



UNIVERSIDAD PARTICULAR



DE CHICLAYO

FACULTAD DE DERECHO Y

EDUCACIÓN

TITULO

**“LA AFECTACIÓN AL CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO DE DEFENSA,
A PROPÓSITO DE LA PROMULGACIÓN DE LA LEY N° 30364, LEY PARA
PREVENIR, SANCIONAR Y ERRADICAR LA VIOLENCIA CONTRA LAS
MUJERES Y LOS INTEGRANTES DEL GRUPO FAMILIAR”**

TESIS:

PARA OPTAR EL TITULO PROFESIONAL DE ABOGADO

BACHILLER:

JOSE CARLOS SANDOVAL FLORES

ASESOR:

DR. JOSE HORNA SEGURA

CHICLAYO – PERÚ

2019

TITULO DE LA TESIS:

**“LA AFECTACIÓN AL CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO DE DEFENSA, A
PROPÓSITO DE LA PROMULGACIÓN DE LA LEY N° 30364, LEY PARA
PREVENIR, SANCIONAR Y ERRADICAR LA VIOLENCIA CONTRA LAS
MUJERES Y LOS INTEGRANTES DEL GRUPO FAMILIAR”**

I.- ASPECTOS INFORMATIVOS:

1.1.- BACHILLER:

JOSÉ CARLOS SANDOVAL

FLORES

1.2.- ASESOR:

Dr. JOSÉ HORNA SEGURA

1.3.- TIPO DE INVESTIGACIÓN:

DESCRIPTIVA – PROPOSITIVA

1.4.- TESIS:

**PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE
ABOGADO**

Chiclayo, 24 junio del 2019

1.5.- LOCALIDAD E INSTITUCIÓN DONDE SE HA DESARROLLADO LA INVESTIGACIÓN

FERREÑAFE – LAMBAYEQUE

1.6.- TIEMPO ESTIMADO QUE HA DURADO LA INVESTIGACIÓN

04 meses

1.7.- FECHA:

Inicio: 02 de enero

Fin : 06 de mayo del 2019

PRESENTADO POR:

JOSE CARLOS SANDOVAL FLORES
BACHILLER

DR. JOSE HORNA SEGURA
ASESOR

Aprobado por el Jurado:

MG. LITO R. BECERRA ANGULO
PRESIDENTE

MG. FLOR DE M. CHUZON JIMÉNEZ
SECRETARIA

MG. ELEO M. GRILLO PAICO
VOCAL

DEDICATORIA

Dedico esta tesis primero a mis padres José y Yanina, por creer en mí, además por ser unos padres excepcionales y un ejemplo a seguir, y a mi abuela María que desde el cielo me protege.

AGRADECIMIENTO

Agradezco especialmente a Dios el creador, porque durante todo el tiempo de mis estudios de pregrado, me dio las fuerzas para poder derribar las barreras que se presentaban en el camino, y que gracias a él pude salir adelante.

Agradecer a mi novia, porque siempre estuvo conmigo durante todos estos años de estudio y que gracias a su orientación y consejos pude seguir hasta culminar mi carrera.

TABLAS DE CONTENIDO DE LA TESIS:

Dedicatoria.....	03
Agradecimiento.....	04
Presentación.....	08
Resumen.....	10
Abstract.....	15
Introducción.....	19
CAPÍTULO I:	21
I. ASPECTO DE LA PROBLEMÁTICA:	
1.1. Realidad Problemática.....	21
1.2. Planteamiento del Problema.....	23
1.3. Formulación del Problema.....	24
1.4. Justificación e Importancia del Estudio:.....	25
II. OBJETIVOS:	
2.1. Objetivo General.....	26
2.2. Objetivos Específicos.....	26
III. HIPÓTESIS Y VARIABLES:	
3.1. Hipótesis.....	26
3.2. Variable independiente.....	27
3.3. Variable dependiente.....	27
IV. MARCO METODOLÓGICO:	
4.1. Diseño y Contrastación de Hipótesis.....	27
4.2. Población y Muestras.....	27
4.3. Materiales y Técnicas de recolección de datos.....	28

a) Recopilación Documental: Libros Materializados, Libros Desmaterializados, y Guía de Observación:	
b) La Técnica del análisis documental:	
4.4. Métodos	28
CAPITULO II.....	30
2.1. La Persona Humana.....	30
2.2. Los Derechos Fundamentales de la persona humana.....	33
2.3. Los Derechos Fundamentales reconocidos en la Constitución Política del Perú.....	36
2.4. Ubicación del Derecho Fundamental de Defensa en el Sistema Universal y en el Sistema Interamericano de Protección a los Derechos Humanos.....	37
2.5. Derechos Constitucionales de la función jurisdiccional.....	42
2.6. El derecho de defensa y el debido proceso	47
2.7. Reconocimiento Constitucional del Derecho a la Defensa.....	52
2.8. El Contenido esencial del Derecho a la Defensa.....	54
CAPITULO III:.....	65
3.1. El Origen de la Familia.....	65
3.2. La Familia.....	67
3.3. La Familia como elemento Natural.....	68
3.4. Características de la Familia.....	69
3.5. Conflictos ocasionados en la Familia.	73

3.6. La Violencia Familiar.....	75
3.7. Igualdad de Género.....	77
3.8. Igualdad ante la Ley.....	78
CAPÍTULO IV:	81
4.1. Análisis del Marco Jurídico sobre la violencia familiar, según la Ley N° 30364.....	81
4.2. El proceso en los casos de violencia familiar según la Ley N° 30364.....	83
4.3. El proceso para el otorgamiento de medidas de protección establecido en el artículo 16° de la Ley N° 30364.....	90
4.4. Diagnóstico General según la Ley N°30364.....	99
4.5. Análisis de la protección del denunciado en un estado constitucional, según la Ley N°30364.....	100
4.6. Análisis de la de la Afectación del Contenido Esencial del Derecho de Defensa.....	102
4.7. Propuesta Legislativa.....	110
CONCLUSIONES	115
SUGERENCIAS	116
BIBLIOGRAFÍA	117
ANEXOS	124

PRESENTACIÓN

En el presente trabajo de investigación trataremos de dar los alcances sobre el derecho de defensa, que como bien sabemos es un derecho fundamental que ha sido recogido y reconocido por los tratados internacionales, y por ende los Estados que forman parte se encuentran en la obligación de acatar, respetar y garantizar a toda persona que se encuentre inmersa en un proceso judicial.

El derecho de defensa consiste en el derecho que tiene toda persona a estar presente en un proceso, el cual se engloba en el derecho a ser oído, a conocer de los cargos que se le atribuyen, que puede ser en el ámbito penal, civil, laboral, administrativo, familia, etc., donde se le hayan otorgado todas las garantías mínimas para su defensa.

Al respecto, en nuestro país el constituyente ha reconocido el derecho de defensa como garantía y lo encontramos establecido en el inciso 14) del artículo 139° de la Constitución Política del Perú, como el derecho de toda persona a que no pueda ser privado del derecho de ejercer su defensa en ningún estado del proceso.¹

El motivo de nuestra presente investigación de tesis, es porque los Poderes del Estado Peruano (Legislativo, Ejecutivo) vienen legislando leyes que al parecer atentan contra derechos fundamentales de las personas que se encuentran inmersas en un proceso judicial, en este caso de los denunciados, y nos referimos a la Ley N° 30364 “*Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar*”.

Tenemos que en la precitada ley, el legislador ha creado un proceso especial para el dictado de las medidas de protección que viene a ser un proceso rápido, agilizado e inmediato para salvaguardar la integridad física y psicológica de las víctimas de violencia que protege dicha ley. Sin embargo, los jueces al otorgar las medidas de protección, lo vienen haciendo sin tener en cuenta y sin respetar los derechos fundamentales de las personas.

¹ Artículo 139° numeral 14° de la Constitución Política del Perú de 1993.

Es por ello que nos enfocaremos en estudiar que, las autoridades al aplicar la Ley N° 30364 vienen afectando el contenido esencial del derecho fundamental de defensa de las personas que tienen la calidad de denunciados, porque carece de una regulación exacta y precisa. Por lo tanto, a efecto de cumplir con nuestro objetivo analizaremos el proceso especial que los juzgadores deben seguir al momento de otorgar las medidas de protección a favor de las víctimas, considerando lo establecido en el artículo 16° modificado por Decreto Legislativo N° 1386, y a su vez concordado con el artículo 35° del Decreto Supremo N° 009-2016, que aprueba el Reglamento de la Ley N°30364, y modificado por Decreto Supremo N° 004-2019-MIMP2.

En efecto señores miembros del jurado, en cumplimiento a uno de los requisitos exigidos por el Reglamento de Grados y Títulos de la Universidad Particular de Chiclayo, pongo a su disposición la presente tesis titulada: ***“La afectación al contenido esencial del derecho de defensa, a propósito de la promulgación de la Ley N° 30364 Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra las mujeres y los Integrantes del grupo familiar”***.

Por tanto, siempre esperando en cumplir con los objetivos propuestos, someto la presente tesis a su evaluación y ponderación respectiva, y a la misma vez pueda ser aprobada.

² Artículo 35° del Reglamento de la Ley N° 30364 *“Ley para prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra las mujeres y los Integrantes del grupo familiar”*.

RESUMEN

De acuerdo al calendario del Diario Oficial el Peruano la Ley N° 30364 “*Ley para prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra las mujeres y los Integrantes del grupo familiar*”, entra en vigencia el 23 de noviembre del 2015, con el objeto, como bien su título lo menciona, de prevenir, sancionar y erradicar la violencia que sean ejercidas y tenga como víctima a la mujer por su condición de tal y a cualquier integrante de la familia.

En cuanto a lo tipificado en el artículo 1° de la Constitución Política del Perú, tenemos que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado. Por lo que para dar cumplimiento a dicho principio el legislador ha regulado en la precitada ley, el otorgamiento inmediato de las medidas de protección los cuales consisten en el retiro del agresor del domicilio, se le impide el acercamiento a la víctima, se prohíbe cualquier comunicación con la víctima, se le prohíbe la tenencia de armas, el inventario sobre sus bienes, etc.,.

A su vez el Decreto Legislativo N°1386 que modifico la Ley N° 30364, ha incorporado en el artículo 22° otras medidas de protección, los cuales consisten en la asignación económica de emergencia para atender las necesidades básicas de la víctima y sus dependientes; la prohibición de disponer, enajenar u otorgar en prenda o hipoteca los bienes muebles o inmuebles comunes; la prohibición de retirar del cuidado del grupo familiar a los niños, niñas, adolescentes u otras personas en situación de vulnerabilidad; el tratamiento reeducativo o terapéutico para la persona agresora; el tratamiento psicológico para la recuperación emocional de la víctima; el albergue de la víctima en un establecimiento en el que se garantice su seguridad, y cualquier otra medida de protección requerida para la protección de la integridad y la vida de la víctima o sus familiares.

Además para el otorgamiento de las medidas de protección regulados en la cuestionada ley, a los jueces se les da un determinado plazo para poder resolver después de tener conocimiento de la denuncia, se les fijó el plazo de 48 horas si se considera que el riesgo que presenta la víctima es leve y el plazo de 24 horas si el riesgo de la víctima es severa, de acuerdo

a como se determine en la ficha de valoración de riesgo que los operadores deben aplicar.

De igual forma, resulta relevante señalar que de acuerdo a los preceptos legales regulados en la Ley N° 30364, en los procesos de violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar, los certificados de salud física y mental expedidas por los establecimientos públicos de salud de los diferentes sectores e instituciones del estado, así como los certificados otorgados por los centros de salud parroquiales y los establecimientos privados autorizados por el Ministerio de Salud y finalmente los informes psicológicos acerca del estado de salud mental de las víctimas que se realicen en los Centros de Emergencia Mujer y otros servicios, tienen valor probatorio para la acreditación de agresión física, psicológica, económica y sexual. Sin embargo, los jueces de familia al dictar las referidas medidas de protección mayormente resuelven sin valorar debidamente dichos elementos de convicción.

En la presente tesis nos centraremos específicamente sobre el proceso especial que deben seguir los jueces de familia para otorgar las refieras medidas de protección al momento de conocer los hechos denunciados por las víctimas de violencia, puesto que lo vienen haciendo afectando el contenido esencial del derecho fundamental de defensa de los denunciados.

Dentro del análisis de la ley, se advierte que el legislador ha olvidado por completo que los denunciados son sujetos de derechos humanos que le han sido reconocidos en los tratados internacionales de los cuales el Estado Peruano es parte.

A mayor abundamiento, es necesario señalar que todos los *derechos humanos* o también denominados como *derechos fundamentales* tienen un contenido esencial y un contenido no esencial; respecto al contenido esencial, nos estamos refiriendo al núcleo del derecho del cual ninguna persona o autoridad debe atentar, porque de ser así estaríamos ante un acto abusivo que el Estado no debe aceptar; y en cuanto al contenido no esencial, nos referimos a una parte del derecho fundamental que si puede ser limitado o restringido, a efecto de salvaguardar otro derecho fundamental.

Dentro de los derechos fundamentales encontramos al derecho de defensa que tienen todas las personas que se encuentren inmersas en un proceso judicial, sea en el ámbito penal, civil, laboral, administrativo y en leyes especiales. Este derecho se engloba en el derecho a ser oído

ante tribunal, a conocer de los hechos que se imputan, el derecho a tener un abogado defensor, el derecho a ofrecer medios probatorios, el derecho a ser juzgado en un plazo razonable; etc., que ante la afectación de su contenido esencial por parte de cualquier persona o autoridad, estaríamos ante un proceso injusto e inconstitucional porque la Constitución también ha reconocido derechos fundamentales, principios y garantías que se tienen que proteger y respetar.

Al respecto, el artículo 35° del Decreto Supremo N° 009-2016-MIMP, que aprueba el Reglamento de la Ley N° 30364, dispuso que la audiencia oral solo podría realizarse con la presencia de la víctima, y cuando el juez lo considere necesario entrevistará al denunciado, estableciendo además que si el presunto agresor asiste a la audiencia se le tendrá por notificado en el mismo acto.

Tal es así que en resumidas líneas arriba del precitado artículo, es evidente la afectación al derecho fundamental de defensa del denunciado, puesto que se permitía la realización de la audiencia con la sola presencia de la supuesta víctima, dejando solo a criterio del juez si se citaba o no al denunciado, privándole del derecho de conocer los hechos que se le imputan y de ser oído.

Asimismo, ante los cuestionamientos al artículo 35° del Decreto Supremo N° 009-2016-MIMP, éste fue modificado parcialmente por el Decreto Supremo N° 004-2019-MIMP, estableciendo solamente la forma en que los jueces de Familia deberán citar a las partes a la convocatoria de la audiencia, pudiendo ser a través de facsímil, teléfono, correo electrónico personal o cualquier otro medio de comunicación, que puede de ser forma directa o a mediante de su representante legal, más no se ha tenido en cuenta la importancia de la presencia del denunciado en la audiencia.

A su vez dicho precepto ha sido modificado en el sentido de que la audiencia podrá convocarse a través de cédula de notificación sin exceder del plazo previsto en la ley para su realización, es decir, de 24 o 48 horas, dependiendo del riesgo que presente la víctima según la ficha de

valoración de riesgo; y cuando el juez no logre ubicar a alguna o ninguna de las partes la citación o notificación para la realización de la audiencia oral, procederá a dejar constancia de ello, sin perjuicio de llevarse a cabo la audiencia.

Y con respecto a la persona denunciada, se dispuso que si se apersona a la audiencia será notificado en el acto, pero que sucedería si este no ha sido notificado válidamente, ¿los jueces podrán notificar al denunciado en 24 o 48 horas?, pues resultaría siendo desventajoso para el denunciado, porque asista o no el juez de familia de acuerdo a la ley se encuentra facultado para realizar la audiencia y dictar la medidas de protección que correspondan.

También tenemos que el artículo 34° de dicho decreto supremo, faculta a los jueces admitir los medios probatorios de actuación inmediata que ofrezcan las partes, hasta antes de que se dicten las medidas de protección o medidas cautelares, pero ¿será un plazo razonable para que el denunciado obtenga los medios probatorios necesarios para preparar su defensa?, claro está que también se encontraría en desventaja porque no se le otorga los medios para conseguirlos, ya que los jueces solo tienen en cuenta la denuncia de víctima y la ficha de valoración de riesgo.

Otro aspecto muy importante es sobre la asistencia legal de las partes, el precitado decreto supremo, solo hace mención a que los jueces deben procurar que la víctima cuente con asistencia legal durante la audiencia, debiendo solicitar para tal efecto la participación del servicio legal del Centro Emergencia Mujer o de la Defensa Publica del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, sin embargo no hace mención sobre la asistencia legal o del representante legal de la parte denunciada, como bien sabemos la mayoría no concurre a la audiencia porque no cuentan con la condiciones para contratar a un abogado y si se presentan a la audiencia lo hacen sin abogado, por lo que dicho precepto también debe facilitar al menos la asistencia legal del defensor publica para el mismo.

Por lo tanto, se puede deducir que en el proceso especial de medias de protección regulado en la Ley N° 30364, existe una grave afectación del contenido esencial del derecho de defensa del

denunciado, que detalladamente pasaremos a estudiar en la presente tesis.

ABSTRACT

According to the calendar of the Official Gazette the Peruvian Law No. 30364 "Law to Prevent, Punish and Eradicate Violence against Women and Members of the Family Group", comes into force on November 23, 2015, with the purpose, as well its title mentions it, to prevent, sanction and eradicate violence that are exercised and have as a victim the woman because of her condition as such and to any member of the family.

With regard to what is defined in Article 1 of the Political Constitution of Peru, we have to defend the human person and respect their dignity are the supreme purpose of society and the State. Therefore, in order to comply with this principle, the legislator has regulated in the aforementioned law, the immediate granting of protection measures which consist in the removal of the aggressor from the home, it is prevented from approaching the victim, any communication is prohibited with the victim, the possession of weapons, the inventory of their property, etc., is prohibited.

At the same time, Legislative Decree No. 1386, which amended Law No. 30364, has incorporated other protection measures into Article 22, which consist of an emergency financial allocation to meet the basic needs of the victim and his dependents; the prohibition to dispose, dispose of or grant in pledge or mortgage the movable or common property; the prohibition to remove children, adolescents or other vulnerable persons from the care of the family group; the reeducation or therapeutic treatment for the aggressor; the psychological treatment for the emotional recovery of the victim; the shelter of the victim in an establishment in which his safety is guaranteed, and any other measure of protection required for the protection of the integrity and life of the victim or his family members.

In addition to the granting of protection measures regulated in the questioned law, judges are given a certain deadline to be able to resolve after becoming aware of the complaint, they were given a period of 48 hours if it is considered that the risk The victim's presentation is slight and within 24 hours if the risk of the victim is severe, according to how it is determined in the risk assessment form that the operators must apply.

Likewise, it is relevant to point out that according to the legal precepts regulated in Law N ° 30364, in the processes of violence against women and members of the family group, physical and mental health certificates issued by public institutions of health of the different sectors and institutions of the state, as well as the certificates granted by the parochial health centers and the private establishments authorized by the Ministry of Health and finally the psychological reports about the mental health status of the victims that are carried out in the Emergency Centers Women and other services have probative value for the accreditation of physical, psychological, economic and sexual aggression. However, family judges, when issuing the aforementioned protection measures, mostly resolve without duly assessing said elements of conviction.

In this thesis, we will focus specifically on the special process that family judges must follow to grant protection measures when they know the facts denounced by victims of violence, since they are doing so by affecting the essential content of the fundamental right of defense of the accused.

Within the analysis of the law, it is noted that the legislator has completely forgotten that the accused are subjects of human rights that have been recognized in international treaties of which the Peruvian State is a party.

In addition, it is necessary to point out that all human rights, also referred to as fundamental rights, have an essential content and a non-essential content; Regarding the essential content, we are referring to the core of the law which no person or authority should attempt, because if this were the case we would be faced with an abusive act that the State should not accept; and regarding non-essential content, we refer to a part of the fundamental right that can be limited or restricted, in order to safeguard another fundamental right.

Within the fundamental rights we find the right of defense that all people who are immersed in a judicial process, be it in the criminal, civil, labor, administrative and special laws. This right is encompassed in the right to be heard before a court, to know the facts that are imputed, the right to have a defense lawyer, the right to offer probative means, the right to be judged within a reasonable time; etc., that before the affectation of its essential content on the part of any person or authority, we would be before an unjust and unconstitutional process because the Constitution

also has recognized fundamental rights, principles and guarantees that have to be protected and respected.

In this regard, Article 35 of Supreme Decree No. 009-2016-MIMP, which approves the Regulation of Law No. 30364, provided that the oral hearing could only be held in the presence of the victim, and when the judge considers it It will be necessary to interview the defendant, stating further that if the alleged aggressor attends the hearing, he will be considered notified in the same act.

This is so that in summary lines above the aforementioned article, it is evident that the defendant's fundamental right of defense is affected, since the hearing was permitted with the mere presence of the alleged victim, leaving only at the discretion of the judge if cited or not the accused, depriving him of the right to know the facts that are imputed and of being heard.

Likewise, before the questioning of article 35 of Supreme Decree N ° 009-2016-MIMP, this was partially modified by Supreme Decree N ° 004-2019-MIMP, establishing only the way in which the family judges should cite the parties to the meeting of the hearing, may be through facsimile, telephone, personal email or any other means of communication, which may be directly or through their legal representative, but has not taken into account the importance of the presence of the accused at the hearing.

At the same time, said precept has been modified in the sense that the hearing may be convened through a notification card without exceeding the term established by law for its execution, that is, 24 or 48 hours, depending on the risk presented by the victim according to the risk assessment form; and when the judge fails to locate any or none of the parties the summons or notification for the oral hearing, proceed to record this, without prejudice to the hearing.

And with respect to the person denounced, it was decided that if he were to appear at the hearing, he would be notified immediately, but what would happen if he had not been notified validly, could the judges notify the defendant in 24 or 48 hours? being disadvantageous to the defendant, whether or not the family judge attends according to the law is empowered to conduct the hearing and dictate the appropriate protection measures.

We also have that Article 34 of said supreme decree, allows judges to admit the probative means of immediate action offered by the parties, even before the protective measures or precautionary measures are issued, but will it be a reasonable term for the defendant obtains the necessary evidence to prepare his defense? Of course, he would also be at a disadvantage because he is not given the means to obtain them, since the judges only take into account the victim's complaint and the risk assessment form.

Another very important aspect is the legal assistance of the parties, the aforementioned supreme decree, only mentioning that the judges should ensure that the victim has legal assistance during the hearing, requesting for that purpose the participation of the legal service of the Center Emergency Woman or Public Defense of the Ministry of Justice and Human Rights, however does not mention legal assistance or the legal representative of the party complained, as we know most do not attend the hearing because they do not have the conditions for hiring a lawyer and if they appear at the hearing, they do it without a lawyer, so that said precept must also provide at least the legal assistance of the public defender for the same.

Therefore, it can be deduced that in the special process of protection measures regulated in Law No. 30364, there is a serious impairment of the essential content of the defendant's defense right, which we will study in detail in this thesis

INTRODUCCION

La presente investigación de tesis denominada “La afectación al contenido esencial del derecho de defensa, a propósito de la promulgación de la Ley N°30364, “Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra las mujeres y los Integrantes del grupo familiar”, tiene como propósito analizar y determinar cómo es que la cuestionada ley atenta contra el contenido esencial del derecho de defensa del denunciado, específicamente en el proceso especial regulado en su artículo 16° para el dictado de las medidas de protección resueltas por el juez de familia ante el conocimiento de supuestos actos de violencia ejercidas contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar.

Es necesario indicar, que para la aplicación de la precita ley se requiere la presencia de actos de violencia, que consiste en el ejercicio de poder donde se emplea la fuerza en situaciones de desigualdad y de desequilibrio de poder contra otra persona. Pues estos desequilibrios no son necesariamente evidentes para el observador, porque en algunos casos la violencia según lo regulado por la Ley N° 30364, no solamente es física, sino también psicológica, sexual y económica.

En los últimos años, se ha presenciado el incremento del índice de violencia contra la mujer y los integrantes del grupo familiar, siendo necesario una protección legal para reducir dicho problema social. Por lo que el Estado Peruano con el propósito de disminuir la violencia, se ha visto en la necesidad de legislar Ley N° 30364, la misma que establece su actuación inmediata proponiendo los correctivos necesarios ante las autoridades competentes a efecto de coadyuvar y disminuir el índice elevado de lesiones producidas como consecuencia de la violencia.

Sin embargo, se aprecia que la ley en mención no logra cumplir con su objetivo, puesto que desde su entrada en vigencia, es decir, el 23 de noviembre del 2015, hasta la actualidad, los casos de la violencia se van incrementando día a día, siendo casi toda la carga de ciertos casos la del Poder Judicial, donde los jueces de familia solo optan por mirar el expediente y resolver otorgando medidas de protección sin criterios, porque los plazos que establece para dictarlas resulta siendo bastante reducido, afectando de cierta forma derechos fundamentales de las partes, especialmente la del denunciado.

Se tiene que para el otorgamiento de las medidas de protección, en la praxis los jueces de familia amparándose del antes mencionado cuerpo normativo, vienen transgrediendo el contenido esencial del derecho fundamental a la defensa del denunciado, inobservando que dicho derecho ha sido reconocido en leyes supranacionales y en nuestra Constitución Política del Perú a toda persona, y es obligación del Estado de garantizarlo.

Por lo tanto, el propósito de la presente tesis, se basara en determinar si la Ley N°30364 y su reglamento Decreto Supremo N°009-2016-MIMP, vulnera el contenido esencial del derecho de defensa del presunto agresor en los casos de violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar, proponiendo la modificación e incorporación de algunos textos al artículo 16° a efecto de no atentar contra dicho derecho fundamental.

La presente tesis constara de cuatro capítulos; en el primer capítulo nos basaremos en determinar el objeto de estudio y las consideraciones metodológicas correspondiente a la investigación de tesis.

Con respecto al segundo capítulo, estará orientado a estudiar que son los derechos fundamentales de la persona humana, e identificaremos el derecho de defensa del denunciado reconocido en la Constitución Política del Perú.

Por otro lado en el capítulo tercero daremos algunos alcances respecto a la familia, su origen y la violencia familiar como actual problema social en el Perú;

Y en el cuarto y último capítulo se ha diseñado con la finalidad de hacer un análisis al marco jurídico de la Ley N° 30364, y dar una respectiva propuesta legislativa a efecto de no afectar el contenido esencial del derecho de defensa.

CAPÍTULO I

ANÁLISIS DEL OBJETO DE ESTUDIO Y CONSIDERACIONES METODOLÓGICAS

1.1. ASPECTO DE LA PROBLEMÁTICA:

1.1.1. Realidad Problemática

Uno de los conflictos derivados de la familia es la violencia doméstica, también llamado violencia familiar, que en su mayor parte son ejercidas contra la mujer, los niños y los adultos mayores, habiendo para tal efecto el Estado Peruano a través del Poder Legislativo y del Poder Ejecutivo, dictado normas y acciones conducentes presuntamente a erradicarlas, sin embargo, en la realidad se advierte que casi toda la carga procesal que tiene el poder judicial es debido a los casos de violencia familiar que día a día va en aumento, entonces al parecer la Ley N° 30364 no logra cumplir con su objetivo.

Por otra parte, podemos indicar que en la praxis también se observa que algunas mujeres con ánimos de odio, resentimiento, enemistad, etc., aprovechándose de la sobreprotección que el Estado les brinda, con el propósito de obtener algún beneficio particular, por cualquier circunstancia denuncian injustificadamente, alegando que vienen siendo víctimas de agresiones por parte de su pareja, generando al mismo tiempo el síndrome de alienación parental sobre sus menores hijos, poniéndolos en contra del otro, a fin de que estos manifiesten y sindiquen a sus propios progenitores de ser autores de los actos de violencia ante la Policía Nacional, el Ministerio Público, el Poder Judicial, etc., quienes se encargarían de dictar inmediatamente las medidas de protección reguladas en la Ley N° 30364.

En aplicación de lo contemplado en el artículo 1° de la Constitución Política del Perú de 1993 donde *“la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”*; el legislador dispuso la regulación de un proceso especial para el otorgamiento de las medidas de protección para aquellas mujeres, niños y adultos mayores que son agredidos por actos violentos en el artículo 16° de la Ley N° 30364. Sin embargo, al parecer desde la entrada en vigencia de

dicha ley, los jueces al otorgar las referidas medidas de protección lo vienen dictando sin garantizar desde el inicio del proceso el derecho de defensa de los denunciados.

Se advierte que en los procesos por violencia familiar, los jueces vienen otorgando generalmente las medidas de protección tan solo con la denuncia y la aplicación de una ficha de valoración de riesgo practicado a la supuesta agraviada, sin darle el previo conocimiento de los hechos que se le imputan al denunciado, que al parecer los jueces olvidan que éste también forma parte del proceso.

Se tiene que en los procesos de violencia familiar al denunciado tampoco se le brinda la oportunidad para ser escuchado, de contradecir los hechos formulados en su contra y presentar los medios probatorios que considere necesario para que de cierta forma pueda sustentar sus fundamentos de su defensa, quedando gravemente en un estado de indefensión, afectando en tal sentido el contenido esencial del derecho fundamental de defensa.

A su vez, hemos advertido que la cuestionada ley carece de regulación respecto a la obligación que deben tener los juzgadores de notificar inmediatamente al denunciado comunicándole la programación de la audiencia oral sobre medidas de protección; o en el supuesto, de habersele notificado, deben contar con la opción de notificarle la reprogramación de la audiencia, bajo apercibimiento de la conducción compulsiva o de asignarle un defensor público para que lo represente durante la realización de la misma, con la finalidad de que se le otorgue mínimamente las garantías para ejercer su derecho de defensa del cual el Estado se encuentra obligado. Y que por falta de regulación consecuentemente conllevaría a que los jueces vengán actuando de forma arbitraria y den un trato desigual en dichos procesos a los denunciados.

Por otro lado, los jueces también deben valorar la afectación o no de los derechos del presunto agresor, ya que en el hipotético caso sea retirado de su domicilio, conllevaría a la afectación de otros derechos fundamentales, como por ejemplo, el disfrute del derecho a su propiedad, o al prohibírsele el acercamiento directo con sus hijos se le estaría privando el derecho al régimen de visitas, como también se le suspendería o se

extinguiría la patria potestad, etc., que si bien son medidas transitorias supeditas a las investigaciones de la fiscalía penal, que de no haber responsabilidad, el daño puede ser grave puesto que de denunciado pasaría a la condición de víctima en el sistema judicial, ya que solo tiene que cumplir una decisión errada donde no se le brinda la adecuada oportunidad para defenderse.

