectividad, los cuales serán, después, objeto de valoración racional explícita (el titubeo, la inseguridad en las respuestas, la tartamudez, entre otros, son datos a valorar, no criterios para valorar). Con estas aportaciones, este principio deja de tener protagonismo y entra en juego la valoración de la prueba de forma racional (Igartua, 2019).

Ciertamente, lo que interesa de un testimonio es la comprobación de la coherencia interna, es decir que no contenga contradicciones sustanciales, no sea fantástico, incoherente o falto de detalles, así como contenga un contexto situacional que haya explicado quien declara, y que es asimismo coherente (Nieva, 2012). Estos requisitos son importantes para distinguir un relato veraz de aquel que no lo es.

4. Métodos y materiales

Se trata de un estudio descriptivo, no experimental, con un enfoque cualitativo, se considera de tipo descriptiva y bibliográfica. Se utilizó como fuentes los fallos de la Corte Suprema, los que se ubicaron de la página oficial del Poder judicial y se verificó aquellos que guardan relación con el tema planteado.

Se ha revisado tesis y trabajos de investigación en diferentes universidades y revistas que están indexadas en Latindex, Scielo y Dialnet, búsqueda que se efectuó en el internet. Se verificó textos de la biblioteca personal relacionados al tema.

5. Resultados

Luego de verificar las sentencias de la Corte Suprema, hemos efectuado un cuadro comparativo para ubicar las denominadas zonas opacas y abiertas

Tabla 1

Casaciones sobre zonas opacas o abiertas

Casación R. N.	Zonas opacas (oscuras)	Zonas abiertas (claras)
Cas. n.º 5-2007-Huaura (11-10-2007)	No puede modificarse apreciación de prueba personal del juez de primera instancia, si no se actúa prueba en segunda instancia	Puede cuestionarse la coherencia y persistencia respecto a los testigos de cargo.
Cas. n.º 5-2007-Huaura (11-10-2007)	Otros argumentos sobre la credibilidad de testigos El juez es soberano para determinar aporte y valor probatorio	Es prueba válida de cargo y es coherente, racional y contundente
Cas. n.º 195-2012-Moquegua (05-09-2012)		El proceso de deducción basado en reglas de experiencia no es dependiente de la intermediación Si es posible cambiar el valor probatorio de lo siguiente: pericia, documentos, prueba anticipada y pre constituida

Cas. n.º 385-2013-San Martín (05-05-2015)	Corresponde respetar la conclusión o mérito probatoria otorgado por el juez de instancia ▶ Error en razonamiento lógico ▶ Error en el iter deductivo ▶ Afirmación o conclusión arbitraria o absurda ▶ Coherencia interna de lo valorado por el juez de instancia
Cas. n.º 636-2014-Arequipa (03-02-2016)	Casos: Valoración aislada Valoración indebida
Cas. n.º 96-2014-Tacna (20-04-2016)	Razonamiento ilógico, arbitrario, absurdo, irracional, incongruente, en contra de las reglas de la experiencia o la sana crítica

Fuente: Elaboración propia

6. Discusión

Como podemos verificar del cuadro que antecede se ha determinado como zonas opacas los aspectos en los cuales no se puede modificar la apreciación de la prueba personal por parte del juez de primera instancia, la que se encuentra limitada a que se actué prueba en segunda instancia. Los argumentos relativos a la credibilidad de los testigos, indicándose que el juez es soberano para determinar el aporte y valor probatorio de cada prueba y cuya conclusión o merito probatorio otorgado debe ser respetado sin poder variarse.

Esto determina que la Corte Suprema aún mantiene el concepto místico y sacramental del principio de inmediación de tal modo que la hace impenetrable para que pueda ser controlado o fiscalizado. Esta es la idea que traduce el artículo 425.2 del Código Procesal Penal que prohíbe otorgar diferente valor probatorio a la prueba personal que fue verificada por inmediación del juez de primera instancia. Pero esta problemática se ha verificado en la doctrina comparada en donde se ha dado diversas soluciones y propuestas

Para el profesor Picó i Junoy (2009) que analiza la misma problemática en la normativa procesal civil española, indica que la configuración de la apelación implica la revisión sobre la valoración de la prueba personal y para ello propone tres soluciones en segunda instancia: i) permitir que las partes puedan proponer la concurrencia de la prueba personal cuya valoración se cuestiona; ii) que la segunda instancia de oficio convoque a la prueba personal cuya revisión pretenda realizar; y iii) modificar la apelación limitándola a la errónea valoración probatoria.

Como puede apreciarse el profesor Pico y Junoy se encuentra en la línea de no permitir que se revalore la prueba en segunda instancia y que de querer hacerlo se debe hacer concurrir a la prueba que se quiere revalorar. Por su parte Díaz (2019), analizando la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español y Tribunal Supremo en lo Penal señala que no se puede efectuar una nueva valoración de la prueba en segunda instancia, que inclusive ello no se supera con la reproducción de los videos del juicio, pues necesariamente debe existir una interrelación entre el juez y el imputado. En todo caso, precisa que debe modificarse el sistema recursivo que implique análisis de fondo y de lo jurídico.

En sentido contrario, De Antoní (2021) al estudiar el tema en el derecho argentino, precisa que es insostenible que la inmediación sea un medio privilegiado para valorar la credibilidad de un testigo, se trata de una visión subjetiva derivada de la íntima convicción apoyada en falsas creencias y mitos.

Los gestos no sirven para valorar credibilidad ni los jueces poseen capacidad para detectar el engaño.

Coincidimos con esta opinión en el sentido de que la inmediación no es un medio privilegiado para valorar la credibilidad de un testigo. Por ello, es que Contreras (2015) señala que el juez de segunda instancia sí puede revalorar la prueba en su totalidad al momento de la apelación pues la observación directa del testigo no es un método válido para extraer conclusiones sobre su credibilidad, ya que la inmediación sólo es un instrumento para incorporar información relevante para el esclarecimiento de los hechos.

6.1. Criterios delimitadores sobre la inmediación

Como se puede apreciar en la doctrina comparada al igual que en la nacional aún la inmediación es considerada como un factor importante para efectos de la valoración probatoria de la prueba personal. No obstante, nos proponemos delimitar cuáles serían los ámbitos en los cuales este principio debe ser respetado y garantizado.

Un primer aspecto es que la inmediación debe ser entendida únicamente como un mecanismo que permite al juez una interacción con las partes y los medios de prueba en especial con la prueba personal: testigos y peritos. Bajo los siguientes aspectos:

- ▶ Le otorga la posibilidad de efectuar una dirección de audiencia espontánea y efectiva y controlara tanto las alegaciones como el interrogatorio de las partes, de tal modo que se obtenga información de calidad.
- ▶ Podrá controlar que las respuestas de los testigos y peritos se realice con claridad y precisión y podrá solicitar las aclaraciones que correspondan.
- ▶ No valorará aquellas expresiones gestuales o no verbales relacionadas con aspectos subjetivos (llanto, gritos, sollozos, muecas, sudor, transpiración, movimientos del cuerpo, entre otros) que no puedan ser objetivados.
- ▶ De verificar algún aspecto gestual proporcionado por el testigo o perito que pueda servir como dato objetivo debe dejarse la constancia respectiva por parte del interrogador y en su caso de parte del juez, con anuencia de las partes, de tal modo que pueda ser controlable en segunda instancia.
- ▶ El juez de segunda instancia puede efectuar un control de la valoración personal de primera instancia en el caso de los documentos, prueba anticipada, prueba reconstituida, la prueba pericial o de informes,

respecto de la cual no existe una intermediación propiamente, salvo que esta se actué a través de algún órgano de prueba.

- ▶ El juez de apelación puede efectuar valoración probatoria diferente siempre que se verifique que la sentencia no hizo inferencias deductivas correctas, o las que hizo son absurdas, arbitrarias, ilógicas, indebida, aislado, o contrarias a las máximas de la experiencia o los conocimientos científicos.
- ▶ Un segundo aspecto a considerar es que la intermediación tiene como objeto inmediato el propiciar el contradictorio (Tayro, 2016). Es decir, propicia y posibilita que se produzca un adecuado contradictorio por las partes; quizás, este aspecto, por la importancia que tiene implique que la intermediación adquiera tanta importancia, pues en ausencia de este principio la contradicción se ve seriamente recortada.

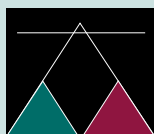
7. Conclusiones

- a) La trascendencia de la intermediación en la valoración de la prueba no implica que se impida un control o fiscalización sobre el mérito probatorio que otorgó el juez de primera instancia. De tal modo que, si es posible que el juez de segunda instancia pueda revalorar la prueba personal, en tanto el sistema de recurso así lo permite. No es posible que el juez sea capaz de descubrir la verdad por sí mismo a través del principio de intermediación
- b) Se debe propender a una valoración de pruebas que sea racional y dejar de lado la concepción persuasiva de la prueba, ello en el sentido de que las valoraciones subjetivas del juez no deben decidir el caso sino aquellas que puedan ser verificables y que deben de haber sido explicadas y justificadas en la decisión.
- c) Algunos parámetros válidos que podemos tomar en cuenta para tener un concepto exacto de intermediación es que este principio solo sirve para tener una relación directa y personal entre las partes y el juez y este último pueda efectuar un debate adecuado garantizando el contradictorio, así pueda en dicho momento aclarar algunas dudas, pues la percepción sensorial de los gestos o lenguaje no verbal no tiene un significado que sea valorable o justificable en un sistema de valoración racional de la prueba.

