

**UNIVERSIDAD PRIVADA ANTONIO GUILLERMO URRELO**



**UPAGU**

**Facultad de Derecho y Ciencias Políticas**

**Carrera Profesional de Derecho y Ciencias Políticas**



**TESIS**

**PARA OBTENER EL TÍTULO DE ABOGADO**

**AFECTACIÓN AL DERECHO DE DEFENSA DEL DENUNCIADO EN EL  
DICTADO DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN DURANTE LA EMERGENCIA  
SANITARIA CAUSADA POR EL COVID-19, PERU**

**POR**

**Nombres Apellidos**

**Samanta Beatriz Montenegro Valera  
Segunda Victoria Evita Marín Castrejón**

**ASESOR**

**José Luis Coba Uriarte**

**Cajamarca – Perú**

**Noviembre– 2022**

COPYRIGHT © 2021 DE

Samanta Beatriz Montenegro Valera  
Segunda Victoria Evita Marín Castrejón

Todos los derechos reservados

*UNIVERSIDAD PRIVADA ANTONIO GUILLERMO URRELO*  
*FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS*  
*CARRERA PROFESIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS*

APROBACIÓN DE TESIS PARA OPTAR TÍTULO PROFESIONAL

AFECTACIÓN AL DERECHO DE DEFENSA DEL DENUNCIADO EN  
EL DICTADO DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN DURANTE LA  
EMERGENCIA SANITARIA CAUSADA POR EL COVID-19, PERU.

Presidente: Christian Fernando Tantaleán Odar

Secretario: Otilia Loyita Palomino Correa

Asesor: José Luis Coba Uriarte

A:

## DEDICATORIA

Esta tesis está dedicada a Dios todo poderoso y a nuestros padres, quienes con su paciencia, esfuerzo, dedicación y comprensión contribuyeron para alcanzar nuestras metas. También lo dedicamos a nuestros maestros y profesionales del Derecho (citados), quienes, inspirados en los valores de la ciencia jurídica actúan con sentido crítico, reflexivo, espíritu científico, justicia, honradez, ética y esfuerzo cada vez que se enfrentan a situaciones problemáticas del mundo jurídico.

## RECONOCIMIENTO

A Dios, por darnos la vida y habernos permitido llegar a esta etapa. A nuestros padres, por el amor incondicional y apoyo brindado; y a nuestro asesor por habernos guiado en el maravilloso mundo de la investigación, proporcionándonos la asistencia oportuna y guía que corresponde para lograr el propósito académico trazado.

## AGRADECIMIENTO

Nuestro agradecimiento sincero, profundo y eterno a Dios todo poderoso, a nuestros docentes y asesor académico; quienes nos han proporcionado los conocimientos oportunos y se han constituido en guías para culminar nuestros estudios, incluyendo este trabajo de investigación. De igual forma agradecemos nuestros padres que siempre nos han brindado el apoyo incondicional en cada proyecto y metas trazadas como parte de nuestra formación profesional.

## ÍNDICE

Dedicatoria.....	4
Reconocimiento.....	5
Agradecimiento.....	6
Resumen.....	10
Abstract.....	12
Introducción.....	14

## CAPÍTULO I

### EL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.1. Realidad problemática.....	27
1.2. Planteamiento del problema.....	37
1.3. Delimitación de la Investigación.....	38
1.4. Formulación del Problema.....	39
1.4.1. Problema General.....	39
1.4.2. Problemas Específicos.....	40
1.5. Formulación de hipótesis.....	40
1.6. Formulación de Objetivos.....	41
1.6.1. Objetivo General.....	41
1.6.2. Objetivos Específicos.....	41
1.7. Justificación de la Investigación.....	42
1.8. Limitaciones para el desarrollo de la Investigación.....	42

## CAPÍTULO II

### MARCO TEÓRICO

<b>2.1.El derecho de defensa.....</b>	<b>44</b>
<b>2.1.1. Bases Teóricas.....</b>	<b>44</b>
<b>2.1.2. El derecho de defensa como derecho humano o fundamental.....</b>	<b>61</b>
<b>2.1.3. Reconocimiento y Protección Internacional.....</b>	<b>67</b>
<b>2.1.4. Principales instrumentos internacionales.....</b>	<b>69</b>
<b>2.1.5. Alcances doctrinarios del concepto de los derechos humanos.....</b>	<b>72</b>
<b>2.1.6. Derechos humanos y derechos fundamentales.....</b>	<b>75</b>
<b>2.1.6.1.Características.....</b>	<b>80</b>
<b>2.1.6.1.1. Inherencia.....</b>	<b>81</b>
<b>2.1.6.1.2. Universalidad.....</b>	<b>81</b>
<b>2.1.6.1.3. Inalienabilidad e irrenunciabilidad.....</b>	<b>83</b>
<b>2.1.6.1.4. Imprescriptibilidad.....</b>	<b>83</b>
<b>2.1.6.1.5. Inviolabilidad.....</b>	<b>83</b>
<b>2.1.6.1.6. Indivisibilidad e Interdependencia.....</b>	<b>84</b>
<b>2.1.6.2.Generaciones.....</b>	<b>85</b>
<b>2.1.6.2.1. Derechos de primera generación.....</b>	<b>85</b>
<b>2.1.6.2.2. Derechos de segunda generación.....</b>	<b>87</b>
<b>2.1.6.2.3. Derechos de tercera generación.....</b>	<b>90</b>
<b>2.1.6.3.Titularidad y ejercicio.....</b>	<b>91</b>
<b>2.2.Violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar.....</b>	<b>97</b>
<b>2.2.1. Antecedentes.....</b>	<b>99</b>
<b>2.2.2. Tipos de Violencia.....</b>	<b>101</b>
<b>2.2.3. Aspecto internacional de la violencia contra la mujer y los integrantes del grupo familiar.....</b>	<b>106</b>
<b>2.2.4. Regulación jurídica nacional de la violencia contra la mujer y los integrantes del grupo familiar en el estado de emergencia COVID-19..</b>	<b>110</b>
<b>2.2.4.1.Normas vigentes.....</b>	<b>110</b>
<b>2.2.5. Mecanismos y medidas adoptadas por el sistema jurídico en los casos de violencia contra las mujeres e integrantes del grupo familiar en el estado de emergencia COVID-19.....</b>	<b>116</b>
<b>2.2.6. Las medidas de protección.....</b>	<b>119</b>



2.2.6.1. Concepto.....	119
2.2.6.2. Naturaleza jurídica de las medidas de protección.....	122
2.2.6.3. Similitudes y diferencias con otras medidas cautelares.....	126
2.2.6.4. Tipos de medidas de protección.....	132
2.2.6.5. Requisitos para el otorgamiento de las medidas de protección.....	137
2.2.6.6. Procedimiento y órgano competente para la concesión de medidas de protección.....	139
2.2.6.7. Derechos afectados o involucrados en el otorgamiento de las medidas de protección.....	140

### CAPÍTULO III

#### METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

3.1. Tipo de investigación.....	141
3.2. Enfoque de la investigación.....	143
3.3. Diseño de la Investigación.....	143
3.4. Método empleado en el desarrollo de la investigación.....	144
3.5. Técnicas e instrumentos para la recolección de datos.....	144
3.5.1. Técnicas.....	144
3.5.2. Instrumentos.....	145
3.6. Técnicas de procesamiento y análisis de datos.....	145
3.6.1. Procesamiento Manual.....	145

### CAPÍTULO IV

#### RESULTADOS

4.1. Presentación, análisis e interpretación de resultados.....	146
4.2. Discusión de resultados.....	154

Conclusiones.....	157
Recomendaciones.....	160
Lista de referencias.....	161

## RESUMEN

La presente investigación tiene por finalidad demostrar o dar a conocer la grave deficiencia normativa presente en el Decreto Legislativo N° 1470 (Decreto Legislativo emitido por el Estado peruano que establece *medidas* para garantizar la atención y protección de las víctimas de violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar durante la emergencia sanitaria declarada por el Covid-19), al permitir o prescribir que durante el estado de emergencia sanitario decretado por el Estado peruano, toda medida de protección deberá dictarse en forma obligatoria con el solo *dicho* de la persona presuntamente agraviada, sin medios de prueba que la corroboren y sin audiencia que permita ejercer el derecho del denunciado (presunto agresor). Esto es, sin la más mínima la posibilidad de defensa y contradicción, a tal punto de no escuchar o permitir que el denunciado o imputado ejerza su derecho de defensa dentro de los alcances que la ley y la Constitución le conceden<sup>1</sup>. Es así que, el propósito de este trabajo, y de las reflexiones insertas en él, es demostrar en forma contundente e irrefutable la vulneración o afectación del derecho constitucional de defensa que tiene todo ciudadano en el marco de un estado constitucional de derecho, así como las consecuencias que se ocasiona al aplicar dicha norma jurídica.

Ahora bien, para lograr este propósito, las reflexiones que se presentan están divididas o sistematizadas en capítulos y secciones (y otros detalles propios del tema), lo que permitirá abordar con eficiencia todas las variables y aristas del problema. De tal forma que, se realizará una exposición detallada de los derechos fundamentales involucrados en el dictado de medidas de protección, se hará un análisis del aspecto pertinente de la ley N° 30364 (Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar) y del Decreto Legislativo N° 1470 para su mejor comprensión al momento de acudir a las categorías jurídicas que demanda su estudio.

---

<sup>1</sup> **Artículo 139, inciso 14:** “*Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) 14. El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso. (...)*”

Definitivamente, abordar este asunto requiere de la explicación de cada extremo o variable involucrada pero siempre con apego a la ley y estricto respeto a los derechos ajenos, de tal forma que su ejercicio sea bajo este criterio y de forma regular y no abusiva tal como lo establece la Constitución política del Estado<sup>2</sup> y el código civil<sup>3</sup>.

Al abordar este estudio nos hemos visto en la necesidad de establecer y desarrollar los presupuestos teóricos que sustentan nuestra postura, se ha citado las definiciones proporcionadas por la doctrina, a tal punto de acudir incluso a un aspecto histórico que explique (de ser el caso) el contexto bajo el cual se ha dado la norma materia de análisis (Decreto Legislativo N° 1470). Esto con el único propósito de comprender las razones de su creación y finalidad.

También se ha acudido a los criterios de jerarquía normativa para establecer si su contenido respeta los valores y principios constitucionales o resulta ser una flagrante violación de derechos bajo el pretexto de proporcionar “*protección*” a las presuntas víctimas de violencia familiar (entre las que naturalmente se encuentra la mujer), y que bajo este criterio o presupuesto el Estado tenga que actuar de forma urgente o sumamente rápida aun sacrificando los derechos fundamentales de otros. En tal sentido, queda claro que con los resultados del análisis o estudio se estará en la posibilidad de establecer la conveniencia o no de aplicar dicha norma y plantear eventualmente su modificatoria debido a los perjuicios que conlleva su aplicación.

**Palabras claves:** Derechos fundamentales, derecho de defensa, medidas de protección, audiencia, estado de emergencia, violencia familiar, denunciado, imputado, víctima, decreto legislativo.

---

<sup>2</sup> **Artículo 103:** “(...) La Constitución no ampara el abuso del derecho”

<sup>3</sup> **Artículo II:** “La ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho. (...)”

## ABSTRACT

The purpose of this investigation is to demonstrate or publicize the serious regulatory deficiency present in Legislative Decree No. 1470 (Legislative Decree issued by the Peruvian State that establishes measures to guarantee the care and protection of victims of violence against women and men). members of the family group during the health emergency declared by Covid-19), by allowing or prescribing that during the state of health emergency decreed by the Peruvian State, all protection measures must be mandatory with the mere statement of the person allegedly aggrieved, without means of evidence to corroborate it and without a hearing that allows the right of the accused (presumed aggressor) to be exercised.

That is, without the slightest possibility of defense and contradiction, to the point of not listening or allowing the defendant or accused to exercise their right to defense within the scope that the law and the Constitution grant them. Thus, the purpose of this work, and of the reflections inserted in it, is to demonstrate forcefully and irrefutably the violation or affectation of the constitutional right of defense that every citizen has within the framework of a constitutional state of law, as well as the consequences that are caused when applying said legal norm.

Now, to achieve this purpose, the reflections that are presented are divided or systematized in chapters and sections (and other details of the subject), which will allow to efficiently address all the variables and edges of the problem. In such a way that, a detailed exposition of the fundamental rights involved in the issuance of protection measures will be made, an analysis will be made of the relevant aspect of Law No. 30364 (Law to prevent, punish and eradicate violence against women and the members of the family group) and Legislative Decree No. 1470 for better understanding when referring to the legal categories required for its study. Definitely, addressing this issue requires an explanation of each extreme or variable involved, but always in adherence to the law and strict respect for the rights of others, in such a way that their exercise is under this criterion and regularly and not abusively as established by the Political Constitution of the

State and the civil code.

When approaching this study, we have seen the need to establish and develop the theoretical assumptions that support our position, the definitions provided by the doctrine have been cited, to the point of even resorting to a historical aspect that explains (if applicable) the context under which the standard subject of analysis has been given (Legislative Decree No. 1470). This with the sole purpose of understanding the reasons for its creation and purpose. Normative hierarchy criteria have also been used to establish whether its content respects constitutional values and principles or turns out to be a flagrant violation of rights under the pretext of providing "protection" to alleged victims of family violence (among which naturally finds the woman), and that under this criterion or budget the State has to act urgently or extremely quickly even sacrificing the fundamental rights of others. In this sense, it is clear that with the results of the analysis or study it will be possible to establish whether or not to apply said standard and eventually propose its modification due to the damages that its application entails.

**Keywords:** Fundamental rights, right of defense, protection measures, hearing, state of emergency, family violence, reported, accused, victim, legislative decree.

## INTRODUCCIÓN

En la historia de la humanidad se ha podido constatar, por medio de las evidencias que se ha dejado constantemente, que el hombre ha logrado transitar y alcanzar diversos estadios o etapas de desarrollos en su organización, a tal punto de lograr constituir lo que ahora se denomina Estado constitucional de derecho. Y esto no hubiera sido posible sin la existencia de un sistema jurídico que responda a la época, a las necesidades culturales y valores imperante, y cuyo cumplimiento debía estar respaldado por el Estado (a través del *ius imperium*). Es decir, cada momento histórico del ser humano dentro de una sociedad organizada ha demandado la existencia de una serie de reglas de conducta que guían a aquél dentro de su comunidad y que le han permitido alcanzar su desarrollo en armonía con sus semejantes.

No cabe duda que, durante el desarrollo y evolución de las sociedades, no solo se ha creado el derecho o sistema de normas, sino que naturalmente ha habido otras tantas creaciones culturales (como el arte, la música, las ciencias, etc.), pero para efectos de la presente investigación nos ocuparemos en sentido estricto del sistema jurídico o derecho, y su respuesta al fenómeno cultural denominado conflicto, y dentro de este a la violencia familiar como manifestación específica de aquélla.

Ha quedado demostrado, por los alcances que la historia nos ha proporcionado, que la interacción social siempre ha generado fricciones o conflictos de diversa índole, y esto se ha visto plasmado en los diversos niveles y formas de la organización social. Es bien sabido que el hombre al ser de naturaleza sociable siempre busca relacionarse con sus semejantes, establecer lazos de amistad, confianza y cooperación para alcanzar fines o propósitos que por sí solo no sería capaz de lograrlo. Es así que, siempre estará en contacto con sus pares para alcanzar de forma más eficiente la satisfacción de sus necesidades (alimenticias, económicas, culturales, de salud, etc.).

Sin embargo, pese a que la sociedad ha logrado alcanzar el grado de desarrollo que ahora

se tiene, bajo este contexto de interacción siempre ha existido en forma inevitable (aun con el mejor sistema jurídico que se haya creado) el conflicto bajo las formas o manifestaciones más diversas y que el sistema jurídico de cada época ha tratado de contener y prever su solución, aún en contra de la aceptación que se tenga por parte del destinatario de las normas.

Ahora bien, considerando que las relaciones sociales son la fuente de los conflictos, debe quedar claro que estas son de diversa índole o tipo, pues el ser humano desempeña diversos roles o funciones dentro de una misma sociedad. Una de estas fuentes de conflicto son las que provienen del ámbito familiar y que ahora se conoce como violencia familiar, cuyo fenómeno social al margen de la nomenclatura que se adopte siempre ha existido en la organización social como dato o suceso histórico, y la respuesta que le ha otorgado el Estado y el sistema jurídico ha sido diversa a través de las disposiciones jurídicas emitidas en su oportunidad, algunas con mayor o menor precisión o eficacia. Y esto ha sido así por cuanto el derecho responde a las necesidades de la sociedad que pretende regular o mantener según los valores sociales y jurídicos imperantes en cada época, pero siempre tomando en cuenta el respeto irrestricto a la Constitución Política y a los derechos fundamentales que allí se reconocen y se le atribuyen al ser humano por su condición de tal.

En el Perú, las cosas no han sido diferentes, pues este fenómeno social no solo se encuentra enquistado en la sociedad, sino que ha generado diversas respuestas estatales y no estatales, todos con el único propósito de mitigar o prevenir este fenómeno o al menos darle un tratamiento acorde con la naturaleza de los intereses y personas involucradas. Y atendiendo a que la familia es la célula fundamental de la sociedad y dentro de su ámbito nacen las futuras generaciones, el Estado se ha visto en la necesidad de regular y responder a esta problemática a través de las diversas medidas de naturaleza jurídica y no jurídica. Dentro de las primeras, y las que más nos interesa atendiendo a la naturaleza y fines que se persigue con esta investigación, están las normas dictadas en todos los ámbitos posibles que han pretendido regular de forma directa o indirecta este tipo de conflicto como es el caso: **i) Constitución Política, ii) Código Penal, iii) Código de los Niños y Adolescentes, iv) Código Civil, etc.**

No obstante, la existencia de un amplio conjunto de normas (aunque dispersas para su época), en un determinado momento el Estado se vio en la necesidad de implementar una norma jurídica (o conjunto de normas para ser exacto) que tenga por finalidad responder en forma categórica, oportuna y completa ante los conflictos derivados del ámbito familiar, y en específico los casos de violencia en sus diversas modalidades (violencia física, psicológica, económica y sexual). Es por eso que, el pasado 22 de noviembre del año 2015 el Estado luego de los informes y estudios realizados decidió dictar a través del órgano competente la ley N° 30364 (Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar)<sup>4</sup>. Norma promovida con el firme propósito de prevenir, erradicar y sancionar toda forma de violencia contra las mujeres por su condición de tales, y contra los integrantes del grupo familiar, producida en el ámbito público o privado. Y en especial cuando se encuentran en situación de vulnerabilidad, ya sea por la edad o situación física como es el caso de las niñas, niños, adolescentes, personas adultas mayores y personas con discapacidad.

Si revisamos el contenido de esta norma o conjunto de normas, queda claro que para alcanzar los fines o propósitos que se persiguen se ha empleado diversos mecanismos, medidas y políticas integrales de prevención, atención y protección de las víctimas así como reparación del daño causado; y se dispone la persecución, sanción y reeducación de los agresores sentenciados con el fin de garantizar a las mujeres y al grupo familiar una vida libre de violencia asegurando el ejercicio pleno de sus derechos. Para tal efecto el Estado ha dispuesto o encargado al Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, coordinar, articular y vigilar la aplicación efectiva y el cumplimiento de la Ley, tal y como ha sido dispuesto en la sexta disposición complementaria final de la ley<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> Hoy Texto Único Ordenado según lo prescrito por el Decreto Supremo N° 004-2020-MIMP, de fecha 04 de septiembre del año 2020.

<sup>5</sup> **SEXTA:** *La Presidencia del Consejo de Ministros, en el marco del “25 de noviembre, Día Internacional de la Eliminación de la Violencia contra la Mujer”, presenta un informe respecto al avance en el cumplimiento de la Ley N.º 30364, Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres y los Integrantes del Grupo Familiar, con especial énfasis en la implementación del Sistema Nacional previsto en dicha norma.*



En principio (y sin entrar a analizar el contenido estricto de la ley o sus “bondades”), se debe señalar que la ley 30364 ha sido creada con el más firme propósito de proporcionar una herramienta jurídica de fácil comprensión y manejo para todos los destinatarios de la norma, a tal punto de incorporar en forma detallada una serie de instituciones jurídicas y principios que la respaldan, pues en aquélla se da a conocer: **a)** los principios que la regulan e inspiran, **b)** los enfoques que comprende, **c)** los sujetos destinatario de la ley, **d)** los tipos de violencia, **e)** los espacios donde se produce los actos violentos, **f)** quiénes pueden denunciar, **g)** características de la denuncia, **h)** etapas del proceso de protección y sanción, **i)** los funcionarios públicos que deben intervenir, y **j)** los derechos de la víctima. En suma, según los datos incorporados en la norma, lo que busca es ser útil ante el fenómeno denominado violencia familiar y eficaz en su erradicación, esto es, responder a una situación problemática concreta de la forma más tuitiva posible y con el mejor manejo en cuanto a su simplicidad para sus destinatarios, al emplear términos de fácil manejo y contemplar una serie de definiciones que le permiten al ciudadano saber cuándo y cómo aplicar las herramientas y derechos que aquélla incorpora.

Como podría concluirse (pese a que no se ha realizado un análisis profundo y detallado del contenido de la ley, y tampoco se hará en esta línea de trabajo) aquel dispositivo jurídico a simple vista cumpliría sus fines, pues según su contenido esta norma en principio respetaría los derechos fundamentales de la persona tal y como se ha establecido en la Constitución Política del Estado; razón por la cual en principio tendría el atributo de constitucionalidad y como tal no correspondería cuestionarla desde este punto de vista.

De toda la regulación normativa que contempla la ley N° 30364, en el presente trabajo nos interesa ocuparnos en forma muy puntual o específica de la institución jurídica denominada: “medidas de protección”, que según las normas contenidas en el tenor

---

*Para dar cumplimiento a ello, los ministerios y demás entidades integrantes del Sistema remiten la información correspondiente al Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, bajo responsabilidad del titular del pliego.*

literal de los artículos 17° y 32° de la ley<sup>6</sup> tienen por finalidad otorgar en forma urgente protección a la presunta víctima de la agresión o violencia en el ámbito familiar o por su condición de mujer. Algo que a simple vista no resultaría negativo, deficiente o lesivo a los derechos de los ciudadanos destinatarios de la ley, por cuanto lo que se busca es el cese de los actos agresivos o violentos que pueden tener repercusiones más nefastas y desencadenar consecuencias sumamente graves sino se aplicaran tal y como ha sido previsto en la ley: **luego de recibida la denuncia, reunido las pruebas y previa audiencia oral para determinar si corresponden o no otorgar las medidas de protección, su naturaleza o tipo y el alcance que tienen o deben tener sobre los destinatarios.**

Hasta aquí no existiría ninguna objeción o dificultad al respecto, ya que el otorgamiento de las medidas de protección tiene una clara finalidad: *proteger* (sin pronunciarse sobre el fondo en forma directa de la controversia) a la presunta víctima de su presunto agresor. Y se emplea los términos presuntos por cuanto la responsabilidad y su grado son declarados en forma judicial por el magistrado competente según la naturaleza de los hechos puestos en conocimientos y bajo los principios constitucionales (como por ejemplo: *derecho al juez natural*), luego de reunir las pruebas de cargo, debidamente motivadas y a través de una resolución expresada por escrito bajo el principio de presunción de inocencia que tendrá que ser enervado con la prueba de cargo que se presente en su oportunidad.

Es así que, las medidas de protección en principio fueron o han sido pensadas para proporcionar ciertas garantías para asegurar la integridad psicosomática de la presunta víctima, hasta que se resuelva el fondo del asunto a través de un pronunciamiento fiscal (a través de una investigación preliminar, preparatoria y acusación) y uno jurisdiccional

---

<sup>6</sup> **Artículo 17:** “La fiscalía penal o de familia, según corresponda, aplica la ficha de valoración de riesgo y dispone la realización de los exámenes y diligencias correspondientes, remitiendo los actuados en el plazo de veinticuatro (24) horas al juzgado de familia, solicitando la emisión de las medidas de protección y cautelares a que hubiera lugar. (...)”

**Artículo 32:** “El objeto de las medidas de protección es neutralizar o minimizar los efectos nocivos de la violencia ejercida por la persona denunciada, y permitir a la víctima el normal desarrollo de sus actividades cotidianas; con la finalidad de asegurar su integridad física, psicológica y sexual, o la de su familia, y resguardar sus bienes patrimoniales. (...)”

judicial (a través de una sentencia que puede absolutorio o condenatoria). No obstante, esto, no debe perderse de vista el tipo o naturaleza de las medidas de protección, su duración y las consecuencias de su eventual incumplimiento. Esto es, preguntarse si las medidas de protección son o no capaces de generar daños irreparables a los derechos fundamentales de la persona si se las otorga sin el adecuado análisis o tomando en cuenta todos y cada uno de los principios, derechos y garantías establecidas en la Constitución Política.

Según el tenor literal del artículo 32° del Texto Único Ordenado de la Ley 30364 (en adelante la ley), las medidas que puede ser dictadas son las siguientes:

*“1. Retiro del agresor del domicilio en el que se encuentre la víctima, sí como la prohibición del regresar al mismo. La Policía Nacional del Perú puede ingresar a dicho domicilio para su ejecución.*

*2. Impedimento de acercamiento o proximidad a la víctima en cualquier forma, a su domicilio, centro de trabajo, centro de estudios u otros donde aquella realice sus actividades cotidianas, a una distancia idónea para garantizar su seguridad e integridad.*

*3. Prohibición de comunicación con la víctima vía epistolar, telefónica, electrónica; asimismo, vía chat, redes sociales, red institucional, intranet u otras redes o formas de comunicación.*

*4. Prohibición del derecho de tenencia y porte de armas para el agresor, debiéndose notificar a la Superintendencia Nacional de Control de Servicios de Seguridad, Armas, Municiones y Explosivos de Uso Civil para que proceda a dejar sin efecto la licencia de posesión y uso, y para que se incauten las armas que están en posesión de personas respecto de las cuales se haya dictado la medida de protección. En el caso de integrantes de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional del Perú en situación de actividad que emplean armas de propiedad del Estado en el ejercicio de sus funciones, el juzgado oficia a la institución armada o policial para los fines de este numeral.*

*5. Inventario de bienes.*

*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 se mantenga o coloque a la víctima en una situación de riesgo frente a su agresor e ingrese nuevamente a un ciclo de violencia. El pago de esta asignación se realiza a través de 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.*

*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.*

*9. Tratamiento reeducativo o terapéutico para la persona agresora.*

*10. Tratamiento psicológico para la recuperación emocional de la víctima.*

*11. Albergue de la víctima en un establecimiento en el que se garantice su seguridad, previa coordinación con la institución a cargo de este.*

*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 cuanto al plazo de duración de las medidas de protección se ha establecido lo pertinente en el artículo 35° de la ley de la siguiente forma:

*“Las medidas de protección y cautelares dictadas por el juzgado de familia se mantienen vigentes en tanto persistan las condiciones de riesgo de la víctima, con prescindencia de la resolución que pone fin a la investigación, o al proceso penal o de faltas.*

*Estas medidas pueden ser sustituidas, ampliadas o dejadas sin efecto por el juzgado de familia cuando, de los informes periódicos que remitan las entidades encargadas de su ejecución, advierta la variación de la situación de riesgo de la víctima, o a solicitud de esta última. En tales casos, el juzgado de familia cita a las partes a la audiencia respectiva.*

*El juzgado de familia también puede sustituir, ampliar o dejar sin efecto las medidas cuando toma conocimiento de la sentencia o disposición de archivo de la investigación, o proceso penal o de faltas que originó las medidas de protección, para lo cual cita a las partes a la audiencia respectiva. (...)*

Y, por último, en cuanto a los efectos que genera el incumplimiento de tales medidas, el 39° de la ley ha prescrito lo siguiente:

*“El que desobedece, incumple o resiste una medida de protección dictada en un proceso originado por hechos que configuran actos de violencia contra las mujeres o contra integrantes del grupo familiar, comete delito de resistencia o desobediencia a la autoridad previsto en el Código Penal.”*

Como puede apreciarse, los efectos o consecuencias que pueden generar en la persona la aplicación de medidas de protección no son aspectos que deban pasarse por alto, pues desde el tipo de medida a aplicarse, pasando por tiempo de duración hasta su eventual desobediencia, todas implican la posible afectación de algún derecho fundamental. Es decir, la sola aplicación u otorgamiento de este tipo de medidas genera un cambio radical en las relaciones sociales e interpersonales del afectado con ellas. Es por eso que aquellas deben ser otorgadas bajo un **ESTRICTO ANÁLISIS Y RESPETO A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES** y siguiendo los parámetros establecidos en la ley. Algo que ha sido perfecta y saludablemente observado y advertido por la misma ley en su artículo 33°, ya que en ellos se ha prescrito claramente que las medidas de protección deben ser otorgadas **i)** por un magistrado competente (juez de familia o su equivalente), **ii)** con los medios de prueba reunidos (estemos o no en un caso de flagrancia) y **iii)** previa audiencia oral con lo que esto implica a nivel procesal y procedimental. De todos estos requisitos, en el presente trabajo de investigación (y que será materia de análisis en las siguientes

páginas) nos interesa abordar el tema relacionado a la audiencia oral para el otorgamiento de medidas de protección y el derecho de defensa del denunciado o imputado.