En tal sentido, los jueces como directores del proceso no pueden olvidar que tienen el deber de velar por la observancia del derecho fundamental al debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva contemplados en el numeral 3) del artículo 139° de la Constitución Política del Perú³. Que si bien actualmente existen altos índices de violencia contra la mujer, sin embargo, no justifica para que el Estado actúe de forma discriminatoria contra el supuesto agresor, ya que como sujeto de derechos se le debe dar las garantías mínimas para su defensa, teniendo en cuenta que existe un principio reconocido en la parte in fine del artículo 103° de nuestra Constitución señalando que “La Constitución no ampara el abuso del derecho”⁴.

1.1.2. Planteamiento del Problema

A propósito de la dación de la “*Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar - Ley N° 30364*”, se derogó el Texto Único Ordenado de la Ley de Violencia Familiar – Ley N° 26260, que a su vez fue modificado por la ley N° 27306 y 27982, según lo dispuesto en su Segunda Disposición Complementaria Derogatoria.

En cuanto a la ley derogada, es decir, la Ley N° 26260, tenemos que se le permitía al supuesto agresor realizar una confrontación con la víctima, donde se le brindaba la oportunidad de hacer el uso de su derecho a la defensa, siendo considerado como el derecho que tienen todas las personas a recurrir y tener acceso al sistema judicial sin trabas, y así obtener una resolución fundada en derecho, y por ende motivada que los jueces no pueden inobservar y dejar desapercibido.

³ Artículo 139. 3 de la Constitución Política del Perú de 1993.

⁴ Artículo 103 de la Constitución Política del Perú de 1993

A su vez, se tiene que el proceso sobre violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar se encuentra regulado en la Ley N° 30364 y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 009-2016-MIMP, modificado por el Decreto Supremo N° 004-2019-MIMP, que en aplicación de los principios de intervención inmediata y oportuna y celeridad del proceso, en su etapa procesal resultaría siendo un proceso violatorio de los derechos fundamentales del denunciado, donde se le restringe su derecho a la defensa al no ostentar con las garantías de un debido proceso ante la poca o escasa actividad probatoria. Por cuanto la mera sindicación de la supuesta víctima no resulta suficiente, siendo contradictoria a los lineamientos desarrollados por el Poder Judicial en materia penal, referida a que no solo basta la mera sindicación para encontrar responsable al denunciado, e incluso en materia civil, específicamente en el caso de las medidas cautelares que para su concesión se requiere la configuración de tres presupuestos, los cuales son la verosimilitud del derecho, peligro en la demora y la razonabilidad de la medida para garantizar la eficacia de la pretensión⁵.

En tal sentido, la consistencia del problema principal de la presente investigación será en evidenciar la grave afectación al contenido esencial del derecho de defensa en la Ley N° 30364, especialmente del artículo 16° concordante con el artículo 35° de su Reglamento el Decreto Supremo N° 009-2016-MIMP, modificado con Decreto Supremo N° 004-2019-MIMP, puesto que los jueces al dictar las medidas de protección emiten sus resoluciones fundándose con la sola denuncia de la víctima, y no sobre fundamentos concretos y plenamente corroborados que permitan acreditar los actos de violencia.

1.1.3. Formulación del Problema

¿Existe una afectación del contenido esencial del derecho a la defensa del denunciado en la redacción del artículo 16° de la Ley N° 30364, “Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra las mujeres y los Integrantes del grupo familiar”?

⁵ Artículo 611° del Código Procesal Civil – Decreto Legislativo N° 768 (04/03/1992)

1.1.4. Justificación e Importancia del Estudio:

La justificación de la presente investigación se basa en las siguientes razones:

Porque nos centraremos en determinar si la promulgación de la Ley N° 30364, modificado por Decreto Legislativo N° 1386, realmente afecta o no el contenido esencial del derecho de defensa del denunciado, en la medida que en la redacción del artículo 16° de la norma en comento, concordante con el artículo 35° de su Reglamento modificado por Decreto Supremo N° 004-2019-MIMP, se establecen plazos muy cortos en el desarrollo del proceso especial para el otorgamiento de las medidas de protección, ya que prácticamente conmina al juez a resolver y dictarlas en el corto plazo de 48 horas si la víctima se encuentra en situación de riesgo moderado, y en 24 horas si la víctima se encuentra en situación de riesgo severo.⁶

Porque los jueces al momento de dictar las referidas medidas de protección solo optan por mirar el expediente, sin analizar el fondo del asunto y sin darle el tiempo adecuado al denunciado para oponerse y presentar los medios de probatorios que sustenten los fundamentos de su defensa, dejándolo prácticamente en un estado de indefensión durante el proceso. Pudiendo el juzgador caer en error y ocasionar un grave perjuicio al denunciado convirtiéndose este último en la víctima del sistema de justicia.

Es por ello la importancia del presente trabajo de investigación de tesis, porque analizaremos los presupuestos que determinen la afectación del contenido esencial del derecho de defensa, debido a que la simple denuncia, declaración o la entrevista única de la víctima, no logran ser suficientes para restringir los derechos del procesado.

Es así que el presente estudio resulta beneficioso, pues ello conllevaría a determinar si la ley en cuestión es inconstitucional y merece ser modificada por atentar contra el

⁶ Artículo 16° de la Ley N° 30364, modificado por Decreto Legislativo N° 1386

contenido esencial del derecho fundamental de defensa, a efecto de respetar la Constitución e incluso las normas adscritas al bloque de convencionalidad.

1.2. OBJETIVOS

1.2.1. Objetivo General:

- Determinar si la aplicación de la Ley N° 30364 “Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra las mujeres y los Integrantes del grupo familiar”, específicamente el artículo 16°, afecta o no el contenido esencial del derecho de defensa del denunciado.

1.2.2. Objetivos Específicos:

- Identificar al derecho de defensa como derecho fundamental inherente a la persona humana reconocido en la Constitución Política del Perú.
- Especificar que es la familia y la violencia familiar como uno de los conflictos ocasionados dentro de la familia.
- Analizar el artículo 16° de la Ley N° 30364 para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra las mujeres y los Integrantes del grupo familiar, en relación a la afectación del contenido esencial del derecho fundamental de defensa.
- Proponer la modificación del artículo 16° de la Ley N° 30364 “Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra las mujeres y los Integrantes del grupo familiar”, a efecto de garantizar el respeto del derecho fundamental de defensa del procesado por su condición ontológica de persona humana.

1.3. HIPÓTESIS Y VARIABLES

1.3.1. Hipótesis

- ✓ Si se modificara la Ley N° 30364 “Ley para prevenir, Sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar”, respetando las garantías mínimas del derecho de defensa en el proceso para el otorgamiento de

las medidas de protección; entonces no se estaría afectando el contenido esencial del derecho defensa de una persona denunciada como sujeto de derechos.

1.3.2. Variable independiente (Causa)

- ✓ “Modificar la Ley N° 30364 “Ley para prevenir, Sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar”

1.3.3. Variable dependiente (Efecto)

- ✓ “La no afectación al contenido esencial del derecho defensa de una persona denunciada como sujeto de derechos”.

1.4. MARCO METODOLÓGICO

1.4.1. Diseño y Contrastación de Hipótesis:

El diseño para la contratación de la hipótesis de la presente tesis es el Diseño Lógico, puesto que la no afectación al contenido esencial del derecho de defensa puede ser suprimida si se modificara la Ley N° 30364 “Ley para prevenir, Sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar”.

1.4.2. Población y Muestras.

Población: La población de estudio estuvo compuesta por las resoluciones que emiten los jueces de familia en la Provincia de Ferreñafe para el otorgamiento de las medidas de protección en los procesos de violencia contra la mujer y los integrantes del grupo familiar del año 2018 y 2019.

Muestras: La muestra es de tipo No Probabilística de tipo consecutivo, por conveniencia, porque se pretende advertir la afectación del contenido esencial del derecho de defensa de los denunciados en los casos de violencia por parte de los jueces de familia de la provincia de Ferreñafe al momento de dictar las medidas de protección.

1.4.3. Materiales y Técnicas de recolección de datos

De acuerdo a las variables presentes en la investigación y la forma en cómo se cruzaron para la obtención de la hipótesis, se aplicara o recurrirá a las siguientes técnicas de recolección:

a) Recopilación Documental: Libros Materializados, Libros Desmaterializados, y Guía de Observación: Esta técnica se aplica para obtener la información contenida en resoluciones judiciales emitidas por los jueces, a nivel interno en base a nuestra legislación; así como también criterios jurisdiccionales emitidos sobre caso de violencia familiar.

b) La Técnica del análisis documental: Para lo cual se utilizara como instrumentos de recolección de datos: Fichas Textuales y de Resumen; teniendo como fuentes libros, textos, normas y web grafía, y resoluciones judiciales que servirán de apoyo para obtener información que permita una buena elaboración de la investigación, que permitirá conocer todo lo concerniente a la afectación del contenido esencial del derecho de defensa a propósito de la promulgación de la Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra las mujeres y los Integrantes del grupo familiar.

1.4.4. Métodos

El Método empleado es:

b) Método Dogmático: Se estudiará lo referente a la persona humana, el derecho fundamental de defensa, el contenido esencial del derecho fundamental de defensa, etc., con el propósito de dejar en claro su importancia.

a) Método Explicativo: Porque, además de analizar la afectación al contenido esencial del derecho de defensa a propósito de la promulgación de la Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra las mujeres y los Integrantes del grupo

familiar, se tratara de explicar las razones o motivos del porqué se transgrede este derecho.

b) Método Causal: Porque mediante cruce de las variables dependiente e independiente, planteó la hipótesis global, que busca encontrar las causas del problema.

CAPITULO II

DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA, E IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO DE DEFENSA DEL DENUNCIADO RECONOCIDO EN LA CONSTITUCIÓN DEL PERÚ

2.1. LA PERSONA HUMANA:

Con respecto a la Persona Humana, resulta importante referirnos a distintos juristas que logran ilustrarnos lo siguiente:

- En primer lugar tenemos que para el filósofo, ensayista católico, poeta y profesor universitario español Leopoldo Palacios R., “*persona en latín significaba originalmente la **máscara del actor**. Interpretar la evolución que va desde la máscara del actor al individuo humano es cosa que se presta a comentarios muy jugosos*. Asimismo refería que esta imposición del nombre nace de un hecho incuestionable, y es que los individuos humanos, a diferencia de los restantes animales, son personas porque son máscaras. Ya que tienen cavidad para ocultar las vicisitudes de su vida interior, disimulan sus conocimientos y sus apetitos y sus ignorancias y sus desganas; que al dar una comparación con la caracterización de un perro, de un caballo o de un toro, la persona más sincera hace figura de hipócrita⁷.

De tal manera para el precitado autor, a través de su tesis expuesta previamente refiere que la persona humana tiene cualidades exclusivas que lo diferencian de otros seres vivos que habitan en el planeta.

- A su vez, para el Dr. José A. Olguín (1949), “*La persona humana ontológicamente considerada es sustancia racional dotada de conocimiento, de voluntad y dueña de sus actos. El estudio ontológico comprende la totalidad, la plenitud del ser individual para*

⁷PALACIO RODRIGUEZ, Leopoldo. “*La Persona Humana*”. Recuperado de: file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Dialnet LaPersonaHumana-4858757%20. Consultado el 20 de enero del 2019.

*llegar hasta sus últimas consecuencias: lo absoluto. La persona humana jurídicamente considerada, es el ser capaz de adquirir derechos y de contraer obligaciones.*⁸

En otras palabras, el precitado autor considera a la persona humana como es un ser racional con capacidad de adquirir conocimientos para percibir sus propios actos que puede realizar.

- El Dr. Luis Castillo Córdova, considera a la persona humana como una *“realidad pluridimensional, que junto a sus carencias es posible identificar una inteligencia racional y una voluntad libre que le pone condiciones de titularizar derechos y deberes, tiene un valor, y que las características de su esencia permiten reconocerle un valor superior al valor que pueda ser atribuido al resto de seres de la creación”*. También, refiere a la persona humana como una unidad ontológica, lo que quiere decir que el ser de la persona humana es una realidad que a pesar de su diversidad y complejidad no es un ente incoherente ni contradictorio a su esencia.⁹

Es decir, el antes mencionado jurista superpone a la persona humana como un valor superior a los demás seres que de acuerdo a su ser le permite exclusivamente ser el titular de derechos.

- Por otra parte el Dr. Carlos Fernández Sessarego, indica que *“la persona humana, se constituye en cuanto sujeto de derecho en centro y termino de las relaciones jurídicas, en eje insustituible del derecho.”* También refiere que *“el ser humano, la persona, es simultáneamente el creador, el protagonista y el destinatario de las normas jurídicas”*¹⁰. Asimismo sostiene que básicamente la persona es lo que es y no es otra cosa distinta.

⁸ OLGUÍN, José A. (1949) *“La Persona Humana éticamente considerada”* - Actas del Primer Congreso Nacional de Filosofía, Mendoza, Argentina. Recuperado de: <http://www.filosofia.org/aut/003/m49a1322.pdf>.

⁹ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *“La Persona y Derechos Humanos”*. p. 152

¹⁰ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos (2016): *“Derecho de las Personas”* – Análisis de cada artículo del Libro Primero del Código Civil peruano de 1984.

En cambio para el precitado jurista la persona humana, es un sujeto de derechos indispensable que no puede ser sustituido en las relaciones jurídicas, pues es el único y capaz de crear las normas jurídicas destinadas a regular conductas en la sociedad.

- Mientras tanto, para Rubén Apaza, *“Persona es todo ente susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones. Se las clasifica en personas de existencia visible o físicas (ser humano)”*¹¹.

Con respecto al antes mencionado autor, este clasifica a la persona como un ente que se percibe, que por ser como tal adquiere derechos y obligaciones.

- También tenemos que países vecinos de Latinoamérica han reconocido a la persona, por lo tanto, resulta necesario recurrir al Código Civil Argentino que en su artículo 30°, se estableció que *“Son personas todos los entes susceptibles de adquirir derechos, o contraer obligaciones”*. A su vez, el Código Civil Chileno, en su artículo 55°, ha previsto que *“Son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición. (...)”*

En ese sentido, después de haber mencionado a distintos juristas como también de haber recurrido a dos países latinoamericanos que se refieren a la persona humana, se deduce que a diferencia de otros seres vivos, la persona humana por su naturaleza es un ser racional exclusivamente con capacidad de adquirir derechos y obligaciones, y que por su dignidad debe ser respetado y tratado en la sociedad como sujeto de derechos mas no como objeto de derechos.

¹¹APAZA, Rubén (2013) *“Derecho Civil de las Personas”*. Recuperado de: <https://www.rubenapaza.com/2013/08/derecho-civil-personas.html>.

2.2. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA HUMANA:

Al habernos referido sobre “persona humana” como tal y como sujeto derechos que le son inherentes, tales como la vida, el respeto de su dignidad, la libertad, la propiedad, etc., muchos autores lo han denominado como derechos fundamentales que universalmente deben ser reconocidos por todos los Estados del mundo. Es muy importante indicar, que el término “derechos fundamentales” se utilizó y viene siendo utilizado en algunos escritos políticos desde a finales del siglo XVIII, pero su uso solo pudo desarrollarse en el instante en que los estudiosos del Derecho Público de Alemania e Italia comenzaron a generalizarlo.¹²

Por consiguiente muchos autores han mostrado su posición sobre los derechos fundamentales de la siguiente manera:

- Para el escritor Constitucionalista Chileno Nogueira Alcalá, considera que las expresiones derechos fundamentales y derechos constitucionales, son sinónimos, al referirse que estos son: *“Los derechos de la persona, que se encuentran reconocidos por el ordenamiento jurídico de un Estado en la carta fundamental”*.¹³
- Por otro lado para el Dr. Sebastián Contreras, citando al autor italiano Luigi Ferrajoli refiere que son derechos aquellos derechos fundamentales los *“que no se pueden comprar ni vender”*, es decir, son inalienables, toda vez que son aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a «todos» los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o de sujetos con capacidad de obrar. Por su parte, afirma que son *«derechos subjetivos»* todas las expectativas positivas (de prestaciones) o negativas (de no sufrir lesiones) adscritas a un sujeto por una norma jurídica y en razón de su status o condición de tal, prevista asimismo por una norma

¹² HERNANDEZ RENGIFO, Freddy y CAMPOS BARRENUZUELA, Edhin, (2008) *“Curso desarrollado de Derechos Humanos – UNED – Madrid”*, primera edición, Lima – p. 122.

¹³ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, Ob. Cit. p. 58

jurídica positiva, “*como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas*”.¹⁴

- Para la Dra. Mónica Giannina, señala que “el reconocimiento de los derechos fundamentales de la persona, en el ordenamiento Constitucional existen dos aspectos: la primera, a) *El valor positivo de los derechos fundamentales: Consistente en el reconocimiento positivo de los derechos fundamentales de la persona por la Constitución, tales derechos son presupuestos de exigibilidad que van a limitar la actuación del Estado y de los particulares; mientras la segunda, b) El valor ético y axiológico de los derechos fundamentales: Parte por reconocer “la dignidad de la persona humana”, como valor material central de la norma fundamental del cual derivan un amplísimo reconocimiento de derechos fundamentales de la persona y una multiplicidad de garantías, dignidad humana que es preexistente al orden estatal y se proyecta como el fin supremo de la sociedad y del Estado (artículo 1 de la Constitución de 1993).*”¹⁵
- Cruz Villalón manifiesta que con la expresión derechos fundamentales “Se designa a todos aquellos derechos que la constitución garantiza a los ciudadanos como expresión o, si se quiere, traducción en el ordenamiento positivo nacional de los que conocen generalmente como “Derechos Humanos” en el lenguaje jurídico supranacional”.¹⁶
- El ex magistrado del Tribunal Constitucional Peruano, Dr. Gerardo Eto Cruz, considera que “*Los derechos fundamentales representan la concreción en el ámbito nacional de los derechos humanos*”¹⁷

¹⁴ CONTRERAS, Sebastián (2012) - Universidad de los Andes – “*Luigi Ferrajoli y los Derechos Fundamentales*”. Recuperado de: [file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Dialnet-FerrajoliYLosDerechosFundamentales-4037665%20\(3\).pdf](file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Dialnet-FerrajoliYLosDerechosFundamentales-4037665%20(3).pdf)

¹⁵ NAVARRO CUIPAL Monika Giannina - “*Los Derechos Fundamentales De La Persona*”. Recuperado de: <https://www.derechoycambiosocial.com/revista021/derechos%20fundamentales%20de%20la%20persona.pdf>

¹⁶ CRUZ VILLALON, Pedro y PARDO FALCON, Javier (2000) “*Los Derechos Fundamentales en la constitución española de 1978*” Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Año XXXIII N° 97. p. 67

¹⁷ CRUZ ETO, Gerardo y otros (2011), “*El Tribunal Constitucional reescribe el Derechos*”, estudios sobre incidencia de la jurisprudencia constitucional en las diferentes especialidades del Derecho” Gaceta Constitucional, Primera edición, Lima - p. 60.

- Por otro lado Jorge Carpizo considera: *“Los derechos fundamentales, (...), son aquellos que está recogido en el texto constitucional y en los tratados internacionales, son los derechos Humanos constitucionalizados; que su denominación indica la prioridad axiológica y su esencialidad en la relación con la persona humana; son los derechos humanos que se plasman en derecho positivo vigente, son las normas que protegen cualquier aspecto fundamental que afecte el desarrollo integral de la persona en una comunidad de hombres libres y en caso de infracción existe la posibilidad de poner en marcha el aparato coactivo del Estado”*¹⁸

Es efecto los Derechos Humanos o Fundamentales, con el devenir de los años fueron reconocidos por la Asamblea General de las Naciones Unidas (AGNU) quien aprobó y proclamó la Declaración Universal de Derechos Humanos en París suscrita el 10 de diciembre de 1948¹⁹. Es necesario resaltar que la DUDH no viene a ser un tratado internacional, por lo que no nos encontramos ante un instrumento que jurídicamente sea vinculante para los Estados, pero en la actualidad constituye un texto normativo de mucha importancia que sirve de orientación para la protección de los derechos la persona humana.

En tal sentido, de acuerdo a los conceptos expuestos por los mencionados juristas, tenemos que los derechos fundamentales son aquellos derechos positivizados y reconocidos por los Estados, que de acuerdo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos estos deberían orientarse para garantizarlos y protegerlos.

¹⁸ CARPIZO, Jorge, Ob. Cit. Pág.13

¹⁹ Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (Octubre -2012) *“Compendio de Derechos Humanos: Tratados Internacionales de los que el Perú es parte”*. Pág. 60

2.3. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES RECONOCIDOS EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ:

En primer lugar, es rescatable argüir que todas las personas por tal condición ostentan derechos que han sido reconocidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos, los cuales han servido de gran importancia para que los Estados miembros los asumieran y así poder reconocerlos también e incluirlos en su Carta Fundamental. El Dr. Sebastián Contreras citando a Massini, sostiene que estos derechos para ser fundamentales han de ser sancionados positivamente por el legislador, de tal modo que *“la previsión de tales derechos por un ordenamiento positivo es la condición de su existencia o su vigencia en ese ordenamiento”*. En suma, teniendo como base dicha percepción apuntamos que los derechos de toda persona humana se encuentran dentro de la Constitución Política del Perú y, partiendo de una Ley Fundamental reconocidos por el mismo constituyente se les viene a denominar *Derechos Fundamentales* los cuales deben ser protegidos y garantizados por el Estado a través de su poder represivo.

En segundo lugar, tenemos que los derechos de la persona vienen a ser un conjunto de facultades que recaen sobre todo ser humano, siendo secuela de su dignidad misma, orientados a reconocer sus objetivos y deseos junto a otros seres humanos, que corresponden ser reconocidos y resguardados por todos los ordenamientos jurídicos del Estado.

Hay que mencionar además que el Dr. Alexander Rioja B., citando al Tribunal Constitucional, en los seguidos por Manuel Anicama Hernández, ha señalado que si bien el reconocimiento positivo de los derechos fundamentales (comúnmente, en la Norma Fundamental de un ordenamiento) es presupuesto de su exigibilidad como límite al accionar del Estado y de los propios particulares, también lo es su connotación ética y axiológica, en tanto manifiestas concreciones positivas del principio-derecho de dignidad humana, preexistente al orden estatal y proyectado en él como fin supremo de la sociedad y del Estado.

Es así que los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución vienen a ser como una barrera que pone límites frente a la actuación del Estado, a efecto de garantizar la integridad

de la persona y no pueda sufrir algún atentado o vulneración de sus derechos que le son inherentes por tal condición.

Con esto quiero decir que fue motivo para que el Estado Peruano también reconociera en su Carta Marga los derechos fundamentales, los mismos que el constituyente ubicó en el Título I, el cual trata sobre los Derechos de la Persona y la Sociedad, dividido en tres capítulos, es decir: en primer lugar ubicamos al capítulo primero que consta de una lista de “derechos fundamentales de la persona” (artículo 1° al 3°); el siguiente capítulo del mismo cuerpo normativo trata sobre los “derechos Sociales y Económico” (artículo 4° al 29°); y en el tercer y último capítulo del mencionado título trata respecto a los “derechos políticos y sus deberes” (artículo 30° al 38°).

2.4. UBICACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL DE DEFENSA EN EL SISTEMA UNIVERSAL Y EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN A LOS DERECHOS HUMANOS:

En este acápite indicaremos la ubicación del derecho fundamental de defensa reconocido en el Sistema Universal y en el Sistema Interamericano de Protección a los Derechos Humanos.

2.4.1. Sistema Universal de Protección a los Derechos Humanos:

a) La Declaración Universal de Derechos Humanos:

Al respecto, como ya habíamos mencionado anteriormente sin ánimos de redundar, la Declaración Universal de Derechos Humanos no es un Tratado Internacional vinculante que obligue a todos los Estados miembros acatar, sin embargo, resulta bien añadirlo en este acápite, puesto que actualmente es un texto muy importantísimo para el reconocimiento y regulación de los derechos fundamentales en un determinado Estado de Derecho.

Ahora bien, el derecho fundamental de defensa lo podemos ubicar en el artículo 11° numeral 1) de la Declaración Universal de Derechos Humanos, establecido con el siguiente texto:

Artículo 11. 1:- “Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa”.²⁰

Para ser más específicos, si bien en el precitado artículo regulado por la Declaración Universal de Derechos Humanos, el derecho de defensa no se encuentra contemplado expresamente, a tal modo que puede ser complementado que ha sido instituido dentro del derecho a un juicio justo.

b) El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:

Por otra parte, dentro del Sistema Universal de Protección a los Derechos Humanos tenemos al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el cual fue adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante Resolución N° 2200 A (XXI), de fecha 16 de diciembre de 1966²¹, cuya vigencia fue a partir de los 23 días del mes de marzo de 1976, donde también se advirtió que el cumplimiento de siete presupuestos para la protección del derecho de defensa, y lo encontramos en el artículo 14° numeral 3 inciso d), específicamente con el texto siguiente:

(...) “Artículo 14.3:- Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:²²

a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella;

b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección;

²⁰ Artículo 11.1. de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

²¹ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, suscrito el 16 de diciembre de 1966 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante Resolución N° 2200 A (XXI).

²² Artículo 14.3) del Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos

c) A ser juzgado sin dilaciones indebidas;

d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo;

e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo;

f) A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal;

g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable.

Resulta importante señalar, que a diferencia de la Declaración Universal de Derechos Humanos el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos si es vinculante para todos los Estados que lo suscribieron y que forman parte del mismo, puesto que así se ha definido en el artículo 2º regulando los alcances de aquellas obligaciones legales contraídas por los Estados. En ese sentido, se impone la obligación de respetar, proteger y garantizar los derechos reconocidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de todos los individuos que se encuentren en el territorio de un determinado Estado y estén sujetos a su jurisdicción.

c) La Convención sobre los Derechos del Niño:

Por otra parte, tenemos a la Convención sobre los derechos del niño, que fue adoptada y abierta a la firma y ratificada por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, el cual entró en vigencia el 02 de septiembre de 1990. Dicha convención también ha reconocido el derecho fundamental de defensa

de los niños que infrinjan las leyes penales, en el artículo 40 numeral 2.b), con el siguiente texto:

Artículo 40, inciso 2. b) Que a todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes se le garantice, por lo menos, lo siguiente²³:

(...) ii) Que será informado sin demora y directamente o, cuando sea procedente, por intermedio de sus padres o sus representantes legales, de los cargos que pesan contra él y que dispondrá de asistencia jurídica u otra asistencia apropiada en la preparación y presentación de su defensa;

d) Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares:

A su vez, dicha convención fue adoptada por la Asamblea General en la Resolución 45/158, el 18 de diciembre de 1990, donde también se reconoció el derecho fundamental de defensa para los trabajadores migratorios y sus familiares en el artículo 18° inciso 1, con el siguiente texto²⁴:

Artículo 18: inciso 1) Los trabajadores migratorios y sus familiares tendrán iguales derechos que los nacionales del Estado de que se trate ante los tribunales y las cortes de justicia. Tendrán derecho a ser oídos públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ellos o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil.

²³ Artículo 40. Numeral 2.b de la Convención sobre los Derechos del Niño

²⁴ Artículo 18: inciso 1) de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares

2.4.2. Sistema Interamericano de Protección a los Derechos Humanos:

a) Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre:

Esta Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre fue aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, en la ciudad de Bogotá de Colombia en el año 1948; en efecto, dicha declaración también reconoció el derecho fundamental de defensa, que específicamente no se encuentra contemplada, pero logra subsumirse en el derecho a un proceso regular establecido en el artículo 26°, con el siguiente texto:

Artículo 26: Derecho a un proceso regular²⁵:

Se presume que todo acusado es inocente, hasta que se pruebe que es culpable. Toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública, a ser juzgada por tribunales anteriormente establecidos de acuerdo con leyes preexistentes y a que no se le imponga penas crueles, infamantes inusitadas.

b) Convención Americana sobre Derechos Humanos:

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, fue una de las bases del sistema interamericano de la promoción y protección de los derechos humanos, es también conocida como el Pacto de San José de Costa Rica; dicha convención se suscribió el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos, realizada en la ciudad de San José en el País de Costa Rica, de cierto modo está vigente desde el 18 de julio del año 1978. La citada convención ha reconocido el derecho fundamental de defensa en el artículo 8°, estableciendo lo siguiente:

Artículo 8: Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente

²⁵ Artículo 26, de la Declaración Americana de los Derecho y Deberes del Hombre

e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación 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.

Como hemos podido exponer líneas anteriores, hemos determinado que leyes supranacionales han reconocido junto a otros derechos fundamentales al derecho de defensa como derecho humano, es más, con el fin de ser consolidado y respetado, el Perú y otros Estados se signaron a la Declaración Universal de Derechos Humanos; al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, a la Convención sobre los Derechos del Niño, a la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares, a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y, a la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Siempre fundado por el respeto de los derechos fundamentales de todos los seres humanos, puesto que no nacen del hecho de ser nacional de un determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana.²⁶

Por lo tanto es deber y obligación del Estado Peruano velar y garantizar, el derecho fundamental de defensa de cualquier persona incurso en un proceso judicial, sea en el ámbito penal, administrativo, laboral, civil, y leyes especiales, etc.

1.5. DERECHOS CONSTITUCIONALES DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL:

La Constitución Política del Perú, ha reconocido en el artículo 139° a derechos fundamentales como garantías procesales de la función jurisdiccional, de los cuales tenemos:

- El derecho al debido proceso y la tutela jurisdiccional:

Estas garantías se encuentran establecidos en el inciso 3) del artículo 139° que a la letra señala que: “Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la

²⁶ Convención Americana sobre Derechos Humanos (San José, 1969).

Ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación”. Citando a Alexander R. B, en cuanto al debido proceso, sostiene que cualquier órgano que tenga naturaleza jurisdiccional se encuentra en la obligación de respetar estas garantías mínimas que cuenta todo justiciable del proceso, ya que resultan trascendentales para poder obtener una verdadera justicia al interior de un proceso judicial sea este en sede constitucional, electoral, militar, arbitral, incluso administrativa, además arguye que en el caso se afecte alguno de estos derechos estaríamos frente a un proceso inconstitucional, ya que la simple anomalía o irregularidad que se pueda presentar será corregida mediante los medios impugnatorios que ofrece cada ordenamiento procesal o procedimental.²⁷

En cuanto al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, el precitado autor, supone tanto el derecho de acceso a todos los órganos de justicia, como la eficacia de lo decidido en la sentencia, es decir, una concepción garantista y tutelar que encierra todo lo concerniente al derecho de acción frente al poder-deber de la jurisdicción, en cambio, el derecho al debido proceso, significa la observancia obligatoria de los derechos fundamentales esenciales del procesado principios y reglas esenciales exigibles dentro del proceso como instrumento de tutela de los derechos subjetivos.