Referencias

- Accatino, D. (2019) Teoría de la prueba: ¿somos todos «racionalistas» ahora? *Revus [en línea]*, 39. <https://doi.org/10.4000/revus.5559>
- Andrade, S. (2017). *El rostro de la justicia: el quiebre de la intermediación en la segunda instancia en materia de familia. Problemas y soluciones*. [Tesis de pregrado, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso]. http://opac.pucv.cl/pucv_txt/txt-8000/UCC8362_01.pdf
- Contreras, C. (2015). *Valoración de las pruebas de declaración de personas en segunda instancia*. [Tesis doctoral, Universidad de Barcelona]. <https://acortar.link/sSjum3>
- Díaz, M. M. (2019). Límites a las facultades revisoras de las sentencias absolutorias en apelación y casación: principio de intermediación y derecho de defensa. *Revista De Derecho Penal Y Criminología*, (9), 111-142. <https://revistas.uned.es/index.php/RDPC/article/view/2457>
- De Antoni, R. (2021). *La Magnificación de la intermediación y su impacto en la casación (Una propuesta para valorar y controlar la credibilidad de los testigos a partir de nuevos enfoques racionales)*. [Tesis de maestría. Universidad de San Andrés]. <https://acortar.link/QZhjxS>
- Ferrer, B.J. (2017). El control de la valoración de la prueba en segunda instancia. *Revus [Online]*, 33 <http://journals.openedition.org/revus/4016>
- Igartua, S. J. (2017). Control judicial de la discrecionalidad técnica: error manifiesto, intermediación, sana crítica. *Revista de Administración Pública*, 204, 11-39. <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.204.01>
- Irisarri, S. M. (2021). *La función epistemológica del principio de intermediación en la prueba testimonial ¿una garantía procesal?* [Tesis Final del Master en Razonamiento Probatorio de la Universidad de Girona]. <https://acortar.link/dkkd7N>
- Mazzoni, G. (2019) *Psicología del testimonio*. Editorial Trota.
- Nieva, F.J. (2012) Oralidad e intermediación en la prueba: luces y sombras. *Justicia: Revista de derecho procesal*, 1, 101-120. <https://acortar.link/TkObW2>
- Nieva, F. J. (2012). Intermediación y valoración de la prueba: el retorno de la irracionalidad. *Civil Procedure Review*, 3(1), 3-24. <https://acortar.link/C3A44T>
- López, R. F (2016). El principio de intermediación en el proceso penal: una crítica epistemológica. *Justicia: Revista de derecho procesal*, 1, 221-268. <https://acortar.link/pnhdQp>

- Picó i Junoy J. (2009). Valoración de la prueba y segunda instancia civil hacia la búsqueda del necesario equilibrio. *Revista jurídica de Catalunya*, 108(3), 679-692. <https://acortar.link/qmSkY8>
- Ortiz-Quichimbo, B. E., & Ortega-Peñafiel, S. A. (2022). Las técnicas de litigación oral y argumentación jurídica: Su incidencia e importancia en el proceso penal. *Dominio de las Ciencias*, 8(1), 683-712. <https://acortar.link/lK7kp9>
- Pinto. Z. J. (2021). *Flexibilización de principios y formalidades en la etapa de juzgamiento del nuevo código procesal penal*. [Tesis de maestría. Universidad De San Martín de Porres]. <https://acortar.link/DpD7Tn>
- Quispe. D. (2022). *Criterios jurisdiccionales del principio de inmediación en la valoración de la prueba en tiempos de pandemia*. [Tesis de maestría. Universidad Cesar Vallejo]. <https://acortar.link/YwprV4>
- San Martín, C, C. (2015) *Lecciones de derecho procesal penal*. Editorial INPECCP.
- Talavera, E. P. (2017) *La prueba penal* (Primera edición). Editorial Instituto Pacífico.
- Tayro, T. (2016). La videoconferencia. Un nuevo enfoque del principio de inmediación procesal. *Revista Oficial Del Poder Judicial*, 8(10), 547-559. <https://doi.org/10.35292/ropj.v8i10.251>



ACADEMIA DE
LA MAGISTRATURA

REVISTA DE INVESTIGACIÓN DE LA ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA

Vol. 4, n.º 7, julio-diciembre, 2022
Publicación semestral. Lima, Perú.
ISSN: 2707-4056 (en línea)
DOI: 10.58581/rev.amag.2022.v4n7.10



Vicisitudes en la investigación en el delito de violencia familiar a propósito del plazo razonable

**Vicissitudes in the investigation in the crime of
family violence a reasonable time purpose**

Stefano Morales Inciso*

Distrito Fiscal de Lima
(Lima, Perú)

smorales@mpfn.gob.pe

<https://orcid.org/0000-0001-8983-4906>

Resumen: La investigación preliminar se encuentra orientada a realizar diligencias urgentes e inaplazables según el inciso 2 del artículo 330 del Código Procesal Penal. Sin embargo, existen circunstancias objetivas y subjetivas que dilatan el plazo de investigación en la Investigación Preliminar, desnaturalizando el espíritu de la norma bajo comentario.

Dichas circunstancias han motivado sendos pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia y del Tribunal Constitucional a efectos de justificar la dilación del plazo de investigación preliminar. Sin embargo, en el fragor de la investigación independiente de que el plazo de la investigación se

encuentre justificado, el plazo razonable siempre va a ser un tema latente en el plazo investigatorio.

El tema resulta álgido en el contexto de los delitos de violencia familiar dada la coyuntura actual que atraviesa nuestro país. Así, a raíz de la expedición de la Ley n.o 30364, se busca celeridad y eficacia para resolver los procesos penales derivados de dichos delitos.

En ese sentido, el Ministerio Público, como órgano investigador del delito y defensor de la legalidad, al momento de realizar la investigación preliminar se encuentra en una dicotomía, ya que por una parte busca esclarecer las circunstancias de la Comisión del Delito ampliando la investigación (atendiendo a circunstancias objetivas y subjetivas), y por otro lado como defensor de la legalidad se encuentra en la obligación de respetar el plazo razonable del investigado.

En el presente trabajo, el investigador analizará dicha problemática teniendo en consideración el marco constitucional en el que existe una dicotomía entre la tutela jurisdiccional efectiva y el debido proceso.

Palabras clave: tutela jurisdiccional, debido proceso, Ministerio Público

Abstract: The preliminary investigation is aimed at carrying out urgent and urgent proceedings according to subparagraph 2 of article 330 of the Code of Criminal Procedure, however there are objective and subjective circumstances that extend the period of investigation in the Preliminary Investigation, distorting the spirit of the rule comment under.

These circumstances have motivated the sending of pronouncements by the Supreme Court of Justice and the Constitutional Court in order to justify the extension of the preliminary investigation period, however, in the heat of the independent investigation that the investigation period is justified, the period reasonable is always going to be a latent issue in the period of investigation.

The issue is critical in the context of family violence crimes given the current situation which our country is going through. Thus, as a result of the issuance of Law n.o 30364, speed and efficiency are sought to resolve said criminal proceedings derived from said crimes.

In this sense, the Public Prosecutor's Office, as the investigative body of the crime and defender of legality, at the time of carrying out the preliminary investigation, finds itself in a dichotomy since, on the one hand, it seeks to clarify the circumstances of the Crime Commission by expanding the investigation (taking into account objective and subjective circumstances),

and on the other hand as a defender of legality is under the obligation to respect the reasonable time of the investigated.

In the present work, the researcher will analyze this problem taking into account the constitutional framework in which there is a dichotomy between effective jurisdictional protection and due process.

Key words: family violence, reasonable time, jurisdictional protection, due process, Public Ministry

RECIBIDO: 14/11/2022

REVISADO: 15/12/2022

APROBADO: 26/12/2022

FINANCIAMIENTO: Autofinanciado

1. Introducción

El Estado peruano condena la violencia familiar asumiendo compromisos internacionales como la Convención Belem do Para o la Convención sobre los Derechos del Niño, por citar unos ejemplos; sin embargo, paralelamente a ello, como hace referencia Ramírez (2019) en concordancia con los compromisos internacionales asumidos, el Estado viene adoptando medios para combatir la violencia contra la mujer: siendo diligente en su actuación; adoptando medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, amenazar o agredir a la mujer; estableciendo procedimientos legales justos y eficaces para la protección de la mujer, y estableciendo las medidas legales necesarias para asegurar que la persona objeto de violencia vea satisfecha su expectativa de justicia.