A groso modo, y sin entrar en detalles por cuanto será materia de exposición y argumentación durante el desarrollo del presente trabajo, debemos dejar en claro que según lo prescrito en la ley 30364, al existir una audiencia oral previa, se garantiza el derecho de defensa de presunto agresor, quien puede participar **i)** haciendo uso de su derecho de defensa material (ser escuchado), **ii)** presentar medios de prueba que acrediten sus dichos o afirmaciones, y **iii)** ser asistido por un abogado de su libre elección para representarlo técnica y jurídicamente. En suma, al existir una audiencia oral previa, el presunto agresor (como todo ciudadano y ser humano) puede ejercer en forma regular y sin limitaciones su irrestricto derecho de defensa tal y como lo ha reconocido por la Constitución Política del Perú en el artículo 139°, inciso 14, y la Declaración Universal de los Derechos Humanos en sus artículos 10° y 11°.

Como puede apreciarse, y así ha sido comprendido saludablemente por la ley 30364, todo ciudadano tiene derecho no solo a la protección de sus derechos como presunta víctima, sino que también es sujeto de protección jurídica la persona del denunciado (imputado, detenido, procesado, etc.)<sup>7</sup>, ya que al permitir una audiencia oral previa antes de decidir si se adopta o no las medidas de protección, su calidad y forma, se está respetando el derecho de defensa que toda persona tiene dentro de un proceso llevado bajo los principios y garantía del debido proceso.

Hasta aquí no habría mayores objeciones o puntos en conflicto respecto de los derechos mencionados; sin embargo, este panorama cambiaría radicalmente con el estado de emergencia vivido a partir del 16 de marzo del año 2020, fecha en la cual se declara el Estado de Emergencia sanitario nacional por las graves circunstancias que afectan la vida de la nación a consecuencia del brote del COVID-19, y cuyo acto fue oficializado por

---

<sup>7</sup> Denominación que se adopta según la etapa procesal o estadio procedimental: Policía Nacional del Perú (denunciado), Ministerio Público (investigado) o Poder Judicial (imputado o acusado).

medio del Decreto Supremo N° 044-2020-PCM<sup>8</sup>. Y con el que se suspendieron varios derechos de índole constitucional tal y como está prescrito en la norma contenida en el artículo 137° de la Constitución Política del Estado que establece:

***Artículo 137:** “(...) 1. Estado de emergencia, en caso de perturbación de la paz o del orden interno, de catástrofe o de graves circunstancias que afecten la vida de la Nación. En esta eventualidad, puede restringirse o suspenderse el ejercicio de los derechos constitucionales relativos a la libertad y la seguridad personales, la inviolabilidad del domicilio, y la libertad de reunión y de tránsito en el territorio comprendidos en los incisos 9, 11 y 12 del artículo 2 y en el inciso 24, apartado f del mismo artículo. En ninguna circunstancia se puede desterrar a nadie.”*

Como puede apreciarse de este dispositivo, los derechos que pueden ser restringidos durante el estado de emergencia son solamente cuatro: **a)** libertad y seguridad personales, **b)** inviolabilidad del domicilio, **c)** libertad de tránsito y **d)** libertad de reunión.

Es por eso que, como es lógico, y de una simple deducción razonada, cabe señalar que el estado de emergencia no puede en ningún caso sustentar la restricción de otros derechos fundamentales tales como: Libertad de expresión y de información, el derecho a la vida, el derecho a la integridad física, el derecho a no ser sometido a torturas ni a tratos inhumanos o humillantes, el derecho a la defensa, legalidad, debido proceso, entre otros.

Algo que no fue advertido por el Estado (representado por el Poder Ejecutivo) al emitir el Decreto Legislativo N° 1470<sup>9</sup>, de fecha 26 de abril del año 2020, ya que en el afán de garantizar la atención y protección de las víctimas de violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar durante la emergencia sanitaria declarada por el covid-19, no tuvo el cuidado debido al regular el procedimiento que debía seguir los magistrados

---

<sup>8</sup> Se dio inicio con un periodo de quince días, prologando posteriormente por sucesivos periodos a través de los Decretos respectivos, en función a las necesidades que se iban presentando.

<sup>9</sup> Norma que según lo establecido en su artículo 2 debía regir solamente durante el estado de emergencia y en los lugares geográficos declarados así.

(Jueces de familia o sus equivalentes) en lo concerniente al procedimiento para otorgar las medidas de protección, pues con dicha norma se cambió radicalmente el procedimiento previsto en la Ley 30364, al suprimir la audiencia oral previa y fundarse únicamente en los dichos de la parte denunciante sin la necesidad de sustentar su decisión en elementos de prueba objetivos y de un estándar probatorio mínimo. Es así que, este Decreto ha prescrito en su artículo 4 lo siguiente:

***Artículo 4: Dictado de medidas de protección y/o cautelares durante la emergencia sanitaria ocasionada por el COVID-19***

*Durante la emergencia sanitaria ocasionada por el COVID-19, el proceso de otorgamiento de medidas de protección y cautelares regulado por Ley N° 30364, Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar, se ajusta a las siguientes reglas:*

*“(...) 4.3. El juzgado de familia u otro con competencia material en la emergencia sanitaria dicta en el acto las medidas de protección y/o cautelares idóneas, prescindiendo de la audiencia y con la información que tenga disponible, no siendo necesario contar con la ficha de valoración de riesgo, informe psicológico u otro documento que por la inmediatez no sea posible obtener. Para tal fin, se hace uso de recursos tecnológicos que permitan la comunicación inmediata entre la víctima y el juez/a, a fin de evitar su traslado y priorizando los principios de debida diligencia, sencillez, oralidad y mínimo formalismo. Culminada la comunicación, el/la juez/a informa a la persona denunciante las medidas de protección y cautelares dictadas y notifica en el acto a la Comisaría por medio electrónico más célere para su ejecución. Asimismo, se notifica a la persona denunciada de conformidad con la Ley N° 30364 y su Reglamento.*

*4.4. Para el dictado de la medida de protección, el/la juez/a, considera los hechos que indique la víctima, las medidas restrictivas de derecho derivadas de la emergencia sanitaria a causa del COVID-*



*19 y evalúa el riesgo en el que se encuentra para dictar medidas de protección más idóneas, priorizando aquellas que eviten el contacto entre la víctima y la persona denunciada, el patrullaje constante del domicilio de la víctima, así como el retiro de la persona denunciada del hogar. (...)”*

Llegado a este punto, queda claro que existe un grave conflicto de intereses y lesiones a derechos fundamentales al aplicar el Decreto Legislativo 1470, por cuanto vulnera principios de orden constitucional y supra constitucional como es el derecho de defensa. Derechos que según la postura que se va a sustentar y manejar en esta investigación no deben ser afectados bajo ninguna circunstancia, aun cuando nos encontremos en un estado de excepción como el vivido por el Estado peruano en el año 2020. Es así que, la presente investigación pretende proporcionar información oportuna que sustente la flagrante lesión del derecho de defensa en el procedimiento para la concesión de las medidas de protección. Por tal motivo, corresponde proporcionar todos los detalles y alcances normativos que requiere este asunto: **vulneración de derechos fundamentales del denunciado como es el caso el derecho a la defensa.**

Si bien la ley de violencia familiar (y sus modificatorias como el caso del Decreto Legislativo 1470) contiene normas de carácter especial por el asunto materia de regulación, estas tienen repercusión en otras áreas del sistema jurídico: derecho de familia, derecho penal y derecho civil patrimonial<sup>10</sup>. Y en todas estas siempre habrá una severa limitación a algún derecho a causa de las medidas de protección, pues durante su duración o vigencia (hasta que finalice el proceso penal en el que se declara o no la responsabilidad del denunciado), no se podrá disfrutar de ningún derecho afectado con su otorgamiento.

Conscientes de esta problemática, consideramos razonable y perfectamente atendible llevar a cabo esta investigación para demostrar y poner en evidencia las graves deficiencias cometidas por el Estado al centrarse en una sola arista del problema que

---

<sup>10</sup> Esta repercusión está justificada debido a que las normas que conforman el sistema jurídico están sustentadas en la Constitución Política del Estado.

implica la violencia familiar o de género: defensa de la parte agraviada. Algo que no está mal en líneas generales, pero debe ser atendida con el más absoluto criterio de razonabilidad y respetando el Estado constitucional de derecho y los principios que la inspiran, en el que no debe dejarse de lado los otros derechos fundamentales. Es así que, a través del presente trabajo pretendemos proporcionar no solo la identificación de problema sino plantear una solución al caso a través de una serie de sugerencias que permitan instruir a los creadores de la norma sobre los parámetros que deben tener presente cada vez que se dicte una norma tan delicada y en situaciones tan complejas como los estados de excepción (emergencia).

## CAPÍTULO I

### EL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

#### 1.1. REALIDAD PROBLEMÁTICA

En toda sociedad civilizada el ser humano se ha visto en la necesidad de responder a todos y cada uno de los fenómenos sociales que han ido apareciendo en cada época y estadio de su desarrollo. Se ha visto en la imperiosa e impostergable necesidad de implementar una serie de mecanismos de respuesta para cada situación que ha denominado “*problemática*<sup>11</sup>”, y que le ha causado graves dificultades en su proceso de desarrollo y convivencia con sus semejantes. Ahora bien, para superar estas circunstancias ha tenido que acudir a todas las “*herramientas*” y medios que ha tenido a su alcance, y en caso de no tenerlas a su disposición las ha creado en estricta función de sus intereses y conveniencias.

Entre las dificultades y fenómenos sociales que siempre ha estado presente en la dinámica de convivencia del hombre, podemos destacar a la violencia (y sus diversas manifestaciones y grados de intensidad) como uno de los elementos que siempre ha estado presente en cada ámbito y sector de la vida de aquél, a tal punto de manifestarse en todos los niveles de organización y etapas. De tal forma que este fenómeno social ha repercutido hondamente en las entrañadas de la sociedad y ha generado graves dificultades en el desarrollo comunitario, poniendo en peligro el libre ejercicio de los derechos (fundamentales y los que no lo son).

Ante tal escenario, el ser humano ha respondido de diversas formas y con el

---

<sup>11</sup> Entiéndase por este término a la contradicción dialéctica que se expresa entre el estado deseado (estado ideal o deber ser) y el estado actual (estado real).

único propósito de eliminar, mitigar o controlar dicho fenómeno, y para esto ha desarrollado e implementado una serie de mecanismos a partir de los recursos y medios con los que cuenta en un determinado espacio y tiempo. De esta forma ha ensayado diversas alternativas de solución que van desde la prevención, pasado por su tratamiento hasta llegar a la sanción o imposición de cargas personales que afectan derechos fundamentales. Así mismo, se ha visto en la necesidad de buscar soluciones en el plano político, económico, social y jurídico, e incluso en una combinación de todos ellos con la esperanza de conseguir una mejor respuesta a este fenómeno.

De todas estas respuestas nos interesa abordar la que se ha implementado a través del sistema jurídico, y cómo esta se ha consagrado en la principal opción de respuesta, creando normas más detalladas y con fines muy específicos, que sean capaces de proporcionar en forma inmediata determinadas soluciones a dificultades que demandan respuestas inmediatas según la naturaleza de los derechos involucrados y de las personas intervinientes.

En el caso del sistema social peruano, estas circunstancias no han sido la excepción, pues como en toda sociedad organizada con un sistema jurídico lo suficientemente “desarrollado” y garante de la paz social, en aquella también se ha registrado el fenómeno conocido como violencia (en sus diversas manifestaciones y/o modalidades), en el que, si bien se cuenta con un sistema jurídico positivo (con todo lo que esto implica), se ha visto en la necesidad de implementar (crear) nuevos dispositivos jurídicos especializados que sean capaces de ocuparse de aquel fenómeno y alcanzar (o por lo menos intentarlo) la paz social con justicia.

El Estado peruano, pese a que ya contaba (y sigue contando) con normas específicas como el Código Penal y Procesal Penal para responder a los actos de violencia tales como: **i)** lesiones (físicas y psicológicas), **ii)** homicidios, **iii)**

violaciones, **iv**) acosos, etc. Se ha visto en la necesidad de clasificar y cualificar determinados actos de violencia en función a la naturaleza del sujeto pasivo, estatus personal, contexto y tipo de acto violento; a tal punto de diferenciar y censurar en forma categórica (pese a tratarse de un mismo acto de violencia) aquellos actos e incorporarlos a un nuevo régimen jurídico procesal. Y todo para defender y preservar la integridad de los sujetos pasivos de tal fenómeno.

Un caso en específico, y al que el Estado ha pretendido dar solución desde el punto de vista jurídico, es **la violencia contra la mujer y los integrantes del grupo familiar**. En el que luego de ciertos estudios, análisis y recolección de datos estadísticos oficiales proporcionados por las diversas entidades estatales (INEI, Defensoría del Pueblo, Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, Ministerio Público, Poder Judicial, Policía Nacional del Perú, etc.)<sup>12</sup>, aquél ha podido verificar que el mayor número de casos de violencia (física, psicológica, sexual y económica) está alojado o tiene su fuente en el seno familiar y dirigida principalmente en contra de la mujer.

---

<sup>12</sup> Según el Centro Nacional de Epidemiología, Prevención y Control de Enfermedades (CDC Perú), Perú reportó más de 17 mil casos por violencia contra la mujer durante el 2022 con los siguientes detalles:

- a) Los casos de violencia son más frecuentes en mujeres adultas (40,12%), joven (25,55%), así como en mujeres solteras (43,05%), convivientes (36,16%); quienes tienen secundaria completa (26,09%) y no tienen trabajo remunerado (72,15%).
- b) El 83% de agresores pertenecen al sexo masculino; el 39,94% tienen secundaria completa; el 51,57% cuentan con trabajo remunerado y el 39,23% no cuentan con trabajo remunerado.
- c) El tipo de violencia identificado como más común fue la psicológica (57,90%, presente en todos los tipos de violencia), seguido de la violencia física (29,90%) y con argumentos de temas familiares (33,90%) y celos (27,30%).

(Extraído de: <https://www.dge.gob.pe/portalnuevo/informativo/prensa/cdc-peru-repoto-mas-de-17-mil-casos-por-violencia-contra-la-mujer-durante-el-2022/>)

De tal suerte que dicha información ha generado que se concluya que el Perú sea considerado como un país altamente violento, y gran parte de esta violencia esté dirigida a la mujer en su condición de tal y a los integrantes del grupo familiar, a tal punto que los actos de violencia registrados van en escala ascendente, pues tiene su origen en lo psicológico, pasando por lo físico y sexual, y concluyendo con la muerte de la persona agraviada en los casos extremos (feminicidio). Es decir, según los registros generados por las entidades involucradas en la administración de justicia, el mayor índice de violencia que sufren los ciudadanos del Perú se dan en contra de la mujer por su condición y en los otros integrantes del grupo familiar.

Ante tal escenario, el Estado peruano (como otros Estados latinoamericanos) se ha visto en la necesidad de adoptar nuevas estrategias y políticas de respuesta para prevenir, mitigar y desaparecer este flagelo. Para tal efecto se ha creado un régimen jurídico especializado que dota de un tratamiento diferenciado y cualificado para todos los casos de aquella naturaleza, en donde se prima la defensa irrestricta de los derechos de la persona agraviada, otorgándole una serie de garantías y beneficios como respuestas inmediatas a este fenómeno social, que van desde la aplicación de penas efectivas para el agresor hasta el otorgamiento de medidas de protección (incluyendo otras medidas cautelares) en salvaguarda de sus derechos e integridad personal.

Este propósito pretende ser alcanzado con la ley N° 30364<sup>13</sup> (*Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar*), cuya finalidad debía ser (y sigue siendo según los fines normativos expuesto en la norma) responder de forma satisfactoria, oportuna y eficaz en

---

<sup>13</sup> Cuya fecha de entrada en vigencia fue 23 de noviembre del año 2015, y sigue en vigor hasta la actualidad con sus diversas modificaciones, pero como Texto Único Ordenado según lo dispuesto por el Decreto Supremo N° 004-2020-MIMP, de fecha 06 de septiembre del año 2020.

los casos de violencia contra la mujer e integrantes del grupo familiar en todas sus formas.

Como se verá más adelante en forma detallada, dicha norma proporciona un sistema completo para el tratamiento de los casos de violencia contra la mujer y los integrantes del grupo familiar, prevé muchos mecanismos de actuación inmediata en aras de protección de la víctima. Se ha previsto un régimen procesal y procedimental ágil, tuitivo y garantista para la víctima pues incluso se le ha proporcionado asesoría jurídica, asistencia psicológica, asistencia social y el otorgamiento de medidas de protección para garantizar el cese de los actos de violencia. Algo que no está mal como forma de respuesta oportuna y en pro de la defensa de la vida e integridad psicosomática de la víctima, de la sociedad y búsqueda de la paz social, tal y como está establecido en el artículo 44° de la Constitución Política<sup>14</sup>.

La creación e innovación del sistema jurídico es una praxis normal en todo Estado Constitucional de derecho; sin embargo, no debemos olvidar que toda norma jurídica que pretenda insertarse en el sistema jurídico debe cumplir con algunos requisitos de forma y fondo, entre los que destaca el respeto a la Constitución Política y a los derechos fundamentales que allí se reconocen.

Bajo este contexto, podría decirse que aparentemente no existe ninguna dificultad, pues como hace suponer la implementación, creación o derogación de alguna norma resulta ser una operación usual en todo sistema jurídico que pretende responder y garantizar la paz social y el Estado de derecho; sin embargo, como se verá y demostrará en su oportunidad (propósito de este trabajo de investigación), la creación, implementación, aplicación y

---

<sup>14</sup> **Artículo 44:** *“Son deberes primordiales del Estado: (...); garantizar la plena vigencia de los derechos humanos (...).”*

modificación de la ley de violencia familiar ha generado cambios en el sistema jurídico y causado serias lesiones al derecho de defensa, que dicho sea de paso tiene la categoría de fundamental o humano.

Desde la entrada en vigencia de la ley N° 30364, ésta ha sufrido diversas modificaciones (por adición o supresión de contenido materia de regulación), y que han respondido a diversas causas, entre las que se encuentra el estado de emergencia sanitario provocado por el COVID-19, en cuya época o momento, el Estado peruano incorporó el Decreto Legislativo 1470, con la finalidad (entre otros aspectos) de garantizar la atención y protección de las víctimas de violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar durante la emergencia sanitaria declarada, pero a su vez causando una modificación drástica al procedimiento para el otorgamiento de las medidas de protección.

No se cuestiona los cambios normativos, pues en puridad estos responden a una adecuación de las circunstancias espacio-temporales que pueda atravesar cualquier país como el nuestro. En cambio, sí cuestiona cuando estas modificaciones lesionan otros derechos fundamentales de las partes involucradas, que basados en un criterio estricto de ponderación deberían ser defendibles y pasibles de atención en forma similar en estricto respeto a los mandatos constitucionales (somos iguales ante la ley).

Antes de la dación del Decreto Legislativo 1470, la ley N° 30364 había previsto un procedimiento bastante claro y definido para el otorgamiento de las medidas de protección a las presuntas víctimas de violencia familiar, y este ha sido recogido en las normas contenidas en el literal a) del artículo 19° y artículo 33°, en los que se ha prescrito:

Artículo 19, literal a):



*“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 e 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. (...)”*

Artículo 33°:

*“El juzgado de familia dicta las medidas de protección teniendo en cuenta lo siguiente:*

*a. Los resultados de la ficha de valoración de riesgo y los informes sociales emitidos por entidades públicas competentes.*

*b. La existencia de antecedentes policiales o sentencias en contra de la persona denunciada por actos de violencia contra la mujer e integrantes del grupo familiar, por delitos contra la vida, el cuerpo y la salud; la libertad sexual, el patrimonio y otros que denoten su peligrosidad.*

*c. La relación entre la víctima con la persona denunciada.*

*d. La diferencia de edades y la relación de dependencia entre la víctima y la persona denunciada.*

*e. La condición de discapacidad de la víctima.*

*f. La situación económica y social de la víctima.*

*g. La gravedad del hecho y la posibilidad de una nueva agresión.*

*h. Otros aspectos que denoten el estado de vulnerabilidad de la víctima o peligrosidad de la persona denunciada. (...)"*

Como puede apreciarse la concesión de cualquier medida de protección debía ser amparada luego de llevarse a cabo una audiencia entre los involucrados y ser sustentada con los medios de prueba mínimos reunidos en forma objetiva y oportuna, es decir, se respetaba, aseguraba y garantizaba el derecho de defensa del denunciado, quien se encontraba en la facultad de ejercer tal derecho y cuestionar en forma inmediata así como participar en forma activa en el procedimiento para el otorgamiento de las medidas de protección. Y esto tenía razón de ser pues los derechos involucrados tienen el carácter de fundamental, y las personas sometidas a proceso comparten un vínculo de familiaridad, de tal suerte que lo decidido en torno a todos estos factores podía repercutir en la estabilidad y perdurabilidad de la familia.

Ahora bien, según lo prescrito en el artículo 32 de la Ley N° 30364, las medidas de protección pasibles de ser aplicadas al presunto agresor son las siguientes: **a)** el retiro del agresor del domicilio, **b)** impedimento de acercamiento o proximidad a la víctima en cualquier forma, **c)** prohibición de comunicación con la víctima vía epistolar, telefónica, electrónica, vía chat, redes sociales, red institucional, intranet u otras redes o formas de comunicación, **d)** prohibición del derecho de tenencia, **e)** prohibición del porte y uso de armas, **f)** inventario sobre sus bienes, y **g)** cualquier otra requerida para la protección de la integridad personal y la vida de sus víctimas o familiares. Con las que aquél podía perder y ser suspendido en el ejercicio de varios derechos fundamentales como se verá en el desarrollo de la investigación.

Como puede apreciarse, el otorgamiento de medidas de protección implicaba (y sigue implicando) la suspensión de varios derechos de suma importancia que permiten asegurar la perdurabilidad de la familia. Esto es, con su dación puede significar la extinción del seno familiar y de las relaciones que allí se gestan. Algo que no tendría mayor inconveniente si se lo hace con el firme propósito de salvaguardar la integridad física de la víctima y suspender todo acto de agresión; sin embargo, esta finalidad está muy lejos de ser cumplida plenamente pues en ocasiones estos mecanismos son utilizados bajo otros pretextos llegando incluso a ejercerlos en forma abusiva. Es aquí donde radica o se funda la importancia de escuchar y permitir que el presunto agresor pueda defenderse e incorporar prueba o cuestionarla según sus intereses. Es aquí donde se evidencia el sentido saludable de llevar a cabo una audiencia o cierto procedimiento que garantice el derecho de defensa del denunciado, pues está previsto que en este tipo de situaciones está en “*juego*” varios derechos de mucha importancia, que al ser afectados en forma irrazonable o no justificada podría generar graves perjuicios en el núcleo familiar, y cuyos efectos serían irreversibles dada su complejidad y extensión en el tiempo según lo dispuesto en el artículo 35<sup>15</sup> de la ley. (las medidas de protección pueden prolongar su vigencia incluso después de archivado el caso).

Ahora bien, bajo el estado de emergencia sanitaria causado por el COVID-19, y declarado por Decreto Supremo N° 044-2020-PCM<sup>16</sup> el pasado 15 de marzo del año 2020, el sistema social y jurídico peruano experimentó cambios para adaptarse a las nuevas formas de convivencia y restricción de derechos fundamentales. Y ante la imposibilidad de interactuar en forma directa y personal, el Estado decidió implementar diversos mecanismos y protocolos de “*seguridad*” que garanticen la supervivencia de los ciudadanos y el desarrollo

---

<sup>15</sup> **Artículo 35:** “Las medidas de protección y cautelares dictadas por el juzgado de familia se mantienen vigentes en tanto persistan las condiciones de riesgo de la víctima, con prescindencia de la resolución que pone fin a la investigación, o al proceso penal o de faltas. (...)”

<sup>16</sup> Prolongado hasta el 27 de octubre del año 2022, con el Decreto Supremo N° 130-2022-PCM.

de sus actividades. El sistema jurídico tuvo que adaptarse a tal punto de incorporar (vía creación normativa) una serie de medidas que flexibilicen el ejercicio de los derechos y la actuación de los órganos de justicia y conexos.

Es bajo este escenario que se dictó el Decreto Legislativo 1470, y a través del cual se modificó la ley N° 30364 en lo que respecta al procedimiento y forma para el otorgamiento de las medidas de protección a favor de la mujer e integrantes del grupo familiar. En este dispositivo jurídico, como principal asunto, se dispuso anular (bajo el “pretexto” de proporcionar celeridad en la protección) la realización de la audiencia y la necesidad de contar con medios de prueba que informen, den cuenta y motiven adecuadamente el porqué de las medidas de protección. A tal punto de solamente ser suficiente el *dicho* o *manifestación* de la presunta víctima, sin tomar en cuenta la opinión o punto de vista del denunciado, que antes de la modificatoria sí podía ser escuchado e incorporar al procedimiento todo lo que estime pertinente según la naturaleza del asunto y caso en concreto. Es decir, podía contribuir (con su defensa) a que no se le prive de sus derechos en forma irrazonable o desproporcionada, pues al menos podía ser escuchado y el Juez tenía contacto con las partes bajo el principio de inmediación y con los medios de prueba mínimos para sustentar o fundar su decisión, que como ya se expuso repercutía sobre derechos de mucha trascendencia en el núcleo de la sociedad (la familia).