- El derecho a la motivación escrita de las resoluciones judiciales:

La necesidad de que las resoluciones judiciales sean motivadas es un principio que informa el ejercicio de la función jurisdiccional, y es, al mismo tiempo, un derecho constitucional de los justiciables. Mediante la motivación, por un lado, se garantiza que la impartición de justicia se lleve a cabo de la conformidad con la Constitución y las leyes, y por otro lado los justiciables puedan ejercer de manera efectiva su derecho de defensa. Es más el supremo interprete de la Constitución ha sido constante al establecer que la exigencia de que las decisiones judiciales sean motivadas “garantiza que los jueces, cualquiera sea la instancia a la que pertenezcan, expresen el proceso mental que lo ha

²⁷ RIOJA BERMUDEZ, Alexander (2018), “Constitución Política Comentada y su aplicación Jurisprudencial”.- p. 585

llevado a decidir una controversia, asegurando que el ejercicio de la potestad de administrar justicia se haga con sujeción a la Constitución y a la ley; pero también con la finalidad de facilitar un adecuado ejercicio del derecho de defensa (Rioja B. 2016).²⁸

- El derecho a la Pluralidad de instancia:

Sobre el derecho a la pluralidad de instancias, el Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia ha sostenido que forma parte del debido proceso judicial y goza de reconocimiento a nivel internacional en la Convención Americana de Derechos Humanos, la cual en su artículo 8° inciso 2 párrafo h) ha previsto que toda persona tiene el “Derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior...”. Asimismo el Supremo Interprete tiene expuesto, en uniforme y reiterada jurisprudencia, que el derecho de acceso a los recursos o a recurrir las resoluciones judiciales, es una manifestación implícita del derecho fundamental a la pluralidad de la instancia, reconocido en el artículo 139°, inciso 6, de la Constitución, el cual, a su vez, forma parte del derecho fundamental al debido proceso, reconocido en el artículo 139°, inciso 3, de la Norma Fundamental.²⁹

El jurista Rioja B. A. sostiene que este principio y derecho a la pluralidad de instancia, supone que toda decisión judicial debe tener por lo menos la posibilidad de que esta pueda ser recurrida ante un órgano superior, a fin de que ésta en su caso pueda corregir los errores, vicios o defectos que puedan ser advertidos por la parte afectada en el proceso judicial. Respecto de su contenido constitucional de tal derecho ha quedado establecido, que se debe tener en cuenta que, el legislador ha optado por regular una segunda instancia para la revisión de toda sentencia o resolución judicial que tenga pretensión de poner fin al proceso, con prescindencia del tipo de proceso del que emane y del grado o composición del órgano que la emita.

²⁸ Sentencia recaída en el Expediente N° 01230-2002-HC/TC, fundamento 11.

²⁹ Sentencia recaída en el Expediente N° 05410-2013-PHC/TC LA LIBERTAD

- El derecho de no ser condenado en ausencia:

El derecho a no ser condenado en ausencia se encuentra reconocido en el artículo 139, inciso 12, de la Constitución Política del Perú. Con respecto a dicho derecho, el Tribunal Constitucional sostuvo que se trata de una garantía típica que conforma el debido proceso penal y que guarda una estrecha relación con el derecho de defensa. Pero este derecho, como cualquier otro, no es ilimitado o absoluto, pues puede ser objeto de restricciones o limitaciones a condición de que estas sean proporcionales. En ese sentido, dicho Tribunal, ha considerado que no resulta inconstitucional en todos los casos, sino solo en aquellos en los que la restricción no se encuentra constitucionalmente justificada.³⁰

Asimismo, el Dr. Cesar Nakazaki, ha señalado que este principio y derecho fundamental, es la garantía procesal constitucional de la defensa, el debido proceso penal tiene como primera condición de validez y eficacia, el respeto al derecho de defensa, sin ésta la causa penal es nula, no surte efectos jurídicos, menos una sentencia condenatoria, que comúnmente es la finalidad de impedir que la persona se defienda en el proceso.³¹

Es importante resaltar, la definición del ausente y el contumaz. **Ausente** es la persona que se encuentra en estado de ausencia, termino último que etimológicamente proviene del latín *Abstentia*, que significa no presencia, persona que no está en el lugar a que se le llama; se dice de ausente de quien no se encuentra en el lugar que debería encontrarse para gozar de algún derecho o facultad, ya que para que otro ejercite uno u otro contra él, es decir, la persona cuyo paradero y existencia se ignora por haber desaparecido de su domicilio habitual o haber dejado de dar noticias suyas. En cambio el **Contumaz**, proviene del latín *contumax*, es aquel que se encuentra en estado de contumacia, persona que a pesar de haber sido válidamente notificada, no acude al despacho del juez, no compareciendo ante él.³²

³⁰ Sentencia recaído en el Expediente N° 01794-2015-PHC/TC LIMA

³¹ NAKAZAKI SERVIGÓN, César Augusto “*Análisis del Derecho Constitucional a no ser Condenado en Ausencia*”. Recuperado de: www.snakazaki.com/storage/app/uploads/public/595/5c6/fe1/5955c6fe16767372082559.pdf.

³² CASTAÑEDA OTSU, Susana, “*La Constitución Comentada*”. pág. 561 - 562

A su vez, Rioja B. A. sostiene que este inciso señala la prohibición de condenar en ausencia, toda vez, que va contra el principio de inmediación y contradicción del ausente, ya que el juez, debe escuchar a ambas partes y en razón a ello evaluar y meritar los medios de prueba.

- El derecho de defensa:

Aníbal Quiroga, sostiene que el derecho de defensa significa también un medio jurídico especial y especializado, profesionalizado, donde los agentes de justicia son *iusperitos* y donde la intervención de las partes esta mediatizada por la defensa cautiva – intervención directa y obligatoria de los abogados – por lo que la asistencia letrada a las partes en juicio termina siendo un elemento que incide en el derecho de defensa de modo que su ausencia determina una desigualdad procesal y propicia la indefensión constitucionalmente reprobada.³³

En ese, sentido Alexander Bermúdez, fundamenta que el derecho de defensa constituye una de las principales garantías del debido proceso, lo cual puede ser entendida como la posibilidad que tiene todo ciudadano, dentro de cualquier proceso o actuación judicial o administrativa, de ser oída, de hacer valer las propias razones y argumentos, de controvertir, contradecir y objetar las pruebas que se le hayan imputado en su contra, así como solicitar la práctica y evaluación de las que se estiman favorables, y ejercitar los medios impugnatorios que la ley faculta.

- El derecho a ser juzgado por un juez imparcial:

El artículo 139° de la Constitución Peruana establece como uno de los principios propios de la función jurisdiccional “*la independencia en el ejercicio de sus funciones*”. Con respecto a ello tenemos que el Supremo Interprete de nuestra Carta Magna, en reiterada jurisprudencia ha sostenido que este principio supone un mandato para que en todos los poderes públicos, los particulares e, incluso, al interior del propio órgano, se garantice el respeto de la autonomía del Poder Judicial en el desarrollo de sus funciones, de modo que

³³ QUIROGA, León, Ob, Cit, p. 322

sus decisiones sean imparciales y más aún se logre mantener esa imagen de imparcialidad frente a la opinión pública. También sostuvo que dicha autonomía debe ser entendida desde una doble perspectiva: a) como garantía de la administración de justicia; b) como atributo del propio juez. Es en este último plano donde se sientan las bases para poder hablar de una real independencia institucional que garantice la correcta administración de justicia, pues supone que el juez se encuentre y se sienta sujeto únicamente al imperio de la ley y la Constitución antes que a cualquier fuerza o influencia política. En ese sentido, mientras la garantía de la independencia, en términos generales, alerta al juez de influencias externas, la garantía de la imparcialidad se vincula a exigencias dentro del proceso, definidas como la independencia del juez frente a las partes y el objeto del proceso mismo.³⁴

Como hemos podido señalar aquellos principios y derechos fundamentales, son considerados a la vez como las garantías que los órganos jurisdiccionales tienen y deben respetar al momento de decidir y emitir sus resoluciones o resolver algún conflicto, puesto que ante el incumplimiento acarrea la violación al debido proceso y consecuentemente la nulidad de lo actuado.

2.6. EL DERECHO DE DEFENSA Y EL DEBIDO PROCESO:

2.6.1. El derecho de defensa:

Como lo hemos señalado, sin ánimos de redundar, el derecho de defensa, constituye un derecho fundamental reconocido por el artículo 11° numeral 1) de la Declaración Universal de Derechos Humanos; por la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José) específicamente en el numeral 1) del artículo 8, etc., por lo tanto los Estados deben de garantizar a la persona como sujeto de derechos, considerando el respeto de la dignidad humana.

A su vez, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al referirse respecto a las garantías judiciales o procesales consagradas en el artículo 8° de la Convención, ha

³⁴ Sentencia recaída en el Expediente N° 2465-2004-AA/TC- LIMA

manifestado que *“En el proceso se deben observar todas las formalidades que sirvan para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho”, es decir, las “condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial”*³⁵

De igual modo, sobre el derecho de defensa contemplado en el artículo 8° de la Convención Americana de Derechos Humanos, Manuel Ventura R. señala que “dicha disposición es clara y según ella, los Estados no deben interponer trabas a las personas que acudan a los jueces o a los tribunales en busca de que sus derechos sean protegidos o determinados. Consecuentemente, cualquier norma o medida estatal, en el orden interno, que dificulte de cualquier manera, uno de ellos puede ser la imposición de costos, el acceso de los individuos a los tribunales y que no esté justificado por necesidades razonables de la propia administración de justicia, debe entenderse como contraria a la citada norma convencional.”³⁶ Por su parte, Diana Montero y Alonso Salazar, sostienen que no podría concebirse debido proceso sin el cumplimiento de las mismas y consecuentemente tampoco respeto al derecho de defensa.³⁷

El **derecho a la defensa**, viene a ser un componente central del debido proceso que determina y obliga al Estado a que trate al individuo en todo momento como un verdadero sujeto del proceso, en el más amplio sentido de este concepto, y no simplemente como objeto del mismo³⁸.

³⁵ Corte IDH. Caso Lori Berenson Mejía Vs. Perú. Demanda de Interpretación de la Sentencia de Fondo y Reparaciones y Costas. 23 de junio de 2005. Serie C No. 128. párr. 132. Citando Caso Herrera Ulloa, párr. 147; Caso Maritza Urrutia, párr. 118; y Caso Myrna Mack Chang, párr. 202.

³⁶ VENTURA ROBLES, Manuel E. *“Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de acceso a la justicia e impunidad”*. Recuperado de: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r24428.pdf>. P. 3

³⁷ MONTERO, Diana y SALAZAR, Alonso -“Derecho de Defensa en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana De Derechos Humanos”(pág. 103)

³⁸ Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela, sentencia del 17 de noviembre de 2009, párr. 29 y, Caso Argüelles y otros Vs. Argentina, sentencia del 20 de noviembre de 2014, párr. 175, entre otros.

Asimismo, el derecho de defensa consiste en la obligación de ser oído, asistido por un abogado de la elección del acusado o demandado, o en su defecto a contar con uno de oficio. Este derecho comprende la oportunidad de alegar y probar procesalmente los derechos o intereses, sin que pueda permitirse la resolución judicial inaudita parte, salvo que se trate de una incomparecencia voluntaria, expresa o tácita, o por una negligencia que es imputable a la parte. La intervención del abogado no constituye una simple formalidad. Su ausencia en juicio implica una infracción grave que conlleva a la nulidad e ineficacia de los actos procesales actuados sin su presencia³⁹. En resumen, los jueces como directores del proceso también, deben garantizar la presencia del abogado defensor de la libre elección del denunciado o designarle uno de oficio, a efecto de no causar su indefensión en un proceso judicial.

Conviene recordar, que el Tribunal Constitucional en las SSTC N°s 00649-2002-AA/TC y 04225-2006-PA/TC ha precisado que: A) el derecho de defensa consiste en la facultad de toda persona de contar con tiempo y los medios necesarios para ejercerlo en todo tipo de procesos, incluidos los administrativos; lo cual implica, entre otras cosas, que sea informada con anticipación de las actuaciones iniciadas en su contra, (...).⁴⁰

En tal sentido, tal como lo hemos expuesto al referirnos los precitados jurista, los jueces están en la obligación que garantizar el derecho de defensa de una persona como parte denunciada o demandada en un proceso judicial, y esto debe concretizarse otorgándole las mínimas garantías para ejercerla, sin barreras o cualquier limitación.

³⁹ MESIA, Carlos (2004), *“Exegesis del Código Procesal Constitucional”*. Gaceta Jurídica Primera edición. Lima. Pág. 105.

⁴⁰ Sentencia recaída en el Expediente N° 00831 – 2012 – PA/TC, f. j. 3

2.6.2. El debido proceso:

Martín Agudelo, sostiene que el debido proceso “es un derecho fundamental que reclama de procedimientos pluralistas y ampliamente participativos, en los que se asegure la igualdad y un debate que permita la defensa de todos sus participantes”⁴¹.

Como también hemos podido advertir que en los instrumentos internacionales consta el instituto del debido proceso, Francisco J. Ferrer Arroyo, citando a German Bidart Campos, señala que se caracteriza a partir de una serie de reglas procesales que deben cumplirse en todo proceso, una definición más afinada lo revela como el derecho intrínseco que tiene todo ser humano a participar, de manera efectiva y eficaz, en todas las decisiones que pudieran afectar sus derechos. En ese sentido la eficacia y eficiencia denotan que no basta con el respeto de meras fórmulas rituales para tener por satisfecho este derecho, sino que se trata de una garantía que sólo se cumple cuando puede ejercerse el derecho de defensa de manera certera y efectiva.⁴²

Víctor Ticona, refiere que el debido proceso es una garantía y un derecho fundamental de todos los justiciables que les permitirá, una vez ejercitado el derecho de acción pueden, efectivamente, acceder a un proceso que reúna los requisitos mínimos que lleven a la autoridad encargada de resolverlo a pronunciarse de manera justa, equitativa e imparcial. Es decir, aquellos elementos mínimos que resultan exigibles por los justiciables para que el proceso que se desarrolle -cualquiera que este sea- pueda permitirle acceder a la cuota mínima de justicia a la que este debe llevarle. De esta manera, el proceso se constituirá en el vehículo que proporciona y asegura a los justiciables el acceso a la justicia, entendida esta como valor fundamental de la vida en sociedad⁴³.

⁴¹ AGUDELO RAMÍREZ, Martín – “*El debido proceso*”. Recuperado de: /Users/Usuario/Downloads/Dialnet-ElDebidoProceso-5238000.pdf.

⁴² FERRER ARROYO, Francisco Javier “*El debido proceso desde la perspectiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*”. Recuperado de: https://www.palermo.edu/derecho/revista_juridica/pub-14/Revista_Juridica_Ano14-N1_06.pdf.

⁴³ TICONA POSTIGO, Víctor – “El Debido Proceso Civil”. 1ra. Edición Lima-Perú. p. 138

Asimismo, el Tribunal Constitucional en más de una oportunidad, ha sostenido que el derecho al debido proceso previsto por el artículo 139.3° de la Constitución Política del Perú, aplicable no sólo a nivel judicial sino también en sede administrativa e incluso entre particulares, supone el cumplimiento de todas las garantías, requisitos y normas de orden público que deben observarse en las instancias procesales de todos los procedimientos, incluidos los administrativos y conflictos entre privados, a fin de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto que pueda afectarlos. Por otra parte también señaló que el derecho al debido proceso, y los derechos que contiene son invocables, y, por tanto, están garantizados, no solo en el seno de un proceso judicial, sino también en el ámbito del procedimiento administrativo.⁴⁴

Por consiguiente, mencionaremos los principios, derechos y garantías que integran el debido proceso entre ellos tenemos al: a) Derecho a la presunción de inocencia; b) Derecho de información; **c) Derecho de defensa;** d) Derecho a un proceso público; e) Derecho a la libertad probatoria; f) Derecho a declarar libremente; g) Derecho a la certeza; h) Indubio pro reo; i) Derecho a la cosa juzgada; j) El derecho fundamental al juez director, exclusivo, natural o competente, independiente e imparcial; k) El derecho fundamental a la audiencia o a ser oído en un término razonable y en igualdad de condiciones con los demás participantes. l) El derecho fundamental a la forma previamente establecida en la ley procesal, etc.

Al respecto, después de haber dado una breve concepción sobre el debido proceso, se ha determinado que el debido proceso también es un derecho humano o fundamental, que de su contenido encontramos al derecho fundamental de defensa que toda persona debe tener cuando este incurra en un proceso judicial cualquiera sea su naturaleza, que ante la vulneración o afectación, sería un proceso injusto e inconstitucional.

⁴⁴ Sentencia recaída en el Expediente N° 04944-2011-PA/TC – LIMA; f. 12-13

2.7. RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA DEFENSA.

Citando a Alexander Rioja B., este sostiene que la enumeración de los derechos fundamentales previstos en la Constitución, y la cláusula de los derechos implícitos o no enumerados, da lugar a que en nuestro ordenamiento todos los derechos fundamentales sean a su vez derechos constitucionales, en tanto es la propia Constitución la que incorpora en el orden constitucional no solo a los derechos expresamente contemplados en su texto, sino a todos aquellos que de manera implícita, se deriven de los mismos principios y valores que sirvieron de base histórica y dogmática para el reconocimiento de los derechos fundamentales.⁴⁵

A propósito del artículo 2° de la Constitución Política del Perú, se debe agregar que el artículo 3° establece que *“La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado Democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno”*. Se tiene que un contenido comparativamente análogo habría sido contemplado en la Constitución Peruana del año 1979, donde el artículo 4° establecía que *“La enumeración de los derechos reconocidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que derivan de la dignidad del hombre, del principio de soberanía del pueblo, del Estado social y democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno”*.

Sobre el artículo 3° de la Carta Fundamental Peruana, el jurista Alexander Rioja B.(2018), señala que *“La enumeración del artículo 3° es enormemente extensiva en la protección de estos derechos, al establecer que no es requisito que estén expresamente consignados en el texto constitucional para que otros derechos puedan ser igualmente exigidos con plena validez jurídica del más alto rango en el Perú”*.

A su vez, nuestro supremo interprete de la constitución en la Sentencia N° 1417-2005-AA/TC FJ ha señalado *“Que la enumeración de los derechos fundamentales previstos en la*

⁴⁵ RIOJA BERMÚDEZ, Alexander (2018) *“Constitución Política del Perú Comentada y su aplicación jurisprudencial”*. p. 25-26

Constitución, y la cláusula de los derechos implícitos o no enumerados, da lugar a que en nuestro ordenamiento todos los derechos fundamentales sean a su vez derechos constitucionales, en tanto es la propia Constitución la que incorpora en el orden constitucional no solo a los derechos expresamente contemplados en su texto, sino a todos aquellos que, de manera implícita, se deriven de los mismos principios y valores que sirvieron de base historia y dogmática para el reconocimiento de los derechos fundamentales”⁴⁶.

Como resultado de lo analizado, con respecto al artículo 3° de la Constitución, hemos podido advertir que el mismo Tribunal Constitucional ha sostenido que a los derechos fundamentales también se les considera derechos constitucionales porque han sido reconocidos por el Estado, como por ejemplo los enumerados en el artículo 139°, los mismos que han sido reconocidos como principios pero a su vez reconocidos como derechos fundamentales, que específicamente entre uno ellos tenemos, (que a la vez es materia de análisis en la presente investigación) al derecho fundamental de defensa, contemplado en el inciso 14° del mencionado artículo, del cual el mismo Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia ha señalado que “La Constitución reconoce el derecho de defensa en el artículo 139, inciso 14, en virtud del cual se garantiza que los justiciables, en la protección de sus derechos y obligaciones, cualquiera que sea su naturaleza (civil, mercantil, penal, laboral, etc.), no queden en estado de indefensión”⁴⁷.

⁴⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional N° 1417-2005-AA/TC .,fundamento 4

⁴⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional N°. 123 1-2002-HC/TC, fundamento 2

2.8. EL CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO A LA DEFENSA:

Antes de entrar a exponer lo concerniente al contenido esencial del derecho de defensa, resulta importante señalar a que se refiere el contenido esencial de un derecho fundamental:

2.8.1. Origen del Contenido Esencial del derecho fundamental:

En cuanto al origen del contenido esencial la doctrina considera que el contenido esencial es de “cuño alemán y aparece por primera vez en la Ley Fundamental de Bonn de 1949”⁴⁸. En ese sentido viene a ser “una de las creaciones precisamente de la Ley Fundamental Alemana que en su artículo 19.2., estableció que “En ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su contenido esencial”⁴⁹.

Según el autor Alemán Stern “se pretendía salir del paso del peligro de vaciamiento de los derechos fundamentales a causa de la multiplicidad de reservas legales existentes en el catalogo Weimeriano de los derechos fundamentales, siendo la abusiva limitación y suspensión de los mismos durante el periodo nacionalsocialista la piedra de toque que condujo al aseguramiento material del contenido esencial de los derechos fundamentales frente al despotismo legislativo” (Brague C. Joaquín).

Consideramos que es claro que el surgimiento del contenido esencial estuvo dirigido de manera exclusiva al constituyente, ya que de él dependía si añadía o no una clausula en la Constitución sobre el contenido esencial de los derechos fundamentales.

Como ya se ha dicho anteriormente, la constitución viene a ser una norma jurídica que vincula derechos y principios que limitan las acciones del poder del Estado atentar contra los derechos fundamentales de las personas, por lo que hubiera sido

⁴⁸ BRAGUE CAMAZANO, Joaquín, Ob. Cit. Pág. 234

⁴⁹ LOTHER Michel, Ob. Cit. Pág.166

en vano reconocer o positivizar la existencia del contenido esencial de los derechos fundamentales si la norma fundamental (constitución) no fuese considerado como vinculante.

De acuerdo a lo ante expuesto, proponemos una interrogación **¿Quién, debe determinar el contenido esencial de los derechos fundamentales?**

Respondiendo a la pregunta planteada, esto va a depender de la noción que se tenga sobre el contenido esencial; es decir, para algunos autores le corresponderá al legislador determinar el contenido esencial de los derechos fundamentales, y otros consideran que, le correspondería al Tribunal Constitucional y otros que es la labor del constituyente.

En cuanto a la labor del legislador en delimitar el contenido esencial de los derechos, en primer lugar se debe desarrollar el concepto de configuración de los derechos fundamentales, y se ha considerado lo siguiente: “Estaremos ante una configuración del derecho fundamental cuando se trate de una regulación (...) que no recorta o restringe el ámbito normativo del derecho fundamental, sino que más bien lo que haga es convertirlo en practicable a su titular, abrirle posibilidades concretas de ejercicio, facilitar o promover tal ejercicio libre sin recortar las posibilidades de actuación que el ámbito (inicialmente) protegido del derecho fundamental permite, (ejemplos. La protección policial de una reunión (...) la creación de colegios o universidades).⁵⁰

Con respecto a los autores sobre la delimitación del Tribunal Constitucional, tenemos al jurista Freixes Sanjuan, quien considera que “Por lo que se refiere al contenido esencial parece elemental que sea el Tribunal Constitucional el competente para su establecimiento, no tendría sentido que el legislador decidiera

⁵⁰ BRAGUE CAMAZANO, Joaquín, Ob. Cit. Pag. 72-73

donde comienza su propia posibilidad de limitar el contenido mínimo de los derechos fundamentales.”⁵¹

Y dentro del grupo de los autores que destacan que la labor de delimitar el contenido esencial es del constituyente, tenemos al Chileno Humberto Alcalá, el mismo que considera que: “La delimitación del derecho es la que realiza el constituyente al fijar su contenido y sus fronteras, el constituyente fija el núcleo indisponible del derecho, sin perjuicio de que otras normas puedan complementar el contenido esencial del derecho cuando el constituyente lo autorice”.⁵²

De lo expuesto anteriormente, tenemos que lo que le corresponde al legislador realmente es la conformación o configuración de los derechos fundamentales, pero el problema sucedería si esa configuración no fuese como tal, convirtiéndose en una restricción, entonces es ahí donde surge el Tribunal Constitucional para revalidar o no la constitucionalidad de dicha acción, que para tal efecto utiliza por lo general el principio de proporcionalidad, en otras palabras, es el legislador quien configura o conforma el derecho fundamental, y la tarea del Tribunal Constitucional sería en la determinación definitiva si tal configuración ha logrado afectar o no el contenido esencial de un derecho fundamental.

2.8.2. El contenido esencial de los derechos fundamentales en el Perú:

Como hemos podido advertir en la Constitución Política del Perú no existe disposición alguna como la contenida en el artículo 19° de la Ley Fundamental de Bonn, el artículo 18.3 de la Constitución de Portugal o el artículo 53.1., de la Constitución Española de 1978, por lo tanto no siempre se puede recurrir al criterio del reconocimiento en el derecho positivo.

⁵¹ FREIXES SANJUAN, Teresa (1998), “*El contenido esencial de los derechos fundamentales a través de los límites en una formulación positiva. Análisis a partir del artículo 20 de la constitución española*”, en aa. Vv., X Jornadas de estudio., Madrid, vol. I, p. 511.

⁵² NOGUIERA ALCALA, Humberto, “*Teoría y dogmática de los Derechos Fundamentales*” Ob. Cit. p. 245

Sin embargo, en el Perú, al igual como Colombia, el contenido esencial es de origen jurisprudencial, ya que no existe alguna norma semejante a la que establecen otros ordenamientos constitucionales de otros países o en su defecto se refiera al contenido esencial de los derechos fundamentales; por lo que ante tal situación imprevisible, la doctrina ha señalado sendas de justificaciones: “En el país también es exigible al legislador el respeto del contenido esencial de los derechos fundamentales. La cuestión es muy sencilla, si el legislador, que es un poder constituido y por tanto limitado, suprimiera el contenido esencial a un derecho fundamental, lo derogara o lo vaciara de contenido, estaría rebasando sus competencias, y realizando una autentica función constituyente, al modificar o derogar la cláusula constitucional en virtud del cual se reconoce un derecho fundamental”.⁵³

A su vez, el Tribunal Constitucional Peruano, en reiterada jurisprudencia ha precisado que: “Aunque la Constitución de 1993 no tenga una clausula semejante a la que existe en los ordenamientos de España o Alemania, por mandato de las cuales se le exige al legislador que respete el contenido esencial de los derechos, es claro que se trata de un límite implícito, derivado de la naturaleza constitucional de la función legislativa”.⁵⁴

Por lo que se considera que tal fundamento constitucional del contenido esencial de los derechos fundamentales, se debe a la propia fuerza vinculante que ostenta la norma fundamental en un Estado Constitucional de Derecho, que como consecuencia sería imponer límites a los poderes públicos y privados por medio de los derechos fundamentales; lo cual necesariamente implicaría no atentar contra su contenido, en consecuencia no tendría sentido referirnos sobre la fuerza vinculante que tiene una constitución, si se violentara aquellas disposiciones más relevantes.

⁵³ ETO CRUZ, Gerardo y PALOMINO MANCHECO, José, “*Principios, derechos y garantías: problemas escogidos*”. Recuperado de: www.garciabelaunde.com.

⁵⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0014-2002-AI/TC.

2.8.3. ¿Por qué la denominación contenido esencial del derecho fundamental?

Luis Castillo, refiere que el contenido esencial del derecho fundamental deriva de la propia dignidad de la persona, “tendemos a ello porque somos realidades esencialmente imperfectas e inacabadas que adquirimos grados de perfeccionamiento y realización en tanto satisfacemos nuestras necesidades y exigencias propiamente humanas. En la medida que la satisfacción de estas necesidades perfecciona al ser humano, y bien es aquello que perfecciona al ser, la consecución de bienes humanos permite la satisfacción de necesidades humanas y la consecución de grados de perfeccionamiento y realización humanas. Asimismo, el precitado autor precisa que lo justo con la persona humana, sus derechos humanos, es posible positivarlo tanto en la norma positiva internacional (tratados o convenciones) como en la norma positiva nacional (la Constitución o leyes). La validez de la norma positiva (nacional o internacional) dependerá de su ajustamiento al derecho humano que pretende positivizar. De modo que una positivación que se aleja o contradice el derecho humano que le antecede es injusta y, consecuentemente, pierde en intensidad vinculante.”⁵⁵

En ese sentido, deducimos que los derechos que emanan de la persona son bienes humanos de carácter vinculante, que ante su positivación en normas internacionales y nacionales, para ser validos siempre deberán respetar la esencia humana.

2.8.4. Teorías al contenido esencial de los derechos fundamentales:

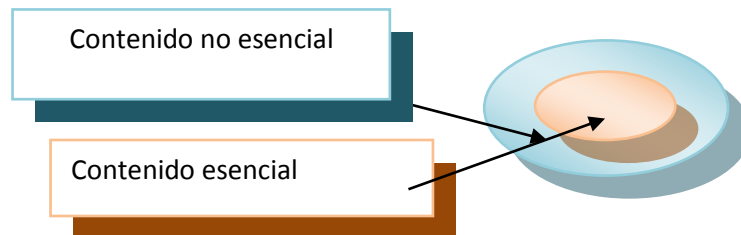
La doctrina ha determinado cuatro clases de teorías del contenido esencial de los derechos fundamentales, entre ellas tenemos a la teoría absoluta, la teoría relativa, la teoría mixta y la teoría institucional:

a) La teoría absoluta: El ámbito normativo de los derechos fundamentales es como un área de dos círculos concéntricos, la parte formada por el círculo interior

⁵⁵ CASTILLO CORDOVA, Luis “El significado del contenido esencial de los Derechos Fundamentales” Ob. Cit. Pág. 145

es un núcleo fijo e inmutable de esos derechos y, la sección circunferencial exterior, como la parte accesorio o contingente de los mismos.⁵⁶

A su vez Luis Castillo refiere, que conocido es que la llamada teoría absoluta de los derechos fundamentales afirma la dualidad del contenido de un derecho fundamental. Una parte nuclear y otra parte periférica. La primera sería la esencial del derecho que no admite ser limitada, restringida ni sacrificada; porque de serlo supondría la vulneración del derecho mismo. Esa parte es absoluta para los destinatarios de los derechos fundamentales que, como se sabe, lo son tanto el poder público como los particulares. Así, el Legislador, el Gobierno, el Juez ni el particular pueden limitar la parte esencial de un derecho.⁵⁷



En efecto esta teoría absoluta, se refiere a la existencia de dos círculos concéntricos, del cual el círculo inferior no puede ser afectado ni limitado ante la acción de cualquier autoridad, en cambio el círculo que se encuentra fuera del núcleo es la parte accesorio de un derecho el cual de forma justificada si puede ser restringido y limitado.

b) La teoría relativa: Para esta teoría el contenido esencial de los derechos fundamentales no se encuentra preestablecido y fijo, sino determinable solo casuísticamente en atención de la circunstancia del caso y luego de ponderarse los beneficios y perjuicios que se produzcan en él, tanto para el derecho intervenido como el bien protegido a través de su limitación.⁵⁸

⁵⁶ SANCHEZ GIL, Rubén, *“El principio de Proporcionalidad”* Universidad Nacional Autónoma de México, serie “Estado de Derecho y Función Judicial, Pág. 111

⁵⁷ CASTILLO CORDOVA, Luis. *“El significado del contenido esencial de los Derechos Fundamentales”* Ob. Cit. Pág. 147

⁵⁸ SANCHEZ GIL, Rubén, Recuperado de: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2422/12.pdf>.