Para tal fin, se expidió la Ley n.º 30364. Sin embargo, la eficacia no se agota con la expedición de una ley, ya que los procesos judiciales son finalmente el lugar donde finalmente se resuelven los conflictos, y es justamente donde más derechos colisionan. Así, centrándonos ya en el proceso judicial, advertimos que no es pacífica la materialización del derecho de la víctima a acceder a la tutela jurisdiccional efectiva, dado el «vía crucis» que implica el acopamiento de medios probatorios ya sea por razones objetivas o subjetivas, no siendo tampoco pacífico el derecho al debido proceso del denunciado, dado el excesivo tiempo que demora en justamente acopiar los medios probatorios en el proceso, entrampándose la celeridad y eficacia de este tipo de procesos, surgiendo la interrogante «¿cuáles son las vicisitudes dentro del plazo de investigación a nivel preliminar en los procesos de violencia familiar?».

El presente artículo está orientado, en primer lugar, a mostrar de manera objetiva las vicisitudes por las cuales transita el proceso de investigación preliminar en el proceso de violencia familiar, verificando si existen conflictos de derechos. En segundo lugar, se busca analizar si resulta justificado decantar por algunos de los derechos en conflicto dentro de la investigación preliminar

y, finalmente, tomando en consideración el contexto actual, mostrar algunas alternativas de solución que permitan la posibilidad de dinamizar dichos procesos y obtener justicia.

1.1. Delimitaciones e Importancia

La tutela jurisdiccional efectiva y el debido proceso son derechos fundamentales complementarios que constituyen una garantía fundamental para una correcta administración de justicia dentro de la etapa investigatoria. Así, dentro del proceso de violencia familiar, la víctima busca que se sancione al agresor y el agresor busca que se respeten sus derechos constitucionales dentro de la investigación a la cual está siendo sometido. Sin embargo, el tiempo en el que se lleva a cabo el proceso investigatorio puede trastocar dichos procesos constitucionales, dado que este se realiza dentro de un «plazo razonable». Bajo este panorama y en aras de salvaguardar el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva de las personas agraviadas dentro del grupo familiar por una parte y por otra el de garantizar el debido proceso (respetando los plazos de investigación) del denunciado, es importante desarrollar el proceso investigatorio sin dilaciones injustificadas bajo criterios objetivos y no subjetivos que desnaturalicen el plazo establecido en el Código Procesal Penal (vacándolo de contenido), atentando a su vez contra el debido proceso del denunciado (a no ser juzgado dentro de un plazo razonable) y dando pie a que esta parte interponga medios de defensa como control de plazo, frustrando de esta manera las expectativas de la parte agraviada, motivando que la jurisprudencia emita pronunciamientos regulando el plazo razonable, supliendo la labor del legislador en salvaguarda del debido proceso, siendo este un motivo de modificatoria en ese aspecto.

1.2. Descripción del interés

Con las modificatorias del Código Sustantivo Penal y la expedición del Código Adjetivo Penal, advertimos que en los casos de violencia familiar existe una dicotomía notable al momento de administrar justicia, ya que por una parte existe el interés de la persona agraviada en obtener justicia ejerciendo la tutela jurisdiccional efectiva, en la cual busca que se investiguen los hechos y se sancione al denunciado, y por otra parte también existe el interés del denunciado en que se respeten sus derechos fundamentales dentro del proceso al cual está siendo sometido, que incluye el respeto irrestricto a un plazo razonable que no afecte su presunción de inocencia.

Ello constituye el interés para la presente investigación, pues, como operador jurídico encargado de administrar justicia, se advierte un conflicto de intereses de los justiciables dentro del proceso, no siendo pacífica la ejecución de las medidas legales adoptadas por el Estado para erradicar la

violencia familiar, dado el contexto donde esta se desarrolla (considerando, además, que los conflictos de intereses son altamente emocionales y transitan de lo afectivo a lo jurídico), conforme refiere Silva (2020):

La violencia contra la mujer es un asunto que atañe a todos los sectores del Estado. Desde la aplicación de la Ley n.º 30364, la Administración de Justicia viene presentando una serie de dificultades a fin de integrar los enfoques (género, interculturalidad, integralidad, derechos humanos, intergeneracional, interseccionalidad) y principios (igualdad y no discriminación, interés superior del niño, debida diligencia, intervención inmediata y oportuna, sencillez y oralidad, razonabilidad y proporcionalidad). (p. 40)

1.3. Antecedentes

La violencia familiar constituye actualmente un problema coyuntural en sociedades como la nuestra, porque representa un atentado a la integridad y la dignidad de personas que detentan vulnerabilidad en una sociedad (mujeres, niños, personas de la tercera edad), deshumanizando cada vez más a las personas. En atención a ello, el Estado expidió en el Código Penal la Ley n.º 30364 y otras normas modificatorias referidas a la violencia familiar.

Conforme hace referencia Ledesma (2017):

Cuando se denuncian actos de violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar, se activan una serie de mecanismos, como: i) la indagación fiscal sobre la comisión del delito y la posible responsabilidad del supuesto agresor; ii) la tutela cautelar que puede ejercer el juez de oficio o por solicitud de la víctima, siempre que estén orientadas a resguardar pretensiones de alimentos, régimen de visitas, tenencia, suspensión o extinción de la patria potestad, liquidación del régimen patrimonial y otros aspectos conexos que sean necesarios para garantizar el bienestar de las víctimas; y iii) las medidas de protección para la víctima. (p. 174)

Ahora bien, el legislador, con la implementación del Nuevo Código Procesal Penal, buscó un mayor dinamismo de los procesos penales, dotando de carácter instrumental la labor fiscal dentro de la investigación preparatoria, concibiéndose en este aspecto a las diligencias preliminares como la piedra angular de la investigación.

Sin embargo, es de suma importancia tener en cuenta que, conforme refiere César Landa, el ordenamiento jurídico penal —sustantivo procesal de ejecución— no puede entenderse sin el respeto del orden público constitucional (Landa, 2016, p. 182). Aunado a ello debe tenerse presente, además, que el artículo 1 de la Ley Orgánica del Ministerio Público prescribe que el Ministerio Público es el órgano defensor de la legalidad, los derechos de los ciudadanos y los intereses públicos.

Bajo este panorama, queda claro que el Ministerio Público, en defensa de la legalidad, debe enmarcar todo el desarrollo de su trabajo dentro del ámbito

de la Constitución por ser la norma de mayor jerarquía (en concordancia con los convenios internacionales firmados por el Perú), erradicando toda forma de arbitrariedad y sopesando principios a efectos de resolver los conflictos jurídicos, garantizando de esta manera la correcta administración de justicia.

2. Marco teórico

2.1. Punto de partida: el debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva

En principio, debemos considerar que el debido proceso y el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva garantizan el acceso y el desarrollo de la administración de justicia. Dichos principios constitucionales representan una garantía para el justiciable de un proceso justo, en el que se garantice primeramente que, cuando una persona requiera la protección de sus derechos, debe ser atendida por el órgano jurisdiccional competente que mediante un proceso adecuado respete las garantías mínimas sobre los derechos que la Constitución y la ley le confieren.

El debido proceso constituye uno de los derechos fundamentales que se encuentran consagrados en la Constitución, consistente en el respeto por parte del órgano que administra justicia de los derechos de los justiciables que se encuentran reconocidos en la Constitución y la ley. Según la División de Estudios Legales de Gaceta Jurídica (2017):

El debido proceso es un derecho que le asiste a toda persona por el solo hecho de serlo, lo cual le va a asegurar el respeto de sus derechos en un proceso, de ahí que se le conoce como un derecho continente, que abarca una diversidad de garantías. (p. 12)

Ahora bien, la tutela jurisdiccional efectiva también es un derecho fundamental, el cual consiste en que una persona tenga acceso a la justicia activando el órgano jurisdiccional para resolver un conflicto o una incertidumbre en la cual se encuentre envuelta, el cual requiere la expedición de una decisión por dicho órgano de manera motivada, en la que se pronuncie de manera objetiva sobre su pretensión materia de *litis*.

Cabe señalar que ambos derechos se encuentran consagrados en el inciso 3 del artículo 139 de nuestra carta magna, y constituyen derechos fundamentales que cimientan las bases de la correcta administración de justicia.

Dichos principios constitucionales representan una garantía para el justiciable de un proceso justo, en el que se garantice primeramente que, cuando una persona requiera la protección de sus derechos, debe ser atendida por el órgano jurisdiccional competente que mediante un proceso adecuado

respete las garantías mínimas sobre sus derechos que la Constitución y la ley le confieren.

Así, en la Casación n.º 3782-2012-Moquegua, se puntualiza lo siguiente: «El derecho al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva, reconocidos también como principio de la función jurisdiccional en el inciso 3 de la Constitución Política del Perú, garantizan al justiciable, ante su pedido de tutela, el deber del órgano jurisdiccional de observar el debido proceso y de impartir justicia dentro de los estándares mínimos que su naturaleza impone; así, mientras que la tutela judicial efectiva supone tanto el derecho de acceso a los órganos de justicia como la eficacia de lo decidido en la sentencia, es decir, una concepción genérica que encierra todo lo concerniente al derecho de acción frente al poder (deber de la jurisdicción), el derecho al debido proceso en cambio significa la observancia de los principios y reglas esenciales exigibles dentro del proceso».