Con todo esto, queda claro que si bien todo Estado constitucional de derecho (como el nuestro), tiene la prerrogativa o facultad de modificar su sistema jurídico de acuerdo a sus intereses y necesidades, aquél no debe olvidar que las normas jurídicas deben respetar la supremacía constitucional, los derechos fundamentales y los principios que la informan. Y es aquí donde nace o se ubica el problema que ha dado origen a la presente investigación. Pues resulta sumamente cuestionable tolerar la existencia de una norma que prevea un

procedimiento en el que bajo el pretexto de otorgar celeridad y atravesar un estado de excepción como el de emergencia sanitario no se respeta el derecho de defensa como derecho fundamental, que en ningún caso está (o estuvo) suspendido en su ejercicio, y más cuando las consecuencias de este procedimiento sea la suspensión o limitación de otros derechos fundamentales como ha quedado señalado en la norma contenida en el artículo 32 de la ley N° 30364. Por estas razones en el presente trabajo de investigación no ocuparemos de esta grave deficiencia y demostraremos que existe una evidente vulneración del derecho de defensa del denunciado al aplicar el referido decreto legislativo en el dictado de las medidas de protección a favor de la víctima.

## 1.2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Expuestas, así las cosas, queda claro que la creación y aplicación de la ley N° 30364 y su posterior modificatoria a través del Decreto Legislativo 1470, en cuanto al procedimiento y otorgamiento de las medidas de protección a favor de la presunta víctima de violencia (en todas sus variantes), genera una grave afectación al derecho de defensa que tiene todo ciudadano en un Estado constitucional de derecho, y que, según lo prescrito en las normas de carácter internacional, constitucional y legal, en su calidad de fundamental e irrestricto no puede ser suspendido, restringido o limitado bajo ninguna circunstancia e incluso si el Estado experimenta estados de excepción como el generado por la emergencia sanitaria producida por la COVID-19.

Con todo lo expuesto resulta claro que el Estado bajo el pretexto de otorgar tutela jurisdiccional inmediata y “*escudado*” en un estado de emergencia, ha infringido normas constitucionales, que por su naturaleza e importancia están por encima de cualquier norma de rango legal. Bajo este contexto en el presente trabajo de investigación se pretende analizar y demostrar la

vulneración al derecho de defensa (que tiene todo ciudadano dentro de cualquier proceso y procedimiento judicial) en el otorgamiento de medidas de protección a favor de la parte agraviada dentro de la ley N° 30364 (Ley de violencia familiar) y su modificatoria implementada por el Decreto Legislativo 1470, al anular las audiencias y medios de prueba mínimos para su concesión. Es así que, el problema detectado y que ahora se plantea como fundamento del presente trabajo, involucra dos variables claramente definidas: i) vulneración al derecho de defensa y ii) medidas de protección dictadas bajo el estado de emergencia sanitario causado por el COVID-19. De esta forma queda planteado el problema generado por la aplicación del referido decreto legislativo y sus graves repercusiones al derecho de defensa que tiene todo ciudadano, al no contemplar una audiencia y no tomar en cuenta medios de prueba. Sobre estos extremos recaerán el presente trabajo de investigación, pues lo que se busca es mostrar y demostrar la vulneración de un derecho fundamental.

Como puede apreciarse, lo que se plantea resulta de importancia y atención prioritaria. Es pertinente comprender la dimensión real de la problemática “denunciada”, ya que de no hacerlo se estaría validando o consintiendo que tales actos son legítimos y no vulneran derechos fundamentales como el de defensa. Entonces, lo que aquí se pretende demostrar o dar a conocer, y explicar el grave error y afectación a un derecho fundamental, así como tomar en cuenta que las normas jurídicas del sistema demandan coherencia y respeto a la supremacía constitucional. Con todo esto, debe quedar claro que lo único que se pretende es contribuir con el desarrollo del conocimiento y hacer ver una grave deficiencia que puede ser corregida en forma oportuna antes de que cause daños graves e irreparables.

### 1.3. DELIMITACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

Como en todo estudio e investigación corresponde delimitar el asunto materia de tratamiento y análisis, esto es, resulta pertinente indicar y ubicar en forma específica el espacio, el tiempo, el objeto, el contexto y la institución jurídica que será objeto de estudio.

La presente investigación tiene por finalidad ocuparse y analizar la vulneración al derecho de defensa del denunciado (o imputado) en el procedimiento de otorgamiento de medidas de protección previsto por el Estado peruano a través de la ley N° 30364 (Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar) y su modificatoria incorporada por el Decreto Legislativo N° 1470, emitida bajo el estado de emergencia sanitario causado por el COVID-19.

Como se puede notar, el presente trabajo de investigación tiene por finalidad analizar en forma muy puntual y específica una norma precisa (Decreto Legislativo), un instituto jurídico puntual (medidas de protección) y el respeto al derecho de defensa dentro del procedimiento para el otorgamiento de tales medidas. Todo dentro del sistema jurídico peruano, dentro de un área específica (violencia familiar), sobre una norma legal precisa y en una época determinada (emergencia sanitaria causada por el COVID-19). Por tanto, en lo que respecta a este extremo (delimitación del problema) queda claro que nos avocaremos a un derecho fundamental específico (defensa) y su vulneración dentro del procedimiento de otorgamiento de medidas de protección previsto en el Decreto Legislativo N° 1470.

#### **1.4. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA**

##### **1.4.1. PROBLEMA GENERAL**

¿Existe afectación al derecho de defensa del denunciado en el

procedimiento previsto por el Decreto Legislativo N° 1470 para el otorgamiento de medidas de protección en el estado de emergencia sanitario causado por el COVID-19?

#### **1.4.2. PROBLEMAS ESPECÍFICOS**

- a) ¿Qué es el derecho de defensa y cuál es su importancia dentro del sistema jurídico constitucional?
- b) ¿Qué son los derechos fundamentales y quiénes son sus titulares?
- c) ¿Quiénes son los titulares del derecho de defensa?
- d) ¿Cómo se afecta el derecho de defensa dentro de un procedimiento judicial?
- e) ¿Qué son las medidas de protección y cuál es el procedimiento para su otorgamiento según el Decreto Legislativo N° 1470 y la ley N° 30364?
- f) ¿Qué es el estado de emergencia y que derechos se suspenden durante su vigencia?

#### **1.5. FORMULACIÓN DE HIPÓTESIS**

Existe afectación al derecho de defensa del denunciado en el procedimiento previsto por el Decreto Legislativo N° 1470 para el otorgamiento de medidas de protección en el estado de emergencia sanitario causado por el COVID-19.



## **1.6. FORMULACIÓN DE OBJETIVOS**

### **1.6.1. OBJETIVO GENERAL**

Determinar si existe afectación al derecho de defensa del imputado (denunciado) en el procedimiento previsto por el Decreto Legislativo N° 1470 para el otorgamiento de medidas de protección en el estado de emergencia sanitario causado por el COVID-19.

### **1.6.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS**

- a) Establecer que es el derecho de defensa.
- b) Establecer que son los derechos fundamentales y quiénes son sus titulares.
- c) Determinar quiénes son los titulares del derecho de defensa y cuál es su importancia dentro del sistema jurídico constitucional.
- d) Identificar cómo se afecta el derecho de defensa dentro de un procedimiento judicial.
- e) Determinar que son las medidas de protección y cuál es el procedimiento para su otorgamiento según el Decreto Legislativo N° 1470 y la ley N° 30364.
- f) Determinar qué es el estado de emergencia y que derechos se suspenden durante su vigencia.

## 1.7. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

La presente investigación se justifica por tratarse de una temática de suma importancia para el mundo del derecho y los operadores de justicia, pues revela las graves deficiencias en la creación e implementación de una norma jurídica que confronta, se opone y desconoce el derecho fundamental a la defensa, reconocido por la Constitución Política y por las normas internacionales como la Declaración Universal de Derechos Humanos<sup>17</sup> (que dicho sea de paso forma parte del derecho interno según lo prescrito en el artículo 55 de la Constitución Política del Estado<sup>18</sup>).

Esta investigación (y sus resultados) permitirán proporcionar información y conocimiento serio, objetivo y oportuno para futuras creaciones normativas basadas en el respeto del estado constitucional de derecho, pues se da a conocer una situación problemática que no debe de pasar desapercibido en tanto afecta un derecho fundamental como es el derecho de defensa que todo ciudadano tiene en forma irrestricta en cualquier procedimiento o proceso antes lo tribunales del Estado. Así mismo se justifica por cuanto constituye un aporte para una futura modificación legislativa o corrección en el sistema jurídico, ya que da a conocer la existencia de una norma (o conjunto de ellas) que en forma flagrante y abierta viola las normas constitucionales y principios que allí se recogen.

Se constituye en un aporte al conocimiento y permite desarrollar otras líneas de investigación al proporcionar información y conclusiones que servirán para futuras regulaciones en situaciones que denominaremos extremas o

---

<sup>17</sup> Aprobado por el gobierno del Perú el año 1959 a través de la Resolución Legislativa N° 13282.

<sup>18</sup> **Artículo 55:** *“Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional.”*

excepcionales, y sobre las que se deberá reflexionar para no caer en situaciones similares, sino que se tendrá en cuenta que las normas deben ser el fiel reflejo de los valores y circunstancias específicas que atraviesa la sociedad.

La temática y el presente trabajo también queda justificado por su especialidad o especificidad, que según los principios de la investigación científica responden a su lógica al ocuparse de una parte estricta de la realidad, y como tal viable.

#### **1.8. LIMITACIONES PARA EL DESARROLLO DE LA INVESTIGACIÓN**

En cuanto a las limitaciones o inconvenientes para desarrollar esta investigación debemos manifestar que, al ser un trabajo de análisis documental e interpretación de un texto normativo (método hermenéutico), aquellas han sido escasas o mínimas. Y esto por cuanto al ser una investigación de enfoque cualitativo y de alcance descriptivo-explicativo, no experimental transversal, el objeto de estudio se somete al método hermenéutico para su comprensión en forma cabal. Ahora bien, considerando que el propósito de la investigación es conocer y comprender una determinada situación problemática (y un problema) en el ámbito jurídico, los objetivos para lograr los propósitos planteados se desarrollan accediendo en forma directa a la literatura disponible, y que para el caso en concreto no solo es abundante, sino que está al alcance de “*todos*” los investigadores a través de los libros en físico y en virtual, revistas especializadas, páginas web y bases de datos a nivel mundial (como SCOPUS). Con todo, podemos decir que casi no se ha tenido limitaciones al ser un trabajo eminentemente de análisis normativo y básico.

## CAPÍTULO II

### MARCO TEÓRICO

#### 2.1 EL DERECHO DE DEFENSA

##### 2.1.1. BASES TEÓRICAS

Al ser este un trabajo descriptivo, y en cierta medida explicativo, resulta coherente abordar el desarrollo de las categorías involucradas; sin embargo, al ser una línea de investigación limitada (como lo son todas) se cita algunas definiciones y aportes doctrinarios de aquellos institutos jurídicos. Y los que se ubican en proporción al nivel de estudio alcanzado. Es por eso que, solamente se exponen algunos aportes de toda la variada y amplia literatura, que para esta oportunidad carece de objeto ocupar por el nivel y alcance de la investigación.

Ahora bien, sobre el derecho de defensa (como en otras instituciones jurídicas) se ha escrito y difundido mucha información, a tal punto de considerarse en cierta medida un tópico claramente establecido (o comprendido), por lo menos en sus líneas medulares. Sobre este asunto existe gran cantidad de regulación y definiciones a nivel legislativo, doctrinario y jurisprudencial. Es por eso que, como sustento o fundamento que sirve para la presente investigación, citaremos algunos aportes doctrinarios realizados por algunos juristas y entendidos en el tema. Así se tiene:

El derecho a la defensa es el derecho fundamental de una persona, física o jurídica, o de algún colectivo para defenderse ante un tribunal de justicia de los cargos que se imputan con plenas garantías de igualdad e independencia. Se trata de un derecho que se da en todos los órdenes jurisdiccionales, y se aplica en cualquiera de las fases del procedimiento penal (sumario, intermedia y juicio oral) y civil (alegaciones, prueba y conclusiones). Asimismo, se impone a los tribunales de justicia el deber de evitar desequilibrios en la posición procesal de ambas partes e impedir que las limitaciones de alguna de las partes puedan desembocar en una situación de indefensión. Es parte inseparable del concepto conocido como debido proceso (Binder et al., 2015).

La categoría jurídica denominada derecho de defensa, que dicho sea de paso ha estado presente desde la antigüedad (en el derecho romano), se presenta como una garantía y un equilibrio entre los intereses personales y los de la sociedad. El Derecho de defensa importa una cualidad fundamental de la persona a tal punto de estar íntimamente vinculado con la propia condición humana (Vásquez, 2022).

El derecho de defensa está reconocido como derecho fundamental a nivel Constitucional y supraconstitucional (tratados internacionales sobre derechos humanos). Y como tal, su vigencia y respeto constituye un fin en sí mismo en todo procedimiento jurisdiccional, y debe ser protegido o cuidado en todas las instancias y oportunidades en las que tenga que ser mencionado (Luperdi, 2016).

Como puede apreciarse de las definiciones proporcionadas (y como se verá más adelante), la importancia del derecho de defensa se encuentra en ser un derecho fundamental o básico para la persona

humana, y como tal debe ser garantizado por el Estado en todo momento, dentro y fuera de cualquier proceso o procedimiento. Al tener la categoría de fundamental e imprescindible resulta ser un derecho inviolable e irrenunciable, y de este instituto jurídico depende el ejercicio de otros derechos fundamentales.

Según la tendencia actual (nacional e internacional), el derecho de defensa debe ser garantizado por el Estado a través de sus autoridades, priorizando a las personas de escasos recursos y en estado de vulnerabilidad. Es tan importante este derecho, que podría decirse que es el único que el Estado asegura a través de sus normas, proporcionando un defensor a quien no lo ha hecho en la forma y oportunidad debida. A esta forma de organización se conoce como estado garantista.

El ámbito de cobertura del derecho de defensa incluye la defensa material o propia del ciudadano, y la defensa técnica o jurídica. En el primero se contempla la posibilidad irrestricta del ciudadano de decir o manifestar todo cuanto tenga por conveniente respecto de los cargos, acusaciones o imputaciones que se la hayan realizado bajo el pretexto de un proceso o procedimiento (civil, penal, laboral, constitucional, administrativo, etc.), y bajo las reglas que contemple el procedimiento específico (tiempo, forma y oportunidad). En cuanto al segundo, implica la posibilidad ser asistido por un *“experto”* o conocedor de las normas jurídicas e instituciones que demanda la naturaleza del asunto, esto es, la posibilidad de ser defendido a nivel técnico jurídico por una persona capacitada para tal propósito, lo que naturalmente incluye la interposición de todos los medios defensa que la ley permite. Ambas aristas del derecho de defensa son ejercidas en forma conjunta, secuencial y coordinada, a tal punto que incluso el

ciudadano puede ejercer su derecho a guardar silencio y expresarse en cualquier estado del procedimiento.

Ahora bien, a modo de ilustración, dentro de los actos que pueden ser ejercidos como manifestación del derecho de defensa están los siguientes: **i)** tener asistencia jurídica especializada desde los actos iniciales, **ii)** ser oído, **iii)** no sufrir restricciones que no estén prevista en la ley, **iv)** la prohibición de declarar contra sí mismo, **v)** interponer los mecanismos de defensa que tenga por conveniente, **vi)** ser informado de los cargos que se le atribuyen, **vii)** abstener de declarar, **viii)** que no se utilice medios de coacción, intimidatorios o contrarios a la dignidad del ser humano, **ix)** ser evaluado por médico, etc. (Flores, 2015)

Como puede apreciarse el derecho de defensa es uno de naturaleza compleja, que implica la realización, ejecución o ejercicio de otros derechos de suma importancia, a tal punto de ser incluso garantizado por el Estado a través de un defensor público o de oficio. Y esto es así por cuanto el defenderse constituye una clara manifestación del instinto de conservación del ser humano. Recordemos que el ser humano nació libre y tiene derecho a permanecer en la misma circunstancia salvo que sus actos determinen que debe ser privado de su libertad y derechos conexos, que dicho sea de paso también son de suma importancia al constituirse en complemento para el ejercicio de otros derechos fundamentales como la vida (saludable y desarrollo personal).

El someter a un ciudadano a un procedimiento o proceso (sin importar la naturaleza o complejidad) siempre va a implicar un peligro para los derechos, pues se corre el riesgo de cometer algún error y castigar o limitar los derechos de la persona equivocada y en la proporción que

no corresponde. Es por eso que, el derecho de defensa se erige como fundamental o humano por cuanto a través del ejercicio de éste el ser humano asegura que no se le vulnere sus derechos (de importantísima utilidad), y si lo hacen que sea producto de un procedimiento regular y respetando todas las garantías que la ley, la Constitución y las normas de carácter internacional prevén para tal situación (por ejemplo la Declaración Universal de los Derechos Humanos<sup>19</sup>).

Según los datos que ahora se proporcionan, resulta claro que este derecho está siendo abordado desde el punto de vista material o sustantivo, pues se proporciona explicaciones conceptuales de qué debemos entender o comprender por el instituto denominado: “*derecho de defensa*”, apelando para esto a aproximaciones de varios ángulos. No obstante, debemos precisar que aquella institución tiene una conectividad o está entrelazada con otro derecho fundamental conocido como el debido proceso, y en el que junto al derecho de defensa se realizan otros que en conjunto aseguran que el poder del Estado sea justo, proporcional, legítimo y oportuno. Tener un debido proceso implica naturalmente que la persona sometida (justiciable) tenga la posibilidad de defender por sí mismo o a través de otra y cuestionar las pretensiones de la autoridad que intenta limitar o suspender sus derechos. Por tanto, podemos considerar el derecho de defensa trasciende al tiempo, modo y lugar; en cuanto aporta una garantía de seguridad para el ciudadano, al ser un derecho natural y humano, de corte procesal y sustantivo.

---

<sup>19</sup> Artículo 8: “*Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley.*”

Artículo 10: “*Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.*”



La gran mayoría de ordenamientos jurídicos a nivel mundial consagran al derecho de defensa como uno de carácter fundamental y lo coordinan o regulan en función a los distintos tratados, convenios y normas de carácter internacional (como por ejemplo la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). (San Martín, 2014)

En las normas contenidas en la Declaración Universal de Derechos Humanos, se ha prescrito que toda persona sometida a un proceso se le debe garantizar en forma plena la posibilidad de ejercer su derecho de defensa sin ninguna limitación que no sea las establecidas por la ley. De igual forma el Convenio de Roma ha establecido en forma clara y concreta que aquel derecho comprende defenderse asimismo o por intermedio de un defensor elegido según sus intereses y conveniencias; y en caso de no tener uno que el Estado le proporcione en forma gratuita. En términos similares también ha quedado marcado en el Pacto de Nueva York y en el Pacto de San José de Costa Rica, en los que se resalta la asistencia permanente de un defensor y su libre comunicación para el ejercicio de su derecho. Según estos dispositivos (de observancia obligatoria para el Estado peruano) el derecho de defensa tiene la categoría de irrenunciable e irrestricto, ya que no es posible que el ciudadano pueda dejar de ejercer su defensa y aun en contra de su voluntad el Estado le garantiza proporcionando un defensor de oficio que asegure que sus derechos no serán vulnerados por las autoridades que instauran el proceso o procedimiento. Así mismo es irrestricto por cuanto, al ser un derecho fundamental y humano, no puede existir limitaciones para su ejercicio salvo las dispuestas en la Constitución y en la ley. Con todo esto se pretende marcar claramente que este derecho puede y tiene que ser ejercido

bajo el principio constitucional que señala que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe. Solo bajo este supuesto se puede garantizar el ejercicio pleno de tal derecho. Y esto tiene sentido por cuanto las repercusiones que puedan generar su ausencia son devastadoras para el ser humano.

En lo que respecta al ámbito nacional, la Constitución Política de 1993 ha regulado este derecho a través de la norma contenida en el artículo 139, inciso 14<sup>20</sup>, al señalar (entre otras cosas) que nadie puede ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso. Ahora bien, haciendo una interpretación conforme a la Constitución, debe considerarse el término *proceso* como un todo, esto es, desde el acto inicial y todas las etapas de intervención de las diferentes autoridades como por ejemplo el caso de la policía nacional o el ministerio fiscal. Es decir, según los parámetros contemplados en el dispositivo constitucional, el derecho de defensa debe estar presente en todo momento e incluso desde la misma intervención o detención por la autoridad competente. Todo esto con el único propósito de garantizar que el ciudadano no sea limitado o privado de su libertad en forma innecesaria, desproporcional, ilegal o arbitraria.

En lo que corresponde al ámbito infra constitucional o legal, debemos echar un vistazo a la norma procesal penal que regula el desarrollo del proceso, y que por antonomasia resulta de mayor ilustración y riqueza en contenido en estos asuntos. Nos referimos al Código Procesal Penal, en el que, para el correcto desarrollo del proceso, se ha dispuesto como pilar fundamental la posibilidad y garantía que el ciudadano procesado o investigado por la comisión de algún delito tenga pleno ejercicio de

---

<sup>20</sup> Artículo 139, inciso 14: “Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) **14.** El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso. (...)”

su derecho de defensa. Así se ha prescrito en el artículo IX del Título Preliminar, al señalar que: *“toda persona tiene derecho inviolable e irrestricto a que se le informe de sus derechos, a que se le comuniquen de inmediato y detalladamente la imputación formulada en su contra, y a ser asistida por un abogado defensor de su elección o, en su caso, por un Abogado de oficio, desde que es citada o detenido por la autoridad (...)”*.

## **DEFENSA MATERIAL**

Hablar del derecho de defensa (como ya se expuso) también implica referirnos a la autodefensa o defensa material. Al respecto el Código Procesal Penal reconoce esta forma de manifestación de defensa a través del artículo 71, cuando señala: *“El imputado puede hacer valer por sí mismo los derechos que la constitución y las leyes le conceden, desde el inicio de la investigación hasta la culminación del proceso”*.

De esto queda claro que, como presupuesto fundamental para el ejercicio de la defensa, se le debe permitir al ciudadano, como elemento esencial y mínimo, ser escuchado, ser oído por las autoridades involucradas y ofrecer los descargos y medios de prueba que estime conveniente. Sin estos dos presupuestos poco o nada se podría producir respecto de la realización de tal derecho. Ya que como es lógico *cómo* puede defenderse un ciudadano si ni siquiera es escuchado. En tal sentido, este factor resulta fundamental, pues independientemente de si el ciudadano conoce o no sobre normas jurídicas o sistemas de normas, lo que le debe interesar a las autoridades es el punto de vista del procesado, quien, con amplia libertad, en forma espontánea y unilateral puede manifestarse respecto de los cargos o imputaciones que se le hacen. Pues

independientemente de la forma como ejerza su defensa (con o sin abogado) el que está en mejores condiciones de proporcionar información relevante de los hechos son la partes que presuntamente han intervenido. (Jauchen, 2005)

Aplicándose el principio ampliamente conocido que señala: “el Juez conoce el derecho (*iura novit curia*)”, el Juez o autoridad en sentido amplio conoce el derecho y tiene la obligación de aplicarlo como corresponde y a los casos que se subsuman en la norma. Es por eso que podemos afirmar que lo único que le falta a la autoridad es el hecho, y quienes podrían proporcionarlos son lo que presuntamente han intervenido.

## DEFENSA TECNICA

El otro componente del derecho de defensa está constituido por la asistencia técnica o especializada a cargo de un abogado, elegido por el ciudadano o dispuesto por el Estado como garante. Esta defensa es estrictamente jurídica o de especialidad, ya que la persona encargada de ejercerla “*preparada*” para este escenario, conoce el sistema jurídico, conoce el sistema judicial y la función que deben cumplir las autoridades del sistema de administración de justicia. Esta defensa se caracteriza por ser estrictamente técnica e implica ejecutar todos los medios de defensa que la ley (procesal) le reconocen al investigado, imputado o acusado dentro de un procedimiento o proceso. Este aspecto ha sido reconocido a nivel constitucional por la Carta Magna de 1993, en el artículo 139, inciso 14, en el que se ha prescrito: “(...) *Tiene derecho a comunicarse personalmente con un defensor de su elección y a ser asesorada por éste desde que es citada o detenida por cualquier autoridad. (...)*” Similares posiciones han adoptado los

estatutos internacionales antes citados, han recogido a este tipo de defensa y lo han calificado como un derecho irrenunciable que tiene todo imputado, y en caso de no tener los recursos deba ser asistido en forma gratuita por un defensor otorgado por el Estado.

El derecho de defensa está presente en todas las aristas del sistema jurídico; sin embargo, nos remitiremos a lo que el Código Procesal Penal debido a su mayor desarrollo, comprensión y claridad normativa respecto de dicho instituto. Es así que, este cuerpo normativo a recogido aquel derecho en los artículos 80 y 84, en los que se ha descrito:

Artículo 80:

*“El Servicio Nacional de la Defensa de Oficio, a cargo del Ministerio de Justicia, proveerá la defensa gratuita a todos aquellos que dentro del proceso penal, por sus escasos recursos no puedan designar abogado defensor de su elección, o cuando resulte indispensable el nombramiento de un abogado defensor de oficio para garantizar la legalidad de una diligencia y el debido proceso.”*

Artículo 84:

*“El abogado defensor goza de todos los derechos que la ley le confiere para el ejercicio de su profesión, especialmente de los siguientes:*

- 1. Prestar asesoramiento desde que su patrocinado fuere citado o detenido por la autoridad policial.*

*2. Interrogar directamente a su defendido, así como a los demás procesados, testigos y peritos.*

*3. Recurrir a la asistencia reservada de un experto en ciencia, técnica o arte durante el desarrollo de una diligencia, siempre que sus conocimientos sean requeridos para mejor defender. El asistente deberá abstenerse de intervenir de manera directa.*

*4. Participar en todas las diligencias, excepto en la declaración prestada durante la etapa de investigación por el imputado que no defienda.*

*5. Aportar los medios de investigación y de prueba que estime pertinentes.*

*6. Presentar peticiones orales o escritas para asuntos de simple trámite.*

*7. Tener acceso a los expedientes fiscal y judicial para informarse del proceso, sin más limitación que la prevista en la ley, así como a obtener copia simple de las actuaciones en cualquier estado o grado del procedimiento.*

*8. Ingresar a los establecimientos penales y dependencias policiales, previa identificación, para entrevistarse con su patrocinado.*

*9. Expresarse con amplia libertad en el curso de la defensa, oralmente y por escrito, siempre que no se ofenda el honor de las personas, ya sean naturales o jurídicas.*

*10. Interponer cuestiones previas, cuestiones prejudiciales, excepciones, recursos impugnatorios y los demás medios de defensa permitidos por la ley.*

*El abogado defensor está prohibido de recurrir al uso de mecanismos dilatorios que entorpezcan el correcto funcionamiento de la administración de justicia.*

Como puede notarse, no cabe duda que la defensa técnica o ejecutada por un abogado, especialista en el área requerida (sino se caería en estado de indefensión), resulta imprescindible para los fines del proceso y la administración de justicia aun cuando se haya ejercido la autodefensa o defensa material. Este tipo de defensa complementa a aquella pues permite traducir y ejecutar con la norma jurídica lo que se dice o pretende alcanzar con la defensa material.