En cuanto a la teoría relativa, trata de precisar que el contenido esencial del derecho fundamental solo es determinable al momento de resolver un caso, ante la existencia de conflicto de derechos fundamentales, rigiéndose en base al principio de proporcionalidad.

c) La teoría mixta: Para esta teoría Luis Prieto sostiene que, “para no resultar perturbadora ha de entenderse como ultima y no como la única garantía, se trata de un límite de límites, de una barrera insuperable que se eleva una vez que la disposición restrictiva se acredita en si misma como razonable y suficientemente justificada. En suma, toda limitación de un derecho fundamental debe estar justificada y además respetar su contenido esencial o, dicho de otro modo, aun cuando una disposición limitadora cuente a su favor con buenas razones, resulta ilegítima si llega a dañar el contenido mínimo o esencia de un derecho.”⁵⁹

En otras palabras, se deduce que si cualquier acto de una autoridad o particular, intente limitar los derechos fundamentales, deberá pasar por dos filtros; es decir, que el acto no atente contra el principio de proporcionalidad y, en segundo lugar analizarse si ese contenido, que por cierto deberá ser proporcional, vulnera o no el contenido esencial, lo cual nos llevará a la conclusión en determinar que contenido esencial se debe respetar según la teoría absoluta.

d) La teoría Institucional: Citando a Ulises Salazar, la teoría institucional sostiene que el contenido esencial de los derechos fundamentales, por un lado, no es algo que pueda ser desprendido aislada e independientemente del conjunto de la Constitución y ni de otros bienes constitucionalmente reconocidos, los cuales son también merecedores de tutela al lado de los derechos fundamentales; y, por otro lado, que el contenido esencial de un derecho fundamental y los límites de estos, que sobre la base de éste resultan admisibles, forman una unidad.⁶⁰

⁵⁹ PRIETO SANCHEZ, Luis, “*Derechos Fundamentales*” Ob. Cit. Pág. 57

⁶⁰ SALAZAR LAYNES, Juan Ulises “*El contenido esencial de los derechos constitucionalmente protegidos*”. Ob. Cit. Pág. 146

Según esta teoría se refiere, que a efecto de no atentar contra el contenido esencial de los derechos fundamentales, cualquier autoridad encargado de impartir justicia debe tener en cuenta el respecto de los principios, garantías y derechos fundamentales que la Constitución ha reconocido.

2.8.5. El contenido esencial en el Tribunal Constitucional Peruano:

Como ya lo habíamos señalado previamente, nuestra Constitución Política carece de un dispositivo legal donde establezca o se haya regulado objetivamente el contenido esencial de los derechos fundamentales, pero si ha sido materia de pronunciamiento en la jurisprudencia del tribunal constitucional.

Ulises Salazar, citando al fundamento 104 de la sentencia de fecha 03 de junio de 2005 del Tribunal Constitucional, sostiene que la teoría que aplica nuestro el Supremo Intérprete de la Constitución para el respecto del contenido esencial de los derechos fundamentales, es la teoría institucional, porque considera que la determinación del contenido esencial de los derechos fundamentales no puede efectuarse a priori por un acto carente de fundamento y al margen de los principios constitucionales, los valores superiores y los demás derechos fundamentales que la Constitución incorpora. Por lo que, a efectos de determinar el contenido esencial, deberán tomarse en cuenta no solo las disposiciones constitucionales expresas, sino también los principios y valores superiores constitucionales⁶¹.

En otras palabras, según lo expuesto por el precitado jurista citando al Supremo Intérprete de nuestra Constitución, para tutelar los derechos fundamentales que la Constitución ha recogido y reconocido, no se aplicaría la teoría absoluta, ni la teoría relativa, sino sería la teoría institucional lo cual está expuesta a limitar las

⁶¹ SALAZAR LAYNES, Juan Ulises *"El contenido esencial de los derechos constitucionalmente protegidos"*. Ob. Cit. Pág. 147

actuaciones del Estado valorando los principios, garantías y derechos que la propia Constitución ha regulado en sus disposiciones.

2.8.6. El derecho de defensa como derecho fundamental y su contenido esencial:

Como ya lo habíamos señalado anteriormente, el derecho de defensa también ha sido reconocido como un derecho humano y derecho fundamental en los tratados internacionales y en nuestra Constitución Política de 1993, y así como todos los derechos inherentes a la persona, el derecho de defensa también ostenta de un contenido esencial que el Estado está en la obligación de no atentar, sino garantizar a todas aquellas personas inculpas en un proceso judicial, y así no ir en contra de sus derechos e intereses.

En cuanto al contenido esencial del derecho a la defensa, tenemos que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que este derecho es un reflejo intrínseco del derecho al debido proceso, en la medida que este último derecho se ha de entender como “el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado, adoptado por cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que pueda afectarlos”.⁶²

Es por ello que la misma Convención Americana de Derechos Humanos, en función de garantizar el derecho a la defensa de aquellas personas procesadas, ha englobado de garantías específicas el ejercicio tanto del derecho de defensa material, como por ejemplo lo regulado en el artículo 8.2.g de dicha Convención, el cual prescribe el derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo, y que en el supuesto caso confesara el artículo 8.3 del mismo cuerpo normativo especifica los contextos bajo las cuales una confesión pueda ser válida. Asimismo, los literales d) y e) del artículo 8.2 señalan que el inculcado tiene derecho de “defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección” y

⁶² Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú, sentencia del 31 de enero de 2001, párr. 69.

que si no lo hiciere tiene el “derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna”⁶³.

En lo que respecta al marco normativo del derecho a la defensa en el Perú, nuestra Constitución Política ha señalado en el artículo 139° inciso 14) que una persona no puede ser privada del derecho a la defensa en ningún estado del proceso, lo cual significa que una persona procesada tiene derecho desde el inicio de todo proceso a ejercer su defensa bajo la dirección de un abogado de su libre elección o, si este no pudiera acceder a uno, por el defensor público que el Estado le proporcione; lo cual tiene relación directa con el principio de contradicción.⁶⁴

Conviene recordar que el Tribunal Constitucional en las Sentencias recaídas en el Expediente N°s 00649-2002-AA/TC y 04225-2006-PA/TC ha precisado que (...) el derecho de defensa consiste en la facultad de toda persona de contar con tiempo y los medios necesarios para ejercerlo en todo tipo de procesos, incluidos los administrativos; lo cual implica, entre otras cosas, que sea informada con anticipación de las actuaciones iniciadas en su contra. (...)⁶⁵

Asimismo, el Supremo interprete de la Constitución en la sentencia STC 06648-2006-HC/TC, fundamento 4, ha señalado que la Constitución en su artículo 139 inciso 14 reconoce el derecho a la defensa; en virtud de dicho derecho se garantiza que los justiciables, en la protección de sus derechos y obligaciones, cualquiera sea su naturaleza (civil, mercantil, penal laboral, etc.) no queden en estado de indefensión. El contenido esencial del derecho de defensa queda afectado cuando, en el seno de un proceso judicial cualquiera de las partes resulta impedida, por actos concretos de los órganos judiciales, de ejercer los medios necesarios, suficientes y eficaces para defender sus derechos e intereses legítimos.⁶⁶

⁶³ Artículo 8° de la Convención Americana de Derechos Humanos.

⁶⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional Peruano recaída en el Expediente N° 0582-2006-PA/TC.

⁶⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional Peruano recaída en el Expediente N° 00831 – 2012 – PA/TC, f. j. 3

⁶⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional Peruano recaída en el Expediente N° 06648-2006-HC/TC, fundamento 4

Es así que el contenido esencial del derecho de defensa constituye en aquel deber del Órgano Jurisdiccional de brindar las garantías mínimas para que el procesado pueda defenderse, dándole la oportunidad de ser oído, ser notificado válidamente, sea juzgado en un plazo razonable, que presente sus medios probatorios, cuente con un abogado defensor y si no tuviese los medios para contratar a uno de su elección el Estado debe designarle un defensor público, etc; por lo que ante la inobservancia de lo referido estaríamos ante un proceso nulo, por atentar contra el contenido esencial del derecho de defensa.

CAPITULO III

LA FAMILIA Y LA VIOLENCIA FAMILIAR

3.1. EL ORIGEN DE LA FAMILIA:

Gustavo A. Bossert y Eduardo A. Zannoni, refieren que los intereses por los conocimientos, sobre el origen y la evolución de la familia, fue destacado desde las investigaciones arqueológicas y antropológicas que se inició desde el siglo XIX, las cuales, fundamentalmente, donde han sido realizadas distintas hipótesis acerca de la organización y el desenvolvimiento de la familia mediante la vigilancia y análisis de muchos grupos primitivos coetáneos, el cual fue de gran ayuda para determinar de ello la organización que cabe suponer ha tenido la familia tiempos atrás y lograr estimar, de cierta forma, las distintas etapas de su prosperidad. Asimismo, ambos autores, también refieren que es muy posible, que muchos de los aspectos que surgieron de dichas investigaciones no concuerden a la realidad histórica, lo que explica la variedad de muchos criterios que aparecen, desde la perspectiva de sendas teorías, acerca de las características de la familia en el pasado remoto; sin embargo, si se puede tener por ciertas algunas conclusiones fundamentales sobre estos temas.⁶⁷

La **endogamia**, fue el primer estadio, donde un determinado grupo familiar no se superponía en las relaciones individuales de carácter exclusivo entre determinados sujetos, sino que la relación sexual, de la que en última instancia deriva la organización de la familia, existía indiscriminadamente entre todos los varones y mujeres que componían una tribu; lo cual sirvió para concluir, que desde el nacimiento del niño se pudiera saber quién era su madre, pero no, quién era su padre; lo que permite afirmar que, en su origen, la familia tuvo carácter matriarcal, pues era exclusivamente junto a la madre, por ser conocida, que el hijo crecía, se alimentaba y educaba. (Bossert, y Zannoni 2004)

Años después, como segundo estadio estuvo la **exogamia**, refiere que en la vida de los grupos primitivos, las guerras, ante falta de mujeres, y tal vez una inclinación natural de ese

⁶⁷ A. BOSSERT, Gustavo y A. ZANNONI, Eduardo (2004) *“Manual de Derecho de Familia” (Sexta Edición actualizada)*. pág. 1

sentido, motivó para que los varones vayan en busca de mujeres de otras tribus y así mantener relaciones sexuales, antes que con las del propio grupo. Aparte de las causas que se han destacado y se discuten como originarias de este segundo estadio, podría decirse que hay allí una primera manifestación de la idea del incesto y el valor negativo que éste tiene frente a la conciencia de los hombres, según lo muestra la evolución familiar posterior. (Bossert, y Zannoni 2004).

En efecto, el hombre fue avanzando hacia la formación de grupos familiares asentados en relaciones individualizadas, con carácter de exclusividad; sin embargo, se sostuvo que, aun en las etapas posteriores, cuando ya se ha afirmado en los grupos humanos la relación monogámica, se observan resabios de aquellas formas primitivas de las relaciones grupales; como es por ejemplo, en grupos de Abisinia y de las Islas Baleares, se detectó la costumbre de que, tras la boda, en la primera noche, la relación sexual fuera mantenida por la desposada con los parientes y amigos, y recién a partir del día siguiente, las mantuviese exclusivamente con el esposo. Por lo que fue posible suponer que tras aquella primera etapa sobreviniese, en la evolución familiar, lo que se ha dado en llamar la familia **sindiásmica**, el cual consistía en la exclusividad de la relación de la mujer con un solo hombre, pero sin reciprocidad, es decir, con la libertad de relaciones del hombre con diversas mujeres. (BOSSERT, y ZANNONI 2004).

Finalmente, la familia evoluciona hacia su organización actual fundada en la relación **monogámica**: un solo hombre y una sola mujer sostienen relaciones sexuales exclusivas y de ellos deriva la prole que completará el núcleo familiar. La unión monogámica estuvo destinada a cumplir diversas funciones, muchas de las cuales aún cumple, por lo que vale decir que la monogamia impuso un orden sexual en la sociedad, en beneficio de la prole y del grupo social. (Zannoni-2004).

3.2. LA FAMILIA:

Desde una perspectiva sociológica, la familia es una institución permanente que está integrada por personas cuyos vínculos derivan de la unión intersexual, de la procreación y del parentesco. Asimismo, desde un punto jurídico en sentido amplio, la familia está formada por todos los individuos unidos por vínculos jurídicos familiares que hallan origen en el matrimonio, en la filiación y en el parentesco. (Bossert, y Zannoni-2004).

Por su parte, Benjamín Aguilar Ll., sostiene que La familia, es una comunidad de personas, que tiene como misión principal, revelar y comunicar el amor, es reconocida por todos y su importancia y transcendencia ha llevado a que numerosos cuerpos legales nacionales e internacionales le presten una atención preferente por parte del Estado y la comunidad.⁶⁸

La familia también es la institución que conecta a las personas con la sociedad, cumpliendo una función esencial. Es decir, es una institución fundamental desde diversos puntos de vista, entre ellos el de la sociología⁶⁹.

Para la Declaración Universal de los Derechos Humanos, es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.⁷⁰

Asimismo, el Pacto Interamericana de Derecho Civiles y Políticos establece en su artículo 23° que la “Familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad”, debiendo ser protegido de las posibles injerencias lesivas del Estado y la Sociedad.⁷¹

En efecto, se tiene que la familia viene a ser una institución elemental y fundamental para el Estado y como también para la Sociedad, que en todo momento debe ser protegido por los mismos ante cualquier situación que busque lesionarla.

⁶⁸ AGUILAR LLANOS, Benjamín (2016) “*Tratado de Derecho de Familia*”. p. 23

⁶⁹ ALBERDI, Inés (1999) “*Resumen de La Nueva Familia Española*”. p. 1. Recuperado de: <http://www.marisolcollazos.es/Sociologia-complemento/Alberdi/Resumen-la-nueva-familia-espanola.pdf>.

⁷⁰ Artículo 16.3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

⁷¹ Artículo 23° del Pacto Interamericana de Derecho Civiles y Políticos.

3.3. LA FAMILIA COMO ELEMENTO NATURAL:

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) dispone en su artículo 17°, que “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado”, e indica que el derecho a fundar familia se ejercerá siempre que se cumplan con las condiciones requeridas para ello, de acuerdo con las leyes internas que regulan la materia.⁷²

Con respecto a la familia el iusnaturalismo señala que ésta tiene una estructura fija, basada en la naturaleza humana. Así nos dice que “el primer núcleo social (hombre y mujer), la primera y más básica comunión, sociedad o comunidad humana y natural es la familia y el matrimonio”. De esta manera familia y matrimonio constituyen dos realidades que se funden⁷³.

El Centro de Estudios y Formación Integral de la Mujer (CEFIM) afirma que la familia es el elemento natural, ya que es la unión de un hombre y una mujer a través del matrimonio creada con el fin de compartir el amor y la alegría, engendrar niños, proveer su educación moral, construir una economía doméstica, ofrecer seguridad en tiempos de crisis y unir a las generaciones. Asimismo afirma que la familia natural es un elemento fijo del orden creado, arraigado en la naturaleza humana. La familia natural no puede convertirse en una realidad de nueva creación, ni puede ser re-definida por los entusiastas de la ingeniería social.⁷⁴

Jorge Parra (2008) citando Fustel de Coulanges, sostiene que “La unión de los miembros de la familia antigua consiste en algo más poderoso que el nacimiento, que el afecto y la fuerza física; es la religión del hogar y de los antepasados la que hace que la familia forme un núcleo compacto en esta vida y en la otra”.

⁷² Artículo 17° de la Convención Americana de Derechos Humanos.

⁷³ ESCRIVÁ IVARS, Javier (2008). “*Relectura de la obra científica de Javier Hervada*. Gráficas Egúzquiza. Universidad de Navarra. Pamplona. pág. 414.

⁷⁴ Centro de Estudios y Formación Integral de la Mujer (CEFIM) (mayo-2012) “*Congreso Mundial de Familias*”. Recuperado de: http://www.cefim.org.mx/index.php?option=com_content&view=article&id=290%3Aavi-congreso-mundial-de-familias&catid=64%3Afilial-jalapa&Itemid=154&lang=es

Asimismo el precitado autor, de acuerdo con el pensamiento del Pontificio Consejo para la Familia, en la Carta de los derechos de la Familia, emitida en la Santa Sede el 22 de octubre de 1983, la familia es una sociedad natural, que existe antes que el Estado o cualquier otra comunidad, la cual “constituye, más que una unidad jurídica, social y económica, una comunidad de amor y de solidaridad, insustituible para la enseñanza y transmisión de los valores culturales, éticos, sociales, espirituales y religiosos, esenciales para el desarrollo y bienestar de sus propios miembros y de la sociedad. Por eso “es el lugar donde se encuentran diferentes generaciones y donde se ayudan mutuamente a crecer en sabiduría humana y armonizar los derechos individuales con las demás exigencias de la vida social” (Jorge Parra 2008).

En ese sentido, la familia es fundamental para la sociedad ya que viene a ser una institución cultural más importante de las sociedades, que a lo largo de la historia se fue formando o construyendo de manera natural, siendo hoy en día la célula elemental de toda sociedad y que juega un papel importantísimo para el desarrollo integral de cada persona humana, el pleno goce de sus derechos y libertades fundamentales y sobretodo del auténtico respeto y realce de la dignidad humana.⁷⁵

3.4. CARACTERÍSTICAS DE LA FAMILIA:

Varsi Rospigliosi (2011)⁷⁶, nos ilustra acerca de sus características, los cuales tenemos pasamos a detallar:

- **Universalidad:** La familia ha estado, está y estará presente siempre en la vida del hombre como un vehículo de satisfacción de intereses personales y grupales siendo una organización estructurada naturalmente, la familia trasciende los momentos y las épocas, trasunta la mera expectativa individual y se proyecta como un instituto socio universal.

⁷⁵ Vida SV “La Familia es la Institución más relevante de la sociedad”. Recuperado de: <https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/ProtectionFamily/CivilSociety/VidaSV.pdf>

⁷⁶ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Eduardo (2011), “*Tratado de Derecho de Familia*” - La nueva teoría institucional y jurídica de la familia – Tomo I, pág., 48-49.

Esta característica nos conlleva a deducir que la existencia de familia ha sido desde las sociedades antiguas, medievales y modernas, y permanece extendida por todas las partes del mundo, y porque no decir que la mayor parte de las personas del mundo ha pertenecido a una familia.

- **Plataforma afectiva:** Son los sentimientos humanos, identificados en la comprensión, amor, entrega, sacrificio, aquellos que conforman la base en la que se reposa la familia. La afectividad es la relación espiritual que une a las personas, es invaluable, incuantificable, su dimensión no es material sino, por el contrario, sentimental. Las relaciones humanas cargadas de afecto identifican a la familia sustancial, cuando se carece de emociones hablamos simplemente de la familia formal.

El detalle de una familia, está en que siempre se encontrará cariño, amor, respeto, apoyo, y mucho afecto entre los miembros que la integran. Por tanto un niño que se desarrolle en el seno de una familia de esta característica, será una persona que demostrará y dará afecto a las personas de su entorno.

- **Influencia formativa:** La familia es un vehículo de transmisión de valores, costumbres, creencias, formas de vida, es un centro cultural. Los ideales de las personas son adquiridos de sus congéneres quienes insuflan a las generaciones sus anhelos. Como consideramos anteriormente, la familia es la primera escuela en la formación integral del individuo quien día a día va aprendiendo “de” y “en” ella. Respeto, creencias, religión, oficio, profesiones se definen en su seno.

Queda claro entonces que la familia es la primera institución de la educación del ser humano, puesto que los hijos crecen y se desarrollan de acuerdo a los principios y valores que se inculcan dentro de ella, que de no ser así, se estaría formando a una persona que con el tiempo sería un peligro para la sociedad. Por lo que resulta relevante la educación en el seno familiar para la sociedad.

- **Importancia social:** Gracias a la familia tenemos una organización social. Quienes la integran respetando y ejerciendo valores, llevan una vida social como ciudadanos. Así, se dice que en la familia tenemos hijos mientras que en la sociedad, ciudadanos. Es con la familia, la célula básica de la sociedad, que en un país encuentra su bienestar.

Esta característica nos resalta, que si no existiera la familia tampoco existiría la sociedad, pero sería una buena forma de pertenecer a una sociedad llena de bienestar, si quienes integran a una familia lo hicieran con el debido respeto hacia los demás.

- **Comunidad natural:** El hombre instintivamente, de manera espontánea y sin mediar reflexión alguna, se integra, crece y desarrolla en una familia. Como instituto social la familia hunde sus raíces en la naturaleza humana que se caracteriza por ser gregaria, digamos comunitaria, cumpliendo más fácilmente alguno de sus fines como es la satisfacción de sus instintitos sexuales y cuidar a la prole.

Se dice que el ser humano desde su nacimiento por instinto se integra a una familia llegándose a desarrollar en el seno del mismo, y naturalmente busca independizarse para crear y organizar su propia familia.

- **Relación jurídica:** Social y naturalmente la familia es una institución que surge de la propia vida, de las relaciones y de los devenires humanos. El derecho no la influencia, solo la norma, aunque con poca eficacia.

Asimismo Enrique Varsi citando Hector Lafaille en cuanto a las características de la familia se refiere a las llamadas condiciones, esto es, aquellos elementos que caracterizan a la familia referido a su constitución y desenvolvimiento, entre los que menciona:

- Condiciones de existencia: Capacidad, forma y permanencia.
- Condiciones de desarrollo: Unidad, armonía e individualidad.

Del mismo Varsi citando la misma línea de pensamiento de Yungano considera que son necesarias determinadas condiciones para la existencia de la familia, entre ellas:

- Una fuente de formación (matrimonio, filiación y adopción),
- Un mínimo de capacidad física síquica y económica en quienes fundan la familia; y,
- Unidad, armonía, cooperación, respeto y consideración entre sus miembros.

Por otro lado a Augusto César B. (2006)⁷⁷ sostiene que la familia se caracteriza de la siguiente manera:

- **Universalidad.**- Es universal en el sentido de que comprende todas las relaciones jurídicas familiares, es decir, no solo la relación paterno-filial, sino también todas las de parentesco y además la conyugal.
- **Unidad.**- Belluscio citando a Díaz de Guijarro, la unidad “implica que cada individuo es eje de una serie de vínculos, tanto de origen matrimonial como de fuente extramatrimonial y excluye la existencia de clases de familia, dentro de la cual hay vínculos de los tipos preindicados pero convergentes en los mismos titulares.
- **Indivisibilidad.**- El estado de familia es indivisible, de manera que no es posible ostentar frente a unas personas un estado de familia y frente a otras otro diferente.
- **Correlatividad o Reciprocidad.**- En general la familia está integrado por vínculos entre personas que son correlativos o recíprocos.
- **Oponibilidad.**- Es oponible por la persona a quien corresponda contra todos, sea mediante el ejercicio de facultades inherentes a ese estado, sea mediante su invocación ante quienes pretendan desconocerlo o vulnerarlo.
- **Estabilidad.**- Es una situación estable o permanente; su regulación por nomas de orden público importa la imposibilidad de modificarlo por la libre voluntad de los interesados. Sin embargo, ello no implica que sea inmutable, pues puede ser

⁷⁷ CESAR BELLUSCIO, Augusto (2006), “Manual de derecho de Familia”. Buenos Aires. pág. 41-52

modificado en determinados casos, ya sea por el acaecimiento de ciertos hechos jurídicos, por el otorgamiento de ciertos actos jurídicos familiares o por el ejercicio de ciertas acciones, que acogidas por los tribunales, tienen tal efecto.

- **Inalienabilidad.-** Deriva de su regulación por normas de orden público y de su carácter de atributo de la personalidad, lo que implica naturalmente que el estado de familia de una persona no puede ser transferido a otra.

3.5. CONFLICTOS OCASIONADOS EN LA FAMILIA:

La Psicóloga Isabel Domínguez L.⁷⁸, citando a Lisa Parkinson, dio mayor abundamiento, respecto a los tipos de conflictos que generan la ruptura familiar, los cuales los clasifiqué en siete:

- 1. Parejas "semi-desligadas":** La pareja ha evolucionado por separado previamente a la ruptura, y ésta ha sido manejada con un relativo bajo nivel de conflicto. La aparición posterior de problemas prácticos en cuanto a la custodia o las visitas, puede indicar la persistencia de vínculos emocionales no resueltos entre los padres.
- 2. Conflictos de "puertas cerradas":** Son parejas que evitan la confrontación directa refugiándose, tanto física como psicológicamente, tras un silencio que pretende indicar rechazo, ira o frustración, pero tras el que se ocultan sentimientos de apego, dolor profundo y miedo al abandono. Este patrón puede ser fácilmente transmisible a los hijos.
- 3. La "batalla por el poder":** La separación puede constituir un intento de desequilibrar el reparto de poder dentro de la familia. Aquel que siente que más ha perdido durante la vida en común, puede ahora reaccionar luchando por conseguir una posición dominante en el proceso, poniendo en juego para ello armas como la

⁷⁸ DOMÍNGUEZ LÓPEZ, Isabel (2005) *"Apuntes de Psicología Colegio Oficial de Psicología"*, Vol. 23, número 2, págs. 209-218. Recuperado de: <http://www.apuntesdepsicologia.es/index.php/revista/article/viewFile/92/94>.

culpabilización del otro, la utilización de los hijos o la explotación de ventajas legales en el juzgado.

4. **El "enganche tenaz"**: Un cónyuge intenta dejar al otro, mientras que éste hace lo posible por evitarlo. Puede utilizar el chantaje emocional, a veces bajo la forma de intentos de suicidio o autolesiones. En ocasiones, el que deja se ve impulsado al retorno, pero el intento de reconciliación suele durar poco tiempo, y el que es abandonado se sentirá más lastimado y enfadado que antes. Algunos autores han descrito esta misma situación como el "síndrome del esposo ambivalente"
5. **"Confrontación abierta"**: Muchas parejas se sienten negativamente conmocionadas y humilladas cuando se descubren a sí mismos agrediendo verbalmente de una forma completamente inusual. El conflicto puede llegar a ser tan intenso que, inevitablemente, cada vez que se produce una discusión se desencadena una brusca escalada de la violencia. Ambos pueden sentirse avergonzados por lo que ocurre, al mismo tiempo que incapaces de controlar sus reacciones.
6. **"Conflictos enredados"**: Se trata de parejas que dan la impresión de estar realizando una fuerte inversión emocional en un intento de procurar que su lucha continúe. Son capaces de sabotear todo tipo de decisiones relacionadas con su ruptura por continuar con la batalla. Reavivan el conflicto cuando están a punto de solucionarlo. Su resistencia a encontrar y aceptar soluciones frustra cualquier intento de ayuda legal o psicosocial.
7. **"Violencia doméstica"**: Cuando se ha creado una dinámica en la que un cónyuge es repetidamente maltratado por el otro, la ruptura puede resultar algo inalcanzable. La conjunción de agresiones y amenazas coloca a muchas personas en un permanente estado de temor e intimidación que dificulta sus intentos de romper con la violencia o con la relación. Dicho estado puede continuar mucho tiempo después de materializada la ruptura.

Como ya hemos podido advertir, la Psicóloga Isabel Domínguez, nos ha detallado un conjunto de conflictos que se pueden presentar en una familia, pero actualmente en el Perú toda clase de conflictos dentro de la misma, se engloba en la violencia contra la mujer y los integrantes del grupo familiar, que viene siendo un problema social que abunda y muy difícil de erradicarla en nuestro País.

3.6. LA VIOLENCIA FAMILIAR:

Al respecto, el jurista Jorge Parra B. (2008) define a la violencia como todo acto o hecho que afecte la normalidad e implique un ataque a otro. Intrafamiliar, más que un adjetivo, es un sustantivo que hace eso de un lugar, pero no de carácter espacial sino personas: dentro del grupo familiar.⁷⁹

Por otra parte, la Organización Mundial de la Salud define a la violencia como: El uso intencional de la fuerza o el poder físico, de hecho o como amenaza, contra uno mismo, otra persona o un grupo o comunidad, que cause o tenga muchas probabilidades de causar lesiones, muerte, daños psicológicos, trastornos del desarrollo o privaciones. Asimismo, la OMS divide la violencia en tres categorías generales, según las características de los que cometen el acto de violencia: – la violencia auto-infligida (comportamiento suicida y autolesiones), – la violencia interpersonal (violencia familiar, que incluye menores, pareja y ancianos; así como violencia entre personas sin parentesco), – la violencia colectiva (social, política y económica).

Asimismo tenemos que el Diccionario de la Real Academia Española define a la violencia como el uso de la fuerza para dominar a una persona o para imponer su voluntad; cualidad de una persona o cosa que es violenta; acción realizada por medio de la fuerza para imponer la voluntad de quien lo hace.⁸⁰

La Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer o Convención Belém do Pará, suscrita en el XXIV Período Ordinario de Sesiones de la Asamblea General de la OEA en Brasil el 06 de octubre de 1994, define a la violencia

⁷⁹ PARRA BENÍTEZ, Jorge, (2008) “*Derecho de Familia*”. Bogotá – Colombia. P. 73

⁸⁰ Diccionario de la Real Academia Española

contra la mujer como cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado.⁸¹

Los casos de violencia en el mundo viene siendo un problema social que parece nunca acabar, pues los índices de violencia van en aumento cada día. Tenemos que en el Perú hasta febrero del año 2018 el Centro Emergencia Mujer a nivel nacional registró 19, 461 casos de violencia familiar, de los cuales el 85% son mujeres y 15% son hombres, deduciéndose que la violencia también es ejercida contra los hombres y no solo hacia las mujeres.⁸²

Años atrás ante los altos índices de violencia familiar, el Estado Peruano con la finalidad de controlar y erradicar dicho problema social, mediante el Poder Legislativo dispuso su regulación en la Ley N° 26260, “*Ley de Protección Frente a la Violencia Familiar*” establecida en diciembre de 1993, el cual fue reforzada posteriormente con su modificatoria en el año 1997, 2000, y en el 2008 sucedió su última modificación, que para su atención a favor de las victimas la violencia debía realizarse dentro del grupo familiar.

Posteriormente, el Estado Peruano ha creado la Ley N° 30364 Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra las mujeres y los Integrantes del grupo familiar, vigente a partir del 24 de noviembre del 2015, y por ende derogó a la Ley N° 26260. Se tiene que la aplicación y protección de la Ley N° 30364 se amplía hacia la mujer y al grupo familiar, y también se intenta resaltar un procedimiento diferente y rápido para tratar estos casos.