Por su parte, en la Casación n.º 4678-2013-LIMA, se señala lo siguiente: «El debido proceso es un principio y derecho de la función jurisdiccional, consagrado en el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución Política del Estado, que tiene por función velar por el respeto irrestricto de los derechos fundamentales y las garantías constitucionales que lo integran, dando a toda persona la posibilidad de recurrir a la justicia para obtener la tutela jurisdiccional de sus derechos, a través de un procedimiento regular en el que se dé oportunidad razonable y suficiente de ser oído, ejercer el derecho de defensa; de producir prueba y obtener una sentencia debidamente motivada».

Según lo anteriormente expuesto, es evidente que tanto el debido proceso como la tutela jurisdiccional efectiva son derechos fundamentales que se complementan, los cuales deben ser garantía para todos los ciudadanos en un Estado de derecho como el que propugna nuestra Constitución.

2.2. La tutela jurisdiccional efectiva y el plazo razonable en el contexto de la violencia familiar

La violencia familiar constituye actualmente un cáncer social en el Perú. El Estado peruano rechaza este tipo de violencia tomando medidas legislativas que la sancionen; por ello, con fecha 23 de noviembre de 2015, se publica la Ley n.º 30364, la cual tiene como objetivo prevenir, erradicar y sancionar toda clase de violencia familiar, tanto en el ámbito público como privado.

Sin embargo, desde su entrada en vigencia, la violencia familiar no ha cesado, sino que, por el contrario, va en aumento; ello se debe, en parte, a que las personas pierden la confianza en el órgano encargado de investigar

y sancionar los delitos, lo que origina la victimización y revictimización de las víctimas, que, según Mavila (2019):

trae consigo el incremento de personas que no creen en el sistema de justicia, ya que consideran que ello es una pérdida de tiempo, entonces se debilita uno de los pilares del Estado Constitucional de Derecho, que es el Sistema de Administración de Justicia, recurriendo las víctimas en muchas ocasiones a la Autojusticia. (p. 177)

Más aún si consideramos, conforme hace referencia Reyna, que la violencia en sus diversas manifestaciones dentro del hogar provoca una serie de secuelas, principalmente de índole psicológica (Reyna, 2016).

Ello ha generado que el Estado cree organismos especializados para atender este tipo de conflictos, es así que a nivel fiscal se han creado las Fiscalías Especializadas en Violencia contra la Mujer e Integrantes del Grupo Familiar, y la Unidad de Atención de Víctimas y Testigos (UDAVIT). A nivel del Ejecutivo, se han creado dependencias como los Centros de Emergencia Mujer, el Servicio de Defensa Pública de Víctimas, entre otros.

Sin embargo, a nivel judicial, persiste el problema respecto a la dilación excesiva del plazo de investigación; ello obedece —como veremos más adelante— a hechos objetivos y subjetivos que inciden en el proceso investigador, los cuales podrían afectar el derecho a la presunción de inocencia (al ser investigado en un plazo razonable), afectando de esta manera el derecho a su debido proceso.

2.3. La investigación preliminar

La investigación preliminar constituye la génesis de la investigación fiscal; es la etapa introductoria de la investigación preparatoria en la cual se realizan actos urgentes o inaplazables. Al respecto, el artículo 330 del Código Procesal Penal establece que las diligencias preliminares tienen como finalidad realizar las diligencias urgentes e inaplazables a efectos de determinar si se han realizado los hechos delictivos.

Conforme refiere Cubas (2017), «la parte medular de la investigación la constituyen las diligencias preliminares, estas vienen a ser los cimientos sobre los que se construye un pesado edificio: el proceso penal. Si los cimientos son débiles, el proceso indefectiblemente se caerá» (p. 52).

En atención a ello, queda claro que la investigación preliminar se caracteriza principalmente por acopiar elementos probatorios ante la sospecha de la comisión de un delito, realizándose las primeras diligencias de investigación para tal fin. Ello constituye un preámbulo para determinar si se presentan los presupuestos procesales de la comisión de un delito y dar

paso a su formalización, es decir, a la investigación preparatoria, iniciándose la Teoría del Caso a partir de esta etapa.

En ese sentido, conforme refiere Calsin (2015):

La teoría del Caso es muy útil para iniciar y continuar con una exitosa labor fiscal, los Magistrados del Ministerio Público tienen la delicada labor de llevar que los casos denunciados sean esclarecidos, para el cual necesitan aperturar la investigación y tener dominio de la Teoría del Caso, el mismo que debe ser planteado desde las diligencias preliminares. (p. 244)

Ahora bien, la investigación preliminar, según el artículo 334, inciso 2, del Código Procesal Penal, tiene un término de 60 días, pero el fiscal puede fijar un plazo distinto de acuerdo con las características de los hechos que se investigan, estableciéndose en la Casación n.º 02-2008-La Libertad que el plazo de investigación no puede ser mayor a 120 días, que es el plazo de la investigación preparatoria, y de ocho meses para los casos complejos conforme se estableció en la Casación n.º 144-2012-Áncash.

Ello evidentemente desnaturaliza los fines de la investigación preliminar que establece primigeniamente el Código Procesal Penal. Así, cabe señalar que, según la Secretaria Técnica de la Comisión Especial para la Implementación del Código Procesal Penal (2017):

En la Casación n.º 144-2012-Áncash del 11 de julio del año en mención, en efecto, se establece un plazo mayor para las investigaciones complejas, lo que, sin lugar a dudas, desnaturaliza la finalidad inmediata de las diligencias preliminares, pues el fiscal puede realizar los actos que considere pertinentes a su hipótesis en un mayor plazo, justificándose en el artículo 342.3 y aduciendo que los elementos que acrediten los delitos investigados y a sus autores y partícipes son de difícil obtención. (p. 84)

2.4. El plazo razonable

El debido proceso se puede manifestar a través del plazo razonable, es decir, que la investigación que realice el órgano encargado de la investigación del delito, como es el Ministerio Público, no se realice de manera prolongada, sino dentro de un plazo establecido en el cual se realicen las diligencias de investigación necesarias que permitan esclarecer el hecho denunciado. A propósito de ello, autores como Torres (2016) recalcan que el plazo razonable es una garantía tanto para el proceso como para el procesado, existiendo una relación estrecha con el debido proceso, de especie a género respectivamente.

Bajo esta misma línea, según Chunga et al. (2021):

Partiendo de que el Estado es el principal gestor para garantizar este derecho humano, fundamental a la tutela judicial efectiva, se hace notar que todos los ciudadanos tenemos derecho a ser oídos, a demandar, a solicitar una pretensión

justa, pero que la misma se tramite durante un tiempo razonable para que esta garantía se torne eficaz. (p. 7)

Cabe señalar que el plazo razonable no se encuentra reconocido de manera expresa en nuestra Constitución Política; no obstante, la Cuarta Disposición Final y Transitoria establece que las normas relativas a los derechos y libertades que reconocen se interpretan de conformidad con los tratados sobre derechos humanos reconocidos por el Perú. En ese sentido, la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece en su artículo 8, como garantía judicial, que el plazo razonable es una garantía judicial. Así, establece:

Artículo 8. Garantías judiciales

Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustentación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

Debe tenerse presente que la Convención Americana sobre Derechos Humanos son normas supraconstitucionales que forman parte del llamado Bloque de Constitucionalidad, y que, por tanto, forman parte de nuestra legislación, lo que ha motivado que nuestro Tribunal Constitucional emita pronunciamiento. En el Expediente n.o 618-2005-HC se puntualizó lo siguiente:

(...) El derecho a un "plazo razonable" tiene como finalidad impedir que los acusados permanezcan durante largo tiempo bajo acusación y asegurar que su tramitación se realice prontamente. En consecuencia, el derecho a que el proceso tenga un límite temporal entre su inicio y fin, forma parte del núcleo mínimo de derechos reconocido por el sistema internacional de protección de los derechos humanos, y, por tanto, no puede ser desconocido.

Este Tribunal, siguiendo el criterio de la Corte Interamericana, ha señalado que "se debe tomar en cuenta tres elementos para determinar la razonabilidad del plazo en el cual se desarrolla el proceso: a) la complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado, y c) la conducta de las autoridades judiciales.

En ese sentido, conforme refiere Reátegui (2018):

Desde el punto de vista del Derecho procesal penal, el derecho a ser juzgado en un plazo razonable constituye una manifestación implícita del derecho al debido proceso (artículo 139, inciso 3, de la Constitución), y este derecho al plazo razonable dentro de los procesos, obviamente, también se ha expresado en instrumentos internacionales. La excesiva duración del proceso penal tiene como objetivo implícito que el Estado juzga siempre a personas culpables y no a inocentes». (p. 51)

2.5. El peregrinaje de la investigación

En principio, el artículo 6 de la Ley n.º 30364 establece que la violencia familiar constituye cualquier acción o conducta que le causa la muerte, el daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico, y que se produce en el contexto de una relación de responsabilidad, poder o confianza, de parte de un integrante de la familia.

Respecto a la relación de responsabilidad, esta implica una suma de obligaciones de un miembro de una familia que tiene con otra. Ello se encuentra determinado por la ley o por asunción, lo cual genera una posición de autoridad de una persona hacia otra, generando asimetrías de poder, como, por ejemplo, la relación padre-hijo.