A este respecto, conviene citar lo establecido por el máximo intérprete de la Constitución (Tribunal Constitucional), quien en reiteradas oportunidades y fallos de observancia obligatoria ha señalado sobre el derecho de defensa lo siguiente:

**Expediente Nº: 06648-2006-HC/TC<sup>21</sup>**

*“La Constitución, en su artículo 139º, 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*

---

<sup>21</sup> <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/06648-2006-HC.pdf>

*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 (FJ 4)."*

**Expediente Nº: 05085-2006-PA/TC<sup>22</sup>**

*"El derecho de defensa constituye un derecho fundamental de naturaleza procesal que conforma, a su vez, el ámbito del debido proceso, y sin el cual no podría reconocerse la garantía de este último. Por ello, en tanto derecho fundamental, se proyecta como principio de interdicción para afrontar cualquier indefensión y como principio de contradicción de los actos procesales que pudieran repercutir en la situación jurídica de algunas de las partes, sea en un proceso o procedimiento, o en el caso de un tercero con interés (FJ 5)."*

**Expediente Nº: 00005-2006-AI/TC<sup>23</sup>**

*"El Derecho de defensa a nivel procesal se constituye como una garantía que permite el correcto desenvolvimiento del proceso; por ello, el ejercicio del mismo al interior de cualquier procedimiento se constituye como un requisito de validez del propio proceso (FJ 27)."*

**Expediente Nº: 00582-2006-PA/TC<sup>24</sup>**

*"El derecho a no quedar en estado de indefensión se conculca cuando los titulares de derechos e intereses legítimos se ven impedidos de ejercer los medios legales suficientes para su defensa, pero no cualquier imposibilidad de ejercer esos medios produce un estado de indefensión*

---

<sup>22</sup> <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/05085-2006-AA.pdf>

<sup>23</sup> <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/00005-2006-AI.pdf>

<sup>24</sup> <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00582-2006-AA%20Resolucion.pdf>



*que atenta contra el contenido constitucionalmente protegido del derecho sino que es constitucionalmente relevante cuando se genera una indebida y arbitraria actuación del órgano que investiga o juzga al individuo tal hecho se produce cuando el justiciable es impedido, de modo injustificado, de argumentar a favor de sus derechos e intereses legítimos. (FJ 3).”*

**Expediente Nº: 03997-2005-PC/TC<sup>25</sup>**

*“El contenido constitucionalmente protegido del derecho de defensa, garantiza que toda persona, natural o jurídica, sometida a un proceso jurisdiccional, cualquiera que sea la materia de que este se trate, no pueda quedar en estado de indefensión. La situación de indefensión que el programa normativo del derecho de defensa repulsa no solo se presenta cuando el justiciable no ha tenido la oportunidad de formular sus descargos frente a las pretensiones de la otra parte, sino también cuando, no obstante haberse realizado determinados actos procesales destinados a levantar los cargos formulados en contra, en el caso, se evidencie que la defensa no ha sido real y efectiva (FJ 8).”*

**Expediente Nº: 07324-2005-AA/TC<sup>26</sup>**

*“El contenido del derecho de defensa es prohibir toda situación de indefensión en el curso de todo procedimiento (FJ 2).”*

**Expediente Nº: 06260-2005-HC/TC<sup>27</sup>**

---

<sup>25</sup> <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/03997-2005-AC%20Resolucion.pdf>

<sup>26</sup> <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/07324-2005-AA.pdf>

<sup>27</sup> <http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/06260-2005-HC.pdf>

*“Se precisa que el derecho de defensa, tiene una doble dimensión: una material, referida al derecho del imputado de ejercer su propia defensa desde el mismo instante en que toma conocimiento de que se le atribuye la comisión de determinado hecho delictivo; y otra formal, que supone el derecho a una defensa técnica; esto es, al asesoramiento y patrocinio de un abogado defensor durante todo el tiempo que dure el proceso (FJ 3).”*

**Expediente Nº: 8605-2005-AA/TC<sup>28</sup>**

*“Se señala que el derecho de defensa constituye un derecho fundamental de naturaleza procesal que conforma, a su vez, el ámbito del debido proceso, y sin el cual no podría reconocerse la garantía de este último. Por ello, en tanto derecho fundamental, se proyecta como principio de interdicción para afrontar cualquier indefensión y como principio de contradicción de los actos procesales que pudieran repercutir en la situación jurídica de algunas de las partes, sea en un proceso o procedimiento, o en el caso de un tercero con interés (FJ 14-15).”*

**Expediente Nº: 2659-2003-AA/TC<sup>29</sup>**

*“Se precisa que el derecho de defensa se proyecta como un principio de interdicción de ocasionarse indefensión y como un principio de contradicción de los actos procesales que pudieran repercutir en la situación jurídica de algunas de las partes de un proceso o de un tercero con interés (FJ 4).*

---

<sup>28</sup> <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/08605-2005-AA.pdf>

<sup>29</sup> <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/02659-2003-AA.pdf>

## PRINCIPIOS FUNDAMENTALES QUE COMPRENDE EL DERECHO DE DEFENSA

Ahora bien, el derecho de defensa no solo comprende el aspecto sustantivo y de definición en cuanto a sus características fundamentales, sino que aquel también contempla o incorpora principios fundamentales del proceso, y en específico del proceso penal. Nos referimos al principio de contradicción y el principio acusatorio.

Sobre el principio de contradicción se puede señalar que éste implica y le permite al ciudadano la posibilidad de refutar, contradecir, cuestionar u oponerse a las pretensiones estatales o autoritarias. Le permite ser un agente activo en el desarrollo del proceso y procedimiento en la defensa de sus derechos. Y para lograr este propósito le es permitido emplear todos los medios que la ley ha reconocido. Dentro de aquel principio se encuentra la posibilidad de incorporar medios de prueba, ser escuchado, solicitar la realización de actos de investigación, estar en la misma posibilidad o igualdad del resto de intervinientes tales como el caso del representante del Ministerio Público. La contradicción se extiende a todo los actos y procedimientos que se deriven del proceso. (Villanueva, 2009)

Se puede decir que para que exista una verdadera contradicción dentro de un proceso se tiene que cumplir con algunos requisitos: **a)** Se debe conocer cabalmente la imputación (de forma clara, precisa y circunstanciada), los cargos o los hechos atribuidos, y **b)** el derecho de ser escuchado en audiencia por la autoridad que tendrá que resolver el caso. Y esto se justifica debido a que nadie puede ser condenado sin ser oído y vencido en juicio o audiencias que se desarrollen a su propósito.

El derecho a ser oído es una condición sin la cual el órgano jurisdiccional no podrá decidir sobre los asuntos materia de su competencia, incluyendo decisiones que van desde el mero trámite pasando por las que deciden sobre asuntos de rango intermedio (autos interlocutorios) hasta aquellas que implica la afectación de un derecho (sentencia, por ejemplo).

En suma, con el derecho de audiencia o a ser oído se busca impedir que un ciudadano sufra o padezca un mal, y que este sea suministrado por la autoridad sin haberlo escuchado, quien bajo este contexto puede expresar todo lo conveniente y razonable según la naturaleza del asunto.

En la actualidad el principio de contradicción ha alcanzado nuevos horizontes y ha sido objeto de múltiples análisis, pronunciamientos y desarrollo a nivel legislativo, jurisprudencial y doctrinario. Se ha escrito y reflexionado hondamente sobre este extremo, a tal punto de haber sido recogido como modelo procesal en diversas naciones de Latinoamérica. Este principio obliga o impone el deber de permitir que todo lo propuesto en el proceso sea cuestionado, refutado y sometido a contrastación, para que así se tenga plena certeza de lo acontecido. Es por eso que se lo puede vincular al principio de inmediación y al principio de igualdad de armas. (Binder et al., 2015)

Ahora bien, si revisamos lo prescrito en la norma contenida en el inciso 2 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú, se ha determinado que toda persona es igual ante la ley, no puede ser discriminada por motivos de origen, raza, sexo, idioma, religión, condición económica o de cualquier índole. En tal sentido, las normas deben ser creadas y aplicadas en función a los principios constitucionales y derecho fundamentales reconocidos en ella. No puede existir procedimientos y

beneficios diferentes cuando las situaciones con semejantes, es decir, se debe aplicar el principio *a misma razón mismo derecho*. La dignidad de la persona y su respeto deben ser los elementos que fundan o sustentan la creación de cualquier norma jurídica en el Estado, y más aun las que restringen derechos o lesiones el bienestar ciudadano. Ya que, de no ser así, se estaría generando graves perjuicios al elemento principal de la sociedad y para quien se debe el mayor disfrute de los derechos (ser humano).

### 2.1.2. EL DERECHO DE DEFENSA COMO DERECHO HUMANO O FUNDAMENTAL

Para definir o caracterizar si un determinado derecho corresponde al conjunto de los que llamamos fundamentales o humanos, deberemos de preguntarnos si esta categoría responde solamente a su aspecto ontológico o es que corresponde a su pertenencia a un determinado sistema jurídico o grado normativo. Como este no es un trabajo de naturaleza filosófica, nos limitaremos a decir que el calificativo de humano o fundamental del derecho de defensa se sustenta en lo establecido por las diversas normas internacionales tales como: **a)** Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) (artículo 10 y 11), **b)** Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) (artículo 5), **c)** Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) (artículo 5), **d)** Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PF-PIDCP) (artículo 2), **e)** Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (SPF-PIDCP) (artículo 5), **f)** Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (DADH) (artículo I), **g) Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José” (CADH) (artículo 1, 34 y 52)**, **h)** Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de DESC “Protocolo de San Salvador” (artículo 1 y 22), **i)** Protocolo a la Convención Americana

sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, (preámbulo) **j)** Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (artículo 1), **k)** Carta Social Europea (CSE) (preámbulo y artículo 1), y **l)** Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (artículo 2 y 4). Quienes a partir de su incorporación o mención han marcado claramente la naturaleza de un derecho fundamental o humano, y lo han clasificado en atención su importancia y repercusión en la esfera del ser humano.

A partir de estas normas nos centraremos en lo dispuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) y su reiterada jurisprudencia, así como lo prescrito en el artículo 8 de la Convención Americana de Derecho Humanos o Pacto de San José y Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. Y nos interesa este artículo, por cuanto en el se ha expresado todo lo relacionado a las garantías judiciales, y en específico el derecho de defensa y su gran importancia para el ser humano y su desarrollo. Es así que se tiene:

### Convención Americana de Derecho Humanos o Pacto de San José<sup>30</sup>

#### *“Artículo 8: Garantías Judiciales*

- 1. Toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de*

---

<sup>30</sup> Extraído de:  
[https://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_b32\\_convencion\\_americana\\_sobre\\_derechos\\_humanos.htm](https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm)

*orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.*

2. *Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal; b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada; c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley; f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos; g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior. (...)*

### **Fallos emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos**

Caso Lori Berenson Mejía Vs. Perú<sup>31</sup> (derecho de defensa y debido proceso)

---

<sup>31</sup> Demanda de Interpretación de la Sentencia de Fondo y Reparaciones y Costas. Sentencia de 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.

*“(…) al referirse a las garantías judiciales o procesales consagradas en el artículo 8 de la Convención, esta Corte ha manifestado que en el proceso se deben observar todas las formalidades que “sirv[a]n 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”.*

Caso Castillo Petrucci y otros Vs. Perú<sup>32</sup> (Juez independiente)

*“(…) [e] l juez encargado del conocimiento de una causa debe ser competente, independiente e imparcial de acuerdo con el artículo 8.1 de la Convención Americana (...)”*

Caso Fermín Ramírez Vs. Guatemala<sup>33</sup> (acusación y derecho de defensa)

*“La descripción material de la conducta imputada contiene los datos fácticos recogidos en la acusación, que constituyen la referencia indispensable para el ejercicio de la defensa del imputado y la consecuente consideración del juzgador en la sentencia. De ahí que el imputado tenga derecho a conocer, a través de una descripción clara, detallada y precisa, los hechos que se le imputan. La calificación jurídica de éstos puede ser modificada durante el proceso por el órgano acusador o por el juzgador, sin que ello atente contra el derecho de defensa, cuando se mantengan sin variación los hechos mismos y se observen las garantías procesales previstas en la ley para llevar a cabo la nueva calificación. El llamado “principio de coherencia o de*

---

<sup>32</sup> Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52. párr. 130.

<sup>33</sup> Sentencia de 20 de junio de 2005.



*correlación entre acusación y sentencia” implica que la sentencia puede versar únicamente sobre hechos o circunstancias contemplados en la acusación”.*

Caso Barreto Leiva vs Venezuela<sup>34</sup> (comunicación previa de la imputación)

*“Ahora bien, el derecho a la defensa debe necesariamente poder ejercerse desde que se señala a una persona como posible autor o partícipe de un hecho punible y sólo culmina cuando finaliza el proceso, incluyendo, en su caso, la etapa de ejecución de la pena. Sostener lo opuesto implicaría supeditar las garantías convencionales que protegen el derecho a la defensa, entre ellas el artículo 8.2.b, a que el investigado encuentre en determinada fase procesal, dejando abierta la posibilidad de que con anterioridad se afecte un ámbito de sus derechos a través de actos de autoridad que desconoce o a los que no puede controlar u oponerse con eficacia, lo cual es evidentemente contrario a la Convención. En efecto, impedir que la persona ejerza su derecho de defensa desde que se inicia la investigación en su contra y la autoridad dispone o ejecuta actos que implican afectación de derechos es potenciar los poderes investigativos del Estado en desmedro de derechos fundamentales de la persona investigada. El derecho a la defensa obliga al Estado a tratar 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 mismo. Por todo ello, el artículo 8.2.b convencional rige incluso antes de que se formule una “acusación” en sentido estricto. Para que el mencionado artículo satisfaga los fines que le son inherentes, es necesario que la notificación*

---

<sup>34</sup> Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C No. 206. párr. 98. Citando Caso Apitz Barbera y otros, párr. 56.

*ocurra previamente a que el inculpado rinda su primera declaración ante cualquier autoridad pública”.*

### **Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos**

*“1. Todo individuo tiene derecho a que sea visto su caso, lo cual implica: a) derecho de apelación a órganos nacionales competentes contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos y garantizados por los convenios, leyes, ordenanzas y costumbres vigentes; b) el derecho a ser considerado inocente hasta que un tribunal competente demuestre su inocencia; c) **el derecho a la defensa**, incluido el derecho a ser defendido por un abogado de su elección; d) el derecho a ser juzgado dentro de un plazo de tiempo razonable por un tribunal imparcial. (...)”*

Como puede apreciarse, el derecho de defensa tiene gran preponderancia en el desarrollo de cualquier proceso, y en especial en los que se instauren para privar de la libertad de un ser humano. Es por eso que se exige ser sumamente riguroso al momento de aplicar cualquier procedimiento destinado a limitar los derechos fundamentales. Resulta claro que el derecho de defensa se constituye en un pilar fundamental que garantiza el ejercicio y disfrute de otros derechos fundamentales, y el que se erige como como instrumento para la defensa y bienestar del ser humano.

Como es fácil de concluir, al estar ubicado y reconocido por las normas de carácter internacional, salta a la vista la gran importancia y valor que tiene este derecho para todos los seres humanos, pues si no se protege o garantiza se corre el riesgo de afectar el desarrollo personal y se caería en una completa arbitrariedad al no permitir que los ciudadanos se defiendan del posible abuso del poder. Y esto debe ser para todas las clases de proceso y procedimiento.

### 2.1.3. RECONOCIMIENTO Y PROTECCIÓN INTERNACIONAL

El reconocimiento y ulterior protección del derecho de defensa como derecho humano ha sido recogido a través de la Declaración Universal de Derechos Humanos en sus artículos 10 y 11, proclamada por la Asamblea General de la Naciones Unidas el 10 de diciembre del año 1948. Y si bien no es una norma suscrita por todos los países como lo sería un tratado internacional, y como tal que los vincule jurídicamente, se ha convertido y ha llegado a ser considerada una norma de derecho internacional consuetudinario. Y esto es así por cuanto muchos ordenamientos nacionales acuden a ella para interpretar sus derechos fundamentales, encontrando concordancia y justificación debido a su nivel de claridad y elevado aprecio al ser humano. Es así que aquellas normas han establecido:

***“Artículo 10.***

*Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”.*

***“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.*

*2. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito”.*

El otro gran instrumento internacional es el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>35</sup>, norma vinculante para todos los países que lo han suscrito y ratificado como el caso peruano, y en mérito al cual forma parte del derecho interno y por ende se exige su cumplimiento según lo establecido en el artículo 55° de la Constitución Política<sup>36</sup>. En este dispositivo se ha regulado el derecho de defensa en el artículo 14.3, y cuyo tenor es el siguiente:

*“Artículo 14, inciso 3:*

*3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:*

*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;*

*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*

---

<sup>35</sup> El Pacto que fue adoptado por resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1966, y entró en vigor el 23 de marzo de 1976. Para el Perú rige por disposición del Decreto Ley N° 22128, de 28 de marzo de año 1978 y entra en vigencia a partir del 28 de julio de año 1978.

<sup>36</sup> **Artículo 55:** *“Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional.”*

*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.”*

#### **2.1.4. PRINCIPALES INSTRUMENTOS INTERNACIONALES**

El derecho de defensa también ha sido recogido y reconocido como derecho fundamental o humano por diversos instrumentos normativos de carácter internacional, los que lo han destacado debido a su importancia, trascendencia y contribución en el desarrollo y disfrute de otros derechos del mismo nivel (la vida y el libre desarrollo, por ejemplo). Ahora bien, estos instrumentos normativos son tomados como fundamento y guía para los Estados al momento de crear normas de derecho interno, tiene efecto vinculante, forman parte de su sistema jurídico y deben ser invocados por todas las autoridades que las apliquen. Tal es el caso del Perú, que se ha adherido a todos ellos y como consecuencia está obligado a su fiel cumplimiento y concordancia con el sistema jurídico interno, lo que implica que las normas de rango inferior no sean contrarias a estos dispositivos.

Dentro de los instrumentos principales que recogen este derecho tenemos:

➤ **Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH)**

Artículo 10:

*“Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.”*

➤ **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)**

Artículo 14, inciso 3:

*“(...) 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; (...)”*

➤ **Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (DADH)**

Artículo XXVI:

*“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 o inusitadas”*

➤ Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José” (CADH)

Artículo 8, inciso 2:

*“(...) Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) c) Concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; d) Derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; e) Derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley; (...)”*

➤ Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales

Artículo 6, inciso 3:

*“(...)3. Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos: (...) b) A disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa. c) A defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si no tiene medios para pagarlo, poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia lo exijan. (...)”*

➤ Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos

Artículo 7, inciso 1:

*“1. Todo individuo tiene derecho a que sea visto su caso, lo cual implica: (...) c) el derecho a la defensa, incluido el derecho a ser defendido por un abogado de su elección; (...)”*

2.1.5. ALCANCES DOCTRINARIOS DEL CONCEPTO DE LOS DERECHOS HUMANOS

Definir la naturaleza de los derechos humanos ha sido una tarea que ha estado presente en la historia de la humanidad. Sobre este asunto se han ocupado diversos académicos, filósofos, pensadores y doctrinarios. A tal punto de separarse en dos grandes posturas respecto de origen: el iusnaturalismo y el positivismo<sup>37</sup>. Y esto es así debido a su naturaleza tan peculiar, *sui generis*, amplitud de contenido, dimensiones que la componen y características. Todos estos factores han generado distintas ideologías, concepciones y posturas según la cultura, sociedad, régimen de gobierno y momento histórico, pero todas con el común denominador de considerarlos como elementos que se derivan de la dignidad del hombre y susceptibles de protección.

Para comprender mejor esta expresión conviene acudir a algunas definiciones o conceptos elaborados por algunos estudiosos de la

---

<sup>37</sup> Posturas filosófico jurídicas que señalan:

Los derechos tienen su origen en la ley o el sistema jurídico positivo, accesible a los sentidos, fuera del no puede existir ningún derecho (**positivismo**).

Los derechos existen independientemente de la ley positiva, su existencia se funda en la naturaleza del ser humano (**iusnaturalismo**).



materia.

Es así que se tiene:

Bregaglio (2013), plantea que los derechos humanos tienen la condición de supraestatales, provienen o derivan de la naturaleza del hombre, son ontológicamente derechos naturales consustanciales de la misma esencia del hombre.

Faúndez (2004), por su lado señala que los derechos humanos en atención a su contexto, tienen la característica de inalienables y universales, pues los titulares de estos derechos son todos los seres humanos. Y su existencia se torna imprescindible para garantizar la libertad y la calidad de vida digna de las personas en todo momento y lugar.

Ferrajoli (2001), enseña que para distinguir en forma clara e inequívoca a que llamamos derechos fundamentales debemos acudir a tres escenarios: **i)** la teoría del derecho, **ii)** el derecho positivo, y **iii)** la filosofía política. Es así que nos indica que la noción más convincente sobre los derechos fundamentales es la que nos indica que aquellos les pertenecen a todos los seres humanos en su condición de persona, y como tal son inalienables e indisponibles. No obstante, este aporte, solo nos dice qué son estas categorías, pero nada dice de cuáles son estos derechos. Ante tal situación y para responder en forma satisfactoria este extremo de la interrogante acude al derecho positivo, y precisa que para constatar cuáles son estos derechos debemos revisar los ordenamientos jurídicos internos y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, ya que solamente aquí se podrá verificar en forma precisa el listado de derechos reconocidos y su categoría de

humano o fundamental.

Con esto se tendría gran parte de la respuesta, y solo quedaría acudir al paradigma de la filosofía política para responder qué derechos deben ser protegidos y garantizados como fundamentales. Para esto adopta tres criterios axiológicos: derechos humanos y paz, la relación entre derechos, igualdad y diferencias culturales, y la referencia al rol de los derechos fundamentales como leyes del más débil.

Por su parte, Casal (2008), refiere que es posible distinguir a los derechos humanos en sentido amplio y en sentido restringido. Es así que, respecto del primer criterio menciona que aquellos son inherentes a la persona pues se derivan de la dignidad. Razón por la cual se hace necesario su protección jurídica. En lo que respecta al segundo criterio, los derechos humanos dependerán de su reconocimiento por las normas internacionales.

Otro aporte doctrinario bastante relevante, es el de Nikken (1994) quien afirma que la sociedad actual (independientemente del régimen de gobierno y sistema jurídico imperante) reconoce que el ser humano por su condición de tal tiene derechos oponibles al Estado, y que deben ser reconocidos y garantizados para su ejercicio pleno. Derechos que son atributos de toda persona e inherentes a su dignidad, y que el Estado está en la obligación de respetar y promover su realización en cada momento a través sus instituciones.

Valle-Riestra (2016), sostiene que los derechos fundamentales vienen a constituirse en atributos, valores y libertades que la persona posee por su propia naturaleza humana, siendo éstos anteriores y superiores al Estado. Y desde el punto de vista positivo están reconocidos por la

Constitución Política vigente en un determinado país y momento histórico.

Pérez (2003), indica que los derechos fundamentales son postulados anteriores y fundantes del derecho positivo. Y esto es así pues al ser consustanciales al ser humano inspiran al sistema jurídico, que existe para garantizar su protección y plena realización en tanto se constituyen en derechos inalienables y universales.

De todo esto, y evaluado los aportes doctrinarios citados, corresponde ensayar una definición de los llamados derechos humanos. En tal sentido podría decirse que: los derechos humanos son atributos inherentes a toda persona por el hecho de ser tal, sin importar el origen, raza, sexo, condición económica, lugar de nacimiento, credo, color de piel, etc. Son facultades que existen y se le reconoce al ser humano independientemente de si han sido previsto o contemplados en el sistema jurídico interno, pues dada su naturaleza son reconocidos, protegidos y garantizados por las normas de alcance internacional. Tienen ciertas características que los diferencian de otros derechos y que los hace cualificados en relación a su importancia: son universales, inalienables, irrenunciables, imprescriptibles, inviolables, indivisibles e interdependientes.

#### **2.1.6. DERECHOS HUMANOS Y DERECHO FUNDAMENTALES**

Como ha quedado anotado, los derechos humanos o fundamentales han existido desde la misma existencia del ser humano, son inherentes a su nacimiento, permanecen con él durante toda su vida y actualmente son recogidos por diversos instrumentos internacionales. No obstante, esta postura no siempre ha sido aceptada y reconocida

por los Estados y menos respetados, principalmente antes de la segunda guerra mundial. (Valle-Riestra, 2016)

Se suele identificar como sinónimos o semejantes los términos “*derechos humanos*” y “*derechos fundamentales*”, algo que por cierto no está mal o constituye un error académico u ontológico. Sin embargo, y sin el ánimo de confundir o dar otro sentido al presente trabajo, resulta saludable precisar la diferencia como dato conceptual y no esencial.

Así tomaremos como referente lo señalado por Pérez Luño (2003), quien nos proporciona una explicación clara de la diferencia de estos dos términos. Señala que cuando hacemos alusión a “*derechos fundamentales*” nos estamos refiriendo a los derechos (de ese nivel) positivados por un Estado en su sistema jurídico interno y que generalmente se encuentran incorporados en su máxima norma (Constitución Política); cuya vigencia, garantía y satisfacción es responsabilidad del Estado al que pertenece. Cuando empleamos la fórmula lingüística “*derechos humanos*”, nos referimos a los derechos que todo ser humano en la faz de la tierra tiene por su condición de tal y que han sido recogidos o reconocidos por las normas de carácter internacional como por ejemplo la Declaración Universal de Derechos Humanos.

El tránsito de los derechos humanos o fundamentales, su recorrido, evolución o concepción ha ido cambiando en las diversas etapas de la historia de la humanidad, según la cultura y valores imperantes. Es así que, podríamos dividir esta evolución (en su reconocimiento y no existencia propiamente dicha) en: **a)** la edad antigua, **b)** la edad media, y **c)** la edad *moderna*. Y esto resulta de suma importancia porque nos

permite conocer cómo ha ido solidificándose el respeto a tales derechos y su importancia en el desarrollo y existencia del ser humano. Al respecto solamente se hará una mención muy puntual de cada etapa, sin el ánimo de agotar (como es obvio dada la naturaleza del presente trabajo) la temática, ya que no es una investigación histórica sino descriptiva y se necesita acudir a ciertos datos de importancia, pero muy puntuales que permitan una mejor ubicación y comprensión del asunto materia de estudio.

**En lo que respecta a la edad antigua se destaca:**

- A) Como antecedente histórico más remoto, la cultura Sumeria, Mesopotamia (siglo XXV a.c.), quienes a través del poema denominado *“Ennecar y el señor Aratta”*, se hace un reconocimiento expreso a los derechos humanos (Valle-Riestra, 2016)
  
- B) El Código de Hammurabi (siglo XV a.c.), a través del cual se evidencia la preocupación seria de ciertos aspectos inherentes a la dignidad humana y establece límites a la imposición de esclavitud por deuda. (Calderón, 2012)
  
- C) En Babilonia (año 537 a.c.), tras la conquista del pueblo Babilonio, se proclamó la liberación de esclavos, se repatrió a los exiliados y restauró lugares de culto en favor de la libertad de religión. Acontecimiento que se encuentra detallado en el Cilindro de Ciro<sup>38</sup>, al que se ha catalogado como el primer documento sobre derechos humanos en el mundo, y que ha sido aceptado y recogido como tal

---

<sup>38</sup> El **Cilindro de Ciro** es una pieza cilíndrica de arcilla que contiene una declaración en acadio babilonio cuneiforme del rey persa Ciro el Grande (559-529 a. C.)

por las Naciones Unidas.