El artículo 5° de la Ley N° 30364, “Ley para prevenir, Sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar”; desarrolla la definición de la violencia contra la mujer, refiriéndose como cualquier acción o conducta que les cause

⁸¹ Artículo 1° de Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra La Mujer

⁸²Informe Estadístico del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables (Febrero-2018). Recuperado de: https://www.mimp.gob.pe/files/programas_nacionales/pncvfs/publicaciones/informe-estadistico-02_2018-PNCVFS-UGIGC.pdf

muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico por su condición de tal, tanto en el ámbito público como en el privado.⁸³

A mayor ahondamiento el artículo 4° del Decreto Supremo N° 004-2019-MIMP, que modifica el Reglamento de la Ley N° 30364, amplía la definición contra la mujer, señalando que: “Es la acción u omisión identificada como violencia según los artículos 5 y 8 de la Ley que se realiza en el contexto de violencia de género, entendida ésta como una manifestación de discriminación que inhibe gravemente la capacidad de las mujeres de gozar de derechos y libertades en pie de igualdad, a través de relaciones de dominio, de control, de ejercicio de poder, de sometimiento y subordinación hacia las mujeres. Las operadoras y los operadores comprenden e investigan esta acción de modo contextual como un proceso continuo. Esto permite identificar los hechos típicos que inciden en la dinámica de relación entre la víctima y la persona denunciada, ofreciendo una perspectiva adecuada para la valoración del caso”.⁸⁴

De igual manera el artículo 6° de la cuestionada ley define la violencia contra los integrantes del grupo como cualquier acción o conducta que le causa muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico y que se produce en el contexto de una relación de responsabilidad, confianza o poder, de parte de un integrante a otro del grupo familiar. Se tiene especial consideración con las niñas, niños, adolescentes, adultos mayores y personas con discapacidad.

3.7. LA IGUALDAD DE GÉNERO:

Resulta indispensable señalar que el derecho a la igualdad implica que todas las personas deben ser tratadas en forma igual por parte del Estado. En consecuencia, todo trato diferente está prohibido. Este trato desigual de los iguales se conoce como discriminación⁸⁵; y se encuentra reconocido en el inciso 2) del artículo 2° de Constitución Política del Perú.

⁸³ Artículo 5° de la Ley N° 30364 “*Ley para prevenir, Sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar*”.

⁸⁴ Artículo 4 del Decreto Supremo N° 004-2019-MIMP que modifica el Reglamento de la Ley N° 30364, “*Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y los integrantes del grupo familiar*”

⁸⁵ HUERTA GUERRERO, Luis A. (2003) “*El derecho a la Igualdad*”. Lima. pág. 308

Cabe resaltar que como perspectiva a la igualdad de género, tenemos el Caso “El acceso de las mujeres al Colegio Monserrat” cuyo fallo fue dictado por la Corte Suprema de Justicia de Argentina, dicha sentencia confirmó la sentencia dictada por la Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba que revocando la sentencia de Primera Instancia, había declarado válida la ordenanza 2/97 del Consejo Superior de la Universidad Nacional de Córdoba en cuanto había dispuesto que las inscripciones en dicho establecimiento educativo se efectuaran sin distinción de sexo.⁸⁶

Entonces la igualdad de género se define como “la igualdad de derechos, responsabilidades y oportunidades de las mujeres y los hombres, y las niñas y los niños”. La igualdad no significa que las mujeres y los hombres sean lo mismo, sino que los derechos, las responsabilidades y las oportunidades no dependen del sexo con el que nacieron. La igualdad de género supone que se tengan en cuenta los intereses, las necesidades y las prioridades tanto de las mujeres como de los hombres, reconociéndose la diversidad de los diferentes grupos de mujeres y de hombres.⁸⁷

3.8. IGUALDAD ANTE LA LEY:

El derecho de igualdad ante la ley es un derecho fundamental reconocido en el artículo 7° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, estableciendo que “Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación”⁸⁸.

⁸⁶ ZAYAT, Demián, comentario al fallo “González de Delgado, Cristina y Otros contra la Universidad Nacional de Córdoba s. Amparo. Recuperado de: file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Igualdad_en_el_acceso_a_la_educacion._Co.pdf

⁸⁷ Revista de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO). “Igualdad de Género”. Recuperado de: <https://es.unesco.org/creativity/sites/creativity/files/digital-library/cdis/Iguldad%20de%20genero.pdf>

⁸⁸ Artículo 7° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Por otro lado nuestra Constitución Política del Estado Peruano ha reconocido dicho principio y derecho fundamental en el numeral 2) del artículo 2° de la Constitución Política del Perú, establece que toda persona tiene derecho (...) **“A la igualdad ante la ley.** Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole⁸⁹.

Francisco J. Eguiguren P. refiere que cuando se trata de definir el contenido y los alcances del derecho de igualdad ante la ley, deben considerarse dos componentes primordiales: ⁹⁰

1) La igualdad de la ley o en la ley, que impone un límite constitucional a la actuación del legislador, en la medida que éste no podrá -como pauta general- aprobar leyes cuyo contenido contravenga el principio de igualdad de trato al que tienen derecho todas las personas.

2) La igualdad en la aplicación de la ley, que impone una obligación a todos los órganos públicos (incluidos los órganos jurisdiccionales) por la cual éstos no pueden aplicar la ley de una manera distinta a personas que se encuentren en casos o situaciones similares.

Luis A. Huerta G. sostiene que el derecho a la igualdad implica que todas las personas deben ser tratadas en forma igual por parte del Estado. En consecuencia, todo trato diferente está prohibido. Este trato desigual de los iguales se conoce como discriminación.⁹¹

Por su parte del Supremo Interprete de la Constitución en reiterada jurisprudencia ha sostenido que “(...) **La igualdad como derecho fundamental** está consagrada por el artículo 2° de la Constitución de 1993, de acuerdo al cual: “(...) toda persona tiene derecho (...) a la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo,

⁸⁹ Artículo 2° inciso 2 de la Constitución Política del Perú de 1993.

⁹⁰ EGUIGUREN PRAELI, Francisco J. “*Principio de igualdad y derecho a la no discriminación*”. Recuperado de: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/viewFile/15730/16166>

⁹¹ HUERTA GUERRERO, Luis Alberto, “*Derecho a la Igualdad*”. Recuperado de: [file:///C:/Users/Usuario/Downloads/7686-30153-1-PB%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Usuario/Downloads/7686-30153-1-PB%20(1).pdf)

idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole”. Contrariamente a lo que pudiera desprenderse de una interpretación literal, estamos frente a un derecho fundamental que no consiste en la facultad de las personas para exigir un trato igual a los demás, sino a ser tratado de igual modo a quienes se encuentran en una idéntica situación. Constitucionalmente, el derecho a la igualdad tiene dos facetas: igualdad ante la ley e igualdad en la ley. La primera de ellas quiere decir que la norma debe ser aplicable por igual a todos los que se encuentren en la situación descrita en el supuesto de la norma; mientras que la segunda implica que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales, y que cuando el órgano en cuestión considere que debe apartarse de sus precedentes, tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable⁹².

En ese orden de ideas podemos sostener que el derecho de igualdad ante la ley viene a ser un derecho fundamental donde el Estado Peruano a través de sus poderes Legislativo y Ejecutivo al emitir sus leyes deben hacerlas sin ninguna distinción, y el Poder Judicial al impartir justicia deberá resolver sin preferencias, porque de ser así estaría actuando de forma discriminatoria y por lo tanto su actuación frente a la colectividad sería inconstitucional.

⁹² EXPEDIENTE N.º 03525-2011-PA/TC - AYACUCHO Walter Manuel Viacava Gamboa, f. 4

CAPÍTULO IV:

ANÁLISIS DE LA LEY 30364, Y PROPUESTA LEGISLATIVA

4.1. ANÁLISIS DEL MARCO JURÍDICO SOBRE LA VIOLENCIA FAMILIAR SEGÚN LA LEY N° 30364.

La Constitución Política del Perú vigente, a efecto de salvaguardar, respetar y garantizar la dignidad de la persona, ha establecido en el artículo 1° el principio de “que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”. Entonces de acuerdo a lo señalado, es deber del Estado Peruano y de la sociedad velar por la persona y su dignidad.

También la Constitución ha reconocido distintos derechos que le son inherentes al ser humano, en este caso tenemos al artículo 2°, que en el inciso 1) contempla que toda persona tiene derecho a la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. Asimismo, en el inciso 2) prescribe que toda persona tiene derecho a la igualdad ante la Ley, es decir, sin ninguna distinción. De igual forma reconoce que ninguna persona debe ser discriminada por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier índole. Es más, el numeral 24 inciso h) sanciona que nadie debe ser víctima de violencia moral, psíquica o física, ni sometido a tortura o a tratos inhumanos o humillantes.

Resulta necesario añadir que los principios y derechos contenidos en la Constitución Política del Perú, como norma suprema están por encima de cualquier ley inferior, por lo tanto ninguna ley o norma puede superponerse a la misma, ni contravenirla, ni mucho menos contradecirla.

Por consiguiente, podemos determinar que el Estado se encuentra comprometido en velar por la dignidad, la integridad física, moral o psíquica de las personas; es por ello, que a través del Poder Legislativo y Ejecutivo se crearon muchos mecanismos, normas y acciones para combatir cualquier acto que atente contra la vida e integridad de las personas.

Al respecto, con el fin de erradicar los actos de violencia contra las mujeres, varios países americanos se sumaron y se suscribieron a la “Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer”, llamada también “Convención Belem do Pará”, en Brasil, y fue adoptada en el año 1994⁹³. Dicha convención impulsó a que los Estados miembros establecieran mecanismos para la protección y defensa de los derechos fundamentales de las mujeres, con el propósito de acabar con los actos o conductas violentas que ocasionen daños a su integridad física, psíquica y sexual, ya sea en el ámbito público y el privado.

Por su parte, el Estado Peruano a través del Congreso de la República, en aplicación de los derechos fundamentales descritos líneas arriba, legisló la Ley N°26260, Ley que “Establece política del Estado y de la Sociedad frente a la violencia familiar”. Tenemos que la antes mencionada ley, durante su periodo de vigencia fue gravemente inadecuada en la práctica, puesto que desde el inicio que la mujer presentaba una denuncia por actos de violencia familiar sufrían por un sistema de justicia que abundaba de parcialidad e incapaz de brindarles una solución o recurso que proteja su integridad. En tal sentido, hubo sendas de deficiencias donde claramente se advertía que era imposible erradicar los actos de violencia familiar.

Es por ello, que fue modificada por la Ley N° 27007, promulgada el 02 de diciembre de 1998, donde se les facultó a las Defensorías del Niño y del Adolescente para que realizaran Conciliaciones Extrajudiciales⁹⁴, sin embargo, no fue la solución.

Posteriormente el Ejecutivo dio por aprobado el TÚO de la Ley de Protección Frente a la Violencia Familiar mediante Decreto Supremo N° 006-97-JUS, siendo publicado a los 27 días del mes de junio del año 1997, que también fue modificada por la Ley N° 27016, que modificó el artículo 29° del T.U.O. de la Ley 26260; y siendo así se expidió la Ley N° 27306, cuya promulgación fue el 27 de julio de 2000, el cual modifica varios artículos del T.U.O. de la Ley N° 26260. En suma, se puede deducir que la Ley N° 26260, fue un

⁹³Convención Belem do Para, adoptada en el año 1994, en Brasil. Recuperado de: <https://www.oas.org/es/mesecvi/convencion.asp>

⁹⁴ Ley N° 27007, que modifica la Ley N° 26260, promulgada el 02 de diciembre de 1998.

fracaso ya que no logró cumplir con su objetivo, pues los altos índices de violencia familiar se incrementaban día a día.

En vista de lo expuesto en el párrafo anterior, la Ley N° 26260, fue derogada completamente por la Ley N° 30364, que es la “Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y el grupo familiar”, que entró en vigencia a partir del 24 de noviembre del año 2015, y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 009-2016-MIMP, modificado el 07 de marzo del 2019 por el Decreto Supremo N° 004-2019-MIMP, que dispuso varios mecanismos respecto a su aplicación, ampliando la protección hacia las mujeres y a los que sean miembros del grupo familiar, regulando además nuevas modalidades de violencia, tales como, física, psicológica, sexual y económica, y otros cambios que pasaremos a analizar más adelante.

4.2. EL PROCESO EN LOS CASOS DE VIOLENCIA FAMILIAR SEGÚN LA LEY N° 30364:

4.2.1. De las entidades facultadas para recibir denuncias por violencia familiar:

Sobre las entidades facultadas para recibir las denuncias de violencia, se tiene que desde la promulgación de la Ley N° 30364, la misma puede ser interpuesta por la supuesta víctima o por cualquier persona que tenga conocimiento sobre los actos de violencia, sin la necesidad de que la agraviada otorgue su representación; y también puede ser interpuesta por la Defensoría del Pueblo. Dicha ley a su vez estableció que pueden denunciar aquellas personas profesionales de la salud y educación en el desempeño de su cargo⁹⁵.

Desde la entrada en vigencia de la ley en mención, esto es, desde el 23 de noviembre del año 2015, se advirtió un vacío legal sobre las autoridades competentes para conocer las denuncias sobre violencia, es decir, el artículo 14° solo estableció la competencia a los juzgados de familia, cayendo en la ambigüedad con el siguiente texto “...o los que cumplan sus funciones para conocer denuncias por violencia

⁹⁵ Artículo 15° de la Ley N° 30364, “Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar.

*contra la mujer y los integrantes de un grupo familiar...*⁹⁶, ya que no se especificaba quienes eran las otras autoridades para conocer dichas denuncias.

Es por ello que mediante Decreto Legislativo N° 1386 se modificó el artículo 14° de la Ley N°30364, ampliando las competencias para conocer las denuncias hacia los juzgados de paz letrado o juzgados de paz, en las zonas donde no hayan juzgados de familia. Además se agregó, que cuando las víctimas sean niños, niñas y adolescentes, la denuncia podrá ser interpuesta ante la Fiscalía de Familia; y el hipotético caso, los hechos ameriten la presunta comisión de un delito, dicha denuncia también se puede realizar ante la Fiscal Penal.

Por otro lado, del artículo precitado se desprende que si de la denuncia que se formula se advierte indicios que él o la menor, en calidad de víctima directa o indirecta se encuentra en situación de riesgo, el Juez de Familia debe proceder a comunicar a la Defensoría Municipal de la Niña, Niño y Adolescente debidamente acreditada; si en dicha jurisdicción no se contase con una Defensoría Municipal de la Niña, Niño y Adolescente acreditada, el juez deberá comunicar a la Unidad de Protección Especial del lugar, y de no existir una Unidad de Protección Especial, el juez de familia comunicará a las Defensorías de la Niña, Niño y Adolescente para que se le atienda inmediatamente como vulneración de sus derechos. Asimismo, si los menores se encontraran en una situación de desprotección familiar, el Juez de Familia deberá comunicar a la Unidad de Protección Especial de su jurisdicción a quienes les corresponderá actuar de acuerdo a sus atribuciones, pero sin en caso en dicho lugar no estuviera implementado una Unidad de Protección Especial, quien deberá actuar será la Fiscalía y el Juzgado de Familia⁹⁷.

Con respecto a la identificación de las víctimas y otras personas denunciantes, la ley en cuestión dispuso que para acceder a registrar las denuncias, estas no tienen presentar el Documento Nacional de Identidad (DNI), es decir, se le impone la

⁹⁶ Artículo 14° de la Ley 30364, *“Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar.*

⁹⁷ Artículo 39° del Decreto Supremo N° 004-2019-MIMP que modifica el Reglamento de la Ley N° 30364.

facilidad de aquella institución que recepciona la denuncia en verificar en el Sistema Integrado del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC) la identidad de aquella persona, tal es así, que si persona no se encontrara registrada en el RENIEC, o en el supuesto caso, esta fuese extranjera, se procede a recibir la denuncia. Ante tal circunstancia, se obliga a dicha institución en llevar a la víctima o denunciante al Centro Emergencia Mujer, quien deberá gestionar los trámites para la obtención de su documento de identidad.

Hay que mencionar además, que para la interposición de la denuncia el artículo 19° del Decreto Supremo N° 009-2016-MIMP, modificado por Decreto Supremo N° 004-2019-MIMP, señala que resulta inexigible la presentación de exámenes periciales o cualquier medio probatorio que acrediten la supuesta violencia.

4.2.2. El Procedimiento ante la Policía Nacional del Perú en los casos de violencia contra la mujer y lo integrantes de un grupo familiar:

La Policía Nacional del Perú, a la luz de lo previsto en el artículo 22° del Decreto Supremo N° 004-2019-MIMP, que modifico el Reglamento de la Ley N° 30364, al momento de tomar conocimiento de las denuncias verbales o escritas por actos de violencia interpuestas por la agraviada o cualquier persona, se encuentra en la obligación de recibir, registrar y tramitarlos de inmediato. Cuando nos referimos al registro de la denuncia, la policía lo debe realizar inmediatamente en el Sistema de Denuncia Policial (SIDPOL), y si no se contara con dicho aplicativo, se procede a registrar en el Cuaderno, Libro o Formulario Tipo.

Es menester resaltar, que el precitado artículo del Decreto Supremo N° 004-2019-MIMP que modifico el Reglamento de la Ley N° 30364, también amplió las funciones de la Policía Nacional del Perú, disponiendo que cuando se advierta aquellos indicios meramente razonables de actos de violencia contra las mujeres e integrantes del grupo familiar deberá intervenir de forma inmediata, es más, se le otorgó facultades para retener a las personas que se encuentren involucradas con los hechos denunciados, y procederá a su traslado a una unidad policial más cercana,

donde se registrará la denuncia sobre lo ocurrido; asimismo, será responsable en informar a la víctima todos los derechos que le asisten y el procedimiento a seguir.

Al respecto, cuando la policía reciba la denuncia y la víctima se encuentre en situación de riesgo severo, la dirección del domicilio de la víctima o de sus familiares deberá ser incluido inmediatamente en la hoja de ruta del servicio de patrullaje policial, esto es, a efecto de que se realice el patrullaje u otras rondas alternas que coadyuven a prevenir se realicen nuevos actos de violencia. Asimismo para lograr su ejecución la policía deberá coordinar debidamente con el apoyo del serenazgo, con las unidades móviles y de las juntas vecinales.

Se advierte además que las notificaciones de las diligencias expuestas, solo le corresponde a la policía, quedando prohibido se le encomiende a la víctima.⁹⁸ Ahora bien, la Fiscalía Penal dirige la investigación cuando de la denuncia recibida por la policía, se advierta la comisión de un delito, el cual deberá ser comunicado inmediatamente de la forma más célere e idóneo, quien actuara de acuerdo a sus funciones y atribuciones de ley; esto no quiere decir que la policía dejará actuar, pues le corresponderá realizar las diligencias urgentes e inaplazables con el propósito de salvaguardar la integridad de la agraviada, y de remitir el informe policial, como señala el Código Procesal Penal.

Acorde con lo señalado en el acápite precedente, el artículo 24° del Decreto Supremo N° 009-2016-MIMP, establece que la policía al momento de remitir el informe policial al Juzgado de Familia, dentro de las 24 horas deberá consignar la Fiscalía Penal que recibió la denuncia; pues dicho informe policial como mínimo deberá contener la siguiente información⁹⁹:

- 1) Nombre y apellidos de la presunta víctima, número de documento de identidad, dirección con el respectivo croquis y referencias para la ubicación, el número de teléfono fijo y/o celular y/o correo electrónico si lo tuviera;

⁹⁸ Artículo 22° del Decreto Supremo N° 004-2019-MIMP que modifica el Reglamento de la Ley N° 30364.

⁹⁹ Artículo 24° del Decreto Supremo N° 009-2016-MIMP.

- 2)** Nombre de la entidad o institución que comunicó los hechos de violencia y su dirección. Cuando la persona denunciante es distinta a la víctima, se consignará el nombre, el número de su documento de identidad, el número de sus teléfonos y/o correo electrónico si lo tuviera, salvo que haya solicitado la reserva de identidad;
- 3)** Nombre, número de documento de identidad, dirección con el respectivo croquis de ubicación de la persona denunciada de conocerse, número de teléfono fijo y/o celular y/o correo electrónico si lo tuviera, y profesión, cargo u ocupación, de conocerse;
- 4)** Fecha del hecho denunciado;
- 5)** Resumen de los hechos que motivan la denuncia, precisando el lugar, las circunstancias y cualquier otra información relevante;
- 6)** Precisión de las diligencias realizadas en la etapa de investigación;
- 7)** Informe sobre las denuncias presentadas anteriormente por la víctima por hechos semejantes;
- 8)** Informe sobre los antecedentes de la persona denunciada respecto a hechos de violencia o a la comisión de otros delitos que denoten su peligrosidad;
- 9)** Informe relativo a si la persona denunciada es funcionaria, funcionario, servidor o servidora pública de acuerdo al artículo 425 del Código Penal;
- 10)** Informe relativo a si la persona denunciada tiene licencia para uso de armas de fuego;
- 11)** Ficha de valoración del riesgo debidamente llenada;
- 12)** Fecha de elaboración del informe policial.

No obstante, dicho informe policial mencionado deberá contener todos los medios probatorios que de manera inmediata pudiera tener acceso la policía, que pueden

consistir en las copias de denuncias u ocurrencias policiales, como certificados médicos o informes psicológicos que presente la víctima, grabaciones, fotografías, impresión de mensajes a través de teléfono que tuviera, las publicaciones en redes sociales u otros medios digitales, presentar el testimonio de un testigo.

La policía tiene la función de enviar el informe policial al Juez de Familia remitiendo copias certificadas del expediente para que dicte las medidas de protección, y al mismo tiempo tiene que remitir los medios probatorios originales a la Fiscalía Penal, en ese sentido los actuados pueden ser enviados en físico o virtualmente, del cual la policía podrá quedarse con una copia de todos los actuados sea en físico o virtual para que realice el respectivo seguimiento.¹⁰⁰

4.2.3. El procedimiento realizado por el Ministerio Público en los casos de Violencia contra la mujer y los integrantes del grupo familiar:

Al recepcionar la denuncia la fiscalía penal o la fiscalía de familia o mixta, deberán aplicar la ficha de valoración de riesgo, y ordenará se realicen todas pericias o exámenes, con las diligencias que correspondan, por lo que en un plazo de 24 horas remitirá los actuados al juez de familia, quien tendrá la obligación de emitir las medidas de protección y cautelares que resulten necesarios, sin perjuicio de que el fiscal penal, de forma paralela continúe con las diligencias correspondientes que emanen de su competencia. Por lo que debe coordinar con la Unidad Distrital de Asistencia a Víctimas y Testigos, Centro Emergencia Mujer, Defensa Pública, Sociedad Civil u otras Organizaciones, a efecto de que brinden apoyo a las presuntas víctimas, y adopten las medidas que resulten necesarias.¹⁰¹

¹⁰⁰ Artículo 24° del Decreto Supremo N° 004-2019-MIMP que modifica el Reglamento de la Ley N° 30364

¹⁰¹ Artículo 15.B del Decreto Legislativo N° 1386 que modifica la Ley N° 30364, concordante con el artículo 28° del Decreto Supremo N° 004-2019-MIMP, que modifica el Reglamento de la Ley N° 30364 aprobado por Decreto Supremo N° 009-2016-MIMP.

4.2.4. Procedimiento realizado por el Juzgado de Familia en los casos de Violencia contra la mujer y los integrantes del grupo familiar:

A su vez, el Juzgado de Familia al recibir la denuncia que se le ha remitido, ya sea por la Fiscalía de Familia, por la Fiscalía Penal o Mixta o la Policía Nacional; deberá citar a audiencia y ordenará se actúen las pruebas de oficio adicionales, cuando lo considere necesario.

Al respecto, el juzgado de familia, cuando advierta la presencia de indicios de la comisión de un delito donde realmente se requiera de una inmediata investigación, deberá dar conocimiento en el mismo día al Fiscal Penal o Mixta de turno, quienes deberán actuar de acuerdo a sus atribuciones, y en su defecto le corresponderá continuar con el trámite de la etapa de protección.¹⁰²

El Juzgado de Familia contará con el apoyo del Equipo Multidisciplinario, quienes se encargarán por disposición del juez de elaborar aquellos informes sociales, los informes psicológicos y los que realmente considere necesario a evaluarse, con la finalidad de resolver y dictar las medidas de protección o cautelares.

Cabe resaltar que el Decreto Supremo N° 004-2019-MIMP, que modifica el Reglamento de la Ley N° 30364 aprobado por Decreto Supremo N° 009-2016-MIMP, agregó un párrafo al artículo 31°, señalando que cuando la víctima se encuentre en situación de riesgo severo, el Juzgado de Familia de inmediato dará a conocer de los hechos la Policía Nacional del Perú, para que se adopten con las acciones del patrullaje integrado, en coordinación con el serenazgo o juntas vecinales, para lo cual formará una red de protección para la víctima, de conformidad con el artículo 15-A del Decreto Legislativo N° 1386, que modifica la Ley N° 30364.

¹⁰² Artículo 29° y 31° del Decreto Supremo N° 004-2019-MIMP, que modifica el Reglamento de la Ley N° 30364 aprobado por Decreto Supremo N° 009-2016-MIMP.

4.3. EL PROCESO PARA EL OTORGAMIENTO DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 16° DE LA LEY N° 30364:

En primer lugar, las medidas de protección, son aquellos mecanismos procesales destinados a neutralizar o minimizar los efectos nocivos del ejercicio de la violencia por parte de un agresor, asegurando de esta manera la integridad física, psicológica, moral y sexual de la víctima. Los órganos jurisdiccionales competentes para dictar las medidas de protección son los Juzgados de Familia, los Juzgados Mixtos o en su defecto los Juzgados de Paz.¹⁰³

Según el Dr. Alex Placido, las medidas de protección tienen por objeto cortar el ciclo de violencia, a partir de ello entonces, se requiere una intervención inmediata, con debida diligencia que interrumpa este ciclo y que evite represalias a la víctima. Desde esta óptica se comprende que las medidas de protección son medidas *auto-satisfactivas*, medidas que son transitorias, y no definitivas, es la razón por la cual el magistrado de familia al momento de dictarlas debe de establecer su tiempo de vigencia, pero el control de convencionalidad nos debe dar a entender que lo señalado en el artículo 23° de la Ley N° 30364, es justamente inaplicable, porque este artículo viene causando la indefensión para las víctimas, en la medida que supedita la vigencia de estas medidas de protección al resultado del proceso penal.

También señala que las medidas de protección pueden ser variadas en el tiempo, es la razón por la cual, el juez de familia debe disponer la obtención de copias certificadas de todo ese expediente, porque conforme a la ley debe remitirse al ámbito penal para que siga su gestión, pero las variaciones que se deban realizar a estas medidas se deben peticionar ante el juzgado de familia que las dictó, por eso es la razón que debe tenerse copias del expediente que se desarrolló en esa instancia.¹⁰⁴

¹⁰³ Ministerio Público-Fiscalía De La Nación, “Manual de Procedimientos de las Fiscalías de Familia”, Editorial y Gráfica Ebra, Lima, 2006, p. 72

¹⁰⁴ PLÁCIDO VILCACHAGUA, ALEX (2017) “Medidas de Protección en casos de Violencia Familiar-AMAG-Perú”: Publicado el 24 de marzo del 2017.

En relación a las medidas de protección, tenemos que actualmente se encuentran reguladas en la Ley N° 30364 y su reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 009-2016-MIMP, modificado por Decreto Supremo N° 004-2019-MIMP. Dichas normas establecen dos etapas en los procesos de tutela frente a la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar. La primera etapa denominada de protección está a cargo de los Juzgados de Familia o su equivalente quienes dictan las medidas de protección más oportuna que cada caso concreto requiera; mientras que la segunda etapa denominada de sanción está a cargo de los órganos jurisdiccionales en materia penal quienes en la etapa de investigación o juzgamiento aplican según el caso las disposiciones sobre delitos y faltas establecidas en la normativa penal.

El artículo 22°, de la Ley N° 30364, faculta al Juez de Familia en dictar las medidas de protección más idónea, para el bienestar y seguridad de la víctima, atendiendo a las circunstancias particulares del caso, que pueden ser los resultados de la ficha de valoración del riesgo, la pre-existencia de denuncias por hechos similares, la relación de la víctima con la persona denunciada, la diferencia de edades o relación de dependencia entre la víctima y la persona denunciada y, la situación económica y social de la víctima, entre otros aspectos que revelen vulnerabilidad.

El precitado precepto normativo estableció como tipos de medidas de protección los siguientes:

- 1) Sobre el retiro del agresor del domicilio:** Está destinada a establecer la no permanencia del éste en el mismo inmueble en el que vive con la víctima, a fin de evitar la sobre victimización de esta”. Asimismo esta deberá ser evaluada en el caso concreto por el juez señalando de manera clara el plazo razonable de duración, siguiendo criterios de razonabilidad y proporcionalidad.¹⁰⁵ Cabe añadir, que el Decreto Legislativo N° 1386, que modificó la Ley N° 30364, amplió las facultades

¹⁰⁵ Ministerio Público-Fiscalía de La Nación, “*Manual de Procedimientos de las Fiscalías de Familia*”, cit., p.73

de intervención a la Policía Nacional del Perú, quien podrá ingresar al domicilio de la víctima para el retiro del agresor, sin la necesidad de contar con una orden judicial.

2) Sobre el Impedimento de acercamiento o proximidad a la víctima en cualquier

forma, a la distancia que la autoridad judicial determine: Esta es una medida de protección que tiene como finalidad ordenar que una persona deje de perseguir o importunar sin tregua o descanso a otra, permitiéndole desarrollar sus actividades cotidianas con normalidad¹⁰⁶; además se tiene que dicho inciso fue también modificado por el Decreto Legislativo N° 1386, que modificó la Ley N° 30364, donde se le prohíbe también al agresor el acercamiento hacia la víctima a su domicilio, a su centro de trabajo, a su centro de estudios u otros lugares donde realice actividades de su vida cotidiana para garantizar su seguridad e integridad.

3) Sobre la Prohibición de comunicación del agresor con la víctima, vía epistolar,

telefónica, electrónica; asimismo, vía chat, redes sociales, red institucional, intranet u otras redes o formas de comunicación: Lo cual se considera que dicha regulación es innecesaria debido a que el impedimento de acoso de la víctima englobaría las conductas descritas en los incisos 1° y 2° del presente artículo de la ley 30364.¹⁰⁷

4) Sobre la prohibición del derecho de tenencia y porte de armas para el agresor:

Esta medida se encuentra destinada al cese del uso de armas de fuego al denunciado, el cual se tendrá que poner a conocimiento de la Superintendencia Nacional de Control de Servicios de Seguridad, Armas, Municiones y Explosivos de Uso Civil (SUCAMEC), para que deje sin efecto la licencia otorgada para su uso e incauten las armas que posea el denunciado. Asimismo el Decreto Legislativo N° 1386, incorporó ampliar dicha sanción para los integrantes de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional

¹⁰⁶Ministerio Público-Fiscalía de La Nación, “*Manual de Procedimientos de las Fiscalías de Familia*”, cit., p. 72.