Por otra parte, respecto a las relaciones de poder, estas implican una relación de dependencia o supeditación por parte de un miembro de una familia hacia otra, la cual deriva de situaciones de hecho, como, por ejemplo, las relaciones de convivencia donde los gastos de manutención del hogar son asumidos por un miembro de la familia que determina que esta tenga control sobre los ingresos y gastos del hogar, lo cual trae como consecuencia que detente autoridad sobre la persona a la que mantiene a causa de dicha situación de hecho.

Finalmente, una relación de confianza implica relaciones basadas en sólidos vínculos afectivos que existen entre los miembros de una familia, los cuales generan seguridad entre sus miembros, no existiendo sometimiento ni control de parte de un integrante de un grupo familiar a otra.

Ahora bien, la víctima, cuando denuncia al agresor ante la Policía o directamente ante el Ministerio Público, materializa su derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, generando que el órgano investigador cumpla con iniciar las investigaciones necesarias abriendo una investigación preliminar a efectos de recopilar medios de prueba que acrediten el delito cometido.

En el contexto de la violencia familiar, la Teoría del Caso se encuentra orientada básicamente a determinar si la víctima ha tenido afectación ya sea física o psicológica dentro de un contexto de responsabilidad, poder o confianza; para ello, es menester que primeramente el fiscal dirija su investigación a efectos de recabar los medios probatorios que acrediten dicha afectación, dada la clandestinidad de la agresión, conforme refiere Fernando Martín (2018):

Frecuentemente no se dispone de un aparato probatorio suficiente, sino que habitualmente el delito se ha cometido con la sola presencia directa de agresor y víctima, en un espacio cerrado y privado, sin testigos, y convirtiendo con ello a la declaración de la víctima en juicio, como la prueba de cargo casi única

(complementada en casos en que existan lesiones físicas o secuelas psicológicas con los respectivos informes forenses o periciales). (p. 43)

Sin embargo, dicha tarea puede determinar que el plazo de investigación pueda prolongarse en exceso, desnaturalizando lo establecido en el artículo 330 del Código Procesal Penal; ello obedece a hechos objetivos y subjetivos que inciden en el proceso investigatorio.

Hechos objetivos: Los hechos objetivos de la investigación están constituidos por situaciones ajenas a lo dispuesto por el órgano investigador y que son propias del proceso investigatorio. Así, por ejemplo, cuando se solicite una evaluación psicológica para determinar la afectación psicológica de la persona agraviada y determinar el nivel de agresividad de la persona denunciada, es menester que el Instituto de Medicina Legal del Ministerio Público cumpla con programar la fecha de la evaluación psicológica; ello puede tomar tiempo, considerando que no son las únicas personas que programan fecha de evaluación.

Asimismo, puede suceder que la investigación se dilate por el trámite burocrático, en el caso de que se abra una investigación preliminar en sede policial, en donde corresponde a dicha dependencia realizar las diligencias de investigación, que pueden prolongarse por el exceso de carpetas que tiene la Policía para realizar la investigación, la escasez de personal policial en las dependencias policiales o porque no se ubica al agraviado o denunciado (imposibilitando su declaración policial).

Estas situaciones, propias de la investigación preliminar en los procesos de violencia familiar, son ajenos a la voluntad del órgano investigador, ocasionando dilación de las diligencias investigatorias, la cual, si bien es cierto puede estar justificada, resulta un hecho objetivo que trastoca el plazo de investigación preliminar a tal punto que este puede durar más que el plazo de la investigación preparatoria.

Hechos subjetivos: Sin embargo, existen situaciones en las cuales la dilación de la investigación no depende del trámite burocrático propio de la investigación, sino de juicios valorativos por parte del órgano investigador que, «en aras de esclarecer el proceso», dilatan también la investigación preparatoria. Así, puede darse el caso de que la Fiscalía Provincial disponga el archivamiento de una investigación por violencia psicológica en virtud de que el psicólogo concluyó que no existe daño psicológico, pero que al impugnarse la Fiscalía Superior disponga que se revoque dicha medida y disponga la ampliación a efectos de que el psicólogo explique la pericia psicológica, así como también disponga la declaración de testigos que no se han considerado en la investigación.

2.6. El plazo razonable en la violencia familiar

En principio, debemos considerar que «la promoción de la persecución penal mediante las indagaciones preliminares estará sometida a las exigencias de racionalidad y justicia propias del procedimiento judicial» (Rodríguez M. y Pino O., 2015, p. 354). En este sentido, el Tribunal, a partir del caso Chacón Málaga, Expediente n.º 3509-2009, estableció estos criterios: a) la actividad procesal del investigado, b) la conducta de las autoridades judiciales y c) la complejidad del asunto, estableciendo además que

En materia penal el comienzo del mismo debe computarse desde el momento en que la persona conoce de la atribución o señalamiento que le afecta concretamente, ya sea por un particular en una denuncia o por acto de autoridad judicial u otra autoridad competente, como sospechoso de haber participado en un hecho delictivo. El hecho objetivo a partir del cual debe empezar a computarse el plazo dentro de este proceso es la apertura de investigación fiscal (...).

Posteriormente, el Tribunal Constitucional, en el Expediente n.º 01535-2015-PHC, ratificó los tres criterios antes señalados para determinar si se ha vulnerado el plazo razonable:

- a) La complejidad del asunto, en el que se consideran factores tales como la naturaleza y gravedad del delito, los hechos investigados, los alcances de la actividad probatoria para el esclarecimiento de los hechos, la pluralidad de agraviados o inculpados, o algún otro elemento que permita concluir, con alto grado de objetividad, que la dilucidación de un determinado asunto resulta particularmente complicada y difícil.
- b) La actividad o conducta procesal del interesado, en la que se evalúa si su actitud ha sido diligente o ha provocado retrasos o demoras en el proceso; por cuanto si la dilación ha sido provocada por él no cabe calificarla de indebida. En ese sentido, habrá que distinguir entre el uso regular de los medios procesales que la ley prevé y la actitud obstruccionista o la falta de cooperación del interesado, la cual estaría materializada en la interposición de recursos, que desde su origen y de manera manifestó se encontraban condenados a la desestimación. En todo caso, corresponde al juez demostrar la conducta obstruccionista del interesado.
- c) La conducta de las autoridades judiciales, donde se evalúa el grado de celeridad con el que se ha tramitado el proceso, sin perder de vista en ningún momento el especial celo que es exigible a todo juez encargado de dilucidar una causa. Para ello, será preciso examinar las actuaciones u omisiones de los órganos judiciales en la tramitación de la causa. Las indebidas e injustificadas acumulaciones o desacumulaciones de procesos, la suspensión reiterada e injustificada del juicio oral, la

admisión o la actuación de una prueba manifiestamente impertinente, la reiterada e indebida anulación por parte del órgano jurisdiccional del primer grado, entre otros, vienen a ser ejemplos de lo primero. La inobservancia injustificada de los horarios para la realización de las diligencias, la demora en la tramitación y resolución de los medios impugnatorios, etc., vienen a ser ejemplos de lo segundo.

Ahora, ubicándonos dentro del contexto de violencia familiar, los casos no requieren mayor complejidad, ya que la actividad probatoria se encuentra orientada básicamente a determinar si se acreditó o no daño físico, psicológico o sexual en la parte agraviada, por lo que bastaría el examen de evaluación física o pericia psicológica para determinar dicha afectación. En todo caso, la complejidad del proceso se presentaría por la conducta de las autoridades que coadyuvan a la investigación, siendo esto los factores que determinan si esta se lleva a cabo dentro de un plazo razonable; así, por ejemplo, si se solicita la fecha de evaluación psicológica, esta depende de la programación que realice el Instituto de Medicina Legal del Ministerio Público (de acuerdo al orden de llegada) o de la labor que haga la Policía Nacional como órgano de apoyo en el proceso de investigación (que también realiza su labor de acuerdo al orden de llegada de las carpetas fiscales), lo que, dada la naturaleza de la investigación, constituirían «gajes del oficio» del proceso investigatorio.

Respecto a la conducta del interesado, se considera que resulta factible que su conducta genere la dilación del proceso; ello principalmente tiene mayor incidencia en la conducta del denunciado cuando, por ejemplo, cambia de domicilio o porque, pese a programar fecha de evaluación psicológica en el Instituto de Medicina Legal del Ministerio Público, no asiste en la fecha programada, lo que retrasaría la investigación.

Respecto a la conducta de las autoridades judiciales, la dilación del proceso respondería a criterios netamente subjetivos, los cuales, en aras de esclarecer el proceso, pondrían en riesgo el plazo razonable del investigado.

2.7. La desnaturalización del plazo razonable en el proceso de violencia familiar

2.7.1. Límites a la Actividad Probatoria

En principio, debemos considerar que, según Oré et al. (2020):

Las normas procesales destinadas a regular la actividad probatoria abarcan las distintas fases que conciernen al derecho de prueba, es decir, al derecho a la admisión procesal de las pruebas pertinentes para demostrar la veracidad de los hechos y su producción efectiva, y el derecho a su valoración racional por el juez, que culmina con una decisión justa. (p. 405)

En nuestro sistema procesal penal, la actividad probatoria en el proceso de investigación preliminar se encuentra orientada, en virtud de lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 330 del Código Procesal Penal, a realizar actos urgentes e inaplazables cuya finalidad es determinar si se han realizado los hechos delictivos, así como encontrar los elementos materiales de la comisión e individualizar a las personas involucradas en la comisión del delito.