- D) En Grecia, desde el periodo homérico, se manifestó y consideró necesario entre los hombres la idea de igual y justicia para proteger sus derechos de cualquier acto violento o arbitrario que pudiera afectar a aquellos. (Valle-Riestra 2016)
  
- E) En Roma (máximo referente del sistema jurídico e instituciones desarrolladas), a través de la ley de Las Doce Tablas se reguló la libertad a favor de los individuos. Se aseguró la libertad, la propiedad y la protección de los derechos humanos. (Calderón, 2012)

#### **En lo que corresponde a la edad media:**

Se puede destacar el aporte del cristianismo, quien tuvo un papel de suma importancia en el nacimiento y estructuración de lo que hoy llamamos “Derechos Humanos”, al menos en sus elementos más esenciales. Fue la Biblia el documento en el que se precisó y utilizó por primera vez la idea de dignidad en el hombre. Y es bajo esta concepción que los trabajos de San Agustín y Santo Tomás de Aquino construyeron una doctrina sobre los derechos humanos, considerando al ser humano libre y sujeto de derechos. (Valle-Riestra, 2016)

Si bien el reconocimiento jurídico propiamente dicho de los derechos humanos (y bajos los alcances que esto implica) se inició en la edad Media, aquel solo estaba destinado a un cierto grupo de personas de un estatus privilegiado según sus características, lo cual implicaba un defecto de no universalidad o alcance *erga omnes*. (Alzamora, 1977)

En este periodo, se dictó la Carta Magna suscrita por Juan sin Tierras, y

que ha sido reconocida por casi todos los estudiosos del tema como el documento constitucional más importante de la edad media, en cuyo texto se reconoce el derecho de libertad individual e igualdad, aunque sea de algunos grupos específicos o estamentos determinados. A partir de este evento se inicia el reconocimiento positivo de los derechos humanos y la necesidad de su protección efectiva.

### **En lo que corresponde a la edad moderna:**

De este periodo destacaremos puntualmente el pensamiento filosófico imperante de Jhon Locke (padre del iusnaturalismo), Voltaire, Montesquieu y Rousseau, quienes consideraban al ser humano como ser libre e igual (al ser un estado natural u ontológico). Se entendía que el estado civil era una creación que debía tener por objeto permitir el más amplio desenvolvimiento de la libertad y la igualdad. Se postulaba la necesidad de crear y suscribir un “*contrato social*” para asegurar y garantizar los derechos fundamentales del ser humano. Todos estos puntos de vista, reflexiones y pensamientos tuvieron repercusión y alimentaron la idea de independencia de América (1766) y la tan conocida Revolución Francesa (1789) (Valle-Riestra 2016).

Bajo este estadio histórico se produjeron las declaraciones sobre derechos humanos en América, tales como: **i)** la Declaración de Derechos del Congreso de Filadelfia, **ii)** la Declaración de Derechos de Virginia y **iii)** la Carta de la Declaración de la Independencia de los Estados Unidos de América. Precizando que en este último se reconoce derechos esenciales del hombre y cuyo amparo y protección constituyen la finalidad del Estado. (Calderón, 2012).

Dentro de esta línea, como dato histórico, la Revolución Francesa se

constituyó en un hito en la historia de la humanidad, delimitó la forma de comprender los derechos del ser humano en tanto seres con dignidad y libertad. Este evento significó un punto de demarcación que separó todas las posturas filosóficas y abrió paso a la actual edad Contemporánea. Significó un aporte para actual la teoría de los derechos humanos, ya que a causa de este evento se produjo la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano adoptado por la Asamblea Nacional Constituyente de Francia, el 26 de agosto de 1789. Dicha declaración se erigió como uno de las más importantes en materia de derechos humanos, pues se dio con el propósito de alcanzar el grado de universalidad, esto es, dar a conocer que los derechos del ser humano deben reconocidos para todos los hombres sin excepción. Y esto ha quedado plasmado en el preámbulo de dicha declaración, al señalar que los derechos fundamentales son naturales, inalienables y sagrados. (Aguilera, 2011)

En sus diecisiete artículos se proclaman que los hombres nacen libres e iguales, que los derechos de libertad, propiedad, seguridad y resistencia a la opresión son de naturaleza imprescriptibles. Se concibe a los derechos del hombre como cualidades esenciales e inherentes a su naturaleza, y lo que sirvió de inspiración a las Constituciones de todo el mundo.

Como puede apreciarse, los derechos humanos según su origen y naturaleza se constituyen en fundamentales debido a la incidencia directa de lo más básico del ser humano. Están situados como pilares que definen su existencia, le permiten gozar y ejercer otros derechos para su desarrollo y fines como personas.

#### **2.1.6.1. CARACTERÍSTICAS**



Como se ha podido constatar de las diversas concepciones y definiciones proporcionadas por los instrumentos normativos y doctrinarios, los derechos humanos al ser inherentes a la naturaleza del hombre, contemplan varios rasgos o características que le otorgan una distinción especial de otros derechos. Y son estos rasgos cualificados los que los dotan de fundamento para la existencia de los otros derechos y sistemas de normas que las recogen. Es así que, a decir de Nikken (1994), podemos señalar como características las siguientes: inherencia, universalidad, inalienabilidad e Irrenunciabilidad, imprescriptibilidad, inviolabilidad e interdependencia.

#### **2.1.6.1.1. INHERENCIA**

Los derechos fundamentales son inherentes por cuanto forman parte o se derivan de la esencia misma del ser humano y de su naturaleza como tal. Son congénitos, nacen con él independientemente de su origen, raza, sexo, color de piel, cultura, etc. Y en mérito a este atributo los Estados están en la obligación de reconocerlos y garantizarlos para su pleno goce y ejercicio. Esta cualidad constituye en un rasgo fundamental o elemental de los derechos humanos, y se erige como sustento de las otras características o rasgos distintivos.

#### **2.1.6.1.2. UNIVERSALIDAD**

Los derechos humanos son universales por cuanto

trascienden las barreras espacio-temporales, es decir, su existencia no está condicionada a un lugar en específico o tiempo establecido, son atributos que sin importar el lugar, región, Estado o sistema jurídico siempre están (y han estado) presentes desde que el ser humano adquirió uso de razón. Y esto es así, pues la dignidad de la persona humana (elemento fundante) no se puede circunscribir a un ámbito territorial o grupo social determinado, sino que pertenece a todo ser humano por el solo hecho de ser tal.

Ahora bien, basado en esta característica todos los seres humanos están en igual de condiciones de disfrutar, gozar y ejercer tales derechos, tal y como ha sido expresado por la Organización de la Naciones Unidas en el artículo 1 de su carta: *“todos somos iguales en derechos y dignidad”*

De lo anotado por este organismo se desprende que todos los seres humanos tienen plena posibilidad de ejercer y disfrutar de los derechos fundados en su dignidad, y no resulta necesario que un determinado Estado los haya recogido o reconocido como tales para que puedan ser disfrutados por los ciudadanos del país de que trate, sino que cualquier persona puede invocarlos a partir del reconocimiento y mención realizado por la comunidad internacional a través de los pactos y protocolos internacionales.

#### **2.1.6.1.3. INALIENABILIDAD E IRRENUNCIABILIDAD**

Se dice que un derecho es Inalienable e irrenunciable cuando no se puede disponer, enajenar, transferir o renunciar a su titularidad y disfrute. Y este es el caso de los derechos fundamentales, que por pertenecer o fundarse en la dignidad del ser humano éste no puede desprenderse o despojarse por más que así lo desee. Por ello el Estado y la sociedad no puede negar su existencia aun cuando el propio titular en forma voluntaria pretenda cederlos.

#### **2.1.6.1.4. IMPRESCRIPTIBILIDAD**

Un derecho tiene la condición de imprescriptible (como el caso de los derechos humanos) cuando el paso del tiempo no lo afecta o lo extingue para su ejercicio y disfrute, sino que aquellos dejan de existir solo si su titular ha fallecido. Y esto trasciende a tal punto que ningún sistema jurídico positivo nacional o internacional puede prever una norma que los extinga por el solo paso de tiempo.

#### **2.1.6.1.5. INVIOLABILIDAD**

Se dice que un derecho tiene la calidad o categoría de inviolable cuando bajo ninguna circunstancia o supuesto es posible o se permite (al menos en teoría

y por mandatos imperativos contenidos en normas internas o internacionales) que sean afectados, desconocidos, vulnerados o transgredidos. En el caso de los derechos humanos, para cumplir con dicha finalidad los Estados y comunidad internacional han previsto y ordenado una serie de medidas jurídicas para asegurar que se cumpla con esta cualidad y no se quede en un simple ideal.

No obstante, esta afirmación en muchas ocasiones está lejos de ser cumplida ya que constantemente se ha registrado una serie de vulneraciones a los derechos fundamentales, ya sea de facto o a través de la emisión de normas que no respetan su jerarquía. Y he aquí el motivo o justificación del presente trabajo de investigación.

#### **2.1.6.1.6. INDIVISIBILIDAD E INTERDEPENDENCIA**

Los derechos humanos o fundamentales tienen la condición de indivisibles e interdependientes por cuanto no existe jerarquías entre ellos, todos son fundamentales e importantísimos para el ser humano y su desarrollo. Todos forman parte de un sistema interconectado, se influyen mutuamente y ejercer en conjunto. Un derecho humano no puede descomponerse en fracciones o partes para ser ejercidos, sino que su disfrute es integral en cada momento y en todo lugar.

### 2.1.6.2.GENERACIONES

Según lo señalado por Valle-Riestra (2016), los derechos fundamentales o derecho humanos, como toda creación y fenómeno social, se ha visto influido por el factor histórico y temático, y los que se han combinado de una forma singular e inexplicable. Es decir, la aparición y reconocimiento de aquellos derechos se sucedió en el transcurso del tiempo, paso a paso, según los diversos momentos históricos y cambio de valores que experimentaba el ser humanos y la sociedad en la que se desarrollaba. Ligado a estos factores se ubica de forma inescindibles los intereses o asuntos que se consideraban “*importantes*” según la época, lo que en términos sencillo se denomina temática y determina la naturaleza del derecho que iba apareciendo.

Según estos criterios los derechos fundamentales han sido clasificados por generaciones: *primera, segunda y tercera*, dependiendo la oportunidad y momento en el que han aparecido. Del mismo modo, según la temática se ha podido clasificar en: *derechos civiles y políticos, derechos económicos, sociales y culturales, y derechos colectivos*. Sin embargo, debe quedar claro que el factor histórico y temático, no determinan el rango, nivel o importancia del derecho, no supone su superioridad o prioridad entre ellos, sino que independientemente de la fecha de su “*aparición*” todos son considerados fundamentales o humanos. Es así que, siguiendo a este jurista se desarrolla dicha clasificación en las líneas precedentes.

#### 2.1.6.2.1. DERECHOS DE PRIMERA GENERACIÓN

En estos se comprenden los que fueron “conquistados” en primer lugar desde el aspecto cronológico, y se los ha calificado como derechos civiles y políticos. Dentro de esta generación se encuentran (entre otros) los siguientes: *derecho a la libertad, a la vida, a la igualdad, a la dignidad, a la integridad física y moral de la persona, a la privacidad, a la seguridad, al sufragio, a la participación política, entre otros.*

A través de estos se protege los derechos y libertades de carácter individual (derechos civiles), así como los relativos a la participación en la vida pública y política (derechos políticos).

El calificado de “*primera generación*”, no alude a su naturaleza ontológica sino a un criterio didáctico o metodológico para expresar o indicar que fueron los primeros en “*aparecer*” y ser reconocidos en la historia del ser humano, a partir de ciertos sucesos que cambiaron el rumbo de la historia y que sirvieron de fundamento para lograr dicho propósito (La revolución francesa y la independencia europea y americana, por ejemplo).

La razón de ser de estos derechos radica en la posibilidad de ser opuestos al Estado a fin de evitar las arbitrariedades y vulneraciones que se puede cometer en agravio del cualquier ciudadano. Son

derechos que buscan garantizar la supervivencia del ser humanos frente a los posibles actos arbitrarios del Estado, quien voluntaria o involuntariamente pueden lesionarlos y tornar irreparables sus efectos. En la actualidad están recogidos por casi todos los Estado del mundo (a través de sus Constituciones Políticas) y por las normas de derecho internacional (Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, sus dos protocolos facultativos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Convención Europea de Derechos Humanos, entre otros)

#### **2.1.6.2.2. DERECHOS DE SEGUNDA GENERACIÓN**

Al igual que en los derechos anteriores, siguiendo el mismo criterio didáctico para su clasificación, han sido considerado como de segunda generación por ser los que *“aparecieron”* inmediatamente después en la historia de la humanidad. Y esta aparición se dio debido a que al ser humano no le era suficiente el hecho de contar con derechos que le otorguen facultades y puedan ser ejercidos en su ámbito privado y personalísimo, sino que tenía la necesidad de contar con ciertos reconocimientos que le permitan alcanzar su desarrollo efectivo, pero con el aporte del Estado y de la sociedad, quienes debían proveer y hacer efectivo en su disfrute.

A estos derechos se los ha denominado “*derechos económicos, sociales y culturales*”, en cuyo contenido se ha comprendido los siguientes derechos: derecho al trabajo, la seguridad social (derechos económicos), la alimentación, la vivienda, la educación, la salud (derechos sociales), la participación en la vida cultural (derechos culturales), etc. Estos derechos se diferencian de los de la primera generación en cuanto a su forma de realización o disfrute. Ya que en éstos se espera que el Estado y la comunidad sea quien proporcione las facilidades para su goce a diferencia de los de derechos civiles y políticos que el ser humanos puede ejercerlos en forma unilateral e independiente.

Temporalmente su reconocimiento se ha gestado a partir de las diversas revoluciones nacionalistas y socialistas de principios del siglo XX, entre las que se pueden mencionar las Constituciones de Querétaro, de Weimar, de Irlanda, etc., quienes reconocían por primera vez esos derechos humanos.

Esto derechos tuvieron su nacimiento a partir de las necesidades y cualidades específicas de ciertos grupos tales como las mujeres, los niños, las personas discapacitadas y los pueblos indígenas. Quienes en atención a sus peculiares características (distintas a las de los demás seres humanos),



requerían la atención del Estado y de la sociedad para lograr su desarrollo, buscando mejores condiciones de vida, acceso a bienes materiales y culturales que complementen la dignidad de la persona humana.

Se podría decir que son el producto de las exigencias sociales y culturales de un pueblo en una determinada época, y que para ser superadas debían contar con la cooperación del Estado, quien a través de sus políticas debían contribuir para su logro. En suma, lo que se buscaba era alcanzar un mejor nivel de vida, pero a partir de los derechos de primera generación.

Para graficar este asunto se podría utilizar el siguiente ejemplo: De poco o nada sirve que se haya reconocido el derecho a la inviolabilidad del domicilio si no tengo casa que habitar. De este sencillo ejemplo podemos concluir que los derechos de ambas generaciones están imbricados, se complementan con el solo propósito de lograr satisfacer en forma plena el desarrollo del ser humano.

En la actualidad, estos derechos se encuentran recogidos por: la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, su protocolo facultativo, el Protocolo de San Salvador,

documento adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Carta Social Europea.

### **2.1.6.2.3. DERECHOS DE TERCERA GENERACIÓN**

Al respecto, puntualmente se debe señalar que estos derechos (de tercer orden cronológico por su aparición) también se los conoce como *“derechos de solidaridad”, “derechos de pueblos” e, incluso “derechos colectivos” o “derechos síntesis”*. En esto se comprenden una serie de derechos tales como; el derecho a la paz, al desarrollo, al medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado, a la solidaridad de todos los pueblos o sociedades del mundo, etc. Y han surgido para defender a grupos o colectivo que buscan la satisfacción de derechos de alcance general. No obstante, a diferencia de las otras dos generaciones, aquellos no han alcanzado un reconocimiento claro, maduro y formal en las normas internacionales sobre derechos humanos.

Se precisa que estos derechos comprenden simultáneamente derechos individuales y colectivos, cuyo titular es la persona humana y la colectividad. En ellos se entrelazan los derechos civiles, políticos, económicos y culturales, y lo hace bajo el principio de solidaridad de los pueblos. Surgen como forma de reivindicación de los pueblos.

Actualmente se encuentran reconocidos de forma

implícita por la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Protocolo Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales, la Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo (1969), la Declaración Universal para la Eliminación Definitiva del Hambre y la Malnutrición; la Declaración Mundial sobre la Nutrición (1992), la Carta Social Europea y el Protocolo de San Salvador, etc.

### 2.1.6.3. TITULARIDAD Y EJERCICIO

Según lo señalado por Lizana (2003), los derechos humanos o fundamentales pertenecen a todos los seres humanos sin distinción de sus orígenes o características personales, sin tomar en cuenta su cultura, ubicación geográfica, condición económica, estatus social, raza, color de piel, sexo, creencia religiosa, postura filosófica, etc. Le corresponde por ser inherentes a su condición de ser humano, su libertad y dignidad. Y estos rigen desde su concepción hasta su muerte o extinción, tal y como ha queda señalado en el artículo 2° y 3° de la Constitución Política.

Si bien, en principio, como se ha señalado, los derechos humanos pertenecen a todos los seres humanos sin excepción, debe anotarse una precisión de suma importancia, y que no genera perjuicio en la naturaleza de aquellos. Nos referimos a que pese a existir una clasificación metodológica y con fines didáctico hasta cierto punto (pero jamás ontológica) su ejercicio está en función de la *“clase o tipo”* al que pertenece. Ya que no

es lo mismo ejercer un derecho civil que uno del tipo cultural, pues los destinatarios y la forma de ejercerlo cambiará sustancialmente aun cuando todos estén destinados a contribuir al alcanzar el desarrollo pleno del ser humano.

Sobre este extremo ha sido claro la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al señalar que los titulares de los derechos humanos pueden ser personas individuales, entes colectivos o personas jurídicas, pues incluye dentro del término “*persona*” a todos ellos sin distinción para su ejercicio y disfrute.

Hasta aquí queda claro que el ser humano (por su sola condición de tal) es el titular indiscutible de los llamados derechos fundamentales o humanos. Sin embargo, queda por establecer si estos se ejercer bajo cualquier situación, circunstancia o tiempo. Es decir, si aquellos pueden ejercerse sin ninguna limitación de espacio o tiempo.

Sobre este asunto debemos señalar que, según los mandatos constitucionales (por lo menos en el Perú), la regla general es que los derechos fundamentales jamás se suspenden o restringen en su goce y ejercicio, tienen vigencia permanente en el todo el Estado que los protege y reconoce. Siempre está en la posibilidad de ser ejercidos salvo los supuesto previstos en el artículo 137° de la Constitución Política. Nos referimos a los estados de excepción: *emergencia* y *sitio*. De los cuales el primero será materia de estudio, por ser en este escenario en el que se emitió el Decreto Legislativo N° 1470 que ahora se cuestiona.

Para comprender mejor este asunto resulta útil definir previamente que es el estado de emergencia, para luego ocuparnos de los derechos que pueden ser suspendidos bajo este supuesto. Así se tiene:

### **¿Qué es el estado de emergencia?**

Para definir que es un estado de emergencia se toma como punto de referencia lo establecido en el artículo 137° de la Constitución, en el que se prescrito:

*“El Presidente de la República, con acuerdo del Consejo de Ministros, puede decretar, por plazo determinado, en todo el territorio nacional, o en parte de él, y dando cuenta al Congreso o a la Comisión Permanente, los estados de excepción que en este artículo se contemplan:*

*1. Estado de emergencia, en caso de perturbación de la paz o del orden interno, de catástrofe o de graves circunstancias que afecten la vida de la Nación. En esta eventualidad, puede restringirse o suspenderse el ejercicio de los derechos constitucionales relativos a la libertad y la seguridad personales, la inviolabilidad del domicilio, y la libertad de reunión y de tránsito en el territorio comprendidos en los incisos 9, 11 y 12 del artículo 2° y en el inciso 24, apartado f del mismo artículo. En ninguna circunstancia se puede desterrar a nadie. (...)”*

De lo citado queda claro que el estado de excepción es un mecanismo de respuesta temporal y excepcional que emplea el Estado para afrontar una crisis de carácter extraordinario, que

por su naturaleza pueden poner en riesgo el normal desarrollo de los organismos estatales y la vida de los ciudadanos (como el caso más reciente del COVID-19), si no se responde bajo estos criterios jurídicos constitucionales.

Ahora bien, este estado de excepción tiene características muy especiales que la hacen distinta a cualquier otro escenario. Al respecto, el Tribunal Constitucional lo ha expresado en la sentencia emitida dentro del Exp. N° 00017-2003-AI/TC, y en el que ha señalado las siguientes: **a)** concentración del poder, **b)** existencia o peligro inminente, **c)** imposibilidad de resolver las situaciones de anormalidad a través del uso de los procedimientos legales ordinarios, **d)** transitoriedad del régimen de excepción, **e)** determinación espacial del régimen de excepción, **f)** Restricción transitoria de determinados derechos constitucionales, **g)** aplicación, con criterio de proporcionalidad y razonabilidad en las medidas que se dispongan, **h)** control jurisdiccional expresado en la verificación jurídica de la aplicación de los principios de razonabilidad y proporcionalidad del acto restrictivo o suspensivo de los derechos fundamentales de la persona.

### **¿Qué derechos se suspenden durante el estado de emergencia?**

Del tenor literal del artículo 137°, queda claramente puntualizado que los únicos derechos que pueden suspenderse son los siguientes: **a)** Derecho a la libertad y la seguridad personales, **b)** inviolabilidad de domicilio, **c)** libertad de reunión, **d)** libertad de tránsito.

Con esta precisión, podemos válidamente deducir que los otros derechos fundamentales se encuentran incólumes pese a este estado de excepción, y como tal su vigencia y ejercicio no queda suspendido. Así que el Estado de cumplir con su rol de garante tal y como está prescrito en el artículo 44° de la Constitución Política.

### LA FUNCIÓN DEL ESTADO PERUANO COMO GARANTE DE LA VIGENCIA Y EJERCICIO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Según lo prescrito en el artículo en el 44° de la Constitución Política<sup>39</sup> del Perú, el Estado tiene la obligación de asegurar y garantizar la plena vigencia y disfrute de los derechos fundamentales. Para esto está en la obligación de adoptar todas las medidas y mecanismos que demande su ejercicio. Esto incluye la creación y permanencia de las instituciones garantes de los derechos que se pretende proteger, tales como: Defensoría del Pueblo, Tribunal Constitucional, Ministerio Público, Poder Judicial, Ministerio de la Mujer, entre otros.

Así mismo, corresponde la creación de normas e instituciones jurídicas que contribuyan a alcanzar los fines propuesto por el orden constitucional. Le corresponde al Estado peruano adaptar (o por lo menos intentarlo) su sistema jurídico y crear nuevas leyes, código y directivas que contribuyan y aseguren al ciudadano el pleno disfrute de sus derechos fundamentales y no se les recorte esta posibilidad en ninguna etapa de su existencia.

---

<sup>39</sup> **Artículo 44:** “(...) garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; (...)”

El Estado ha creado, en cada momento que se ha requerido, nuevas instituciones y normas que buscan asegurar la vigencia de los derechos fundamentales y reafirmar su respuesta ante cualquier vulneración. Y como prueba de esto está el Código Procesal Constitucional, en el que se ha previsto una serie de procesos judiciales para la defensa y restitución de los derechos básicos tal y como está garantizado en el 200° de la Constitución Política<sup>40</sup>.

Esta obligación estatal está en coherencia con lo establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, quien ha establecido que los Estados tienen la obligación de resguardar los derechos humanos sin excepción, garantizar su vigencia, evitar por todos los medios que sean vulnerados (lo que incluye al propio Estado) y asegurar su ejercicio pleno, debiendo para esto adecuar su sistema jurídico y sus instituciones.

---

<sup>40</sup> **Artículo 200:** “*Son garantías constitucionales:*

**1.** *La Acción de Hábeas Corpus, que procede ante el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza la libertad individual o los derechos constitucionales conexos.*

**2.** *La Acción de Amparo, que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los demás derechos reconocidos por la Constitución, con excepción de los señalados en el inciso siguiente. No procede contra normas legales ni contra Resoluciones Judiciales emanadas de procedimiento regular.*

**3.** *La Acción de Hábeas Data, que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los derechos a que se refiere el artículo 2, incisos 5 y 6 de la Constitución.»*

**4.** *La Acción de Inconstitucionalidad, que procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo.*

**5.** *La Acción Popular, que procede, por infracción de la Constitución y de la ley, contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones y decretos de carácter general, cualquiera sea la autoridad de la que emanen.*

**6.** *La Acción de Cumplimiento, que procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo, sin perjuicio de las responsabilidades de ley. (...)*”



Según lo señalado por el constitucionalista Bernaldes (2006), constituye prioridad estatal proporcional al pueblo seguridad en el ejercicio de los derechos, de su integridad personal, física, psicológica, espiritual y familiar.

Al respecto, el máximo intérprete de la Constitución Política del Estado se ha pronunciado en reiterada jurisprudencia, como la siguiente:

**Expediente N.º 3330-2004-AA/TC<sup>41</sup>**

*“Los derechos fundamentales, en su dimensión subjetiva, no solo protegen a las personas de las intervenciones injustificadas y arbitrarias del Estado y de terceros, sino que también facultan al ciudadano para exigir al Estado determinadas prestaciones concretas a su favor o defensa; es decir, éste debe realizar todos los actos que sean necesarios a fin de garantizar la realización y eficacia plena de los derechos fundamentales. El carácter objetivo de dichos derechos radica en cambio, en que ellos son elementos constitutivos y legitimadores de todo el ordenamiento jurídico, en tanto que comportan valores materiales o instituciones sobre los cuales se estructura (o debe estructurarse) la sociedad democrática y el Estado constitucional (FJ 9).”*

## 2.2. VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES Y LOS INTEGRANTES DEL GRUPO FAMILIAR

---

<sup>41</sup> <http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/03330-2004-AA.pdf>

Como ha quedado establecido en las líneas precedentes, el fenómeno denominado “*violencia*” siempre ha existido desde la propia existencia del ser humano. Se ha manifestado de diversas formas y traducido en todos los niveles de organización y en función de las diversas formas de sociedad. Fenómeno que ha repercutido a todos los seres humanos sin excepción, y sin el ánimo de reiterar estos tales aspectos, puntualmente debemos referirnos a la violencia contra la mujer y los integrantes del grupo familiar.

Desde los inicios de la humanidad, la mujer y los integrantes del grupo familiar ha estado sometidos a actos de violencia de diversa índole (física, psicológica, sexual, económica, etc.). Algo que se ha traducido en diversos niveles de intensidad dependiendo de la época, ubicación geográfica, estatus social, régimen de gobierno, nivel de desarrollo alcanzado, entre otros factores. (Castillo, 2017)

Ahora bien, esta situación no ha sido ajena al Perú, quien naturalmente ha respondido según sus circunstancias, forma de gobierno y sistema jurídico imperante. Definitivamente el Estado Peruano se ha pronunciado ante este fenómeno y lo ha hecho con la adopción de diversas medidas (ordinarias y extraordinarias) y creación de instituciones y normas jurídicas (Código Penal, Código Civil, etc.). A intentado buscar las causas y respuestas a esta problemática desde el aspecto económico, social, político y jurídico. Y es aquí donde talvez ha puesto mayor énfasis, pues la producción normativa en este asunto ha ido en crecimiento con el único propósito de erradicar todo tipo de violencia, desaparecerla o responder en forma inmediata con todas las instituciones que existen (Poder Judicial, Ministerio Público, Policía Nacional de Perú, Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, Defensoría del Pueblo, etc.).

Dentro de esta línea de actuación, el caso más reciente es la creación de la Ley N° 30364<sup>42</sup> (*Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres y los Integrantes del Grupo Familiar*). Norma creada el pasado 23 de noviembre del año 2015, y con la que se incorporó una serie de modificaciones al Código Penal<sup>43</sup>, Código Procesal Penal<sup>44</sup> y Código Civil<sup>45</sup>, con el firme propósito de lograr tener un sistema jurídico integral y coherente.