¹⁰⁷ PIZARRO-MADRID, Carlos (2017- Piura), “*Naturaleza jurídica de las medidas de protección en un proceso de violencia familiar*”: Recuperado de: https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/2913/DER_097.pdf?sequence=

del Perú, que en situación de actividad cometan actos de violencia empleando armas que sean propiedad del Estado.

- 5) Sobre la medida de protección de inventario de bienes:** Es una medida excepcional y accesoria de otra, despachándose siempre que se asuma convicción o exista verosimilitud de que los bienes a inventar pertenecen a la familia o siendo de propiedad exclusiva del agresor, estos han sido aportados para fundar una comunidad de bienes y disfrutar de ellos de manera permanente, que además éstos bienes sean imprescindibles para la subsistencia de la familia; y que debido al desquicio matrimonial o la crisis familiar, la víctima tuvo que haberse visto forzado a retirarse del lugar donde se encuentra la vivienda y en ella todos sus bienes, y en dicha circunstancia exista el peligro de que el agresor pueda hacer uso disposición indebida, desproporcionada o abusiva de los bienes, en desmedro de los miembros más débiles.¹⁰⁸

Teniendo en cuenta al Decreto Legislativo N° 1386, dicho cuerpo normativo incorporo al artículo 22° de la Ley 30364 otras medidas de protección los cuales consisten en:

- 6) Asignación económica de emergencia que comprende lo indispensable para atender las necesidades básicas de la víctima y sus dependientes.** La asignación debe ser suficiente e idónea para evitar que la víctima se mantenga o coloque en riesgo frente a su agresor e ingrese nuevamente a un ciclo de violencia. El pago de esta asignación se deberá realizar mediante depósito judicial o agencia bancaria para evitar la exposición de la víctima.
- 7) Prohibición de disponer, enajenar u otorgar en prenda o hipoteca los bienes muebles o inmuebles comunes.** Al establecerse esta medida de protección lo que el legislador pretende, es que el juez ordene al agresor, se abstenga en realizar cualquier

¹⁰⁸RAMOS RÍOS, M. (2008) Violencia Familiar, medidas de protección para las víctimas de las agresiones intrafamiliares. Idemsa, Lima, pág. 181.

acto que busque perjudicar los bienes que haya adquirido con la víctima durante la relación de convivencia o conyugal.

8) Prohibición a la persona denunciada de retirar del cuidado del grupo familiar a los niños, niñas, adolescentes u otras personas en situación de vulnerabilidad. Esta medida de protección, consiste en una orden que el juez deberá dirigir al denunciado, para que se abstenga en apartar a los niños del seno familiar donde se encuentren a salvo y protegidos.

9) Tratamiento reeducativo o terapéutico para la persona agresora. Con respecto a esta medida de protección, el juez deberá ordenar al denunciado en asistir a un tratamiento, sea este educativo o terapéutico, a efecto de que el denunciado pueda tomar conciencia y recapacitar del daño que pueda causarle a la víctima con sus conductas violentas y no puedan ser repetidas.

10) Tratamiento psicológico para la recuperación emocional de la víctima. Esta medida de protección se le brinda a la víctima, por ser la parte más vulnerable ante ciertos comportamientos abusivos de la parte agresora, que como consecuencia de ello logran causarle un daño psicológico que necesita ser tratado para superarlo.

11) Albergue de la víctima en un establecimiento en el que se garantice su seguridad, previa coordinación con la institución a cargo de este. El juez cuando considere que la víctima necesite mayor seguridad para proteger su integridad física o mental, podrá albergarla en un establecimiento que crea conveniente para garantizar su protección ante cualquier situación de amenaza que sufra por parte del agresor.

12) Cualquier otra medida de protección requerida para la protección de la integridad y la vida de la víctima o sus familiares.”

Ahora bien, en mención a las medidas de protección, debemos mencionar que el artículo 16° de la Ley N° 30364, estableció el proceso que se debe seguir para el otorgamiento de las medidas de protección.

Se tiene que el juez de familia después de haber recibido el expediente, deberá evaluar el caso y resolverá en audiencia oral el otorgamiento de las medidas de protección en un plazo de 72 horas, y en concordancia con el 35° del Decreto Supremo N° 009-2016-MIMP, que aprueba el Reglamento de la citada ley, se dispuso que la audiencia oral solo podría realizarse con la presencia de la víctima, y cuando el juez lo considere necesario entrevistará al denunciado, estableciendo además que si el presunto agresor asiste a la audiencia se le tendrá por notificado en el mismo acto, de acuerdo a las reglas que establece el artículo 204° del Código Procesal Civil; pero si a la víctima se la citará mediante cedula, facsímil, teléfono, correo electrónico o cualquier medio de comunicación.

Ante diversos cuestionamientos de la Ley N° 30364, con fecha 04 de septiembre del 2018, se publicó el Decreto Legislativo N° 1386, donde el artículo 2° modificó sendos artículos de la Ley N° 30364, y especialmente en el artículo 16° se agregó que el juez de familia deberá dictar las medidas de protección dentro del plazo de 48 horas si la víctima se encuentra en situación de riesgo leve o moderado, y en 24 horas si se encuentra en situación de riesgo severo, pudiendo el juez ante tal circunstancia prescindir de la audiencia. Si en caso se llevara a cabo la audiencia, será solo con los sujetos procesales presentes ya que es inaplazable.¹⁰⁹

Asimismo, el artículo 3° del Decreto Legislativo N° 1386 incorporó diversos textos al artículo 16° de la Ley N° 30364, indicando que ante el desconocimiento del domicilio u otros datos que logren dar con la ubicación de la presunta víctima y, cuando no haya otros elementos que acrediten el otorgamiento de las medidas de protección o cautelares que

¹⁰⁹ Artículo 16° del Decreto Legislativo N° 1386 que modificó la Ley N° 30364, vigente a partir del 04 de septiembre del 2018.

resulten pertinentes, el juez de familia deberá remitir todos los actuados al fiscal penal correspondiente a efecto de que inicie con las investigaciones.

Por otro lado, el Decreto Legislativo N° 1386, también incorporó el artículo 16°-B, donde se estableció que el juez de familia aparte de remitir en original a la fiscalía penal todos los actuados, en caso los hechos se configuren como faltas deberá remitir al juez de paz letrado o al que haga sus veces para dar inicio del proceso correspondiente, debiéndose quedar con las copias debidamente certificadas que formaran parte de un cuaderno relativo a las medidas de protección que se hayan adoptado, esto es, con el propósito de poder garantizar su cumplimiento y una posterior evaluación; pudiendo a la vez sustituir o ampliar las medidas de protección cuando tenga conocimiento que los actos de violencia contra la víctima continúan o cuando se incumpla, sin perjuicio, de poner de conocimiento al Ministerio Público para que realice las investigaciones por la comisión del delito de resistencia o desobediencia a la autoridad referido en el artículo 24° de la Ley N° 30364.

De lo expuesto, el Decreto Supremo N° 004-2019-MIMP, que modificó el Reglamento de la Ley N° 30364, cambio parcialmente el artículo 35° señalando que el Juzgado de Familia deberá citar a las partes efectuando los medios más céleres, a través de facsímil, teléfono, correo electrónico personal o cualquier otro medio de comunicación, que puede de ser forma directa o a mediante de su representante legal, debiéndose dejar constancia de dicho acto.

El antes citado precepto legal también incorporó que la audiencia podrá convocarse a través de cédula de notificación sin exceder del plazo previsto en la ley para su realización, es decir, de 24 o 48 horas, dependiendo del riesgo de la víctima; y cuando el juez no logre ubicar a alguna o ninguna de las partes la citación o notificación para la realización de la audiencia oral, procederá a dejar constancia de ello, sin perjuicio de llevarse a cabo la audiencia. Acerca del agresor o la persona denunciada, si este se apersona a la audiencia, será notificada en el acto; quedando totalmente prohibido archivar por desistimiento el caso ante la inasistencia de la presunta víctima a las diligencias, ni a pedido del presunto

agresor¹¹⁰. Facultando además al juez de familia a la luz de lo previsto en el artículo 34° de dicho decreto supremo, admitir los medios probatorios de actuación inmediata que ofrezcan las partes, hasta antes de que se dicten las medidas de protección o medidas cautelares.

4.3.1. Sobre la audiencia de medidas de protección:

El artículo 36° del Decreto Supremo N° 004-2019-MIMP, que modificó el Reglamento de la Ley N° 30364, ha establecido que la audiencia oral de medidas protección tiene como finalidad determinar las medidas de protección y cautelares más idóneas, con el propósito de salvaguardar la integridad física, psicológica y sexual, de la víctima o la de su familia, y resguardar sus bienes patrimoniales. Asimismo, dicho artículo garantiza que la víctima se encuentre libre de toda forma de intimidación, subordinación o influencia por parte del presunto agresor, durante la realización de la audiencia, por lo que el Juez de Familia deberá adoptar las medidas que considere necesarias.

Por otro lado, se estableció que cuando la víctima haya dado su declaración ante la Policía Nacional del Perú o Ministerio Público, el Juzgado solo deberá entrevistarla cuando considere que se deba aclarar, complementar o precisar algún punto sobre su manifestación, a efecto de evitar la generación de la revictimización o se desnaturalice la información que fue aportado desde el principio por la víctima. La misma finalidad se tendrá cuando la víctima haya sido evaluada física y psicológicamente por el médico legista, debiendo el Juez deberá evitar nuevas evaluaciones.

Al mismo tiempo, el precitado artículo contempló que cuando los agraviados sean menores de edad, personas adultas mayores y personas con discapacidad, corresponderá la participación de Fiscalía de Familia en la audiencia. En tal sentido el juez de familia, tendrá que procurar la asistencia legal a la víctima, durante la

¹¹⁰ Artículo 32° del Decreto Supremo N° 004-2019-MIMP, que modificó el Reglamento de la Ley N° 30364

audiencia de medidas de protección, y para la efecto solicitará el servicio legal del Centro Emergencia Mujer de la jurisdicción, y en aquellos zonas que no cuenten con dicha entidad, deberá comunicar a los servicios de Defensa Pública del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

4.3.2. Sobre el Recurso de Apelación que concede la medida de protección:

En cuanto al recurso de apelación de la resolución que resuelve dictar las medidas de protección o cautelares, puede ser interpuesto por el denunciado en la misma audiencia (si asistió) o en el transcurso de 3 días de haber sido notificado. Asimismo el artículo 42° del Decreto Supremo N° 004-2019-MIMP, agrego que cuando las víctimas sean niñas, niños o adolescentes, se les brindará los servicios de asistencia jurídica gratuita y defensa pública si se encuentran apersonados, pues será la Fiscalía de Familia o Mixta quienes podrán interponer recurso de apelación, y cuando la apelación sea interpuesta por la víctima, esta estará exonerada de cualquier pago de tasas judiciales.

Tenemos además que el artículo 43° del antes mencionado decreto supremo, el juez al conceder el recurso de apelación lo hará sin efecto suspensivo, esto es, dentro del plazo máximo de 3 días desde que fue presentado. Luego de haber concedido la apelación, el juez bajo responsabilidad, si los casos fuesen de riesgo leve o moderado, elevará el cuaderno a la sala de familia en un plazo no mayor de tres días, y si se presentaran casos de riesgo severo, lo elevará en un plazo no mayor de 1 día.

4.4. DIAGNÓSTICO GENERAL SEGÚN LA LEY N°30364:

De lo expuesto hemos podido determinar que la Ley N° 30364 que el legislador ha creado, fue con el propósito de erradicar la violencia contra la mujer y los integrantes de un grupo familiar, llegando a establecer distintas modalidades como son la violencia física, psicológica, sexual y económica; debiendo para tal efecto las autoridades de las entidades del Estado como el Ministerio Público, el Poder Judicial, el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, el Centro Emergencia Mujer, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, etc., intervenir y actuar diligentemente de forma inmediata, ante el conocimiento de actos de violencia ejercidas contra víctimas que protege dicha ley, asistiéndolos de forma gratuita, durante todo el proceso de la violencia.

De igual forma se diagnosticó, que ley en mención ha fijado dos etapas: la primera es la etapa protectora, que se encuentra a cargo del juez de familia, el mismo que se encargará de evaluar y dictar las medidas de protección adecuadas, a fin de salvaguardar la integridad física y psicológica de las víctimas; y la segunda es la etapa sancionadora, que estará a cargo del Órgano Jurisdiccional en materia penal quien deberá realizar las investigaciones ante la comisión de un delito que devenga de los actos de violencia.

Sin embargo, en el procedimiento para el dictado de medidas de protección, resulta siendo violatorio a los derechos fundamentales del denunciado, puesto en la audiencia oral no se le garantiza el derecho de defenderse ante un tribunal, en vista de que el juez de familia deberá dictar las medidas de protección dentro del plazo de 48 horas, si la víctima se encuentra en situación de riesgo leve o moderado, y en 24 horas, si se encuentra en situación de riesgo severo; en ese sentido se establece plazos muy cortos para preparar una defensa adecuada, atentando también contra el derecho a un plazo razonable en el proceso, ya que resultaría imposible que el denunciado prepare su defensa en 24 o 48 horas que la ley establece.

Es más, en la ley en cuestión solo se le garantiza el derecho a ser asistida por una defensa gratuita a la víctima, algo que no sucede con el denunciado o presunto agresor, considerando que no se le brinda dicho derecho, ya que en la mayor parte los denunciados son personas

con bajos recursos económicos, que se les imposibilita contratar a una defensa técnica, dado que es el Estado quien debe de garantizar la igualdad de las partes en un proceso.

4.5. ANÁLISIS DE LA PROTECCIÓN DEL DENUNCIADO EN UN ESTADO CONSTITUCIONAL, SEGÚN LA LEY N°30364:

La Constitución Política del Perú como ley fundamental debe ser respetado por toda la sociedad peruana, nadie debe contradecirla ni contravenir lo que establece la misma.

En cuanto a la protección constitucional del denunciado, nuestra Carta Magna ha reconocido el derecho de defensa como garantía en el inciso 14) del artículo 139, el cual es el Estado quien tiene la obligación de garantizarlo, a efecto de que toda persona que tenga la condición de denunciado o demandado en un proceso judicial se le brinde la oportunidad de defenderse y proteger sus intereses o derechos, y que no quede en un estado de indefensión.

De acuerdo a las convenciones y tratados internacionales el derecho de defensa, consiste en aquel derecho de ser oído, de ser asistido por un abogado de la libre elección del acusado o demandado, o en su defecto el derecho a contar con abogado de oficio cuando no se cuente con los medios para contratar.

Asimismo, tenemos que el derecho de defensa se engloba en la oportunidad del denunciado de alegar y probar procesalmente sus derechos o intereses en un plazo razonable, sin que pueda permitirse la resolución judicial inaudita parte.

Es necesario acotar, que la intervención del abogado no constituye una simple formalidad, puesto que su ausencia en un juicio, de plano implicaría una infracción grave que como consecuencia acarrearía nulidades e ineficacias de los actos procesales que se emitan sin su presencia. En ese sentido, tenemos que el derecho de defensa consiste en no quedar en estado de indefensión en cualquiera de las etapas de un proceso judicial, sea esto en el ámbito penal, civil, laboral, administrativo y en legislaciones especiales como por ejemplo la Ley N° 30364.

Igualmente, a propósito del reconocimiento del Derecho de Defensa por nuestra Constitución, la Ley Orgánica del Poder Judicial en su artículo 295° al 304° se garantiza la gratuidad de la defensa como deber del Estado, a las personas de escasos recursos económicos, donde los magistrados deberán solicitar los servicios de defensa a los colegios de abogados quienes designarán al abogado que coadyuvara en el proceso.

Simultáneamente la Ley Orgánica del Ministerio Público, Decreto Legislativo N° 052 en garantía del derecho de defensa en el artículo 10° ha señalado que el Fiscal Penal en cuanto tenga conocimiento de la detención de una persona, deberá comunicarse con el mismo para a efecto de asegurarle el derecho de defensa.

A su vez, tenemos que la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, su artículo 161°; el Código Procesal Constitucional, su art 25° inciso 12, Concordante con el artículo 4° (tercer párrafo); el Código Procesal Penal, artículo IX del Título Preliminar y el artículo 80° al 85°, Concordante con el artículo 71° del mismo cuerpo de ley; el Código del Niño y Adolescentes, su artículo 187°; el Código Militar Policial art XI, Título preliminar, Concordante con el artículo 207°, 212° al 216°, del mismo cuerpo normativo; y el Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, artículos 80°, 109° al 112°, 189°, 213°, garantizan el derecho de defensa de los denunciados o demandados.

Por lo tanto, la Ley N° 30364 no puede ser la excepción, ésta también debe garantizar el derecho de defensa del denunciado. En ese orden de ideas, el derecho de defensa es indispensable ante todo ordenamiento jurídico, ya que lo que se busca es el deber de proteger una parte medular del debido proceso, en efecto a las partes que se encuentren en un proceso o juicio se les debe de garantizar la posibilidad jurídica y fáctica de ser debidamente citadas, oídas y vencidas mediante elementos probatorios que resulten contundentes y suficientes, puesto que el derecho de defensa garantizará que ello sea así.

4.6. ANÁLISIS DE LA AFECTACIÓN DEL CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO DE DEFENSA:

Al respecto, de haber analizado todo lo concerniente a la Ley N° 30364, *prima facie* se observa que el plazo de 48 horas cuando la víctima se encuentra en situación de riesgo leve o moderado, y el plazo de 24 horas cuando se encuentra en situación de riesgo severo establecido en el artículo 16°, que tienen los jueces de familia para dictar las medidas de protección, resulta siendo un plazo violatorio al contenido esencial del derecho de defensa, ya que dicho derecho se engloba en la oportunidad que debe tener el denunciado para alegar y probar procesalmente sus derechos o intereses en un plazo razonable, sin que pueda permitirse la resolución judicial *inaudita parte*.

Además, se determinó que dicha ley le otorga la facultad al juez de familia de poder prescindir de la audiencia oral y, con respecto a ello, cabe indicar que el 12 de diciembre de 2016, se desarrolló la audiencia del Pleno Jurisdiccional de Familia en la Corte Superior de Justicia de Ventanilla, con la finalidad de debatir si “*se puede dictar medida de protección prescindiendo de la realización en audiencia oral a que hace referencia el artículo 16° de la Ley N° 30364*”; sin embargo, el pleno determinó lo siguiente: “*No es factible prescindir de la realización de la audiencia de medidas de protección, toda vez que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16° de la Ley N° 30364, en el plazo máximo de setenta y dos horas, siguientes a la interposición de la denuncia, el Juzgado de Familia o su equivalente procede a evaluar el caso y resuelve en audiencia oral la emisión de las medidas de protección requeridas que sean necesarias*”.

Entonces la posición que ha tomado la Corte Superior de Justicia de Ventanilla en el Pleno Jurisdiccional antes mencionado, nos conlleva a deducir que solo toma en cuenta sobre la importancia de la audiencia oral de medidas de protección, pero no sobre lo indispensable que es la asistencia de la supuesta agraviada y del presunto agresor.

A propósito de ello, la Dra. Carmen Torres Valdivia, Jueza del 15° Juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima, en un conversatorio sobre las medidas de protección, realizado el 24 de mayo del 2017, sostuvo que “*la audiencia oral para dictar las medidas*

de protección es muy importante, porque en la audiencia uno ve muchas cosas, aprecia quien verdaderamente está mintiendo y quien es la persona que tiene responsabilidad y cuáles son las medidas de protección que se debe aplicar, es por ello que la audiencia siempre debe llevarse a cabo”. Por lo tanto para la citada magistrada es indispensable la presencia de la supuesta víctima y el presunto agresor, porque ante la asistencia de ambos, ayudará a resolver y emitir una resolución motivada.

Diferente fue la posición de la Dra. Aurora Quinatana Gurt Chamorro, Jueza del 4° Juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima, al señalar que no ve la necesidad de realizar la audiencia de medidas de protección, *porque en su caso, como en el caso de otras magistradas que también conforman la Corte de Lima, no vienen haciendo la audiencia especial, no obstante así lo dice la ley y su reglamento, porque la función del juez de familia, es solamente una función tuitiva, de protección (...), y basta calificar en que se sustenta el hecho, de acuerdo a la declaración que ha dado la víctima ante la comisaria o en el Centro Emergencia Mujer (CEM), para otorgar o no medidas de protección.* Entonces para la citada magistrada, no es necesaria la realización de la audiencia oral de medidas de medidas de protección porque solo tiene una función tuitiva, y para dictarlas solo le basta la declaración de la víctima y nada más, un caso semejante a la resolución sobre medidas de protección del anexo 3, dictado por el juez especializado en los civil de la Provincia de Ferreñafe, por lo tanto, estamos ante una acción que gravemente atenta contra el derecho de defensa del denunciado, es evidente que no se le brinda las garantías para preparar su defensa.

Por otro lado, sobre la convocatoria de la audiencia la cuestionada ley desde el momento de su entrada en vigencia, estableció que la audiencia podría realizarse con la sola presencia de la víctima, y con respecto al denunciado el juez cuando lo considere necesario podrá citarlo. Sin embargo, ante diversos cuestionamientos al artículo 16° de la ley en mención y su reglamento, este fue modificado por el Decreto Legislativo N° 1386 y su reglamento Decreto Supremo N° 004-2019-MIMP, añadiendo que el juez podrá citar a las partes a través del medio más célere como facsímil, teléfono, correo electrónico personal o cualquier otro medio de comunicación, sea de manera directa o a través de su representante legal.

De lo expuesto precedentemente se tiene que legislador únicamente se dedicó a establecer la forma de cómo el juez de familia puede notificar a las partes, dejando en el vacío respecto a obligación de citar al denunciado, puesto como lo ya señalado es de suma importancia su presencia en la audiencia oral.

Además se agregó, que la audiencia puede ser convocada mediante cédula de notificación sin que se exceda del plazo previsto en la ley para su realización. Al respecto cuando nos referimos al plazo previsto en la Ley N° 30364 antes de su modificación, el artículo 16° señalaba que de interpuesta la denuncia el juez de familia dentro del plazo de 72 horas deberá evaluar el caso y resolver en audiencia oral la medidas de protección necesarias, por ejemplo, si “A” denuncia a “B” el lunes 04 de marzo el juez tendrá que evaluar el caso y dictar las medidas de protección hasta el jueves 07 de marzo, entonces es evidentemente que es un plazo muy corto para que el juez realice dichas diligencias.

Es más el Decreto Legislativo N° 1386 y su reglamento Decreto Supremo N° 004-2019-MIMP, en vez de solucionar el problema se dedicó solamente a recortar el plazo, contemplando que si la víctima presenta riesgo leve o moderado, riesgo que según la ley deberá ser determinado en la ficha de valoración de riesgo, el juez resolverá en el plazo máximo de 48 horas, y más aún que si la víctima presenta riesgo severo, que se identifique en la ficha de valoración de riesgo, resolverá en el plazo máximo de 24 horas.

Entonces nos preguntaremos ¿Podrá el juez notificar debidamente a las partes en el plazo de 48 o 24 horas? ¿Podrá el juez revisar a fondo el caso y resolver las medidas de protección en 24 o 48 horas? La respuesta de ambas interrogantes sería que no, puesto que solo conllevaría, a que los jueces de familia se dediquen a mirar el expediente, dictar las medidas de protección y remitirlo a la fiscalía penal, sin revisarlo detalladamente y sin darle la oportunidad de defenderse al denunciando, tal y como lo detalló la jueza de familia Dra. Carmen Torres Valdivia en el conversatorio sobre medidas de protección, realizado el 24 de mayo del 2017, quien determino que el plazo de 72 horas como uno de los problemas de la Ley N° 30364.

En efecto, cabe resaltar que el derecho defensa se engloba en la oportunidad que debe tener el denunciado para alegar y probar procesalmente sus derechos o intereses en un plazo de forma razonable, sin que pueda permitirse la resolución judicial inaudita parte, el cual evidentemente no resulta garantizado por la Ley N°30364, puesto que el plazo que el juez de familia tiene para dictar medidas de protección es de 48 horas (riesgo leve o moderado), y de 24 horas (riesgo severo), por lo que no resulta un plazo razonable para preparar una defensa eficiente.

Si bien es cierto, la nueva ley N° 30364, significa un avance positivo para el estado con el fin de luchar contra la violencia hacia las mujeres y otros integrantes del grupo familiar, asegurando la protección de las víctimas y agilizando los trámites del mismo, quienes deben ser atendidas inmediatamente para recibir sus denuncias, y ser evaluadas por los profesionales. Empero, eso no justifica para que el legislador cree leyes recortando y afectando el derecho de defensa del denunciado.

Por otra parte dicha ley también estableció que la audiencia de medidas de protección es inaplazable y se llevará a cabo con los sujetos procesales que se encuentren presentes, entonces que sucedería si la dirección es inexistente y al juez se le vence el plazo y no da con el domicilio de la víctima o del denunciado para citarlos a la audiencia oral, según la ley establece que se dejará constancia de la inasistencia las partes y se procederá a su realización; consecuentemente el juez de familia tendrá que dictar las medidas de protección con la sola denuncia de la víctima y la ficha de valoración de riesgo que se le aplica, tal y como se aprecia en las resoluciones que se anexan en la presente tesis.

Otro punto muy importante que se ha podido determinar sobre la realización de la audiencia, es que el artículo 36° del Decreto Supremo N° 004-2019-MIMP establece que el Juez de Familia deberá procurar que la víctima cuente con asistencia legal durante la audiencia de medidas de protección, del cual solicitará la participación del servicio legal del Centro Emergencia Mujer de la jurisdicción, y en aquellos lugares donde éstos no puedan brindar la atención, comunicará a los servicios de Defensa Pública del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Por lo que es importante señalar que dicho precepto a su vez deja de

lado la presencia del denunciado, puesto que solo se dedica a proteger y garantizar los derechos de la supuesta víctima en la audiencia, y no los derechos del denunciado, el juez debe tener en cuenta que este último también merece ser defendido o asistido por un abogado defensor, por lo tanto, el juez debe al menos garantizar la presencia del abogado del denunciado, bien sea designado libremente por él o si no tuviera los medios necesarios para contratar a uno, el juez debe designarle un defensor público, aplicando las reglas establecidas en materia penal.

Por otro lado, sobre el recurso de apelación de la resolución que resuelve dictar las medidas de protección o cautelares, se estableció que este puede ser interpuesto por el denunciado en la misma audiencia o en el transcurso de 3 días de haber sido notificado; pero que sucedería si el juez desconociendo el domicilio del denunciado realiza la audiencia oral y dicta las medidas de protección, entonces al no asistir a la audiencia, el denunciado no podrá apelar dicha resolución en el momento ni tampoco podrá apelar la resolución en tres días porque la notificación nunca será válida si se desconoce el domicilio del denunciado, y como consecuencia lo resuelto por el juez quedará consentida.

En tal sentido, de lo que hemos venido precisando encontramos una grave afectación al contenido esencial del derecho de defensa del denunciado. Los jueces de familia como administradores de la justicia siempre deben tener en cuenta que el derecho de defensa es esencial en todo ordenamiento jurídico, ya que mediante este derecho se busca proteger una parte medular del debido proceso y que las partes en un juicio deben estar en la posibilidad jurídica y fáctica de ser citadas de forma debida, oídas y vencidas mediante prueba evidente y suficiente.

También los jueces deben considerar que muy ligado con el ejercicio pleno del derecho de defensa, está el acto procesal de notificación de las distintas resoluciones judiciales, en el sentido que resulta relevante conocer los hechos que se atribuyen, los fundamentos jurídicos aplicados, y la consistencia de una resolución para poder realizar una adecuada defensa.

Asimismo, el derecho de defensa tiene vigencia plena en todo el proceso, ya que este se proyecta a todas las etapas y todas las articulaciones que se pudiera comprender en el

proceso, como es en el caso del uso de los recursos impugnativos, puesto que el derecho de defensa se engloba en el derecho de intervenir en el proceso aunque su situación se vea afectada, pues se integra el derecho a hacer alegaciones en aplicación del principio de igualdad que deben ostentar las partes dentro del proceso, que directamente se concatena con el derecho a presentar y usar los medios probatorios que le resulten pertinentes.

De lo expuesto tenemos a Gil Dominguez A. y otros (2006), citando a Martha Mattera, expresa lo siguiente “No nos engañemos, lo que el juez hace al disponer inaudita parte, por ejemplo, la clásica de exclusión del hogar, aun cuando sea por un tiempo breve y determinado, no es otra cosa que el ejercicio de un acto violento por el cual se saca de su casa a un persona que quizás no tiene otra lugar donde vivir, que no ha podido defenderse de acusaciones que desconoce – ciertas o no- y que no tiene otra alternativa que aceptar el cumplimiento de la medida de semejante entidad (...) Otro tanto ocurre cuando se decreta la prohibición de acercamiento, que en la mayor parte de los casos incluye una interrupción de contacto entre padre e hijo”.¹¹¹ Por lo tanto los jueces como directores del proceso deben velar por los derechos de las partes en el proceso actuando con diligencia al otorgar las medidas de protección.

De acuerdo a lo ya señalado en los acápites precedentes, la ley afecta contra el contenido esencial del derecho de defensa al no otorgársele las mínimas garantías al denunciado para ejercer su derecho de defensa, recogido y reconocido como derecho humano en los tratados internacionales y por la Constitución Política del Perú.

En consecuencia se concluye que Ley N° 30364 no ha regulado las garantías mínimas que el denunciado debe tener para ejercer su derecho de defensa, razón por la cual, es importante que los jueces consideren que dicho debe ser garantizado desde el inicio hasta el final del proceso. Por lo tanto, al no contarse con algún precepto normativo para regular y controlar las actuaciones de los magistrados, conviene proponer la modificación y/o incorporación del

¹¹¹ Gil Domínguez, Andrés y otros (Buenos Aires-2006), “*Derecho Constitucional de Familia*”- Tomo I. Pg. 433

artículo 16° de la Ley N° 30364, y así no afectar el contenido esencial del derecho de defensa de los denunciados por violencia.

4.6.1. Análisis de las resoluciones dictas por el Juzgado de Familia de la Provincia de Ferreñafe:

Del Expediente N° 06961-2018-0-1707-JR-FT-01: (Anexo N°1).

Del análisis de la Resolución N° Dos sobre el otorgamiento de medidas de protección, dictado por el Juez del Juzgado Especializado Civil de la Provincia de Ferreñafe, se extrae que la parte agraviada al igual que la parte denunciada no asistieron a la audiencia oral, solo dejándose constancia que en el expediente obra la ficha de valoración de riesgo practicada a la supuesta agraviada y el Acta de Denuncia Verbal, los cuales para el juez solo resultan suficientes para que se dicte las medidas de protección a favor de la supuesta agraviada.

Lo que llamo la atención en dicha resolución, es que el juez señala lo siguiente “(...) Se deja constancia que en autos no aparece la pericia psicológica practicada a la denunciante, documento que permitiría determinar de manera objetiva la agresión sufrida por la víctima (...)”. Lo cual conlleva a concluir que el juez solo opta por acreditar la violencia con la sola sindicación de la supuesta agraviada, careciendo en ese sentido de sustento para dictar las referidas medidas de protección.