Aunado a ello, debemos considerar que el inciso 2 del artículo 334 del Código Procesal Penal prescribe que el plazo de investigación es de 60 días, lo que podría prorrogarse según las características y complejidad conforme puntualizó la Casación n.º 144-2012-Áncash (no puede ser mayor al plazo de la investigación preparatoria, que es de 120 días, ni de 8 meses para los casos complejos).

A tenor de lo expuesto precedentemente, queda claro cuál es el fin del proceso investigador en la investigación preliminar en el proceso penal, el cual se encuentra restringido —en virtud de lo prescrito en la norma— a actos urgentes e inaplazables, lo que imposibilita que se haga una actuación probatoria prolongada porque desnaturalizaría el espíritu de lo prescrito en la norma.

En ese sentido, se considera que la dilación del proceso solo se justificaría por hechos objetivos propios de la investigación, es decir, por las circunstancias que rodean la recopilación de los medios probatorios como, por ejemplo, el plazo para que la Policía realice las diligencias de investigación para la toma de declaración de las partes, para que el Instituto de Medicina Legal realice la pericia psicológica de las partes, etc., proscribiendo criterios subjetivos del órgano investigador que dilatarían el plazo de investigación, como prolongación del plazo para reevaluar medios probatorios.

En efecto, consideramos que el órgano investigador debe limitarse a recopilar los medios probatorios orientados a acreditar la afectación de la víctima y el perfil del agresor, así como las circunstancias que llevaron a dicha agresión, desterrándose de antemano que se reexaminen pruebas periciales.

Así, por ejemplo, si en un proceso de investigación preliminar se realizó una pericia psicológica y se concluyó que no existe afectación psicológica, pero sí ansiedad, no sería válido que el órgano investigador solicite que el perito explique dicha afectación, para ver si tendría relación con el hecho investigado, o que se solicite la declaración de un testigo cuando ya se cuenta con una pericia que descarta la afectación psicológica o física.

En ese sentido, Urquiza (2021) refiere lo siguiente:

El ejercicio de la acción penal, dentro de un Estado de derecho y a tenor del principio de legalidad, no debe ser objeto de valoración subjetiva; menos aún poder ser el resultado de una interpretación arbitraria o abusiva de los hechos, o de una aplicación antojadiza de las normas penales. Por el contrario, debe responder a las disposiciones contenidas en el Código Procesal Penal y demás normas que regulan su actuación, recopilando con objetividad tanto las pruebas de cargo como de descargo. (p. 123)

2.7.2. La presunción de inocencia del denunciado

La Constitución peruana establece en su primer artículo que la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad son el fin supremo de la sociedad humana. Dicho dispositivo constitucional representa la fuente y cimiento las bases de los demás derechos fundamentales que se encuentran regulados en la Constitución y los tratados internacionales, constituyendo un límite a la actuación del Estado y de los particulares dentro del marco de un Estado de derecho, conforme refiere Castillo Alva (2018):

El tratamiento de la persona según su dignidad implica reconocer que la persona es sujeto de derecho y no un simple objeto, medio, cosa o instrumento del Estado, de la sociedad o de otras personas. La persona humana, si es sujeto y titular de derecho, no puede ser tratada al mismo tiempo como cosa, objeto, instrumento o como medio para alcanzar fines que le son extraños y ajenos. (p. 23)

El Tribunal Constitucional, en el Expediente n.º 01768-2009-PA/TC, puntualizó lo siguiente:

El derecho fundamental a la presunción de inocencia se halla en el principio de la dignidad humana (La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado, artículo 1.1 de la Constitución) como el principio pro homine.

La presunción de inocencia constituye un derecho constitucional que tienen las personas a ser consideradas inocentes mientras no se pruebe judicialmente su culpabilidad, lo que significa una garantía frente a las diligencias de investigación que tiene el Ministerio Público, las cuales se encuentran orientadas a demostrar su culpabilidad. Así, la Constitución Política del Estado establece en su artículo 2, numeral 24, que «toda persona es inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad». Ello es concordante con las demás normas que forman parte del Bloque de

Constitucionalidad; así, el numeral 11.1 de la Declaración Humana de Derechos Humanos establece que «toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa». Asimismo, el artículo 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos establece que «toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad (...)».

Atendiendo a dicha circunstancia y en aras de salvaguardar la dignidad de la persona humana, la presunción de inocencia se erige como garantía constitucional que debe ser respetada por el Estado, lo cual solo puede ser desvirtuada por este, en un proceso investigador (dentro del marco de un debido proceso), lo cual debe ser determinado a efectos de que el transcurso del tiempo no devenga en arbitraria la actuación del Estado y afecte los derechos fundamentales del investigado, ello fue expuesto por el Tribunal Constitucional en el referido Caso n.º 3509-2009, «Caso Chacón», en la cual determinó:

«(...) La violación del derecho al plazo razonable, que como ya se ha dejado dicho es un derecho público subjetivo de los ciudadanos, limitador del poder estatal, provoca el nacimiento de una prohibición para el Estado de continuar con la persecución penal fundada en la pérdida de la legitimidad punitiva derivada del quebrantamiento de un derecho individual de naturaleza fundamental. Sostener lo contrario supondría, además, la violación del principio del Estado constitucional de Derecho, en virtud del cual los órganos del Estado solo pueden actuar en la consecución de sus fines dentro de los límites y autorizaciones legales y con el respeto absoluto de los derechos básicos de la persona. Cuando los límites son superados en un caso concreto, queda revocada la autorización con que cuenta el Estado para perseguir penalmente».

Siendo que posteriormente El Tribunal Constitucional, en el Caso n.º 04144-2011-PHC/TC determinó que:

La vulneración al derecho al plazo razonable está dirigido a sancionar la falta de definición de la situación jurídica del procesado, es decir que encontrándose una persona sometida a un proceso penal, transcurrido varios años no se haya determinado su responsabilidad o inocencia encontrándose esta en un estado de incertidumbre y por ende obligado a seguir sometida a derecho proceso penal.

Ubicándonos ahora en el contexto de la violencia familiar, la presunción de inocencia rige en toda su extensión y plenitud, no existiendo alguna salvedad, respecto a este tipo de delitos, razón por la cual la condición de investigado depara un conjunto de derechos y obligaciones ante el Ministerio Público y el Poder Judicial, con las garantías constitucionales inherentes a todo proceso

judicial los cuales son de obligatorio cumplimiento en un estado democrático de derecho.

En tal sentido, la reversión de la presunción de inocencia debe pasar por la existencia de prueba de cargo dentro de un proceso limitado en el tiempo, ello evidentemente implica el respeto a ser juzgado dentro de un plazo razonable ya que el transcurso del tiempo puede afectar el derecho el derecho de presunción de inocencia, generando un estado de incertidumbre del investigado a raíz del proceso penal, atentando de esta manera contra su dignidad.

Bajo este panorama constitucional, consideramos que el avocamiento al plazo establecido en el inciso 2 del artículo 330 del Código Procesal con las excepciones previstas en la Casación n.º 144-2012-Ancash, constituyen las bases para el computo de un plazo razonable, los cuales podrían prolongarse de acuerdo a las vicisitudes de la investigación en cada caso específico (trámites burocráticos propios de la investigación), los cuales justifican de manera objetiva la prolongación de la investigación que no atentarían contra la presunción de inocencia al margen de que no sea culpa del investigado.

Por lo que solo en ese contexto, conforme refiere Acale: si la presunción de inocencia es un derecho básico del Estado de derecho, también la presunción de veracidad del testimonio de la víctima debería serlo y ser respetado hasta tanto la sentencia lo decida o no (Acale 2021, p. 38).

2.8. El control de plazo

El control de plazo es un mecanismo de defensa que tiene el investigado en salvaguarda de sus derechos fundamentales, tales como el debido proceso y presunción de inocencia, solicitando para tales efectos al juez la conclusión de la investigación preparatoria, toda vez que el fiscal no concluyo la investigación en el plazo establecido en la ley.

Así, el artículo 343 del código adjetivo penal establece que la conclusión de la investigación preparatoria a cargo del fiscal se dará cuando considere que ha cumplido su objeto aunque no haya vencido el plazo; sin embargo, si habiendo vencido el plazo de investigación esta no concluye, las partes pueden solicitar ante el juez la conclusión de la investigación, en la cual se citara al fiscal y a las partes a la audiencia de control de plazos, en la cual emitirá pronunciamiento, si en caso ordenara la conclusión de la investigación preparatoria, el fiscal en el plazo de diez días debe pronunciarse el cual puede solicitar el sobreseimiento o la acusación, bajo responsabilidad.

A tenor de dicho dispositivo legal se advierte que el código procesal penal, cautela el debido proceso, estableciendo herramientas de control

respecto a la labor fiscal, ello constituye una garantía constitucional a favor del investigado en salvaguarda de la presunción de inocencia y del debido proceso, lo cual constituye una característica del modelo garantista que rige el código procesal penal.