La incorporación de esta norma al sistema jurídico, significó un gran avance en la lucha contra la violencia de este nivel, pues por primera vez se la sanciona tomando en cuenta el género de la persona, y no solamente su entorno familiar como sí lo contemplaba la ley N° 26260 (anterior ley de violencia familiar). De este modo por primera vez se destacó a la violencia de género como un fenómeno presente en la sociedad, buscando otorgar protección integral a las víctimas de violencia (ya sea por su género o por su entorno), y asegurar que este acto no se reitere o agrave. Ahora bien, para lograr estos propósitos ha dispuesto una serie de mecanismo y medidas para controlarlo, entre las que se encuentran las tan conocidas “*medidas de protección*”, que dicho sea de paso pese a su clara finalidad han sido utilizadas para objetivos ajenos a los fines de la ley. Así mismo no se ha toma en cuenta las implicancias que implica disponer de este mecanismo sin las debidas notas de atención y respeto estricto del procedimiento, así como de los derechos fundamentales involucrados.

### 2.2.1 ANTECEDENTES

---

<sup>42</sup> Ley que deroga la Ley N° 26260 (Ley de Protección frente a la Violencia Familiar).

<sup>43</sup> Modificó los artículos 45°, 121°-A, 121°-B, 122°, 337° y 338° incorporó los artículos 46°-E y 124°-B.

<sup>44</sup> Modificó el artículo 242°.

<sup>45</sup> Modificó el artículo 667°.

Sobre el caso particular de la ley 30364, se han realizado trabajos de investigación a través de los cuales se han pronunciado las bondades y deficiencias de la norma he intentado explicar el origen de la violencia. A continuación, algunos aportes como antecedentes:

Según Alcira y Lihotzky (2017), luego de haber realizado un estudio exploratorio de la ley N° 30364 concluye que este tiene un alto grado de ineficacia para satisfacer los fines que persigue la norma: prevenir, erradicar y sancionar los actos de violencia. Y esto se debe a una deficiente técnica legislativa en la creación del procedimiento previsto allí, entre los que destacan la mala aplicación de las medidas de protección y la falta de medios de prueba para su calificación correcta como violencia.

Fernández y Villalobos (2014), han sugerido que las causas de violencia familiar están alojadas en el estilo y forma de crianza proporcionado por la familia. La falta de instrucción desde la edad temprana y el apego a los valores de la familia.

Altamirano (2014), ha señalado que las leyes dictadas por el Estado como intento de eliminar la violencia en el seno familiar, han sido tan ineficaces que no han logrado el restablecimiento de los derechos de la víctima, sino que han generado disolución en los integrantes de la familia, concentrándose como tarea principal en la sanción del agresor y no buscando la raíz del problema.

Según Hernández (2017), América Latina se ha registrado como una de las regiones con los índices más altos de violencia contra la mujer, sugiriendo que, de no existir un trabajo conjunto e integrado de las instituciones públicas, no se podrá reintegrar y rehabilitar a las víctimas de violencia. Razón por la cual sugiere un cambio radical en la estructura educativa que permita formar mejores ciudadanos.

Luppi (2017), hace referencia que el fenómeno conocido como violencia familiar constituye una tara social cuyo origen se ubica en las malas costumbres desde tiempo lejanos, y pese a que la legislación no era tan desarrollada, siempre ha sido controlada de alguna forma a través de otros mecanismos e instituciones. Razón por la cual considera que la respuesta o solución a este problema no es el incremento o inflación de normas jurídicas sino el cambio de hábitos, de comportamientos y apoyo estatal para alcanzar el desarrollo personal.

### 2.2.2 TIPOS DE VIOLENCIA

Como aspecto preliminar a establecer los tipos de violencia, resulta saludable definir que este fenómeno social. Para esto se tomará como referente las definiciones que han arbitrado diversos estudios del tema, así como lo prescrito en la Ley N° 30364. Es así que se tiene:

Según Ramos & Ramos (2018), la violencia se puede calificar como mecanismos de respuesta y control por los individuos que ostentan el poder dentro de un determinado grupo social (como por ejemplo la familia), y ha sido esta posición la que le ha otorgado cierto grado de *“justificación”* o *“legitimidad”* pero arbitrario en todas sus formas desde el punto de vista ontológico.

Para Ayvar (2007), la violencia se define como el acto u omisión constante o repetitivo ejecutado por algún miembro de la familia que se encuentra en relación de poder respecto del agredido, sin importar donde se ejecute el acto violento.

Para Bardales (2004), la violencia familiar es aquella que se realiza por uno de los integrantes de dicho grupo, quien de forma ilegítima genera agresiones físicas o psicológicas a otro integrante familiar o todos en su conjunto. Y cuyo acto lo pretende justificar por la relación de poder que ostenta.

Del Águila, (2017), sostiene que la violencia familiar constituye una práctica consiente, dirigida, elaborada y ejecutada por quien “*crea*” o “*se siente*” con poder sobre otro u otros integrantes del grupo familiar para coaccionar, controlar e intimidar en su conducta. De tal forma que tales actos se han convertido en un patrón de conducta que se ha sucedido de generación en generación.

Castillo (2017), sostiene que la violencia familiar o intrafamiliar no solamente tiene su origen o se define a partir de los actos de agresividad instintiva, sino que en ella existen múltiples causas tales como: del tipo social, cultural, económico, legal y político. Es por eso que para solucionar o erradicar este fenómeno el Estado debe elaborar una solución pensada en todos estos factores y no únicamente limitarse a crear normas que no responden a las necesidades, y como tal ineficaces.

Como ha quedado claro a partir de las definiciones proporcionadas, podemos concluir que la violencia familiar o intrafamiliar es una manifestación del ejercicio ilegítimo del poder, por quien en la creencia y firme convicción cree tener derecho y estar justificado para agredir o imponer sus puntos de vista a los integrantes del seno familiar<sup>46</sup>. Y para lograr esta finalidad emplea la fuerza para someter física, psicológica, sexual, económica o políticamente al agredido. Y todo bajo las permisiones de la sociedad y del Estado, quienes poco o nada realizan para frenar este fenómeno social.

Yendo más allá de estas definiciones o posturas, la violencia familiar siempre ha sido considerada como una “*costumbre*” y práctica muy difundida que ha generado graves perjuicios al tejido familiar, por su alcance destructivo y puesta en desventaja del agredido.

Ahora bien, corresponde citar o tomar en cuenta la definición legal proporcionada por la Ley N° 30364, que para efectos de la presente investigación resulta de suma importancia al ser vinculante en mérito del principio de legalidad. Es así que se tiene:

Artículo 5:

---

<sup>46</sup> Entiéndase como tal a:

**Pareja o expareja:** cónyuge, ex cónyuge, convivientes, ex convivientes, no convivientes, con proles en usual.

**Ascendientes:** Madre, padre, madrastra, padrastro, abuelos, bisabuelos.

**Descendientes:** hijos, hijastros, nietos, bisnietos.

**Colaterales (4° grado de consanguinidad):** hermanos, tíos, primos, sobrinos.

**Afinidad (2° grado de afinidad):** suegros, cuñados, nuera, yerno.

**Personas bajo el mismo techo:** Siempre que no medien contratos laborales.

*“La violencia contra las mujeres es cualquier acción o conducta que les causa muerte, 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 y abuso sexual.*

*b. La que tenga lugar en la comunidad, sea perpetrada por cualquier persona y comprende, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar.*

*c. La que sea perpetrada o tolerada por los agentes del Estado, donde quiera que ocurra.”*

*Artículo 6:*

*“La violencia contra cualquier integrante del grupo familiares 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. (...)”*

## **TIPOS DE VIOLENCIA**

Si bien la clasificación de los tipos y clases de violencia que puede padecer una mujer o integrante del grupo familiar puede ser muy variada o extensa, conviene puntualizar este asunto a partir de la regulación contenida en el artículo 8° de la Ley N° 30364, que ha prescrito:



Artículo 8:

*“Los tipos de violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar son:*

**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 puedan llegar a ocasionarlo, sin importar el tiempo que se requiera para su recuperación.*

**b) Violencia psicológica.** *Es la acción u omisión, tendiente a controlar o aislar a la persona contra su voluntad, a humillarla, avergonzarla, insultarla, estigmatizarla o estereotiparla, sin importar el tiempo que se requiera para su recuperación.*

**c) Violencia sexual.** *Son acciones de naturaleza sexual que se cometen contra una persona sin su consentimiento o bajo coacción. Incluyen actos que no involucran penetración o contacto físico alguno. Asimismo, se consideran tales la exposición a material pornográfico y que vulneran el derecho de las personas a decidir voluntariamente acerca de su vida sexual o reproductiva, a través de amenazas, coerción, uso de la fuerza o intimidación.*

**d) Violencia económica o patrimonial.** *Es la acción u omisión que ocasiona un menoscabo en los recursos económicos o patrimoniales de las mujeres por su condición de tales o contra cualquier integrante del grupo familiar en el marco de relaciones de poder, responsabilidad o confianza, por ejemplo, a través de:*  
**1.** *La perturbación de la posesión, tenencia o propiedad de sus bienes. 2.* *La pérdida, sustracción, destrucción, retención o apropiación indebida de objetos, instrumentos de trabajo, documentos personales, bienes, valores y derechos*

*patrimoniales. 3. La limitación de los recursos económicos destinados a satisfacer sus necesidades o privación de los medios indispensables para vivir una vida digna; así como la evasión del cumplimiento de sus obligaciones alimentarias. 4. La limitación o control de sus ingresos, así como la percepción de un salario menor por igual tarea, dentro de un mismo lugar de trabajo. (...)”*

Como puede apreciarse, si bien el tenor literal del artículo citado resulta sumamente claro en su sentido y alcance, resulta necesario algunos datos adicionales que pueden dotar de mayor precisión a los términos empleados en la redacción del dispositivo. Para esto nos remitiremos a los datos proporcionados por el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (2019). Así se tiene:

**Violencia Física:** Bofetadas, golpes, mordeduras, puñetazos, manazos, cortes, etc.

**Violencia Psicológica:** Insultos, burlas, indiferencia, amenazas, generación de un ambiente de terror constante, intimidación, humillación, manipulación, abandono, etc.

**Violencia Sexual:** exposición a material pornográfico, acceso carnal sin consentimiento (violación), acoso, tocamientos indebidos, actos contra el pudor, etc.

**Violencia Económica o Patrimonial:** perturbación de la posesión, tenencia o propiedad de sus bienes; pérdida, sustracción, destrucción, retención o apropiación indebida de objetos, instrumentos de trabajo, documentos personales, bienes, valores y derechos patrimoniales, limitación de los recursos económicos; incumplimiento alimentario, control de los ingresos, etc.

### 2.2.3 ASPECTO INTERNACIONAL DE LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER Y LOS INTEGRANTES DEL GRUPO FAMILIAR

Como no podía ser diferente, y al tratarse de un fenómeno que afecta derechos fundamentales (la vida, la salud, la integridad personal, el desarrollo equilibrado, etc.), la violencia ha sido rechazada por el derecho internacional a través de las normas y convenios sobre derechos humanos.

Y esto es así debido a que la violencia familiar se ha convertido en un problema que involucra a todos los países sin excepción, razón por la cual se han unido para erradicarlo y garantizar que esta tara social no cause más efectos negativos en la vida del ser humano.

A continuación, se destaca las principales normas de derecho internacional que recogen esta problemática y tratan de erradicarla.

### **Declaración Universal de los Derechos Humanos<sup>47</sup>**

A partir de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó (1979) la *Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer*, con la finalidad de garantizar la igualdad de oportunidades entre las mujeres. Es así que, según lo prescrito en sus artículos 2° y 3° se exige a los Estado parte que adecuen sus sistemas jurídicos e instituciones para asegurar sin interrupciones tales finalidades<sup>48</sup>.

---

<sup>47</sup> Extraído de: <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-elimination-all-forms-discrimination-against-women>

<sup>48</sup> **Artículo 2:** “Los Estados Partes condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas, convienen en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer (...)”

## Declaración y Programa de Acción de Viena<sup>49</sup>

Suceso acaecido en Viena (1993), a través de la *Conferencia Mundial de Derechos Humanos*, y cuyo propósito fue declarar por primera vez que los derechos de la mujer y de la niña tienen la condición de inalienables e integran el universo de derecho humanos o universales, cualquier agresión o ataque a ellos significaba una agresión a los derechos humanos. Es a partir de este suceso que la violencia familiar dejó de ser un asunto privado para ser considerado de interés público, universal y de repercusión para la humanidad.

## Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer-Cedaw 1979<sup>50</sup>

Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas (1979), y reconocida como el instrumento internacional de los derechos humanos de las mujeres. Y pese a que consta de muy pocos artículos, en ella se establece claramente los actos discriminatorios en contra de

---

**Artículo 3:** *“Los Estados Partes tomarán en todas las esferas, y en particular en las esferas política, social, económica y cultural, todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para asegurar el pleno desarrollo y adelanto de la mujer, con el objeto de garantizarle el ejercicio y el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con el hombre.”*

<sup>49</sup> Extraído de: <https://www.un.org/es/events/humanrightsday/2013/about.shtml>

<sup>50</sup> Extraído de: <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-elimination-all-forms-discrimination-against-women>

aquellas, y se exige a los Estado parte adopten las acciones para poner fin a tales actos, tal y como ha quedado indicado en el artículo 7<sup>51</sup>.

### **Convención Interamericana sobre Derechos Humanos: Pacto de San José de Costa Rica<sup>52</sup>**

En este pacto se destaca el derecho que tiene toda mujer y grupo familiar a gozar de su integridad física, psicológica y moral. En tal sentido, se sostiene que nadie puede ser sometido a tratos crueles, inhumanos o degradantes, debiendo respetarse su dignidad como ser humano.

### **Convención Interamericana Sobre Concesión de los Derechos Civiles de la Mujer<sup>53</sup>**

Es una de las más antiguas sobre derechos humanos de la mujer, en ella se declara que las repúblicas americanas reconocen y otorgan derechos civiles para su goce y ejercicio pleno en igualdad de condiciones respecto de los hombres (véase el artículo 1<sup>54</sup>). Reconoce la

---

<sup>51</sup> **Artículo 7:** *“Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la vida política y pública del país y, en particular, garantizarán a las mujeres, en igualdad de condiciones con los hombres (...)”*

<sup>52</sup> Extraído de: <https://www.refworld.org/es/docid/57f767ff14.html>

<sup>53</sup> Extraído de: <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-45.html>

<sup>54</sup> **Artículo 1:** *“Los Estados Americanos convienen en otorgar a la mujer los mismos derechos civiles de que goza el hombre”.*

importantísima labor y función que la mujer desempeña en la familia y como complemento al hombre.

### **Convención interamericana para prevenir sanciones y erradicar la violencia contra la mujer “Convención de Belem do Para”<sup>55</sup>**

Celebrada en Brasil (1994), y a través de la cual se afirma que la violencia contra la mujer (en todas sus formas) constituye una violación a los derechos humanos y libertades fundamentales, limitando el reconocimiento, coge y ejercicio de tales derechos.

#### **2.2.4 REGULACIÓN JURÍDICA NACIONAL DE LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER Y LOS INTEGRANTES DEL GRUPO FAMILIAR EN EL ESTADO DE EMERGENCIA COVID-19**

##### **2.2.4.1. NORMAS VIGENTES**

Según los registros normativos, desde el 23 de noviembre del año 2015 (hasta la actualidad y con las modificaciones como la realizadas por el Decreto Legislativo N° 1470), la norma vigente sobre esta materia es la Ley N° 30364, ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar. Cuyo propósito ha sido (y sigue siendo según los fines y principios detallados en ella) eliminar toda forma de violencia que padece la mujer por su condición de tal o algún integrante del grupo familiar, según su estado de

---

<sup>55</sup> Extraído de:

[https://www.bcn.cl/historiapolitica/mujeres\\_en\\_el\\_congreso/historias\\_de\\_leyes?per=1990-2006&id=Historia\\_DL1640](https://www.bcn.cl/historiapolitica/mujeres_en_el_congreso/historias_de_leyes?per=1990-2006&id=Historia_DL1640)

vulnerabilidad respecto de agresor quien ostenta “*el poder*” y lo ejerce en forma abusiva, arbitraria y según sus intereses. Regulación creada con la finalidad de dar cumplimiento a los compromisos internacionales sobre derechos y humanos y toda forma de eliminación de violencia.

Como es natural o usual, los legisladores y organismos con competencia para la creación de normas jurídicas, siempre están la posibilidad y obligación de adecuar el sistema jurídico según las condiciones sociales y el cambio de los valores imperantes en la sociedad. Y para lograr este propósito realizan cambios por sustitución, adición, modificación o eliminación de normas del sistema jurídico con la finalidad de garantizar el goce y ejercicio pleno de los derechos fundamentales.

Pese a que no es propósito de este trabajo analizar en forma integral la ley en mención, si podemos referirnos de ella señalando que esta ha sido el mejor intento por erradicar la violencia en el ámbito familiar. Puesto que aquella es muy detallada en los mecanismos que debe adoptar las autoridades al momento de ocuparse en los casos de violencia, pues prevé que la víctima (o presunta) sea atendida en forma inmediata, segura y se le garantice el ejercicio pleno de sus derechos. Se ha previsto la posibilidad de intervención de una serie de instituciones, se ha previsto una serie de procedimientos muy ágiles y eficaces en cuanto a la atención de la víctima, a tal punto de prestarle las garantías casi en forma inmediata.

Según los detalles de la norma originaria, esta no vulneraba (a nuestro modo de ver las cosas) ningún derecho fundamental sino por el contrario buscaba que estos sean garantizados y restituidos de ser el caso. Todo se desarrollaba en forma normal o por lo menos sin mayores dificultades, lógicamente con los desacierto o errores propios de la creación humana, pero nada tan grave como para considerarla lesiva o no apta para la sociedad.

Como es de público conocimiento, el pasado 15 de marzo del año 2020<sup>56</sup>, el Estado peruano decretó el estado de emergencia sanitario debido a las graves dificultades sanitarias que atravesaba el planeta y el territorio nacional causadas por el virus denominado COVID-19, y bajo este contexto dictó un confinamiento obligatorio (toque de queda) para garantizar o tratar de asegurar la supervivencia de los ciudadanos. Sin duda alguna este evento histórico trajo como consecuencia numerosos cambios en lo social, político, económico y jurídico. Cambios que tuvieron que ser asumidos según las herramientas y condiciones de cada ciudadano, quien en su mayoría no se encontraban preparados para afrontar este fenómeno social sanitario.

Bajo este contexto, el Estado trató de responder y cubrir las necesidades públicas y garantizar el goce y ejercicio de los derechos fundamentales; sin embargo, la falta de experiencia o desconocimiento en el manejo de situaciones como aquella no

---

<sup>56</sup> Prologado hasta el 27 de octubre del año 2022, fecha en la que se dictó el Decreto Supremo N° 130-2022-PCM y se puso fin al estado de emergencia. Sin embargo, no se deroga el estado de Emergencia Sanitaria que continúa hasta el 25 de febrero del año 2023.



le permitió incorporar soluciones muy acertadas o eficaces, ya que ha quedado registrado las graves deficiencias originadas en el mal manejo de esta problemática.

En lo concerniente al aspecto jurídico no fue la excepción, pues se dictaron normas y protocolos en todos los sectores de la actividad económica y social con la finalidad de garantizar el bienestar de la ciudadanía; sin embargo, la falta de conocimiento y experiencia en este asunto trajo consigo resultados no satisfactorios e *“irónicos”* que lo único que hicieron fue (en muchas ocasiones) causar mayores daños de los ya existentes (ejemplo: se prohibía las reuniones en las calles, pero se permitía los eventos deportivos).

En cierta medida debe ser comprensible estos errores, pues no se estuvo preparado para afrontar tales circunstancias. La emergencia y rapidez con la que se debía actuar para evitar daños más graves no le permitió al Estado y sus órganos poner la debida nota de atención y regular de mejor forma esta coyuntura. Podemos considerar en cierta medida aceptable los errores que se haya cometido, pero debieron ser superados o corregidos en forma inmediata, y más aún si se trataba de normas que pretendían regular derechos de suma importancia para los ciudadanos. Estamos convencidos de las buenas intenciones que pudieron tener las autoridades estatales, pero no debe aceptarse que bajo el pretexto de cubrir o atender una necesidad se lesiones el ejercicio de otros derechos tan o más importantes que el que se pretendía proteger y asistir.

Con estas breves reflexiones no se pretende agotar u ocuparnos de toda la temática, no pretendemos proporcionar toda la información de los aciertos y desaciertos de la regulación jurídica en la época de la pandemia, solamente pretendemos hacer algunas menciones genérica que nos permitan contextualizar el escenario bajo el cual se dictó las diversas modificaciones al sistema normativo, entre las que se encuentra como es de suponer la realizada a la Ley N° 30364 (hoy Texto Único Ordenado).

De esta forma llegamos al asunto que nos ocupa, y que ha sido la causa del presente trabajo. Nos referimos a la creación, implementación y aplicación del Decreto Legislativo N° 1470 (que establece medidas para garantizar la atención y protección de las víctimas de violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar durante la emergencia sanitaria declarada por el covid-19), que tuvo por finalidad adaptar y mejorar las condiciones para asegurar la efectividad de la Ley N° 30364 en su lucha contra la violencia femenina y los integrantes del grupo familiar.

Del contenido del referido decreto legislativo, podemos advertir claramente la finalidad que este perseguía, esto es, garantizar que la ley 30364 tenga plena efectividad y no sea inoperante por el estado de confinamiento o aislamiento que padecían los ciudadanos y sus familias. Sin embargo, bajo las urgencias con las que se debía actuar, no se tomó en cuenta que muchas de esas acciones podían vulnerar otros derechos fundamentales bajo el pretexto de garantizar y defender el cumplimiento de

una ley. Nos referimos a la modificación incorporada en dicho decreto y que eliminada la audiencia (y con ella la posibilidad de intervención del denunciado) para el otorgamiento de medidas de protección a favor de la presunta víctima. Así mismo se eliminaba toda necesidad de incorporar pruebas que justifiquen dichas medidas (como elemento de la debida motivación en las resoluciones conforme lo prescribe el inciso 5 del artículo 139 de la Constitución Política<sup>57</sup>). Par una mayor comprensión se cita el tenor literal de la norma en comentario:

Artículo 4.- Dictado de medidas de protección y/o cautelares durante la emergencia sanitaria ocasionada por el COVID-19

*“(...) 4.3. El juzgado de familia u otro con competencia material en la emergencia sanitaria dicta en el acto las medidas de protección y/o cautelares idóneas, prescindiendo de la audiencia y con la información que tenga disponible, no siendo necesario contar con la ficha de valoración de riesgo, informe psicológico u otro documento que por la inmediatez no sea posible obtener. (...) 4.4. Para el dictado de la medida de protección, el/la juez/a, considera los hechos que indique la víctima, (...)”*

Como puede apreciarse del contenido precedente, con esta norma se elimina la audiencia y la necesidad de pruebas para el otorgamiento de las medidas de protección, sin tomar en cuenta que dicha medida afecta de forma directa, flagrante y

---

<sup>57</sup> **Artículo 139, inciso 5:** *“Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) 5. La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan. (...)”*

contundente el derecho de defensa y el debido proceso (derechos fundamentales) que tiene todo ciudadano sometido a un trámite procesal y que según las normas constitucionales y tratado internacionales no pueden ser suspendidos bajo ninguna causa e incluso bajo los regímenes de excepción como el que atravesaba el país. Es por eso que se decía que en cierta medida se justifica este hecho por la urgencia en la toma de decisiones y medidas extraordinarias pero que debieron ser corregidas cuanto antes.

#### **2.2.5. MECANISMOS Y MEDIDAS ADOPTADAS POR EL SISTEMA JURÍDICO EN LOS CASOS DE VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES E INTEGRANTES DEL GRUPO FAMILIAR EN EL ESTADO DE EMERGENCIA COVID-19 E INSTITUCIONES INVOLUCRADAS**

Como ha quedado establecido, pese a que ya existía una norma (bastante integral, dicho sea de paso) que se ocupaba de la violencia de género y de los integrantes del grupo familiar, el Estado optó por incorporar a dicha legislación nuevas medidas que garantice la eficacia normativa de la ley creada en su oportunidad, debido al estado de emergencia. Es así que se dictó el Decreto Legislativo N° 1470 (27 de abril de 2020), con el único propósito aparentemente de mitigar los daños ocasionados por la pandemia y el aislamiento de las presuntas y potenciales víctimas de violencia.

Ahora bien, según la exposición de motivos del referido decreto, lo que se busca era cumplir con las recomendaciones formulas por el Comité de Expertas del Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belem Do Para (MESECVI) y la Comisión Interamericana de Derechos

Humanos, quienes consientes de las graves consecuencias que podían representar el estado de aislamiento en el hogar (donde agresor y agredidos intensificaba su contacto), el Estado debía fortalecer los mecanismos de respuestas bajo este contexto tan peculiar y no atribuible a nadie en específico. Y para lograr este propósito debían reformular los elementos tradicionales de comunicación (por ejemplo: presencial y por escrito) y emplear la tecnología disponible para recepcionar denuncias y otorgar las medidas de protección que demande el caso concreto.

Como ha quedado expuesto en los apartados precedentes, las recomendaciones realizadas por las normas internacionales buscaban garantizar el cumplimiento de los mecanismos de protección de las potenciales víctimas, pero jamás pretendieron que bajo este pretexto se ampare la vulneración de algún derecho fundamental o humano, tan protegidos, difundidos y garantizados por los mismos organismos y normas internacionales. Pues sería absurdo que un ente defensor de los derechos humanos recomiende u ordene a los países que forman parte acciones destinadas a lesionar derechos de esa naturaleza: irían en contra de sus principios y fines para los que fueron creados.

Algo que no fue comprendido o cumplido por el Estado peruano al dictar el Decreto Legislativo N° 1470, pues como se verá en acápite de discusión de resultados, esta norma en el afán de cumplir con los lineamientos internacionales y pretender crear las condiciones idóneas para el cumplimiento eficaz de la ley N° 30364, generó una grave vulneración del derecho fundamental a la defensa que tiene todo ser humano sin importar el tipo de Estado y régimen que atravesase como el caso del estado de emergencia sanitario.

Como consecuencia de la aplicación e implementación de Decreto Legislativo N° 1470, se dispuso la creación de ciertos servicios especializados que involucran a la Policía Nacional del Perú, Poder Judicial, Ministerio Público, Centros de Salud, Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, Equipos Itinerantes de Urgencia, Servicios de Atención Urgente, Unidades de Protección Especial (UPE), entre otras. Se creó los servicios: “línea 100”, “Chat 100”, Estrategia de acompañamiento psicológico telefónico, kit de emergencia<sup>58</sup>.

Con esta norma se *“institucionaliza”* el uso de las tecnologías de la información para la atención y desarrollo del sistema de justicia, a tal punto que las medidas de protección pueden ser dictadas por dichos medios, y el expediente y documentos acopiados serán remitidos por esos mecanismos.

Según lo establecido en la ley, se prioriza los recursos tecnológicos para:

- Comunicarse con la víctima.
- Informar sobre las medidas de protección.
- Notificar cualquier acto relacionado con dicho trámite.
- Recibir las denuncias de manera inmediata.
- Aplicar la ficha de valoración de riesgo.
- Remitir la información al juzgado competente.
- Dictar las medidas de protección prescindiendo de medios de

---

<sup>58</sup> Información recogida de la página del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables: <https://www.gob.pe/mimp>

pruebas.

- Ejecutar las medidas de protección.