Por otra parte, resulta también importantísimo tener en cuenta que en la cuestionada resolución creo que el juez se olvidó que en dicho proceso también existe otra parte que es el denunciado, puesto que en ningún fundamento menciona que haya sido notificado dándole a conocer la realización de la audiencia oral, o que en el hipotético caso haya sido notificado debidamente, en dicha acta al menos de debió dejar constancia de ello y se le debió nombrar un abogado de oficio para que lo represente en la audiencia oral. Sin embargo no sucedió en dicho acto; por lo que se concluye que gravemente existe la vulneración al derecho de defensa del denunciado.

Del Expediente N° 06952-2018-0-1707-JR-FT-01: (Anexo N°2).

Sobre el análisis del caso sobre violencia contra los integrantes del grupo familiar, recaída en el Expediente N° 06952-2018-0-1707-JR-FT-01; obra el Acta de Registro de la audiencia oral del dictado de medidas de protección, en dicha acta de dejo constancia de la inasistencia de la supuesta agraviada denunciante y de la presunta agresora, y no se dejó constancia que hayan sido notificados válidamente.

También se extrae que el juez solo consideró que en el expediente solo obraba el Acta de Intervención Policial y la declaración de la agraviada, no obrando la ficha de valoración de riesgo, ni la pericia psicológica que permitiría determinar la agresión sufrida a la víctima. Sin embargo el juez en el presente caso dicta las medidas de protección sin sustento alguno, ya que no basta o no resulta ser suficiente la denuncia y la declaración de la supuesta víctima.

Similar al caso anterior, en el presente caso el juez se olvidó de la parte denunciada al no obrar en autos ni siquiera su declaración, ni la pericia psicológica, ni la presencia de un abogado particular o de oficio. Por lo que dicha resolución carece de motivación, puesto que no se explica las razones para llegar a dicha conclusión, por el hecho de no habersele brindado la oportunidad mínima al denunciado para defenderse de lo que se le imputa.

Entonces en el presente caso también estamos ante otra grave afectación al derecho de defensa del denunciado.

Del Expediente N° 12107-2018-0-1707-JR-FT-01: (Anexo N°3).

Visto el Acta de Registro de la audiencia de medidas de protección recaído en el Expediente N° 06952-2018-0-1707-JR-FT-01; se extrae que en dicha audiencia no se presentó la parte denunciante ni la parte denunciada.

Además se tiene que en el expediente solo obra la denuncia de intervención policial, más no otros elementos suficientes que acrediten la violencia ejercida en contra de la

supuesta víctima. Sin embargo, el juez sin sustento alguno y solo amparándose de la Ley N° 30364 dicta las medidas de protección a favor de la denunciante.

Por otro lado también se observa que en ningún de los fundamentos de la resolución el juez tiene en cuenta al denunciado, puesto que no consideró ni siquiera dejó constancia que haya sido notificado válidamente sobre la realización de la audiencia, y más aun no obra su declaración ni los fundamentos de su defensa, ya que en dicho caso no se advierte con certeza la violencia que la supuesta víctima alega.

Asimismo se advierte que el juez ha obviado en brindar un abogado de oficio al denunciado para que lo represente en dicha audiencia ante su inasistencia. Por lo tanto concluimos que en dicho acto se afecta gravemente el derecho de defensa del denunciado.

4.7. PROPUESTA LEGISLATIVA:

En cuanto a la propuesta legislativa soy de la opinión de que se debe modificar e incorporar un párrafo en el artículo 16° de la Ley N° 30364, Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar, con el objeto de garantizar el derecho reconocido por nuestra constitución en su artículo 139° inciso 14, correspondiente al contenido esencial del derecho de defensa de los denunciados en procesos de violencia familiar, en los siguientes términos:

“Artículo 16. Proceso Especial

El proceso especial de violencia contra las mujeres e integrantes del grupo familiar se realiza teniendo en cuenta lo siguiente:

- a. En caso de riesgo leve o moderado, identificado en la ficha de valoración de riesgo, el juzgado de familia, en el plazo máximo de cuarenta y ocho (48) horas, contadas desde que toma conocimiento de la denuncia, evalúa el caso y resuelve en audiencia la emisión de las medidas de protección y/o cautelares requeridas, que sean acordes con las necesidades de la víctima.
- b. En caso de riesgo severo, identificado en la ficha de valoración de riesgo, el juzgado de

familia, en el plazo máximo de veinticuatro (24) horas, contadas desde que toma conocimiento de la denuncia, evalúa el caso y emite las medidas de protección y/o cautelares requeridas, que sean acordes con las necesidades de la víctima. En este supuesto el Juez puede prescindir de la audiencia.

*El juzgado de familia, por el medio más célere, comunica a la víctimas y al denunciado la realización de las medidas de protección mediante facsímil, teléfono, correo electrónico personal, cédula de notificación o cualquier otro medio de comunicación, sea de manera directa o a través de su representante legal designado por los mismos o **si no contaran con los medios para contratar a uno se les brindará un defensor público, dejándose constancia de dicho acto.***

La audiencia se realiza con la presencia de la víctima y del denunciado. No será obligatoria la presencia de la víctima en la audiencia cuando existan graves y fundados elementos de convicción que acrediten la violencia.

La audiencia será inaplazable cuando se conozca el domicilio de las partes y hayan sido notificados válidamente. Si el juez de familia desconociera el domicilio de la víctima y del denunciado, fijará nueva fecha para su realización, previo requerimiento a la denunciante, persona u ente legitimado a efectos que señale una dirección real y precisa donde deba ser notificado el denunciado.

Si el denunciado de haber sido notificado válidamente no asiste a la audiencia se le designará un defensor público quien se encargará de representarlo durante su realización a efecto de no atentar con su derecho de defensa.

4.7.1. ANALISIS DE LA PROPUESTA LEGISLATIVA:

Ahora bien, con respecto a la propuesta legislativa diseñado líneas arriba, hemos señalado la incorporación del siguiente texto en el artículo 16° de la Ley N° 30364: ***(...) si no contaran con los medios para contratar a uno se les brindará un defensor público, dejándose constancia de dicho acto (...).***

Proponemos la incorporación del precitado texto, puesto que en el artículo 16° no se hace mención respecto a la defensa legal que deben tener ambas la partes en la audiencia oral, esto se debe que ante la modificación del Reglamento de la Ley N° 30364, por el Decreto Supremo N° 004-2019-MIMP, en el artículo 36° numeral 5), el Legislador solo se refiere a la asistencia legal que debe tener la víctima durante el proceso, dejando completamente de lado la asistencia legal que también debe tener el denunciado, ya que en su gran mayoría muchos optan por no asistir a la audiencia porque no tienen las condiciones para contratar a un abogado de su elección, y ante tal situación se le debe brindar un defensor público, ya que por más que haya ejercido violencia contra la víctima el Estado no puede actuar de forma discriminatoria y desampararlo durante el proceso. Considerando siempre que existe un principio que debe ser aplicado por los jueces durante el proceso que es el principio de igualdad procesal de las partes.

Con respecto a la incorporación del texto siguiente: ***(...) La audiencia se realiza con la presencia de la víctima y del denunciado. No será obligatoria la presencia de la víctima en la audiencia cuando existan graves y fundados elementos de convicción que acrediten la violencia (...)***

Hemos diseñado el presente texto porque resulta importante la presencia de la víctima y del denunciado durante la audiencia oral, debido a que comparto lo expuesto por la Dra. Carmen Torres Valdivia, Jueza del 15° Juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima, quien sostuvo que cuando la violencia no es debidamente

acreditada el juez puede apreciar quién miente y quien es la persona responsable de los actos de violencia y que medidas de protección deben aplicarse. Añadimos que la presencia de la víctima en la audiencia oral no será obligatoria cuando existan suficientes elementos de convicción que acrediten los actos de violencia, por ese sentido resulta innecesaria su presencia, ya que la misma puede ser intimidada por el agresor durante su realización.

Sobre el texto que proponemos agregar de que (...) ***La audiencia será inaplazable cuando se conozca el domicilio de las partes y hayan sido notificados válidamente. Si el juez de familia desconociera el domicilio de la víctima y del denunciado, fijará nueva fecha para su realización, previo requerimiento a la denunciante, persona u ente legitimado a efectos que señale una dirección real y precisa donde deba ser notificado el denunciado (...).***

Considero que la audiencia debe ser inaplazable cuando realmente se haya notificado válidamente a la víctima y al denunciado, porque de cierta forma el denunciado va a conocer la fecha y hora de la realización de la audiencia y por ende preparar su defensa, que por cierto no será en un plazo razonable porque el plazo que tiene el juez para realizar la audiencia han sido recortados, pero la idea es darle las garantías mínimas para que el denunciado se defienda ante un tribunal y solo podrá hacerlo si se le ha notificado válidamente. Si se desconociera el verdadero domicilio de la víctima y la del denunciado, no resulta conveniente la realización de la audiencia oral porque de ser así, se recortaría los derechos del denunciado, privándole de cierto modo su derecho a ejercer su defensa, ya que solo conllevaría que en la praxis el juez de familia solo valore la sindicación de la víctima, por eso es importante que el juez antes de fijar nueva fecha para la reprogramación de la audiencia, debe requerir a la denunciante, o ente legitimado la dirección exacta del denunciado, ya que muchas veces los domicilios señalados por los denunciantes no son exactos o también pueden ser inventados, con la finalidad de obtener un beneficio particular.

Respecto al siguiente texto: (...) ***Si el denunciado de haber sido notificado válidamente no asiste a la audiencia se le designará un defensor público quien se encargará de representarlo durante su realización a efecto de no atentar con su derecho de defensa.***

Lo he diseñado y se requiero su incorporación, debido a que en sendas ocasiones cuando al denunciado se le ha notificado válidamente, tenemos que hacen caso omiso a lo fijado por el juez y no asisten a la audiencia. Pues como lo hemos venido exponiendo que los jueces como directores del proceso deben de velar por los derechos de las personas, considerando el principio de igualdad procesal. Es por ello que ante la inasistencia del denunciado, se le debe asignar un defensor público para que lo representara durante la audiencia, con el propósito de no atentar contra el contenido esencial de defensa.

CONCLUSIONES:

PRIMERA:

Del análisis de la Ley N° 30364, se concluye que *prima facie* se observa que el plazo de 48 horas cuando la víctima se encuentre en situación de riesgo leve o moderado, y el plazo de 24 horas cuando se encuentre en riesgo severo, establecido en el artículo 16°, que tienen los jueces de familia para dictar las medidas de protección, resulta siendo un plazo violatorio al contenido esencial del derecho de defensa, ya que dicho derecho se engloba en la oportunidad que debe tener el denunciado para alegar y probar procesalmente sus derechos o intereses en un plazo razonable, sin que pueda permitirse la resolución judicial *inaudita parte*.

SEGUNDA:

Asimismo, del análisis de la investigación se concluye, que los plazos que tienen los jueces de familia al dictar las medidas de protección, solo conlleva a que se dediquen a mirar el expediente, dictar las medidas de protección y remitirlo a la fiscalía penal, sin revisarlo detalladamente y sin darle la oportunidad de defenderse al denunciando.

TERCERA:

De la investigación también se concluye, que en aplicación de Ley N° 30364, encontramos una grave afectación al contenido esencial del derecho defensa del denunciado. Los jueces de familia como administradores de la justicia siempre deben tener en cuenta que el derecho de defensa es esencial en todo ordenamiento jurídico, ya que mediante este derecho se busca proteger una parte medular del debido proceso y que las partes en un juicio deben estar en la posibilidad jurídica y fáctica de ser citadas de forma debida, oídas y vencidas mediante prueba evidente y suficiente.

SUGERENCIAS

PRIMERO:

Exhortar al decano de la Universidad Particular de Chiclayo proceda en elevar la presente tesis al Congreso de la Republica para su discusión, debate, aprobación y publicación correspondiente de la propuesta legislativa con el fin de modificar el artículo 16° de la Ley 30364, Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres y los Integrantes del Grupo Familiar.

SEGUNDO:

Sugerir, se fomente a través del Poder Judicial la realización de Plenos Supremos, a efecto de que los operadores judiciales unifiquen criterios de aplicación en los procesos de violencia familiar con el propósito de no afectar el contenido esencial del derecho de defensa del denunciado

TERCERO:

Sugerir, a los operadores judiciales para que a través del Poder Judicial y vía Resolución Administrativa cumplan con observar escrupulosamente que el ordenamiento jurídico nacional ha reconocido garantías, principios y derechos, para garantizar el ejercicio del derecho de defensa de aquellas personas que se encuentren inmersas en un proceso judicial y así no atentar contra su contenido esencial como derecho fundamental reconocido universalmente.

BIBLIOGRAFIA

- A. BOSSERT, Gustavo y A. ZANNONI, Eduardo (2004) *“Manual de Derecho de Familia” (Sexta Edición actualizada)*. pág. 1
- AGUILAR LLANOS, Benjamín (2016) *“Tratado de Derecho de Familia”*. p. 23
- BRAGUE CAMAZANO, Joaquín, Ob. Cit. Pag. 72-73
- BRAGUE CAMAZANO, Joaquín, Ob. Cit. Pág. 234
- CARPIZO, Jorge, Ob. Cit. Pág.13
- CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *“La Persona y Derechos Humanos”*. p. 152
- CASTILLO CORDOVA, Luis *“El significado del contenido esencial de los Derechos Fundamentales”* Ob. Cit. Pág. 145
- CASTILLO CORDOVA, Luis. *“El significado del contenido esencial de los Derechos Fundamentales”* Ob. Cit. Pág. 147
- CASTAÑEDA OTSU, Susana, La Constitución Comentada, pág. 561 – 562
- CESAR BELLUSCIO, Augusto (2008), *“Manual de derecho de Familia”*. Buenos Aires. P. 41-52
- CRUZ ETO, Gerardo y otros (2011), *“El Tribunal Constitucional reescribe el Derechos”, estudios sobre incidencia de la jurisprudencia constitucional en las diferentes especialidades del Derecho”* Gaceta Constitucional, Primera edición, Lima - p. 60.
- CRUZ VILLALON, Pedro y PARDO FALCON, Javier (2000) *“Los Derechos Fundamentales en la constitución española de 1978”* Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Año XXXIII N° 97. p. 67
- DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA
- ESCRIVÁ IVARS, Javier (2008). *“Relectura de la obra científica de Javier Hervada. Gráficas Egúzquiza*. Universidad de Navarra. Pamplona. pág. 414.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos (2016): *“Derecho de las Personas”* – Análisis de cada artículo del Libro Primero del Código Civil peruano de 1984.
- FREIXES SANJUAN, Teresa (1998), *“El contenido esencial de los derechos fundamentales a través de los límites en una formulación positiva. Análisis a partir del artículo 20 de la constitución española”*, en aa. Vv., X Jornadas de estudio., Madrid, vol. I, p. 511.

Gil Domínguez, Andrés y otros (Buenos Aires-2006), *“Derecho Constitucional de Familia”* - Tomo I. Pg. 433

HERNANDEZ RENGIFO, Freddy y CAMPOS BARRENUZUELA, Edhin, (2008) *“Curso desarrollado de Derechos Humanos – UNED – Madrid”*, primera edición, Lima – p. 122.

HUERTA GUERRERO, Luis A. (2003) *“El derecho a la Igualdad”*. Lima, Pág. 308

LOTHER Michel, Ob. Cit. Pág.166

MESIA, Carlos (2004). Exegesis del Código Procesal Constitucional. Gaceta Jurídica Primera edición. Lima. Pág. 105

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (Octubre -2012) *“Compendio de Derechos Humanos: Tratados Internacionales de los que el Perú es parte”*. Pág. 60

MONTERO, Diana y SALAZAR, Alonso -*“Derecho de Defensa en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana De Derechos Humanos”*(pág. 103)

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, Ob. Cit. p. 58

NOGUIERA ALCALA, Humberto, *“Teoría y dogmática de los Derechos Fundamentales”* Ob. Cit. p. 245

PARRA BENÍTEZ, Jorge, (2008) *“Derecho de Familia”*. Bogotá – Colombia. P. 73

PLÁCIDO VILCACHAGUA, ALEX (2017) *“Medidas de Protección en casos de Violencia Familiar-AMAG-Perú”*: Publicado el 24 de marzo del 2017.

PRIETO SANCHEZ, Luis, *“Derechos Fundamentales”* Ob. Cit. Pág. 57

QUIROGA, León, Ob, Cit, p. 322

RAMOS RÍOS, M. (2008) Violencia Familiar, medidas de protección para las víctimas de las agresiones intrafamiliares. Idemsa, Lima, pág. 181

RIOJA BERMÚDEZ, Alexander (2018) *“Constitución Política del Perú Comentada y su aplicación jurisprudencial”*. p. 25-26

RIOJA BERMUDEZ, Alexander (2018), *“Constitución Política Comentada y su aplicación Jurisprudencial”*.- p. 585

SANCHEZ GIL, Rubén, *“El principio de Proporcionalidad”* Universidad Nacional Autónoma de México, serie “Estado de Derecho y Función Judicial, Pág. 111

SALAZAR LAYNES, Juan Ulises “*El contenido esencial de los derechos constitucionalmente protegidos*”. Ob. Cit. Pág. 146

TICONA POSTIGO, Víctor – “El Debido Proceso Civil”. 1ra. Edición Lima-Perú. p. 138

VARSÍ ROSPIGLIOSI, Eduardo (2011), “*Tratado de Derecho de Familia*” - La nueva teoría institucional y jurídica de la familia – Tomo I, pág., 48-49.

LINKOGRAFIA

AGUDELO RAMÍREZ, Martín – “*El debido proceso*”. Recuperado de: Users/Usuario/Downloads/Dialnet-ElDebidoProceso-5238000.pdf.

ALBERDI, Inés (1999) “*Resumen de La Nueva Familia Española*”. p. 1. Recuperado de: <http://www.marisolcollazos.es/Sociologia-complemento/Alberdi/Resumen-la-nueva-familia-espanola.pdf>

APAZA, Rubén (2013) “*Derecho Civil de las Personas*”. Recuperado de: <https://www.rubenapaza.com/2013/08/derecho-civil-personas.html>.

Centro de Estudios y Formación Integral de la Mujer (CEFIM) (mayo-2012) “*Congreso Mundial de Familias*”. Recuperado de: http://www.cefim.org.mx/index.php?option=com_content&view=article&id=290%3Aavi-congreso-mundial-de-familias&catid=64%3Afilial-jalapa&Itemid=154&lang=es

CONTRERAS, Sebastián (2012)- Universidad de los Andes – “*Luigui Ferrajoli y los Derechos Fundamentales*”. Recuperado de: [C:/Users/Usuario/Downloads/Dialnet-FerrajoliYLosDerechosFundamentales-4037665%20\(2\).pdf](http://Users/Usuario/Downloads/Dialnet-FerrajoliYLosDerechosFundamentales-4037665%20(2).pdf)

DOMÍNGUEZ LÓPEZ, Isabel (2005) “*Apuntes de Psicología Colegio Oficial de Psicología*”, Vol. 23, número 2, págs. 209-218. Recuperado de: <http://www.apuntesdepsicologia.es/index.php/revista/article/viewFile/92/94>.

EGUIGUREN PRAELI, Francisco J. “*Principio de igualdad y derecho a la no discriminación*”. Recuperado de: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/viewFile/15730/16166>

ETO CRUZ, Gerardo y PALOMINO MANCHECO, José, “*Principios, derechos y garantías: problemas escogidos*”. Recuperado de: www.garciabelaunde.com.

FERRER ARROYO, Francisco Javier “*El debido proceso desde la perspectiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*”. Recuperado de: https://www.palermo.edu/derecho/revista_juridica/pub-14/Revista_Juridica_Ano14-N1_06.pdf.

HUERTA GUERRERO, Luis Alberto, “*Derecho a la Igualdad*”. Recuperado de:
[file:///C:/Users/Usuario/Downloads/7686-30153-1-PB%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Usuario/Downloads/7686-30153-1-PB%20(1).pdf)

Informe Estadístico del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables (Febrero-2018).
Recuperado de:
https://www.mimp.gob.pe/files/programas_nacionales/pncvfs/publicaciones/informe-estadistico-02_2018-PNCVFS-UGIGC.pdf

NAVARRO CUIPAL, Monika Giannina - “*Los Derechos Fundamentales De La Persona*”.
Recuperado de:
<https://www.derechoycambiosocial.com/revista021/derechos%20fundamentales%20de%20la%20persona.pdf>

NAKAZAKI SERVIGÓN, César Augusto “*Análisis del Derecho Constitucional a no ser Condenado en Ausencia*”. Recuperado de:
www.snakazaki.com/storage/app/uploads/public/595/5c6/fe1/5955c6fe16767372082559.pdf

OLGUÍN, José A. (1949) “*La Persona Humana éticamente considerada*” - Actas del Primer Congreso Nacional de Filosofía, Mendoza, Argentina. Recuperado de:
<http://www.filosofia.org/aut/003/m49a1322.pdf>

PALACIO RODRIGUEZ, Leopoldo. “*La Persona Humana*”. Recuperado de:
<file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Dialnet LaPersonaHumana-4858757%20>

PIZARRO-MADRID, Carlos (2017- Piura), “*Naturaleza jurídica de las medidas de protección en un proceso de violencia familiar*”: Recuperado de:
https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/2913/DER_097.pdf?sequence=

Revista de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO). “*Igualdad de Género*”. Recuperado de:
<https://es.unesco.org/creativity/sites/creativity/files/digital-library/cdis/Iguldad%20de%20genero.pdf>

SANCHEZ GIL, Rubén, Recuperado de:
<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2422/12.pdf>.

VENTURA ROBLES, Manuel E. “*Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de acceso a la justicia e impunidad*”. Recuperado de:
<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r24428.pdf>. P. 3

Vida SV “*La Familia es la Institución más relevante de la sociedad*”. Recuperado de:
<https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/ProtectionFamily/CivilSociety/VidaSV.pdf>

ZAYAT, Demián, comentario al fallo “González de Delgado, Cristina y Otros contra la Universidad Nacional de Córdoba s. Amparo. Recuperado de:
file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Igualdad_en_el_acceso_a_la_educacion._Co.pdf

OTRAS REFERENCIAS:

- Normatividad:

Artículo 139. 3 de la Constitución Política del Perú de 1993.

Artículo 103 de la Constitución Política del Perú de 1993.

Artículo 611° del Código Procesal Civil – Decreto Legislativo N° 768 (04/03/1992)

Artículo 11.1. De la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Artículo 14.3) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Artículo 40. Numeral 2.b de la Convención sobre los Derechos del Niño

Artículo 18: inciso 1) de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de
Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares

Artículo 8° de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Artículo 26, de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre

Artículo 16.3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Artículo 23° del Pacto Interamericano de Derechos Civiles y Políticos

Artículo 17° de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Artículo 1° de la “*Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia
Contra La Mujer*”

Artículo 5° de la Ley N° 30364 “*Ley para prevenir, Sancionar y erradicar la violencia contra
las mujeres y los integrantes del grupo familiar*”.

Artículo 4 del Decreto Supremo N° 004-2019-MIMP que modifica el Reglamento de la Ley N°
30364, “*Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y los integrantes
del grupo familiar*”.

Artículo 15° de la Ley N° 30364. “*Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra
las mujeres y los integrantes del grupo familiar*.”

Artículo 39° del Decreto Supremo N° 004-2019-MIMP que modifica el Reglamento de la Ley N° 30364

Artículo 22° del Decreto Supremo N° 004-2019-MIMP que modifica el Reglamento de la Ley N° 30364.

Artículo 24° del Decreto Supremo N° 004-2019-MIMP que modifica el Reglamento de la Ley N° 30364

Artículo 15.B del Decreto Legislativo N° 1386 que modifica la Ley N° 30364, concordante con el artículo 28° del Decreto Supremo N° 004-2019-MIMP, que modifica el Reglamento de la Ley N° 30364 aprobado por Decreto Supremo N° 009-2016-MIMP.

Artículo 29° y 31° del Decreto Supremo N° 004-2019-MIMP, que modifica el Reglamento de la Ley N° 30364 aprobado por Decreto Supremo N° 009-2016-MIMP.

Artículo 16° del Decreto Legislativo N° 1386 que modificó la Ley N° 30364, vigente a partir del 04 de septiembre del 2018.

Artículo 32° del Decreto Supremo N° 004-2019-MIMP, que modificó el Reglamento de la Ley N° 30364.

Ministerio Público-Fiscalía De La Nación, “*Manual de Procedimientos de las Fiscalías de Familia*”, Editorial y Gráfica Ebra, Lima, 2006, p. 72

Ministerio Público-Fiscalía de La Nación, “*Manual de Procedimientos de las Fiscalías de Familia*”, cit., p.73

Ministerio Público-Fiscalía de La Nación, “*Manual de Procedimientos de las Fiscalías de Familia*”, cit., p. 72.

Convención Americana sobre Derechos Humanos (San José, 1969).

- Jurisprudencia Nacional:

Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú, sentencia del 31 de enero de 2001.

Expediente N.º 03525-2011-PA/TC - AYACUCHO Walter Manuel Viacava Gamboa, f.4

Sentencia del Tribunal Constitucional N°. 123 1-2002-HC/TC, fundamento 2

Sentencia recaída en el Expediente N° 01230-2002-HC/TC, fundamento 11.

Sentencia del Tribunal Constitucional N° 1417-2005-AA/TC ,fundamento 4

Sentencia recaída en el Expediente N° 05410-2013-PHC/TC LA LIBERTAD.

Sentencia recaído en el Expediente N° 01794-2015-PHC/TC LIMA.

Sentencia recaída en el Expediente N° 2465-2004-AA/TC- LIMA.

Sentencia recaída en el Expediente N° 00831 – 2012 – PA/TC, f. j. 3.

Sentencia recaída en el Expediente N° 04944-2011-PA/TC – LIMA; f. 12-13.

Sentencia del Tribunal Constitucional Peruano recaída en el Expediente N° 0582-2006-PA/TC.

Sentencia del Tribunal Constitucional Peruano recaída en el Expediente N° 00831 – 2012 – PA/TC, f. j. 3.

Sentencia del Tribunal Constitucional Peruano recaída en el Expediente N° 06648-2006-HC/TC, fundamento 4.

Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0014-2002-AI/TC.

- Jurisprudencia Internacional:

Corte IDH. Caso Lori Berenson Mejía Vs. Perú. 23 de junio de 2005. Serie C No. 128. párr. 132. Citando Caso Herrera Ulloa, párr. 147; Caso Maritza Urrutia, párr. 118; y Caso Myrna Mack Chang, párr. 202.

Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela, sentencia del 17 de noviembre de 2009, párr. 29 y, Caso Argüelles y otros Vs. Argentina, sentencia del 20 de noviembre de 2014, párr. 175, entre otros.

ANEXOS.-

ANEXO 1

ACTA DE REGISTRO DE AUDIENCIA ORAL - DICTADO DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN

Siendo las diez de la mañana del día veintinueve de agosto del año dos mil dieciocho, en la Sala de Audiencias del Juzgado Especializado Civil de Ferreñafe, que despacha el Señor Juez doctor **ESGAR PURIHUAMÁN DÍAZ**, y actúa como secretario de audiencias Wilder Ricardo Ortiz Rodríguez, con la finalidad de llevar a cabo la Audiencia Oral y Dictado de Medidas de Protección programada en la fecha, en los seguidos en el Expediente N° 06961-2018-0-1707-JR-FT-01, por **SILVIA ROXANA CASIANO CARMONA**, contra **ROBERTO ZULOETA GONZÁLES**, sobre Violencia Familiar en la modalidad de Maltrato Físico y Psicológico, la misma que se lleva a cabo de la siguiente manera.

I.- ACREDITACIÓN DE LAS PARTES PROCESALES:

DEMANDANTE: SILVIA ROXANA CASIANO CARMONA, se deja constancia de su inasistencia a este acto.

DEMANDADO: ROBERTO ZULOETA GONZÁLES, Se deja constancia de su inasistencia a este acto.

II.- AUDIENCIA ORAL.-

Seguidamente el señor Juez, establece que obrando en autos la Ficha "Valoración de Riesgo", el Acta de Denuncia Verbal, por lo que de conformidad con el Artículo 37° del Reglamento de la Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar, siendo así resulta viable se dicte medidas de protección a la parte agraviada.

III.- EXPEDICIÓN DE LA RESOLUCIÓN DE MEDIDA DE PROTECCIÓN.-

En este estado, de conformidad con lo dispuesto por la Ley N° 30364, la misma que faculta a los Jueces a cargo de los Procesos por Violencia Familiar a dictar las medidas de protección a favor de la víctima; y dada la naturaleza del proceso, se debe adoptar las medidas más urgentes en salvaguarda de los derechos de la víctima, siendo que corresponde emitir la resolución siguiente:

RESOLUCION NÚMERO: DOS

Ferreñafe, veintinueve de agosto

Del dos mil dieciocho.-

AUTOS Y VISTOS y, CONSIDERANDO: PRIMERO:

De la revisión del presente proceso se aprecia que de folios uno, obra el Oficio N° 1571-2018-SVF-CPNP-FERREÑAFE-"A", remitiendo a éste Juzgado los actuados policiales preliminares de la presente causa, a folios dos, obra el Acta de Denuncia Verbal, a folios tres, obra el Acta de Intervención Policial, a folios cuatro a cinco, obra el Acta de Declaración de la agraviada, a folios seis a siete, obra el Acta de Declaración del Denunciado, a folios ocho a nueve, obra la Ficha "Valoración de Riesgo" en Mujeres Víctimas de Violencia de Pareja, en la que concluye que el Riesgo es Moderado, de lo que se advierte de presuntos actos de violencia en la modalidad de maltrato Físico y Psicológico en agravio de doña SILVIA ROXANA CASIANO CARMONA, conforme a los hechos suscitados que motivaron la interposición de la denuncia, por lo que amerita se dicten medidas de protección, para salvaguardar su integridad física y psicológica en calidad de víctima;

SEGUNDO: Los hechos de violencia familiar deben ser erradicados, pues constituyen una puerta abierta para la violación de los derechos fundamentales de la persona, previstos en los artículos 1° y 2° de la Constitución Política del Estado, referidos a la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad, como el fin supremo de la sociedad y del Estado, debiendo considerarse que toda persona tiene derecho a la vida, a la identidad, a la integridad moral, psíquica y física, a su libre desarrollo y bienestar; más aún, si dicha acción violenta se ha producido dentro del núcleo familiar, el cual debe ser entendido como una institución social que goza de protección constitucional prevista en el artículo 4° de nuestra Carta Magna;

TERCERO: El artículo 1° de la Ley N° 30364 señala entre otros: "**La presente Ley tiene por objeto prevenir, erradicar y sancionar toda forma de violencia producida en el ámbito público y privado contra las mujeres por su condición de tales; y contra los integrantes del grupo familiar (...)**"; el artículo cinco de la misma señala: "**La violencia contra las mujeres es cualquier acción o conducta que les cause (...), daño o**

sufrimiento físico, sexual o psicológico por su condición de tales, tanto en el ámbito público como en el privado. Se entiende por violencia contra las mujeres: a) La que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer. Comprende, entre otros, violación, maltrato físico o psicológico (...)".