Así las cosas, vemos que ley restringe la posibilidad de prolongar la investigación, lo cual solo se justificaría conforme hemos señalado anteriormente por hechos objetivos referidos a la naturaleza de los hechos objeto de la investigación, no a hechos subjetivos. En efecto, el Tribunal Constitucional n.º 6167-2005-PHC/TC, refiere que:

el grado de discrecionalidad atribuido a un fiscal para que realice la investigación sobre la base de la cual determinara si existen elementos suficientes que justifiquen su denuncia ante el juez penal, se encuentra sometido a principios constitucionales que proscriben a) Actividades sospechosas, vagas e infundadas desde una perspectiva jurídica; b) Decisiones despóticas tiránicas y carentes de toda fuente de legitimidad y c) Lo que es contrario a los principios de razonabilidad y proporcionalidad jurídica.

Así las cosas y ubicándonos en el contexto de la violencia familiar, no resulta factible la ampliación de las diligencias preliminares ordenadas por la fiscalía cuando se sustente en hechos subjetivos, es decir en criterios del fiscal a efectos de determinar el esclarecimiento de los hechos, como por ejemplo la reevaluación de evaluaciones físicas o pericias psicológicas o la declaración de testigos (que no se haya hecho en el plazo establecido por ley), ya que no serían medios urgentes ni inaplazables, no existiendo sustento jurídico ni doctrinal que justifique dicha ampliación, aun cuando lo ordene la fiscalía superior por cuanto ya no serían diligencias urgentes ni inaplazables, ya que ello contravendría el plazo razonable así como la presunción de inocencia.

Bajo esta misma línea y aun cuando se amplié una investigación bajo criterios subjetivos, posibilita que el investigado al amparo de lo dispuesto en el artículo 343 del Código Procesal Penal, solicite ante el juez de investigación preparatoria el control de plazos alegando la vulneración del plazo razonable, lo que podría generar la conclusión de la investigación, aun cuando la ampliación de investigación lo haya ordenado la fiscalía superior, generando la ineficacia del proceso investigador.

En ese sentido, Villegas, 2021 afirma que:

en el marco de un Estado Constitucional de Derecho, el proceso penal debe armonizar el interés en la búsqueda de la verdad y el interés de los demás sujetos procesales, consistente en el respeto salvaguarda de sus derechos fundamentales. Por ello existen límites a esa búsqueda de la verdad y el proceso penal debe guiarse por diversos principios y aplicar diversas reglas que racionalicen el uso del uso del *Ius Punendi*. (p. 7)

Un exceso de dicho plazo otorga la posibilidad al investigado a presentar una solicitud de control de plazos ante el juez alegando vulneración del plazo razonable. El órgano investigador en atención a lo establecido Exp. n.º 01535-2015-PHC, procederá evaluar si la investigación realizada por el Ministerio Público ha vulnerado el plazo razonable, en atención a la complejidad del caso, la actividad o conducta procesal del interesado y la conducta del investigador.

Sin embargo, consideramos que dentro del contexto de la violencia familiar solo la conducta del órgano investigador justifica que esta se declare fundada, ya que los procesos de violencia familiar no requieren mayor complejidad, en todo caso la complejidad se encuentra enmarcada dentro de hechos objetivos productos de trámite burocrático que es inherente al proceso investigatorio, lo cual es un punto que debe ser evaluado por el fiscal y por el juez desde la apertura de la investigación preliminar.

3. Materiales y métodos

Con relación a los materiales y métodos, se ha empleado bibliografía de libros de derecho penal y revistas impresas y virtuales especializadas en derecho penal y constitucional referido al debido proceso y a la violencia familiar. Además, se ha empleado jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la República y del Tribunal Constitucional, que versan sobre el tema investigado, teniendo en cuenta los principios de igualdad y no discriminación (entre hombres y mujeres atendiendo la calidad de agresor y víctima), debida diligencia (teniendo en cuenta el plazo razonable de investigación) y razonabilidad y proporcionalidad (al momento realizar las diligencias investigatorias) que cimientan que cimientan la Ley n.º 30364, «Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres e integrantes del grupo familiar».

El método a investigar es el descriptivo con carácter explicativo, dado el acopio de datos y el análisis de la ley y la jurisprudencia en las cuales se basó la presente investigación. El método explicativo que ha sido considerado nos permitirá dar un panorama de la problemática del proceso de investigación en el delito de violencia familiar y sus posibles soluciones. En dicho marco, es menester analizar el contexto de los derechos fundamentales consagrados en la constitución y las normas que forman parte del Bloque de constitucionalidad.

4. Discusión

En el presente trabajo se ha sostenido que el Estado busca erradicar la violencia familiar, para tales efectos en el marco del proceso penal busca investigar y sancionar los delitos que se dan dentro del contexto de violencia familiar. En ese sentido, durante el proceso de investigación preliminar, la Fiscalía como

órgano investigador orienta su investigación a efectos de recopilar medios probatorios que acrediten afectaciones físicas o psicológicas de la persona agraviada, realizándose diligencias urgentes e inaplazables a tenor de lo establecido en el inciso 2 del artículo 330 del Código Procesal Penal.

Sin embargo, el plazo para realizar las diligencias de investigación en la etapa preliminar no es pacífica, ya que pueden dilatarse en razón de elementos objetivos y subjetivos, dilatándose inclusive más que la investigación preparatoria, desnaturalizando de esta manera el espíritu de la norma antes señalada, colisionado con el derecho al plazo razonable que tiene el denunciado, advirtiéndose así que el código adjetivo penal al restringir las diligencias a realizar, limita el proceso investigador, conforme refiere Cubas (2017):

El derecho Procesal Penal no se desliga del Derecho material y tiene relación cuando se empieza a limitar derechos fundamentales. Ya decía Roxin que el Derecho Procesal Penal es Derecho Penal constitucionalizado por su nexo con derechos básicos de los individuos. Cuando el Derecho procesal se vuelve muy restrictivo, puede llegar a configurar o ser parte de un Derecho penal autoritario. (p. 121)

Por otra parte, cabe señalar que la presunción de inocencia del investigado se trastoca con la excesiva dilación de la investigación, siendo el control de plazo el medio de defensa que limita el proceso investigador. Atendiendo a dicha circunstancia importa reflexionar una modificación en el plazo de la investigación preliminar (dada la jurisprudencia expedida respecto al plazo razonable), a efectos de dar mayor cumplimiento a los plazos establecidos en la ley, atendiendo a lo señalado por Lorca (2016):

Reparemos entonces, en que el proceso justo es justo, porque es garantía de la aplicación de normas procesal, pero nada más. No es justo porque en él se establezca la verdad ya sea judicial (porque la verdad la establezca el tercero en discordia) o material (porque la verdad la establezca el tercero juez, en discordia, al aplicar la norma jurídica, civil, laboral, penal, o en fin administrativa). (p. 52)

5. Resultados

El Estado busca erradicar la violencia familiar, dinamizando la investigación a nivel fiscal a efectos de que realicen en el menor tiempo posible y garantizando a su vez el debido proceso al investigado. Sin embargo, del análisis del Código Procesal Penal y la jurisprudencia expedida tanto por el Tribunal Constitucional como la Corte Suprema, consideramos que en el contexto de violencia familiar se advierte una colisión de derecho del derecho del investigado al plazo razonable y el derecho a la víctima a la tutela jurisdiccional ya que en la práctica la labor investigatoria del fiscal dentro del plazo establecido no es pacífica (dada las vicisitudes que afronta).

Ello parte en un principio, por considerar que el plazo prescrito en el artículo 330 del código adjetivo Penal, restringe las diligencias investigatorias a casos urgentes e inaplazables, por lo que para justificar el plazo de investigación y evitar afectar el plazo razonable, la jurisprudencia tanto del Tribunal Constitucional a través de la STC n.º 01535-2015-PHC como la Corte Suprema a través de la Casación n.º 144-2012-Ancash ha suplido al legislador y ha considerado oportuno justificar las razones y el plazo en la que se puede dilatar de las investigaciones, desnaturalizando el plazo establecido en el Código Procesal Penal.

En ese sentido, si bien es cierto que «en la Jurisprudencia penal peruana, la paulatina reforma procesal del Código Procesal Penal de 2004, ha marcado una pauta para establecer criterios jurisprudenciales, que se abocan a establecer criterios interpretativos únicos en el entendimiento y aplicación del nuevo ordenamiento procesal penal» (Rosas, 2016, p. 5), se considera necesario modificar el artículo 330 del Código Procesal Penal, principalmente referido al fin de las diligencias investigadoras y el plazo de investigación, dado que la jurisprudencia no puede subrogar al legislador, fijando plazos que no lo haya hecho la ley, estando que además una modificación respecto ampliando el plazo de investigación preliminar coadyuvaría a evitar la colisión con el plazo razonable, lo cual sería más coherente con las dificultades que afronta la labor investigatoria del fiscal en la actualidad y con los fines de la investigación.