Como es notable, los efectos del estado de emergencia sanitario han generado que las tecnologías de la comunicación se inserten en las relaciones sociales tan hondamente que se convirtieron en herramientas casi imprescindibles. A tal punto de influir o repercutir en la configuración de las normas y convertirse en un elemento que en muchos casos ha reemplazado en principio de inmediación o contacto directo entre los ciudadanos (justiciables) y las autoridades que imparten justicia. Se ha automatizado los procedimientos normativos. Y en el caso específico de los involucrados por la violencia familiar, se le ha otorgado a la parte agraviada una protección “*exponencial*”, que en líneas generales no está mal en cuanto cumplan con su finalidad y no lesiones otros derechos o se caiga en un ejercicio abusivo del derecho.

## 2.2.6. LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN

### 2.2.6.1. CONCEPTO

En el mundo del derecho, el procedimiento o acción que busca definir o conceptualizar una categoría, siempre ha sido una actividad necesaria y de mucha ayuda para comprender los asuntos de a aquella disciplina. Es por es que, en esta oportunidad no puede ser la excepción, pues lo que se busca es comprender cabalmente el instituto jurídico conocido como “*medidas de protección*”. Para lograr este propósito debemos

apoyarnos en la información y datos proporcionados por algunos juristas, quienes con mayor precisión y autoridad han sabido señalar los rasgos más importantes respecto de la aquella figura. Han sabido proporcionar detalles a partir sus rasgos ontológicos y funcionales, que de otra forma no podrían servir para un estudio adecuado dentro de esta línea de investigación. Es por que, a continuación, se cita (en modo de parafraseo) algunas definiciones tales como:

Las medidas de protección son mecanismos de aplicación inmediata que proporcionan solución a un conflicto y actúan por la presencia de riesgo, constituyendo su existencia en un proceso autónomo no dependiente de otro que puede influir en su conclusión como sí ocurre en los procesos civiles. Se constituyen en medidas autosatisfactivas diferentes a cualquier medida cautelar tradicional, y proporcionan soluciones rápidas y eficaces dado el contexto y naturaleza de los conflictos (violencia familiar). (Peyrano, 2002).

Las medidas de protección son aquellas garantías existentes a favor de una persona que ha sido sometida a una agresión (física, psicológica o moral) en un contexto de vida familiar, con la finalidad de lograr el cese de forma inmediata. Se fundan o encuentran su razón en la protección a la víctima, quien en un contexto de crisis familiar o doméstica se encuentra vulnerable independientemente de las causas que la haya generado. (Ramos, 2013)



Las medidas de protección son mecanismos procesales que sirven para la tutela urgente de derechos, se aplican ante la existencia de peligro y para evitar que los daños se tornen irreparables. (Núñez & Castillo, 2014)

Según lo establecido en la Ley 30364 (ley de violencia familiar), las medidas, de protección son actos de decisión jurisdiccional judicial, céleres, eficaces, temporales, variables e impugnables, cuyo objetivo es garantizarle a cualquier mujer o integrantes del grupo familiar el ejercicio de sus derechos humanos. (Ramos & Ramos, 2018)

Sin duda, creemos firmemente que existen variadas definiciones sobre este instituto jurídico; sin embargo, al ser este un trabajo descriptivo, con ciertas líneas explicativas, hemos tenido por conveniente citar aquellas que consideramos contienen toda la información y detalles que sirven para justificar los objetivos planteados. Ahora bien, para no alejarse del marco normativo a continuación citamos en forma textual parte del tenor literal de lo dispuesto en el artículo 32 de la ley N° 30364, respecto de aquel instituto, y que, si bien no proporciona una definición de forma directa o categórica, hace referencia a su finalidad y condiciones que la sustentaría. Así se tiene:

Artículo 32:

*“El objeto de las medidas de protección es neutralizar o minimizar los efectos nocivos de la violencia ejercida por la*

*persona denunciada, y permitir a la víctima el normal desarrollo de sus actividades cotidianas; con la finalidad de asegurar su integridad física, psicológica y sexual, o la de su familia, y resguardar sus bienes patrimoniales. El juzgado las dicta teniendo en cuenta el riesgo de la víctima, la urgencia y necesidad de la protección y el peligro en la demora. (...)*”

A partir de estos datos, podemos deducir que las medidas de protección son herramientas jurídicas creadas con la finalidad de asegurar o garantizar el estado de convivencia pacífica en las relaciones familiares, y de ser el caso corregir en forma inmediata cualquier agresión (física, psicológica, sexual, económica, etc.) que pueda sufrir algún integrante. Fundando su otorgamiento en la necesidad, urgencia y posible peligro en la demora, que podría causar daños irreparables.

#### **2.2.6.2. NATURALEZA JURÍDICA DE LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN**

Como ha quedado anotado en las líneas precedentes, las medidas de protección (a tendiendo a los objetivos que persiguen) son instrumentos que nacen y se desarrollan dentro de un proceso jurisdiccional judicial, con el propósito de asegurar la integridad física, psicológica, moral o sexual de las personas víctimas de violencia en un contexto familiar.

Resulta imprescindible determinar en forma puntual cual es la naturaleza jurídica de este tipo de herramientas, ya que solamente así se puede establecer el régimen jurídico que debe aplicarse y cuál sería el tratamiento que corresponde a su

existencia. Si bien a simple vista pareciera que comparten los mismos rasgos y/o características con cualquier medida cautelar, anticipada o autosatisfactiva, la forma y condiciones claramente establecidas en la ley la convierten en un instituto jurídico *sui generis* (único en su género), que si bien se otorgan en forma expedita o apelando a su inmediatez, el contenido de lo que se resuelve equivale a una sentencia (susceptibles de apelación) por cuanto declara o restituye los derechos presuntamente afectados, y delinea los mismo criterios de otros procesos judiciales que de no ser cuestionados en su oportunidad y forma establecida por la ley, quedan firmes o constituyen cosa juzgada.

No solo son instrumentos que permiten alcanzar fines ulteriores, sino que su razón de ser radica en la defensa de derechos fundamentales o humanos que podrían verse lesiones en forma irreparable. Es así que, en estas medidas se tiene claro la defensa irrestricta de los derechos de las personas y bajo este supuesto otorga confiabilidad para atender cualquier pedido de esta naturaleza.

Por su parte, estas medidas tienen su sustento (aunque en forma indirecta por tratarse de la defensa y garantía de derechos constitucionales) en lo establecido en el artículo 1° y 2° de la Constitución Política del Estado<sup>59</sup>, en el que se ha establecido que la defensa de la persona humana son el fin supremo de la sociedad y del Estado, y bajo este principio toda

---

<sup>59</sup> **Artículo 1:** “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.”

persona tiene derecho (entre otros de naturaleza fundamental) a su integridad moral, física, psíquica, a su libre de desarrollo y bienestar. Derechos que den ser protegidos y garantizados para su ejercicio pleno por propio Estado tal y como ha quedado prescrito en el artículo 44° de la Carta Magna.

## CARACTERÍSTICAS DE LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN

En atención a lo expuesto podemos establecer las siguientes características, que de ningún modo son la únicas o las agotan:

**Congruentes:** Se constituyen en función de los daños que se pretende evitar o reparar. En mérito a las condiciones personales y sociales del solicitante y del contexto en el que habita.

**Oportunas:** Buscan concederse casi inmediatamente, se activan con la sola sospecha o denuncia del solicitante.

**Obligatorias:** Según la ley y la naturaleza de los derechos involucrados, se tornan de aplicación necesaria.

**Tutelares:** Buscan otorgar protección a los derechos vulnerados.

**Personalísimas:** Estas medidas solamente se otorgan a las personas que han sido afectadas en sus derechos.

**Irrenunciables y variables:** Dada la importancia que representa respecto de los derechos que se busca tutelar (humanos o fundamentales), no cabe la posibilidad de renunciar a dicha protección, y es el Estado que de oficio las aplica. Y su vigencia se prolonga hasta que se garantice el bienestar del peticionante.

**Inmediatez:** Su aplicación no admite condiciones excepcionales o difíciles de cumplir, sino que su ejercicio es automático ante la sola denuncia o comunicado de la infracción o afectación de algún derecho comprendido en su defensa.

**No tiene carácter limitativo:** Se aplica a todos los medios que permitan y aseguren la protección de los derechos de la víctima. No se aplica en forma parcial o condicionada respecto de un derecho en específico, sino que se aplica a todos los derechos involucrados.

**No se le asigna formalidad restringida:** Bajo el principio tuitivo, existe cierta flexibilidad en la concesión o aplicación de las medidas de protección. De tal suerte que se prioriza reestablecer el derecho lesionado o evitar la prolongación de algún daño mayor que lo torne irreparable. Se busca proporcionar la debida protección de todos los aspectos de la víctima.

**Instrumentales y variables:** Según ha quedado expuesto en la norma, las medidas sirven para alcanzar fines más altos (protección de derechos), y puede ser modificadas en atención a las circunstancias específicas del caso y no necesariamente

con la conclusión de la investigación penal o proceso instaurado<sup>60</sup>.

### 2.2.6.3.SIMILITUDES Y DIFERENCIAS CON OTRAS MEDIDAS CAUTELARES

Según el conjunto de normas contenidas en el Texto Único Ordenado de la ley N° 30364 (Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar), en específico de los artículos 21°, 32° y 34°<sup>61</sup>, está claramente establecido (en adición a las notas ya expuestas) que las medidas de protección tienen naturaleza diferente a las medidas cautelares comunes, las separa de su tratamiento, nos da a entender que no solo son diferentes sino que su trámite así lo demanda. Entonces, cabe preguntarnos si la naturaleza jurídica del instituto que ahora no ocupa marca alguna relevancia y consecuencia en los aspectos prácticos.

Para contestar a esta interrogante debemos recordar lo que se ha anotado líneas atrás respecto de este procedimiento y su finalidad, así como las notas características de los “otros” procedimiento y proceso cautelares que tendrían cierta similitud y diferencia en cuanto a su operatividad y finalidad, acompañado de las citas doctrinarias pertinentes. Así se tiene:

---

<sup>60</sup> **Artículo 35:** *“Las medidas de protección y cautelares dictadas por el juzgado de familia se mantienen vigentes en tanto persistan las condiciones de riesgo de la víctima, con prescindencia de la resolución que pone fin a la investigación, o al proceso penal o de faltas. (...)”*

<sup>61</sup> **Artículo 34:** *“De oficio o a solicitud de la víctima, el juzgado de familia, en la audiencia oral, se pronuncia sobre las medidas cautelares que resguardan pretensiones de alimentos, regímenes de visitas, tenencia, suspensión de la patria potestad, acogimiento familiar, disposición de bienes y otros aspectos conexos que sean necesarios para garantizar el bienestar de las víctimas, las personas dependientes o en situación de vulnerabilidad a cargo de la víctima. (...)”*

A) Se sabe que las medidas cautelares de índole civil se caracterizan por ser accesorias e instrumentales ya que sirven para asegurar el éxito de un proceso principal y no existen fuera de éste. Algo que no ocurre con las medidas de protección debido a que éstas existen para la defensa de derechos fundamentales y no para garantizar el cumplimiento de laguna pretensión dentro de otro proceso. No existen en función de la perdurabilidad del proceso principal, sino que su existencia es propia e independiente de cualquier proceso civil (e incluso penal). Es así que, las medidas de protección existen para restaurar en forma definitiva la violación de derechos y evitar que se repita tales incidentes.

Ahora bien, tal vez podríamos establecer que las medidas de protección y las medidas cautelares en general comparten la característica de instrumentalidad y provisionalidad, debido a que ambas en cierta medida quedan sin efecto o dejan de existir si la situación de hechos cambia. En el caso de las medidas cautelares cuando el proceso principal fenece, y en lo que respecta a las medidas, cuando los hechos que la fundaron *“han cambiado”* pero siempre con la posibilidad de seguir vigentes si así lo estima conveniente el Juez de familia independiente de si la investigación ha sido archivada o el proceso penal ha concluido con una absolución (véase el artículo 35 de la ley de violencia). Y eso tiene su fundamento en el hecho que todo acto de violencia tiene una naturaleza cíclica y como tal es posible su retorno y permanencia en el contexto originado. (Ramos, 2008)

**B)** Otros de los requisitos que “*comparten*” ambas figuras es la verosimilitud del derecho invocado y peligro en la demora, pues tanto en las medidas de protección como en las cautelares se requiere por lo menos una apariencia o *humo* en el derecho invocado, y que dadas las circunstancias de urgencia no se puede esperar a que el hecho sea sometido a debate y análisis más minucioso, sino que este se requiere actuar con inmediatez por el peligro que puede representar la posible demora y su consecuencia: afectación de derechos fundamentales y tornarlos irreparables en cierta medida. Algo que según lo regulado en el Texto Único Ordenado de la ley N° 30364, estaba claramente establecido y respondía a las necesidades y naturaleza de los asuntos que ella regula, pues en dicha norma se preveía que para el otorgamiento de cualquier medida de protección debía verificarse en audiencia (y todo lo que esto implica) varios requisitos mínimos tales como:

**a.** Los resultados de la ficha de valoración de riesgo e informes sociales.

**b.** La existencia de antecedentes policiales y otros datos que denoten peligrosidad en el denunciado.

**c.** La relación entre la víctima y denunciado.

**d.** Las edades y la relación de dependencia entre la víctima y denunciado.

**e.** La condición de discapacidad de la víctima.

**f.** La situación económica y social de la víctima.



**g.** La gravedad del hecho y la posibilidad de una nueva agresión (certificados médicos legales y otros documentos que acrediten la existencia del hecho).

**h.** Otros aspectos que denoten el estado de vulnerabilidad de la víctima.

Como puede notarse, el procedimiento para la concesión de las medidas requería que el defecto invocado y la lesión sufrida deba sustentarse en mínimos requisitos que acrediten su existencia, y esto no podía ser diferente por cuanto debía cumplirse con lo que se conoce como verosimilitud del derecho invocado o su apariencia. Y ello solamente ocurre cuando por lo menos se tiene a la *vista* los medios de prueba mínimos que corroboren el hecho y consecuencia. Con todo esto, la norma definitivamente era (y sigue siendo) sabia al establecer que estos requisitos debían cumplirse en forma obligatoria pues no se admite en un Estado constitucional de derecho que las normas legales se opongan (en todo o en parte) a las normas constitucionales, y como consecuencia se vulneren otros derechos fundamentales como el debido proceso. Pues recordemos que, en toda causa judicial las normas del debido proceso son de orden público y no pueden ser vulneradas bajo ninguna circunstancia pues están constituidas como principios y derecho fundamentales como el debido proceso y derecho de defensa (irrestringido). Hasta aquí no debía significar ningún cuestionamiento a esta regulación, sino que era muy loable pues era la primera norma jurídica (Ley N° 30364) que por primera vez se ocupaba de casi todos los aspectos relaciones al fenómeno

denominado violencia familiar, pero con un marcado respeto al debido proceso.

Este escenario cambio radicalmente al crearse, implementarse y aplicarse (conjuntamente con las otras normas allí previstas) el artículo 4.3 y 4.4. del Decreto Legislativo N° 1470, pues se suprimió la realización de la audiencia y la incorporación de los medios probatorios mínimos que respalden (bajo el principio de apariencia por lo menos) el hecho invocado. A tal punto de ser “suficiente” para su concesión el *solo dicho* de la presunta víctima, aunado al uso de todas la herramientas tecnológicas y facilidades que le otorgan a la persona agredida. En suma, la sola palabra de cualquier denunciante es suficiente para *fundamentar debidamente* y otorgar cualquier medida de protección. (ASPECTO QUE SERÁ EXPUESTO CON MAYOR DETALLE EN EL ACÁPITE CORRESPONDIENTE A LAS DISCUSIONES, y que se constituyó en fuente del presente trabajo).

- C) Otro de los rasgos que comparten lo encontramos en el peligro en la demora, o mejor dicho la rapidez e inmediatez que se exige en estos casos, pues de no proceder de esta forma se corre el riesgo de tornar irreparable los derechos afectados y reiterar sus efectos en momentos posteriores. Y eso es así por cuanto si esperamos que un proceso o investigación concluya dentro del término y plazo establecidos en las normas pertinentes, se corre el gravísimo riesgo de ocasionar mayores daños en la persona

del agraviado. Y sabiendo por experiencia que en el Perú todos los procesos son sumamente lentos debido a factores como la carga procesal, jamás se tendría tutela satisfactoria para las personas sujetas estos hechos.

- D) Para cambiar de rumbo en este asunto, conviene precisar la mayor diferencia que existe entre las cautelares y las medidas de protección. Nos referimos a la contracautela, que no es otra cosa que el ofrecimiento (efectivo o bajo caución juratoria) de reparar los posibles daños que pueda incurrir el beneficiado con la medida adoptada. Y es que según las normas procesales civiles<sup>62</sup> en caso de no resultar ganador en el proceso en el que se obtenido una medida de esa naturaleza tiene la obligación resarcir los daños que haya incurrido el demandado. Algo que no ocurre en el otorgamiento de las medidas de protección, pues en caso el proceso se archive (a nivel fiscal o judicial), y se demuestre que el denunciado no cometió los hechos imputados (mantiene su presunción de inocencia), el denunciante no tiene la obligación de reparar ningún perjuicio ocasionado al denunciado de las detenciones, aislamientos, suspensiones de derechos, pérdida de patrimonio, etc., que hubiere sufrido en el trámite del procedimiento. Y he aquí la principal razón para que se tenga muy presente o no se pase por alto la debida fundamentación o sustento al momento de conceder tales medidas. Algo que el referido decreto legislativo no ha tomado en cuenta y se ha enfocado en

---

<sup>62</sup> Código Procesal Civil

**Artículo 613:** *“La contracautela tiene por objeto asegurar al afectado con una medida cautelar el resarcimiento de los daños y perjuicios que pueda causar su ejecución. (...)”*

proteger exponencialmente al presunta víctima<sup>63</sup>, que según los lineamientos y normas de derechos humanos no está mal pero esta protección debe ser respetando los otros derechos fundamentales tal y como lo prescribe la norma contenida en el artículo 44° de la Constitución Política y demás normas internacionales.

Ha quedado bastante graficada la distinción que existe entre una medida cautelar propiamente dicha y una medida de protección, constituyéndose esta última en un instituto *sui generis*, que, apelando al principio protector del Estado de derecho, opera de forma rápida, inmediata y preventiva, pero según la norma originaria (ley 30364) siempre respetando los derechos fundamentales restantes y no como ha quedado registrado en el Decreto Legislativo N° 1470.

#### 2.2.6.4. TIPOS DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN

En este apartado puntualmente nos remitiremos al artículo 32°, tercer párrafo, del TUO de la ley N° 30364, y partir de ella haremos algunas precisiones y comentarios, que dada la claridad del tenor literal creemos que no resulta necesario ni pertinente acudir a la doctrina para profundizar en una explicación que no demanda un análisis mayor.

---

<sup>63</sup> Se tiene esta condición hasta que no se demuestre lo contrario pues las normas que informan el debido proceso prevén que todo lo que se afirma en un proceso debe ser probado, y como es natural aquel estado de víctima también debe pasar por este tamiz.

En tal sentido se debe señalar que debido a la naturaleza de los actos de violencia y los efectos que pueden ocasionar en el agraviado, la ley se ha visto en la necesidad de imponer **mecanismos extremos** que tiene por finalidad anular y prevenir cualquier acto que implique afectación a los derechos. Son tan radicales las medidas adoptadas que de su naturaleza se puede concluir claramente que existen con el único propósito de asegurar y garantizar que los hechos de violencia no vuelvan a ocurrir. Es así que, según la norma antes citada se tiene:

Artículo 32:

*“(...) Entre las medidas de protección que pueden dictarse en los procesos por actos de violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar se encuentran las siguientes:*

*1. Retiro del agresor del domicilio en el que se encuentre la víctima, sí como la prohibición del regresar al mismo. La Policía Nacional del Perú puede ingresar a dicho domicilio para su ejecución.*

*2. Impedimento de acercamiento o proximidad a la víctima en cualquier forma, a su domicilio, centro de trabajo, centro de estudios u otros donde aquella realice sus actividades cotidianas, a una distancia idónea para garantizar su seguridad e integridad. 3. Prohibición de comunicación con la víctima vía epistolar, telefónica, electrónica; asimismo, vía chat, redes sociales, red institucional, intranet u otras redes o formas de comunicación. 4. Prohibición del derecho de tenencia y porte de armas para el agresor, debiéndose notificar a la*

*Superintendencia Nacional de Control de Servicios de Seguridad, Armas, Municiones y Explosivos de Uso Civil para que proceda a dejar sin efecto la licencia de posesión y uso, y para que se incauten las armas que están en posesión de personas respecto de las cuales se haya dictado la medida de protección. En el caso de integrantes de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional del Perú en situación de actividad que emplean armas de propiedad del Estado en el ejercicio de sus funciones, el juzgado oficia a la institución armada o policial para los fines de este numeral.*

*5. Inventario de bienes.*

*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 se mantenga o coloque a la víctima en una situación de riesgo frente a su agresor e ingrese nuevamente a un ciclo de violencia. El pago de esta asignación se realiza a través de 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.*

*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.*

*9. Tratamiento reeducativo o terapéutico para la persona agresora.*

*10. Tratamiento psicológico para la recuperación emocional de la víctima.*

*11. Albergue de la víctima en un establecimiento en el que se garantice su seguridad, previa coordinación con la institución a cargo de este.*

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

En mérito de lo citado, corresponde hacer algunas precisiones que buscan *explicar* el sentido y alcance de las más importantes medidas a efectos extraer los derechos fundamentales que pueden estar involucrados y podrían ser afectado con la dación de tales mecanismos.

**a) Retiro del agresor del domicilio:** Se busca que el presunto agresor no comparta el mismo ambiente con la presunta víctima, y así evitar la prolongación de las agresiones. Con esta medida se priva de domicilio al denunciado (**Derecho al domicilio:** artículo 2, inciso 11, de la Constitución Política)<sup>64</sup>.

**b) Impedimento de acercamiento o proximidad a la víctima, y establecer comunicación bajo cualquier modalidad:** Con estas medidas se persigue que la víctima goce de tranquilidad y evite posibles represalias. Se busca anular toda comunicación o contacto entre los intervinientes del conflicto, a tal punto de crear varias barreras entre los integrantes de la familia, que según su dimensión son capaces de extinguirla por completo (**Derecho a la familia y**

---

<sup>64</sup> Artículo 2, inciso 11: “*Toda persona tiene derecho: (...) 11. A elegir su lugar de residencia, (...)*”

a su protección: artículo 4 de la Constitución Política)<sup>65</sup>.

- c) **Inventario de bienes y la prohibición de enajenarlos:** Se busca que las personas vinculadas por una relación familiar (esposos o convivientes, por ejemplo) sepan que cosas tienen, para que a partir de esta información adopten medidas económicas y cada integrante busque “recuperar” o quedarse con lo que creen que le corresponde, pero mientras dure la medida el que se retira del hogar está limitado de disfrutar lo que es suyo (**Derecho a la propiedad:** artículo 2, inciso 16, de la Constitución Política)<sup>66</sup>.
- d) **Prohibición de retirar a los niños y persona vulnerables:** Se busca que las personas más vulnerables puedan ser afectadas por el que se presume violento y agresivo. Se busca garantizar el estado de tranquilidad y desarrollo equilibrado de aquéllos (**Derecho a educar y criar a los hijos:** artículo 6, tercer párrafo, de la Constitución Política)<sup>67</sup>.

Como ha quedado anotado, si bien las medidas de protección tienen un propósito muy elevado, sano, protector y preventivo en lo que respecta a los derechos fundamentales de la mujer y de los integrantes de grupo familiar, también queda muy claro que el otorgamiento de dichas medidas **puede significar** la restricción extrema de muchos derechos constitucionales: la propiedad, la familia, el domicilio, a la crianza de los hijos, etc. Es decir, su imposición también genera la privación de otros derechos de igual categoría, que en principio deben ser

---

<sup>65</sup> **Artículo 4:** “La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio.”

<sup>66</sup> **Artículo 2, inciso 16:** “Toda persona tiene derecho: (...) 16. A la propiedad (...)”

<sup>67</sup> **Artículo 6, tercer párrafo:** “Es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos. Los hijos tienen el deber de respetar y asistir a sus padres.”



protegidos y garantizado a plenitud por el Estado, y bajo ninguna circunstancia pueden ser limitados salvo motivo justificado y mandato legal. En tal sentido, el otorgamiento de cualquier medida debe estar bien justificada tomando en cuenta los gravísimos daños que pueden ocasionar en la familia y los derechos fundamentales del presunto agresor.

#### 2.2.6.5. REQUISITOS DE PARA EL OTORGAMIENTO DE LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN

Conforme a la regulación del TUO de la Ley N° 30364, el artículo 33 establecía varios criterios que debían ser tomados en cuenta antes de que el Juez de familia se decante por otorgar cualquier medida de protección, y cuyo contenido era bastante saludable y respondía a criterios de necesidad y credibilidad de los hechos materia de denuncia. Algo que es aceptable si se tiene en cuenta los graves efectos que pueden derivar de su otorgamiento.

Sin embargo, con la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 1470, todos estos criterios o requisitos pasaron a quedar sin efecto a causa del estado de emergencia sanitario causado por el COVID-19, y en el que el único requisito que se exigía (bajo el pretexto de las circunstancias tan especiales que atravesaba el país) era la sola declaración de la presunta víctima, sin mayores elementos de prueba que corroboren o justifiquen su otorgamiento. Ya no existía la realización de ninguna audiencia, el juzgador podía resolver de acuerdo a su "*criterio*" y con el solo *dicho* de la persona denunciante. Esto es, ya no se tomaba en cuenta lo que pudiera decir el denunciado, no se tomaba en cuenta su **DERECHO DE DEFENSA**, su derecho de ser escuchado,

de presentar medios de prueba de descargo o refutar los fundamentos de hecho para la no imposición de las medidas de protección en su contra. En suma, no existió en dicha regulación ninguna opción para que el ciudadano denunciado pueda postular algún mecanismo de defensa previo a la imposición de tales medidas. Para tener una mayor claridad a continuación se cita el tenor literal de la norma en comento:

**Artículo 4: Dictado de medidas de protección y/o cautelares durante la emergencia sanitaria ocasionada por el COVID-19**

*“Durante la emergencia sanitaria ocasionada por el COVID-19, el proceso de otorgamiento de medidas de protección y cautelares regulado por Ley N° 30364, Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar, se ajusta a las siguientes reglas: (...) 4.3. El juzgado de familia u otro con competencia material en la emergencia sanitaria dicta en el acto las medidas de protección y/o cautelares idóneas, **prescindiendo de la audiencia** y con la información que tenga disponible, no siendo necesario contar con la ficha de valoración de riesgo, informe psicológico u otro documento que por la inmediatez no sea posible obtener. Para tal fin, se hace uso de recursos tecnológicos que permitan la comunicación inmediata entre la víctima y el juez/a, a fin de evitar su traslado y priorizando los principios de debida diligencia, sencillez, oralidad y mínimo formalismo. Culminada la comunicación, el/la juez/a informa a la persona denunciante las medidas de protección y cautelares dictadas y notifica en el acto a la Comisaría por medio electrónico más celeremente para su*

*ejecución. Asimismo, se notifica a la persona denunciada de conformidad con la Ley N° 30364 y su Reglamento.*

*4.4. Para el dictado de la medida de protección, el/la juez/a, considera **los hechos que indique la víctima, (...)**”*

Como queda claro, bajo esta forma de regulación normativa, para el otorgamiento de cualquier medida de protección simplemente se requería **i)** la denuncia de la presunta víctima y **ii)** sus dichos. No se exigía el desarrollo de ningún tipo de audiencia y no se requería medios de prueba que sustenten al menos en apariencia la existencia de los hechos materia de denuncia. Con esta norma, no se garantizaba en lo más mínimo el derecho que tiene todo ser humano al derecho de defensa, independientemente de si su ejercicio tenga o no éxito, pero al menos debe estar presente la posibilidad de su ejercicio. Como hemos referidos en los apartados anteriores, esa exponencial protección a la mujer y a los integrantes del grupo familiar (que no está mal en principio) de las agresiones ilegítimas, ha sido desfigurada en el estado de emergencia, y no ha sido posible equilibrar y garantizar los derechos que están involucrados. Para concluir, se puede decir que no existe requisitos en sentido estricto con el Decreto Legislativo N° 1470.