CUARTO: El artículo 8° de la Ley N° 30364 señala: Tipos de violencia: " a) Violencia Física: Es la acción o conducta, que causa daño a la integridad corporal o a la salud. Se incluye el maltrato por negligencia, descuido o por privación de las necesidades básicas, que hayan ocasionado daño físico o que pueda llegar a ocasionarlo, sin importar el tiempo que se requiera para su recuperación; b) Violencia Psicológica: Es la acción o conducta, tendiente a controlar o aislar a la persona contra su voluntad, a humillarla o avergonzarla y que puede ocasionar daños psíquicos(...). El artículo 16° de la citada ley señala: en el plazo máximo de setenta y dos horas, siguientes a la interposición de la denuncia, el Juzgado Especializado Civil de Ferreñafe o su equivalente procede a evaluar el caso y resuelve en audiencia oral la emisión de las medidas de protección requeridas que sea necesarias. Así mismo, de oficio o a solicitud de la víctima, en la audiencia oral se pronuncia sobre medidas cautelares que resguardan pretensiones de alimentos, regímenes de visitas, tenencia, suspensión o extinción de la patria potestad, liquidación de régimen patrimonial y otros aspectos conexos que sean necesarios para garantizar el bienestar de las víctimas. Analizados los actuados, el Juzgado de Familia o su equivalente procede a remitir el caso a la fiscalía penal para el inicio del proceso penal conforme a las reglas del Código Procesal Penal, promulgado por el Decreto Legislativo 957".

QUINTO: En tal orden de ideas es de señalarse que como se ha precisado de la denuncia de parte, que doña SILVIA ROXANA CASIANO CARMONA, habría sido víctima de violencia física y psicológica por parte de su conviviente, conforme consta del Acta de Intervención Policial y de la Declaración de la agraviada, se deja constancia que en autos no aparece la Pericia Psicológica practicada a la denunciante, documento que permitiría determinar de manera objetiva la agresión sufrida por la víctima; en consecuencia, teniendo en cuenta que entre otros, el objeto de la Ley N° 30364, Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra las Mujeres y los Integrantes del Grupo Familiar, consiste en **PREVENIR Y ERRADICAR** toda forma de violencia producida contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar, a quienes deberá brindárseles protección; es preciso dictar las medidas de protección necesarias para garantizar una vida digna, y que si bien no reviste gravedad, sin embargo ello no impide a adoptar

las medidas pertinentes a efectos de que no brindar protección a la víctima, se puede conducir a que sea nuevamente involucrada en hechos similares; por lo que amerita dictar las medidas de protección, a tenor de lo dispuesto por el artículo 16° de la Ley N° 30364; **DECISIÓN:** Por las consideraciones expuestas y dispositivos legales citados **SE RESUELVE: DICTAR** las siguientes **MEDIDAS DE PROTECCIÓN** a favor de **doña SILVIA ROXANA CASIANO CARMONA**, por **maltrato físico y psicológico** en el presente proceso sobre Violencia Familiar, contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar, contra **ROBERTO ZULOETA GONZÁLES**.

a) **LA ABSTENCIÓN** por parte del denunciado de realizar cualquier tipo de agresión verbal, física o psicológica en agravio de la denunciante.-

b) **REALIZACIÓN DE RONDAS POLICIALES** por parte de la Comisaría Sectorial de Ferreñafe, en el domicilio donde reside la víctima, en la calle El Manantial Mz. "C", Lote 2, Unidad Vecinal "Las Casuarinas" - El Algodonal - Ferreñafe. **DEBIENDO CÚRSAR EL OFICIO RESPECTIVO**, en el día y bajo responsabilidad, precisándose así mismo que la citada comisaría garantice el cumplimiento de las medidas de protección antes citadas, debiendo observar lo previsto en el artículo 23° de la Ley N° 30364.

Se dispone cursar Oficio al Centro Referencial de Salud de la ciudad de Ferreñafe, para que proceda al **Tratamiento Psicológico** de ambas partes procesales.

Todo ello bajo apercibimiento de ser denunciado por el delito de desobediencia y resistencia a la autoridad conforme lo señala el artículo 24° de la Ley N° 30364 en caso de incumplimiento.

Se precisa que la vigencia de las medidas de protección dictadas se extiende hasta la sentencia emitida por el Juzgado Penal o hasta el pronunciamiento fiscal por el que se decida no presentar denuncia penal por resolución denegatoria, salvo que estos pronunciamientos sean impugnados ello a tenor de lo dispuesto por el artículo 23° de la Ley N° 30364.

En este estado, se dispone sin perjuicio de lo antes indicado y en aplicación del segundo párrafo del artículo 16° de la Ley N° 30364 se dispone **REMITIR el EXPEDIENTE AL FISCAL PROVINCIAL PENAL DE TURNO;** a fin de que proceda conforme a sus atribuciones. **NOTIFÍQUESE.**

ANEXO 2

EXPEDIENTE N° 06952-2018-0-1707-JR-FT-01

ACTA DE REGISTRO DE AUDIENCIA ORAL - DICTADO DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN

Siendo las nueve de la mañana del día seis de septiembre del año dos mil dieciocho, en la Sala de Audiencias del Juzgado Especializado Civil de Ferreñafe, que despacha el Señor Juez doctor **ESGAR PURIHUAMÁN DÍAZ**, y actúa como secretario de audiencias Wilder Ricardo Ortiz Rodríguez, con la finalidad de llevar a cabo la Audiencia Oral y Dictado de Medidas de Protección programada en la fecha, en los seguidos en el Expediente N° 06952-2018-0-1707-JR-FT-01, por **ALICIA DEL PILAR DE LA CRUZ MENA**, contra **CELIA CASTRO POLO**, sobre Violencia Familiar en la modalidad de Maltrato Físico y Psicológico, la misma que se lleva a cabo de la siguiente manera.

I.- ACREDITACIÓN DE LAS PARTES PROCESALES:

DEMANDANTE: ALICIA DEL PILAR DE LA CRUZ MENA, se deja constancia de su inasistencia a este acto.

DEMANDADO: CELIA CASTRO POLO, Se deja constancia de su inasistencia a este acto.

II.- AUDIENCIA ORAL.-

Seguidamente el señor Juez, establece que obrando en autos el Acta de Intervención Policial, por lo que de conformidad con el Artículo 37° del Reglamento de la Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar, siendo así resulta viable se dicte medidas de protección a la parte agraviada.

III.- EXPEDICIÓN DE LA RESOLUCIÓN DE MEDIDA DE PROTECCIÓN.-

En este estado, de conformidad con lo dispuesto por la Ley N° 30364, la misma que faculta a los Jueces a cargo de los Procesos por Violencia Familiar

a dictar las medidas de protección a favor de la víctima; y dada la naturaleza del proceso, se debe adoptar las medidas más urgentes en salvaguarda de los derechos de la víctima, siendo que corresponde emitir la resolución siguiente:

RESOLUCION NÚMERO: TRES

Ferreñafe, seis de septiembre

Del dos mil dieciocho.-

AUTOS Y VISTOS y, CONSIDERANDO: PRIMERO:

De la revisión del presente proceso se aprecia que de folios uno, obra el Oficio N° 1549-2018-SVF-CPNP-FERREÑAFE, remitiendo a éste Juzgado los actuados policiales preliminares de la presente causa, a folios dos, obra el Acta de Intervención Policial, a folios tres, obra el Acta de Declaración de la agraviada, de lo que se advierte de presuntos actos de violencia en la modalidad de maltrato Físico y Psicológico en agravio de doña ALICIA DEL PILAR DE LA CRUZ MENA, conforme a los hechos suscitados que motivaron la interposición de la denuncia, por lo que amerita se dicten medidas de protección, para salvaguardar su integridad física y psicológica en calidad de víctima;

SEGUNDO: Los hechos de violencia familiar deben ser erradicados, pues constituyen una puerta abierta para la violación de los derechos fundamentales de la persona, previstos en los artículos 1° y 2° de la Constitución Política del Estado, referidos a la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad, como el fin supremo de la sociedad y del Estado, debiendo considerarse que toda persona tiene derecho a la vida, a la identidad, a la integridad moral, psíquica y física, a su libre desarrollo y bienestar; más aún, si dicha acción violenta se ha producido dentro del núcleo familiar, el cual debe ser entendido como una institución social que goza de protección constitucional prevista en el artículo 4° de nuestra Carta Magna;

TERCERO: El artículo 1° de la Ley N° 30364 señala entre otros: "La presente Ley tiene por objeto prevenir, erradicar y sancionar toda forma de violencia producida en el ámbito público y privado contra las mujeres por su condición de tales; y contra los integrantes del grupo familiar (...)" ; el artículo cinco de la misma señala: "La violencia contra las mujeres es cualquier acción o conducta que les cause (...), daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico por su condición de tales, tanto en el ámbito público como en el privado. Se entiende por violencia contra las mujeres: a) La que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o

haya compartido el mismo domicilio que la mujer. Comprende, entre otros, violación, maltrato físico o psicológico (...)".

CUARTO: El artículo 8° de la Ley N° 30364 señala: Tipos de violencia: " a) Violencia Física: Es la acción o conducta, que causa daño a la integridad corporal o a la salud. Se incluye el maltrato por negligencia, descuido o por privación de las necesidades básicas, que hayan ocasionado daño físico o que pueda llegar a ocasionarlo, sin importar el tiempo que se requiera para su recuperación; b) Violencia Psicológica: Es la acción o conducta, tendiente a controlar o aislar a la persona contra su voluntad, a humillarla o avergonzarla y que puede ocasionar daños psíquicos(...). El artículo 16° de la citada ley señala: en el plazo máximo de setenta y dos horas, siguientes a la interposición de la denuncia, el Juzgado Especializado Civil de Ferreñafe o su equivalente procede a evaluar el caso y resuelve en audiencia oral la emisión de las medidas de protección requeridas que sea necesarias. Así mismo, de oficio o a solicitud de la víctima, en la audiencia oral se pronuncia sobre medidas cautelares que resguardan pretensiones de alimentos, regímenes de visitas, tenencia, suspensión o extinción de la patria potestad, liquidación de régimen patrimonial y otros aspectos conexos que sean necesarios para garantizar el bienestar de las víctimas. Analizados los actuados, el Juzgado de Familia o su equivalente procede a remitir el caso a la fiscalía penal para el inicio del proceso penal conforme a las reglas del Código Procesal Penal, promulgado por el Decreto Legislativo 957".

QUINTO: En tal orden de ideas es de señalarse que como se ha precisado de la denuncia de parte, que doña ALICIA DEL PILAR DE LA CRUZ MENA, habría sido víctima de violencia física y psicológica por parte de su suegra, conforme consta del Acta de Intervención Policial y de la Declaración de la agraviada, se deja constancia que en autos no aparece la Ficha de Valoración de Riesgo, así como la Pericia Psicológica practicada a la denunciante, documentos que permitirían determinar de manera objetiva la agresión sufrida por la víctima; en consecuencia, teniendo en cuenta que entre otros, el objeto de la Ley N° 30364, Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra las Mujeres y los Integrantes del Grupo Familiar, consiste en **PREVENIR Y ERRADICAR** toda forma de violencia producida contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar, a quienes deberá brindárseles protección; es preciso dictar las medidas de protección necesarias para garantizar una vida digna, y que si bien no reviste gravedad, sin embargo ello no impide a adoptar las medidas pertinentes a efectos de que no brindar protección a la víctima, se puede conducir a que sea nuevamente involucrada en hechos similares; por lo que amerita dictar las medidas de protección, a tenor de lo dispuesto por el artículo 16° de la Ley N° 30364; **DECISIÓN:** Por

las consideraciones expuestas y dispositivos legales citados **SE RESUELVE: DICTAR** las siguientes **MEDIDAS DE PROTECCIÓN** a favor de **doña ALICIA DEL PILAR DE LA CRUZ MENA**, por **maltrato físico y psicológico** en el presente proceso sobre Violencia Familiar, contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar, contra **CELIA CASTRO POLO**.

a) **LA ABSTENCIÓN** por parte de la denunciada de realizar cualquier tipo de agresión verbal, física o psicológica en agravio de la denunciante.-

b) **REALIZACIÓN DE RONDAS POLICIALES** por parte de la Comisaría Sectorial de Ferreñafe, en el domicilio donde reside la víctima, en la calle Francisco de Asís N° 180 de la Unidad Vecinal "Las Mercedes" - Ferreñafe. **DEBIÉNDO CURSAR EL OFICIO RESPECTIVO**, en el día y bajo responsabilidad, precisándose así mismo que la citada comisaría garantice el cumplimiento de las medidas de protección antes citadas, debiendo observar lo previsto en el artículo 23° de la Ley N° 30364.

Se dispone cursar Oficio al Centro Referencial de Salud de la ciudad de Ferreñafe, para que proceda al **Tratamiento Psicológico** de ambas partes procesales.

Todo ello bajo apercibimiento de ser denunciado por el delito de desobediencia y resistencia a la autoridad conforme lo señala el artículo 24° de la Ley N° 30364 en caso de incumplimiento.

Se precisa que la vigencia de las medidas de protección dictadas se extiende hasta la sentencia emitida por el Juzgado Penal o hasta el pronunciamiento fiscal por el que se decida no presentar denuncia penal por resolución denegatoria, salvo que estos pronunciamientos sean impugnados ello a tenor de lo dispuesto por el artículo 23° de la Ley N° 30364.

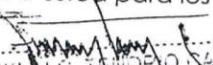
En este estado, se dispone sin perjuicio de lo antes indicado y en aplicación del segundo párrafo del artículo 16° de la Ley N° 30364 se dispone **REMITIR el EXPEDIENTE AL FISCAL PROVINCIAL PENAL DE TURNO;** a fin de que proceda conforme a sus atribuciones. **NOTIFÍQUESE.**

Con lo que terminó la audiencia, siendo las nueve horas con veintitres minutos de la mañana del mismo día, mes y año antes indicado, procediendo a firmar el Señor Juez, ante mí, doy fe.-

ANEXO 3

JUZGADO DE FAMILIA TRANSITORIO - FERREÑAFE
EXPEDIENTE : 12107-2018-0-1707-JR-FT-01
MATERIA : VIOLENCIA FAMILIAR
JUEZ : ESGAR PURIHUAMAN DIAZ
ESPECIALISTA : TENORIO CARLOS FRANKLIN CESAR
DEMANDADO : LLAQUE ROJAS, JULIO CESAR
DEMANDANTE : VILLEGAS MORALES, MELANIE YESABELLA SKARLETT

RAZÓN: Sr. Juez, doy cuenta a usted que la señora Juez del Juzgado de Familia de Ferreñafe, se encuentra de licencia conforme a la Resolución Administrativa N° 507-2018-CED-CSJLA/PJ del 14 de diciembre del año en curso, desde el 10 al 14 de diciembre del año en curso, quedando encargado el señor Juez del Juzgado Civil de Ferreñafe, por el tiempo de licencia de la magistrada de este despacho judicial. Por otro lado se informa que el Juzgado Civil de Ferreñafe con fecha 06 de diciembre del año en curso, conforme a la resolución administrativa N° 1244-2018-P-CSJLA/PJ del 27 de noviembre del año en curso, expedido por el presidente de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque; El presente expediente cuenta con audiencia programadas para la fecha. Lo que informo a usted para los fines que estime conveniente.


FRANKLIN C. TENORIO CARLOS Ferreñafe, 11 de Diciembre de 2018.
Secretario Judicial

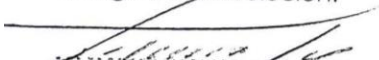
AUDIENCIA ORAL DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN

En la provincia de Lambayeque, siendo las diez de la mañana del día once de diciembre del dos mil dieciocho, ante el Juzgado de Familia Transitorio de Lambayeque que despacha el señor Juez ESGAR PURIHUAMAN DIAZ, quien se encuentra encargado de este despacho judicial por licencia de la señora Juez - Carmen Rossana Montenegro Arana, en atención a la Resolución Administrativa N° 1183-2018-P-CSJLA/PJ; asistido por el secretario que da cuenta, se instaló la audiencia convocada para la fecha, con el propósito que se dicten las medidas de protección en el expediente judicial N° 12107-2018-JR-FT-01, promovido a favor de doña MELANIE YESABELLA SKARLETT VILLEGAS MORALES contra don JULIO CESAR LLAQUE ROJAS, sobre VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES Y LOS INTEGRANTES DEL GRUPO FAMILIAR.

Se deja constancia, que se tiene a la vista el oficio N° 2713-2018-MP-FN-DML I FERREÑAFE, remitido por la División Médico Legal de Ferreñafe y copia certificada de la denuncia policial remitida por la Comisaría de Ferreñafe, que se valora en este acto, que fuera presentado en el expediente N° 12107-2018-FT, y que corresponde a la agraviada de estos autos, el mismo que ha sido puesto a la vista por el secretario judicial.

DE LOS COMPARECIENTES:

- Se deja constancia de la INASISTENCIA de la agraviada y del denunciado. En atención a lo establecido por el artículo 16° de la Ley 30364, se procede a expedir la siguiente resolución:





RESOLUCIÓN NÚMERO: DOS
Lambayeque, once de diciembre
Del dos mil dieciocho

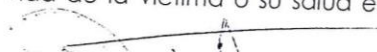
AUTOS Y VISTOS: Dado cuenta con el oficio que antecede,
y **CONSIDERANDO:**

PRIMERO: De los autos se aprecia que mediante acta de intervención policial de folios uno, la parte agraviada **MELANIE YESABELLA SKARLETT VILLEGAS MORALES**, ha denunciado actos de violencia física y psicológica en su agravio, por parte de don **JULIO CESAR LLAQUE ROJAS**, acontecidos el día veintiséis de septiembre del dos mil dieciocho; advirtiéndose además, que mediante oficio que antecede remitido por la División Médico Legal de Ferreñafe, informa que se encuentra pendiente de entrevista psicológica con la agraviada, cuya cita esta para el 13 de junio del 2019; además se tiene a la vista el acta de la denuncia policial, que se adjunta a la presente; por lo que en salvaguarda de los principios de intervención inmediata y oportuna que recoge la Ley 30364, corresponde emitir pronunciamiento.

SEGUNDO: La Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer - "Convención de Belem Do Para", aprobada por el Perú por Resolución Administrativa N° 26583 de fecha 22 de marzo de 1996 y, ratificada el 02 de abril de ese mismo año, prescribe, en el artículo 7°, que los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios, apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia; en consonancia con este instrumento internacional, el artículo 5° de la Ley N° 30364, Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y otros integrantes del grupo familiar, establece que es **violencia contra la mujer** cualquier acción o conducta que le cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico, por su condición de tal; la misma norma determina que la afectación puede ocurrir dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer; también que esta pueda darse en la comunidad, pudiendo ser perpetrada por cualquier persona; finalmente que sea perpetrada o tolerada por los agentes del Estado, donde quiera que ocurra.

TERCERO: En concordancia con los objetivos establecidos en las disposiciones normativas citadas, el artículo 16° de la Ley 30364 establece que en un plazo muy breve después de la interposición de la denuncia, el juzgado de familia o su equivalente procede a evaluar el caso y resuelve en audiencia oral la emisión de las medidas de protección requeridas que sean necesarias. En este punto es pertinente mencionar que las medidas de protección son diversos componentes previstos en la ley que permiten hacer efectivo el cuidado y protección de la víctima respecto la agresión misma y la eventualidad de nuevos ataques del agresor; es decir, mecanismos que permiten brindar apoyo y protección a las víctimas frenando la continuación de las agresiones para que aquella se sienta tranquila y pueda desarrollar su vida con normalidad; esas medidas se materializan, básicamente, imponiendo al agresor de diversas restricciones [retiro del agresor del domicilio, impedimento de acercamiento o proximidad a la víctima en cualquier forma, prohibición de comunicación con la víctima, entre otras].

CUARTO: Entonces, siendo deber del Estado erradicar los actos de violencia realizados en agravio de la mujer o los miembros del grupo familiar, corresponde que la instancia verifique la concurrencia de indicios que justifiquen la adopción de medidas de protección, pues correspondiendo esta fase a la de necesidad de una respuesta inmediata ante la sola probabilidad que la vida de la víctima o su salud emocional



queden expuestas a una situación de mayor peligro, no es necesario, por un lado, que el caso se someta al contradictorio [razón por la que el reglamento de la ley regula⁽¹⁾ que sólo la víctima debe ser convocada a la audiencia]; ni por otro lado, que profundice en el esclarecimiento de los hechos, pues hacerlo, en razón del tiempo que ello demandaría, podría propiciar el mismo efecto, esto es, que la vida de la víctima o su salud emocional queden expuestas a una situación de mayor peligro; máxime si la responsabilidad penal que pudiera haber incurrido el demandado será materia de dilucidación en el proceso penal correspondiente, bastando en el presente caso, la existencia de "indicios suficientes" de la existencia de violencia en agravio de doña MELANIE YESABELLA SKARLETT VILLEGAS MORALES.

QUINTO: En ese orden de ideas, si bien mediante el oficio que antecede, tenemos que el Jefe de la División Médico Legal de Ferreñafe, informa que la cita para la entrevista psicológica con la agraviada esta fijada para el 13 de junio del 2019; sin embargo, la judicatura no deja de valorar el hecho de que la **Ficha de Valoración de Riesgo** efectuada, y que corre de folios cinco a seis, se concluyó que la agraviada presenta un riesgo moderado⁽²⁾ de violencia familiar, y además que doña MELANIE YESABELLA SKARLETT VILLEGAS MORALES al brindar su declaración en etapa policial ha manifestado que el supuesto agresor "...Que ha recibido insultos y bofetadas en circunstancias que este acudio a su domicilio con el fin de llevarse a su menor hijo Julio Snaider Llaque Villegas (04) y ante su negativo el denunciado actuó de forma violenta en su agravio, logrando sustraer al menor y llevándoselo con rumbo desconocido, y se encuentra separada del denunciado."; por ende, estando a que es política del Estado proteger a las víctimas de violencia familiar⁽³⁾, y atendiendo a que el valor vida no puede dejar de ser resguardado por los operadores de justicia; esta Juzgadora considera pertinente otorgar medidas de protección eficaces, que salvaguarden con amplitud la integridad física y emocional de la parte agraviada; más aún si las medidas de protección son tutelas de prevención hacia la víctima⁽⁴⁾, y en el caso sub judice se aprecian atisbos de existencia de un ciclo de violencia familiar.

SEXTO: A mayor abundamiento, debe considerarse que de conformidad con lo establecido por el artículo 5.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, "toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral"; en esta perspectiva, atendiendo a que nuestra Carta Magna en su artículo 1° ha normado que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado; y aunado a que el artículo 2° en su numeral 1 del

¹ Artículo 35 del Decreto Supremo 009-2016-MIMP

² Debemos considerar que conforme lo ha detallado la Guía de evaluación psicológica forense en casos de violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar; y en otros casos de violencia, del Ministerio Público, año 2016, "Según la Organización Mundial de la Salud (2015), el factor de riesgo es cualquier rasgo, característica o exposición de un individuo que aumente su probabilidad de sufrir una enfermedad o lesión. Se entiende a aquellas circunstancias (individuales, sociales o ambientales) que incrementen la probabilidad de aparición del comportamiento delictivo (Colegio Oficial de Psicólogos de Madrid, 2012). Véase página 24.

³ Al respecto debemos tener en cuenta que por lo general, las víctimas de violencia familiar no aceptan que son víctimas de violencia, siendo que al tratarse de un proceso cíclico, muchas veces desisten, en el transcurso del proceso de proseguir con el mismo, debido al temor, vergüenza y otros factores que son determinantes, por lo que en atención a "Las 100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad", la Juzgadora debe velar por la pronta atención de la agraviada.

⁴ Debemos entender que "(...) el objeto de las medidas de protección no es el derecho en Litis, sino un bien jurídico colateral al debate, como es la integridad de la persona humana en toda su dimensión, de ahí que hemos dicho, no es una justificante para su dictado, la exigencia de medios de prueba que demuestren el riesgo para su supervivencia sino que la mera alegación des suficiente para materializar la tutela". Citado por LEDESMA NARVAEZ, Marianella; en su artículo "La tutela de prevención en los procesos de violencia familiar", publicado en Revista IUS ET VERITAS, N° 54, Julio 2017/ISSN 1995-2929, encontrado en la página web <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/viewFile/19077/19282>.

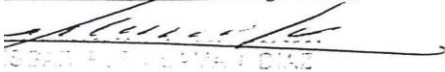
cuerpo legal antes glosado señala que toda persona tiene derecho: "A su integridad moral, psíquica y física, y a su libre desarrollo y bienestar"; y continúa en el literal h) del numeral 24 del citado artículo 2° que: "Nadie debe ser víctima de violencia moral, psíquica o física, ni sometido a tortura o tratos inhumanos o humillantes"; se evidencia que la propia Constitución del Estado reconoce como un **atributo indesligable** de la dignidad humana, al respeto de la integridad física, psíquica y moral; por lo que a la luz de lo actuado en el presentado caso y de lo expresado en los considerandos que anteceden se procede a dictar las medidas de protección.

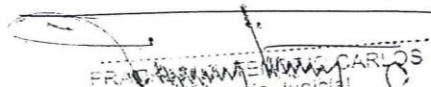
SÉTIMO: Es importante agregar que finalidad de la protección inmediata a través de la adopción de las medidas de protección es, básicamente, prevenir toda forma de violencia que en el ámbito público o privado ocurre contra las mujeres (niña, adolescente, joven, adulta y adulta mayor) por su condición de tales, o contra los integrantes del grupo familiar; en especial, cuando se encuentran en situación de vulnerabilidad, por la edad o situación física como las niñas, niños, adolescentes, personas adultas mayores y personas con discapacidad, pero no se debe perder de vista que conforme sanciona el artículo 16° de la Ley de la materia determina que después de **analizados los actuados, el juzgado de familia o su equivalente procede a remitir el caso a la fiscalía penal para el inicio del proceso penal conforme a las reglas del Código Procesal Penal, promulgado por el Decreto Legislativo 957**. Del texto de la norma citada, queda claro que la Ley ha diseñado una mecánica de intervención de órganos competentes para la lucha contra la violencia, y en ese esquema se ha previsto, por un lado, la intervención de los **Juzgados de Familia** (o sus equivalentes) **exclusivamente** para dictar medidas de protección o medidas de naturaleza civil, y de otro lado, del **Ministerio Público a través de las Fiscalías Penales**, para la investigación del ilícito, en virtud de lo establecido por el artículo 60° del Código Procesal Penal⁵.

En mérito de lo expuesto, y atendiendo a los dispositivos legales invocados, **SE RESUELVE:**

1. **DICTAR** a favor de doña **MELANIE YESABELLA SKARLETT VILLEGAS MORALES** y del menor de iniciales **J.S.LI.R.(04)**, las siguientes medidas de protección:
 - (a) La **PROHIBICIÓN** a don **JULIO CESAR LLAQUE ROJAS** de acercamiento a la víctima, **MELANIE YESABELLA SKARLETT VILLEGAS MORALES** y del menor de iniciales **J.S.LI.R.(04)**, a no menos de 50 metros de distancia cualquiera sea el lugar donde se encuentre la misma.
 - (b) La **ABSTENCION** por parte de don **JULIO CESAR LLAQUE ROJAS**, de realizar cualquier acto, gesto, humillación, insulto, expresiones subidas de voz, palabras soeces, ofensas, amenaza, golpes u otro acto que pudiera afectar la integridad física o psicológica de la agraviada **MELANIE YESABELLA SKARLETT VILLEGAS MORALES** y del menor de iniciales **J.S.LI.R.(04)**.
 - (c) La **ABSTENCION** por parte de don **JULIO CESAR LLAQUE ROJAS** de realizar cualquier acción para tener comunicación con la agraviada **MELANIE YESABELLA SKARLETT VILLEGAS MORALES** y del menor de iniciales **J.S.LI.R.(04)**, ya sea por vía epistolar, telefónica o electrónica en cualquiera de sus modalidades [mensajería, chat, wassap, o cualquier otra], para agraviarla.
2. Se hace saber al demandado **JULIO CESAR LLAQUE ROJAS** que debe cumplir la medida de protección impuesta **BAJO APERCIBIMIENTO DE SER DENUNCIADO POR EL DELITO DE DESOBEDIENCIA Y RESISTENCIA A LA AUTORIDAD**.

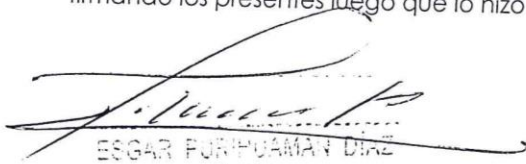
⁵ Déjese constancia que si bien en el presente caso la agraviada no ha pasado evaluación psicológica; sin embargo, ello no obsta para que el Ministerio Pública en la etapa de investigación penal, pueda recabar mayores pruebas que permitan proseguir con la acción penal, de ser el caso; o incluso derivar los actuados al Juez de Paz Letrado (Faltas) para que tramite la causa conforme lo estipulado por el artículo 442° del Código Penal.

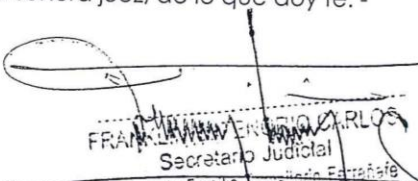

OSCAR A. LLANOS DÍAZ


FRANCISCO MELÉNDEZ

3. **DISPONGO** la atención psicológica de las partes procesales, por lo que deberán apersonarse al área de Psicología del Centro de Salud del distrito de Ferreñafe, **para recibir terapia individual y orientación familiar correspondiente**, conforme a lo precisado en los considerandos expuestos en la presente resolución.
4. **CÚRSESE** oficio a la **Comisaría PNP de Ferreñafe**, en su condición de *responsables de EJECUTAR las medidas de protección dictadas* a efectos de que procedan conforme corresponde; *debiendo adjuntarse copia certificada de la presente resolución*.
5. **REMITIR** los actuados originales de la presente causa a la **Fiscalía Provincial Corporativa Penal de Turno - Ferreñafe** para que proceda conforme a sus atribuciones.
6. **Notifíquese**, conforme a Ley.

Con ello concluye la audiencia, siendo las diez y cincuenta minutos del mismo día, firmando los presentes luego que lo hizo la señora juez, de lo que doy fe. -


ESGER PORIPUMÁN DÍAZ
Juez
Juzgado Especializado Civil Ferreñafe
CSJLA - PODER JUDICIAL


FRANCISCO JAVIER ENCISO CARLOS
Secretario Judicial
Juzgado de Familia Ferreñafe
PODER JUDICIAL - CSJLA