6. Conclusiones

- ▶ Tanto el debido proceso como el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, constituyen derechos fundamentales que constituyen una garantía de la administración de justicia los cuales deben ser respetados por el Ministerio Público en el proceso investigatorio, como órgano que defiende la legalidad.
- ▶ El plazo razonable constituye parte del debido proceso, aunque no se encuentra regulado expresamente en nuestra constitución, si se encuentra regulada en el artículo 8 la Convención Americana de Derechos Humanos lo cual según la Cuarta Disposición Final y Transitoria forma parte del bloque de constitucionalidad, lo cual debe ser garantizado por el Ministerio Público y el Poder Judicial por ser parte de la legislación nacional.
- ▶ Dentro del contexto de violencia familiar, el Fiscal formula su teoría del caso orientando su investigación a efectos de acreditar la afectación física o psicológica de la persona agraviada los cuales permitirán formalizar la investigación preparatoria, ello no requiere

mayor complejidad, sin embargo la dilación del proceso investigatorio puede dilatarse por hechos objetivos y por hechos subjetivos, ello evidentemente genera que una dicotomía en la investigación entre la tutela jurisdiccional efectiva por la parte de la víctima y el plazo razonable por parte del investigado.

- ▶ El espíritu del artículo 330 del Código Procesal Penal, establece que tiene por finalidad realizar actos urgentes e inaplazables, estableciéndose en el artículo 334 el plazo de 60 días, dicha concepción limita de antemano la dilación excesiva de la investigación preliminar, estableciéndose en la Casación n.º 02-2008-La Libertad que el plazo de investigación no puede ser mayor al plazo de la investigación preparatoria (120 días), y que para los casos complejos la Casación n.º 144-2012-Áncash estableció el plazo no mayor a ocho meses, desnaturalizando el espíritu de la norma al flexibilizarle el plazo de investigación.
- ▶ En el caso de la violencia familiar, la complejidad se encuentra enmarcada por hechos objetivos ya que el trámite burocrático propio de la investigación o la conducta de las partes puede dilatar el proceso investigatorio; sin embargo, creemos que solo los hechos subjetivos (es decir, el criterio del órgano investigador) no constituyen una justificación para dilatar el proceso, teniendo en cuenta la garantía del plazo razonable con el que cuenta el investigado, ello parte del hecho de considerar que la investigación del fiscal se encuentra orientado a acreditar de manera contundente la afectación física y/o psicológica de la persona agraviada, si existen indicios suficientes que acrediten dichas afectaciones (en atención a las conclusiones expuestas en el certificado médico), resulta irrelevante ampliar innecesariamente la investigación preliminar por criterios subjetivos (solicitando por ejemplo que el médico explique su certificado médico o buscando ampliaciones de declaraciones), por la fiscalía provincial o por la fiscalía superior en caso se haya archivado la carpeta fiscal.
- ▶ La dilación excesiva de la investigación por criterios subjetivos por parte del órgano investigador dilata innecesariamente la investigación preliminar porque atenta contra el derecho al plazo razonable como parte del debido proceso del investigado, contraviniendo además el plazo prescrito en el artículo 334 del Código Procesal Penal, lo cual generaría que el investigado plantee como medio de defensa el control de plazos y un juez lo declare fundado, ordenando al fiscal la conclusión de la investigación provocando su archivamiento, generándose un innecesario desgaste del proceso y la desrevictimización de las víctimas en el proceso.

- ▶ Independientemente del contexto de la violencia familiar y las jurisprudencias expedidas, es necesario modificar el artículo 330 del Código adjetivo Penal, principalmente referido al fin de las diligencias investigatorias y el plazo de investigación estableciéndose un plazo de investigación preliminar más prolongado y un plazo de investigación preparatoria más corta (supeditada al plazo de investigación preliminar), ello generaría un mayor tiempo para el acopio de mayores elementos de juicio que nos permitirán afrontar el proceso con éxito.
- ▶ La afectación del plazo razonable vulnera la presunción de inocencia al tener en un estado de incertidumbre prolongada la condición del investigado, por ello es necesario que el Ministerio Público sea diligente en la investigación acopiando y evaluando los medios probatorios que acrediten el daño sufrido y el contexto realizado, sin excederse en ahondar sobre los mismos bajo sus propios criterios ya que por el mismo trámite de la investigación, esta podría dilatarse innecesariamente generando afectación al plazo razonable y por ende la vulneración a la presunción de inocencia del investigado.
- ▶ El control de plazos constituye una garantía a favor del investigado respecto al derecho a un plazo razonable, empero consideramos que esta debe ser fundada cuando se justifique en dilaciones injustificadas por la conducta del órgano investigador, aun cuando lo ordene la fiscalía superior ya que el hecho de que sea un órgano superior el que disponga la ampliación de plazos, no enerva el hecho de que se pueda afectar el plazo razonable, de allí la importancia de que la investigación fiscal sea eficaz desde la apertura independientemente del trámite burocrático que el proceso investigatorio acarree.

Referencias

- Acale, M. (2021). Género Derecho Penal y Justicia Material. *Gaceta Penal y Procesal Penal*. Tomo 149, 31-54.
- Calsin, H. (2015). La Teoría del Caso y la ineficacia de la Investigación fiscal. *Revista de Investigaciones Alto Andina*, 17 (2), 243-248. file:///C:/Users/STEFANO/Downloads/Dialnet-TeoriaDelCasoYLaIneficaciaDeLaInvestigacionFiscal-5169792%20(6).pdf
- Castillo, J. (2018) La presunción de Inocencia como regla de tratamiento. Ideas Solución Editorial SAC Cubas V. (2017). *El Proceso Penal Común. Aspectos teóricos y prácticos*. Gaceta Jurídica SA
- Chunga, R., Proaño, D., y Méndez, C. (2021). El Plazo Razonable como elemento constitutivo de la tutela judicial efectiva. *Dilemas Contemporáneos. Educación Política y Valores*, 9, 1-26. <https://dilemascontemporaneoseducacionpoliticayvalores.com/index.php/dilemas/article/view/3006/3005>
- Cubas, V. (2017). *El Proceso Penal Común. Aspectos teóricos y prácticos*. Gaceta Jurídica SA
- División de Estudios Legales de Gaceta Jurídica. (2017). *El Debido Proceso*. Gaceta Jurídica SA
- Landa, C. (2015). *La constitucionalización del Derecho Procesal Penal: El Nuevo Código Procesal Penal Peruano en Perspectiva*, *Themis* (68), 181-191. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/15592/16041>
- Ledesma, M. (2017). *La tutela de Prevención en los procesos de violencia familiar. Ius et Veritas*. (54). <https://doi.org/10.18800/iusetveritas.201702.008>
- Lorca, A. (2016). *La Constitucionalización del Proceso, Ius et veritas*, (52). 290-297. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/16388/16792>
- Oré A., San Martín C., Diniz C., Alejos E., Uberteis G, Mendoza H, Gimeno J., Castillo J., Rivera J., Pacheco L., Mascarenhas M., Alves F., Paucar M., Shiavo N., Vallet R., Cerda R., Ramos V. (2020). *Razonamiento Probatorio*. Ideas Solución Editorial SAC.
- Martín, F. (2018). *Presunción de Inocencia en procesos penales en violencia de género, Ius et Praxis*, 24 (3). 19-66. <https://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v24n3/0718-0012-iusetp-24-03-00019.pdf>

- Mavila, J. (2019). *La desrevictimización: Un derecho fundamental de las víctimas en el proceso penal*, *Revista de Investigación de la Academia de la Magistratura*, 1(1), 175-192.
- Ramírez, J. (2019). *Tutela Jurisdiccional del derecho a vivir sin violencia de género. Ius Et Veritas*, (59). 84-93. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/22477/21689>
- Reátegui, J. (2018). *Comentarios al Nuevo Código Procesal Penal. Legales Ediciones EIRL*.
- Reyna, L. (2016). *Delitos contra la Familia y Violencia Domestica*. Jurista Editores
- Rodríguez, M., y Pino, O. (2015). *Análisis de la In(eficacia) del principio de Obligatoriedad en el ejercicio de la acción Penal en la etapa preliminar del proceso penal chileno*, *Revista de derecho Universidad Católica del Norte*, 22(1), 351- 399. <https://revistaderecho.ucn.cl/index.php/revista-derecho/article/view/1834/1460>
- Rosas, J. (2016). *Como interpreta el TC Reinterpreta el Derecho Penal y Procesal Penal*. Gaceta Jurídica S. A.
- Secretaría Técnica de la Comisión Especial para la Implementación del Código Procesal Penal (Ed.) (2017). *Análisis y Comentarios de las principales sentencias casatorias en materia penal y procesal penal*.
- Torres, J. (2016). *Reflexiones acerca de los discernimientos para el establecimiento del plazo razonable en el proceso penal*, *Innovare Revista de Ciencia y Tecnología*, 5(1), 20-33 <https://www.camjol.info/index.php/INNOVARE/article/view/3181/2932>
- Urquiza, J. (2021). *Derecho Penal. Principios Fundamentales*. Gaceta Jurídica S. A.
- Villegas, E. (2021). *La prueba penal en la jurisprudencia de los tribunales de los altos tribunales de justicia*. Gaceta Jurídica SA.