#### **2.2.6.6. PROCEDIMIENTO Y ÓRGANO COMPETENTE PARA LA CONCESIÓN DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN**

Según el tenor literal de la norma contenida en el Decreto Legislativo 1470 (artículo 4.3 y 4.4), el único procedimiento establecido era el “*conocimiento*” de los hechos por parte del

Juez de familia competente, y que a su vez eran remitidos por el personal policial que recepcionaba la denuncia. Y como herramienta imprescindible se empleaba los recursos tecnológicos para comunicar la decisión adoptada por el magistrado encargado de emitir las medidas. El juez no requería mayor información que los dichos del denunciante, no requería la realización de ninguna audiencia, simple y llanamente decidía con la escasa información que pudiera contar (si es que había alguna). Y bajo este contexto, emitía su decisión para ser notificado a las partes y su posterior cumplimiento según los parámetros de la ley 30364. Como puede notarse en este procedimiento no intervenía nadie más que el Juez de familia, quien al no tener la obligación de escuchar al denunciado y no requerir pruebas, decidía “*lo conveniente*” según su criterio. Y todo por mandato legal impuesto.

#### 2.2.6.7.DERECHOS AFECTADOS O INVOLUCRADOS EN EL OTORGAMIENTO DE LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN

En el otorgamiento de las medidas de protección (independientemente de momento en el que se las haya otorgado: antes o durante el estado de emergencia) los derechos involucrados son:

- En el caso de la parte presuntamente agraviada: La vida, la salud, a la integridad moral, psíquica y física, y el libre desarrollo.
  
- En el caso de denunciado: a la propiedad, a la familia y a su

protección, al domicilio y criar a sus hijos.

Ahora bien, al tratarse de un asunto muy complejo dentro del proceso especial por violencia familiar (los derechos involucrados), en una de las partes existe mayor riesgo y mayor afectación en el supuesto de que los hechos no sean acreditados o no sean verdad. Ya si se da el caso por ejemplo que no sea fidedigna las afirmaciones de la parte denunciante, con el simple otorgamiento de las medidas se habrían vulnerado o afectado varios derechos fundamentales en forma irrazonable e irreparable. No se está en contra de las medidas de protección (en tanto cumplan con su finalidad), pues estamos convencidos que nadie debe sufrir afectaciones a los derechos fundamentales; lo que sí se cuestiona es el procedimiento o forma de otorgarlas, ya que en el caso previsto en el referido Decreto Legislativo 1470, al no estar garantizado el derecho de defensa del denunciado se corre un riesgo extremo de imponer cargas que podrían ser más perjudiciales que lo que se busca evitar. Es por eso que debe quedar claro que lo que se ha pretendido mostrar con este trabajo es que cuando no se respeta y garantiza los derechos fundamentales como el de defensa, se genera mayores perjuicios que beneficios en la ciudadanía.

## **CAPÍTULO III**

### **METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN**

#### **3.1. TIPO DE INVESTIGACIÓN**

En atención a la temática abordada (su naturaleza en sentido estricto), el área de conocimiento en el que se desarrolla, los tópicos analizados y el objeto de estudio (normas y sistema al que pertenecen), conviene clasificar el tipo de investigación en función a los siguientes criterios: **a)** según su fuente, **b)** según su finalidad, **c)** según la temporalidad, **y d)** su alcance o nivel. En tal sentido se tiene:

- Según su fuente, esta investigación es del **TIPO DOCUMENTAL**, ya que se ha tenido que consultar una serie de documentos (libros, revistas, folletos, páginas web, compendios, separatas, publicaciones, etc.), clasificarlos, escoger la información pertinente, leerla y extraer los elementos que sirvieron de sustento.

- Según su finalidad, este trabajo académico se constituye en una investigación **BÁSICA, PURA O FUNDAMENTAL**. Y esto es así por cuanto el objetivo principal es dar a conocer (y explicar) un grave problema en el sistema normativo y su afectación a un derecho fundamental o humano. Y es a partir de esta contribución informativa que se crea la posibilidad para que los órganos competentes tomen las acciones que correspondan para corregir este defecto. Es por eso que esta línea de investigación únicamente pretende “denunciar” o poner en conocimiento esta grave circunstancia para que se a atendida según los mecanismos que prevé el sistema jurídico.

- Según la temporalidad, esta investigación tiene la condición de **EX POST FACTO**, por cuanto el estudio, análisis y pronunciamiento recae sobre un hecho o fenómeno ya ocurrido en el espacio-tiempo, es decir, el estudio se hace sobre la base de situaciones acontecidas y sobre las que se pretende explicar las causa y razones de lo ocurrido. Bajo este contexto, y según lo expresado en

los acápites anteriores (introducción, delimitación de la realidad problemática, planteamiento del problema y su formulación), es claro que el estudio recae en una norma ya aprobada, ejecutada bajo los lineamientos previsto en ella y sobre las consecuencias ya originadas. En suma, se analiza un evento o situación específica registrada en el tiempo.

- Por su alcance o nivel, esta investigación es de tipo **DESCRIPTIVO-EXPLICATIVO**, por cuanto da a conocer, describe y formula una explicación a una problemática en la creación y aplicación de una norma infraconstitucional (Decreto Legislativo 1470), que no respeta la jerarquía normativa y los derechos fundamentales (como el derecho de defensa).

### 3.2. ENFOQUE DE LA INVESTIGACIÓN

Considerando que objetivo final o ulterior de este trabajo académico es comprender, analizar e interpretar una determinada situación problemática, esta investigación tiene un enfoque **CUALITATIVO**. Puesto que se pretende conocer y comprender la existencia de la vulneración de un derecho fundamental (derecho de defensa) con la implementación y aplicación del Decreto Legislativo N° 1470 (ausencia de audiencia y falta de medios para el otorgamiento de medidas de protección). Se pretende analizar una realidad a partir de sus rasgos ontológicos por medio de la interpretación y comprensión de textos normativos, doctrina jurídica y jurisprudencia. Y para lograr este propósito no acude a datos numéricos de medición, no se emplea datos estadísticos u otras herramientas que proporcionan el *cuanto* de algo. No se busca medir algo sino conocer sus cualidades o características.

### 3.3. DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN

Como ya ha sido expuesto ampliamente en las líneas precedentes, en esta investigación se aborda dos variables claramente definidas (medidas de protección en el estado de emergencia sanitario causado por el COVID-19 y derecho de defensa), que se relacionan de una forma puntual, y que según lo expuesto han sido descritas y explicadas en su dimensión problemática para ser comprendidas como corresponde. Sin embargo, aquellas no son susceptibles de ser manipuladas, no han sido sometidas a ningún estímulo, sino que han sido estudiadas en su *“contexto natural”*, que para el caso en específico es el sistema jurídico al que pertenece y en un periodo de tiempo específico. Es por esta razón que la presente investigación tiene un diseño **NO EXPERIMENTAL TRANSVERSAL**.

### **3.4. MÉTODO EMPLEADO EN EL DESARROLLO DE LA INVESTIGACIÓN**

Atendiendo al objeto de estudio (normas y conceptos jurídicos) y tipo de investigación (análisis documental), el método empleado a esta línea de trabajo es el **HERMENÉUTICO**, ya que toda la información incorporada tuvo que ser comprendida en su sentido y alcance adecuado.

### **3.5. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS PARA LA RECOLECCIÓN DE DATOS**

#### **3.5.1. TÉCNICAS**

Considerando que la información empleada proviene de un sistema normativo y de literatura especializada (libros, revistas, compendios, páginas web, etc.), se tuvo que emplear el análisis documental y el fichaje, para extraer los datos que interesan y clasificarlos según su naturaleza.



### 3.5.2. INSTRUMENTOS

En atención a la naturaleza de las fuentes de consultadas (documentos y textos normativos) se emplearon los siguientes instrumentos:

- **Fichas de registro documental:** Para la anotación de los datos pertinentes de las fuentes consultadas.
- **Lista de cotejo:** Registro que se emplea para evitar duplicidad en las fuentes consultadas.
- **Bitácora de trabajo:** Registro en cuadernillo de datos sobre dificultades, observaciones, opiniones e ideas.
- **Ficha de comprobación o check list:** Sirvió para comprobar que cada una de las actividades se haya realizado en forma secuencial, completa y según lo programado o dispuesto en el plan de trabajo.

## 3.6. TÉCNICAS DE PROCESAMIENTO Y ANÁLISIS DE DATOS

### 3.6.1. PROCESAMIENTO MANUAL

Una vez recolectado las fuentes de consulta y los registros de los datos pertinentes, se seleccionó y clasificó en forma manual toda la información para ser ubicada en el lugar que corresponde según la temática abordada.

## CAPÍTULO IV

### RESULTADOS

#### 4.1. PRESENTACIÓN, ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS

Durante el desarrollo de esta investigación se ha podido alcanzar los objetivos específicos propuestos, pues se ha podido conseguir una respuesta satisfactoria a cada una de las interrogantes planteadas en los problemas específicos, y con eso dar respuesta al problema general. En tal sentido se tiene:

A) Según los aportes doctrinarios, dispositivos legales y aportes jurisprudenciales se ha logrado conocer que todo ser humano (independientemente de su origen, raza, color, sexo, etnia, condición económica, estatus jurídico, edad, etc.) por su condición de tal, tiene un conjunto de derechos básicos e imprescindibles, que, dada su importantísima repercusión en su vida, ha sido elevado a la categoría de fundamentales o humanos, reconocidos y declarados por la Constitución Política del Perú y las normas internacionales (como la Declaración Universal de los Derechos Humanos).

Ahora se sabe que tales derechos siempre han existido en la historia del hombre, se han prologando desde la edad antigua, pasando por la edad media y llegando hasta la edad actual. Pero su trayecto o desarrollo no ha sido homogéneo ni pacífico, pues en cada estadíos histórico se han ido reconociendo y declarando solamente algunos de los que ahora existen. Es por eso que didáctica y metodológicamente han sido clasificados en generaciones: primera (derechos civiles y políticos: *a la vida, a la libertad,*

*a la seguridad personal, etc.*), segunda (derechos económicos, sociales y culturales: *al trabajo, a la educación, libertad sindical, etc.*) y tercera generación (*derechos colectivos: a la paz, al desarrollo, al ambiente, etc.*).

Dentro de tales derechos se encuentran el derecho a: la vida, la integridad física y moral, a la libertad y a la seguridad, la intimidad personal y familiar, al honor e inviolabilidad del domicilio, al secreto de las comunicaciones, a la igualdad ante la ley, a la libertad de residencia y circulación, a la libertad de expresión, libertad de reunión, de asociación, a la educación, a la sindicalización, a la huelga, a la nacionalidad, a las garantías judiciales y a un debido proceso, al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y al irrestricto derecho a nombrar un abogado de su libre elección (**derecho de defensa**), entre otros.

Los derechos fundamentales ontológicamente son inherentes, universales, inalienables, irrenunciables, imprescriptibles, inviolables, indivisibles e interdependientes. Siempre han estado presentes en el ser humano, pero el tipo de cultura, tipo de Estado, régimen económico y periodo cronológico han determinado su existencia y reconocimiento, y para lograrlo se ha tenido que recurrir a un largo camino evolutivo, lleno de aportes de diferentes sectores, personajes y eventos (revolución francesa, por ejemplo). Pero al final de todo, en este recorrido se ha logrado comprender que todo ser humano tiene derecho para gozar y ejercer en forma plena tales facultades, y que bajo ninguna circunstancia pueden ser suprimidos o eliminados, salvo los estados de excepción como el de emergencia o sitio. Y en el caso del primer supuesto solamente algunos como el derecho a la libertad y seguridad personales, la inviolabilidad de domicilio, libertad de tránsito y de reunión; dejando intacto y en pleno

ejercicio y garantía el goce de todos los restantes (entre ellos el de defensa).

En el Estado peruano, todos estos derechos están recogidos en el artículo 2° de la Constitución Política, y que dada su configuración solamente ha sido señalados a modo de ejemplo y de repertorio abierto, pues en el artículo 3° claramente se ha señalado que la enumeración de tales derechos no limita su existencia fundada en la dignidad de la persona humana. Es por eso que, con el transcurso del tiempo y con los cambios sociales pueden generarse más derechos de esta categoría.

Todo esto está garantizado y reforzado por las siguientes normas internacionales: **a)** Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) (artículo 10 y 11), **b)** Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) (artículo 5), **c)** Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) (artículo 5), **d)** Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PF-PIDCP) (artículo 2), **e)** Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (SPF-PIDCP) (artículo 5), **f)** Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (DADH) (artículo 1), **g)** Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José” (CADH) (artículo 1, 34 y 52), **h)** Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de DESC “Protocolo de San Salvador” (artículo 1 y 22), **i)** Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, (preámbulo) **j)** Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (artículo 1), **k)** Carta Social Europea (CSE) (preámbulo y artículo 1), y **l)** Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (artículo 2 y 4).

**B)** De la información recopilada se ha logrado determinar que el derecho de defensa se constituye en uno de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución Política del Estado peruano, por las normas y organismos internacionales tales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y declarado como uno de los más importantes para el ejercicio de los otros derechos de la misma naturaleza, pues a través de aquel se busca garantizar que ningún ser humano sea privado de su libertad (u otros derechos fundamentales que quedan suspendidos por la prisión) sin causas justificadas y con apego a la ley y los principios constitucionales.

Se ha establecido que el derecho de defensa es aquella posibilidad que tiene todo ser humano de oponerse y objetar, por sí mismo o a través de un abogado, las imputaciones o acusaciones que le formule las autoridades jurisdiccionales. Es así que, esta resistencia u oposición implica el derecho de ser escuchado, participar activamente en el desarrollo del proceso o procedimiento, de formular peticiones, presentar todos los medios de defensa que estime conveniente y no se oponga a la ley o a la Constitución Política. En suma, este derecho contiene una garantía para asegurar la libertad y no permitir que cualquier acto arbitrario la suprima o la limite.

En lo que respecta a la importancia que representa dentro del sistema jurídico constitucional, según las variadas sentencias y pronunciamientos emitidos por el Tribunal Constitucional peruano y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha quedado claro que en todo Estado de derecho debe quedar garantizado el pleno ejercicio del derecho de defensa, pues solamente a través de este el ser humano queda protegido o se reduce

drásticamente los posibles errores o arbitrariedades. Los Estados, y su sistema jurídico, tiene la obligación de guiar sus actuaciones en función de este derecho, es así que, no pueden crearse normas o instituciones que desconozcan, limiten o restrinjan su goce y ejercicio, que en ningún supuesto (aun en caso de excepción: *emergencia*, por ejemplo) puede perder su vigencia y protección por parte del Estado. Como argumento adicional puede establecerse que, al estar incorporado como derecho fundamental en el texto constitucional, debe respetarse su jerarquía en la creación normativa y fungir de criterio orientador en la interpretación, aplicación y creación de cualquier norma de rango inferior bajo cualquier escenario. En tal sentido, queda claro la trascendencia e importancia que representa para el Estado y el sistema jurídico constitucional.

- C) En lo que respecta a quiénes sería (o son) los titulares del derecho de defensa, de la información recolectada se ha podido establecer que al ser un derecho fundamental en principio le corresponde a todo ser humano sin excepción. No obstante, por cuestiones de precisión en el ámbito de su ejercicio podemos señalar que este derecho le corresponde de manera estricta a todo aquel que está siendo procesado por la comisión de algún delito o sometido a un proceso judicial, y que por extensión también implica el respeto al debido proceso y todo lo que este contempla (garantías penales y procesales: *la presunción de inocencia, el juez natural e imparcial, la no autoincriminación, el derecho a la impugnación, a la motivación de las resoluciones judiciales, la pluralidad de instancias, el derecho a no ser penado sin proceso judicial, entre otros*). Los que bajo ninguna circunstancia puede ser suprimidos en estricto respeto a la dignidad del ser humano, al ser este el fin supremo y objeto de defensa de la sociedad y del Estado.
- D) Habiendo determinado con precisión la naturaleza jurídica del derecho de

defensa (y sus repercusiones en el sistema jurídico), debemos señalar que este derecho queda afectado dentro de un proceso judicial, cuando las norma infraconstitucionales y la actuación de los órganos jurisdiccionales, lo desaparecen, lo limitan o entorpecen su ejercicio, no permitiendo que el ciudadano sometido a proceso ejerza de forma eficaz o efectiva todas las garantías y posibilidades de acción que le otorga aquel derecho fundamental como ser escuchado y aportar pruebas previa a cualquier decisión. En el caso que nos interesa, y que ha sido materia de estudio, podemos agregar que la creación, aplicación y ejecución de cualquier norma que está por debajo de la Constitución Política (ley orgánica, ley ordinaria, decreto legislativo, decretos supremos, reglamentos, entre otros) debe respetar y estar en concordancia con los mandatos constitucionales, con los principios que la inspiran y los derechos humanos que defienden; deben respetarla en el fondo y forma, pues de no ser así, se corre el riesgo de afectar derechos fundamentales como el caso en estudio.

- E) Conforme a los aportes doctrinarios, se ha establecido que las medidas de protección son mecanismos o herramientas *sui generis*, diferentes ontológicamente a las medidas cautelares dictadas en otros procesos judiciales. Son dictadas únicamente dentro del proceso especial por violencia familiar o agresiones en contra de las mujeres en su condición de tal, y su vigencia o extinción no depende necesariamente del destino que tenga el proceso penal o investigación fiscal, pues ellas pueden seguir rigiendo si así lo “*considera*” el Juez de familia que las dictó. Esto es, a diferencia de lo que ocurre en cualquier medida cautelar en donde ésta corre la suerte del principal, en las medidas de protección su existencia es independiente del proceso del que deriva. Ahora bien, según la ley N° 30364 (*ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar*), tales medidas se dictan con

el firme propósito de cesar en forma inmediata cualquier fuente de violencia y no permitir que se repita bajo el mismo contexto.

Por otra parte, si bien la fuente legislativa no proporciona una definición de esta institución jurídica, sí nos señala cuál es su objetivo al establecer que aquellas existen con el propósito de neutralizar o minimizar los efectos nocivos de la violencia ejercida por la persona denunciada, y permitir a la víctima el normal desarrollo de sus actividades cotidianas; con la finalidad de asegurar su integridad física, psicológica y sexual, o la de su familia, y resguardar sus bienes patrimoniales. Es decir, tales medidas se presentan como mecanismos tutelares de aplicación urgente e inmediata a la mujeres e integrantes del grupo familiar que bajo este contexto padecen actos de violencia.

Según lo prescrito en la ley N° 30364, el otorgamiento de las medidas de protección contemplaba un procedimiento muy completo, que iba desde la denuncia has la realización de una audiencia, en las que se valoraba todos los medios de prueba y se permitía que el denunciado ejerciese su derecho defensa. Sin embargo, este procedimiento cambió radicalmente con la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 1470, específicamente los artículos 4.3 y 4.4, en los que se eliminó la posibilidad de llevar a cabo una audiencia como paso previo al otorgamiento de las referidas medidas. Así mismo se eliminó la posibilidad de incorporar o sustentar la decisión en los medios de prueba mínimos acudiendo únicamente a los dichos o afirmaciones de la parte denunciante. Norma que según los datos insertados en su tenor literal fue emitida bajo el estado de emergencia sanitario ocasionado por el COVID-19, y declarado por el Estado peruano mediante el Decreto Supremo N° 044-2020-PCM, cuya vigencia se ha prolongado hasta el 27 de octubre del año 2022.



Así mismo se ha logrado conocer que el otorgamiento de las medidas de protección se constituye en una medida radical que trae como consecuencia la afectación de otros derechos fundamentales como: derecho a la propiedad, derecho a la familia, el derecho de los padres a educar a sus hijos, entre otros. Que siempre se verán afectados cuando se haga efectivo la aplicación de cualquier medida de protección. Es por eso que sabiamente la Ley N° 30364 ha previsto una serie de criterios que el Juez de familia debe tomar en cuenta antes de concederla, pues se sabe las graves repercusiones que pueden generar en los derechos del denunciado. Razón por la cual según la ley se debía llevar a cabo una audiencia y sustentar cualquier decisión en medios de prueba objetivos y mínimos. Algo que dejó de existir con la entrada en vigencia del referido Decreto Legislativo, que exigía el solo dicho de la parte denunciante para dar por probado su pretensión, aun a costa de ocasionar daños más graves en la esfera privada del denunciado pues quedaba la posibilidad de demostrar en el desarrollo del proceso o investigación penal la falta de culpabilidad. Situación que no fue prevista con el referido decreto.

- F) Por último, se ha logrado conocer (dentro de los alcances descriptivos del estudio) que el estado de emergencia es un tipo de estado de excepción regulado en el artículo 137° de la Constitución Política, y que solamente se decreta cuando circunstancias especialmente graves atentan o ponen en peligro la integridad del Estado y sus habitantes (lo que naturalmente incluye sus derechos en todos los niveles). No es un estado prolongado, sino que tiene una duración equivalente al tiempo que duren las graves amenazas, y bajo este régimen se *pueden* suspender algunos derechos fundamentales tales como: la libertad y seguridad personal, la inviolabilidad de domicilio, libertad de tránsito y de reunión. Sin embargo, por ningún motivo quedan suspendidos o restringidos el goce y ejercicio pleno de los otros derechos fundamentales, que según la misma

Constitución y las normas internacionales jamás pueden ser suprimidos aun en los estados de excepción como el generado por el COVID-19 (emergencia sanitaria), entre lo que se encuentra el derecho de defensa.

#### 4.2. INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS

De los datos obtenidos durante el desarrollo de la investigación se ha podido constatar que, si bien durante el estado de emergencia causado por el COVID-19 sanitario el Estado peruano ha pretendido estar a la altura de las circunstancias, y ha respondido modificando el funcionamiento de varias instituciones y creando normas jurídicas para garantizar el goce y ejercicio de los derechos fundamentales; sin embargo, su actuación no ha sido muy acertada tal y como fue recomendado por los organismos internacionales. Y esto es así por cuanto en aquel estado de excepción (emergencia sanitaria/pandemia) el Estado peruano ha emitido el Decreto Legislativo N° 1470, con la finalidad de dotar de cierta flexibilidad y ser más tuitiva en los casos de violencia familiar y violencia contra la mujer (que en líneas generales no está mal en tanto cumplan su propósito y no afecte derechos irrazonable), y en específico para el otorgamiento de las medidas de protección dentro del proceso especial regulado según el Texto Único Ordenado de la Ley N° 30364 (*ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar*). No obstante, en esta norma tan enfocada en la protección extrema de la presunta parte agraviada, no se tomó en cuenta los derechos fundamentales del denunciado. No se tomó en consideración el respeto a los mandatos constitucionales y principios que la sustentan. Se hizo caso omiso a las características y restricciones que tiene el Estado aún bajo un momento de excepción como el que atravesó el Perú en el año 2020. De igual forma el Estado obvió respetar los lineamientos contenidos en el artículo 137° de la Constitución que prescribe que solamente se le está autorizado a suspender algunos derechos fundamentales tales como: la libertad y

seguridad personal, la inviolabilidad de domicilio, libertad de tránsito y de reunión; dejando a salvo el ejercicio de los otros derechos fundamentales.

Se ha llegado a *constatar* que los derechos humanos o fundamentales son de aplicación universal y corresponde a todo ser humano sin excepción de su origen, raza, color, religión, etc. Y bajo este presupuesto se ha aceptado y reconocido como elementos fundamentales en toda sociedad civilizada. Dentro de este conjunto de derechos, que dicho sea de paso están reconocidos por la Constitución Política del Perú y las normas internacionales, se encuentra el derecho de defensa, que otorga la posibilidad a todo ser humano de formular su defensa (por sí mismo o a través de un abogado) ante cualquier acusación y ante el órgano que lo formula (Poder Judicial, Ministerio Público, Policía Nacional del Perú). Derecho que al igual que todos los demás tienen las características de: inherentes, universales, inalienables, irrenunciables, imprescriptibles, inviolables, indivisibles e interdependientes.

Se ha llegado a verificar que, con la dación del referido decreto legislativo, el Estado no ha respetado el derecho de defensa del denunciado, pues según los mandatos contenidos en dicha norma aquél no tiene ninguna participación en el procedimiento para la concesión de las medidas de protección. No existe audiencia que permita al denunciado ser oído y plantear algún tipo de descargo y presentar medios de prueba para oponerse a la imposición de los mandatos derivados de las medidas de protección. Con la creación, aplicación y ejecución del referido decreto se deja en estado de indefensión al denunciado en el procedimiento para el otorgamiento de las medidas de protección, algo que no le está autorizado al Estado peruano bajo ninguna circunstancia según el mandato imperativo contenido en el artículo 137° de la Constitución Política y las normas de derecho internacional.

Con todo esto ha queda claramente demostrado, comprobar o verificado la hipótesis planteada inicialmente, pues sí se afecta el derecho de defensa del imputado (denunciado) en el procedimiento previsto por el Decreto Legislativo N° 1470 para el otorgamiento de medidas de protección en el estado de emergencia sanitario causado por el COVID-19. Algo que no ha sido advertido por las autoridades, quienes “*concentrados*” en garantizar los derechos de la presunta víctima se olvidaron de respetar los derechos fundamentales del denunciado que también son importantes en igualdad de condiciones tal y como ha quedado prescrito en el artículo 1°, 2° y 44° de la Constitución Política del Perú.

## CONCLUSIONES

- Los derechos fundamentales son derechos que poseen todos los seres humanos por su condición de tal y ostentan las características: inherentes, universales, inalienables, irrenunciables, imprescriptibles, inviolables, indivisibles e interdependientes. Y en mérito a estas, no se tolera su lesión o puesta en peligro.
- Los derechos humanos han sido reconocidos por las normas internacionales y por el derecho interno a través de la máxima norma jurídica (Constitución Política). Son asumidos como necesarios en la existencia del ser humano, y por lo tanto requieren su protección y aseguramiento en todo momento, sin importar los estados de excepción como el supuesto de emergencia.
- El derecho de defensa, como derecho fundamental, pertenece a todo ser humano y como tal los Estados están obligados a garantizar su protección y ejercicio pleno. No puede ser limitado o condicionado por las normas inferiores a la Constitución. En función a este criterio, el Estado está en la obligación proporcionar al ciudadano la posibilidad de ejercerlo de manera irrestricta ya sea en forma personal o a través de un abogado designado por él en forma libre. Ha sido reconocido por las normas internacionales y se exige su vigencia en todos los Estados vinculados a dichas normas. El derecho de defensa faculta a su titular a ser escuchado y plantear todos los medios de defensa que estime conveniente según la naturaleza del caso. Es así que, aquel resulta de suma importancia dentro del sistema jurídico constitucional al permitir que el ciudadano se defienda de cualquier ataque por parte del Estado en el intento de privar su libertad y derechos conexos.
- Las medidas de protección son mecanismo de *defensa* extremos, inmediatos y se aplican bajo el supuesto de peligro y urgencia, para cesar los actos de violencia que pueden padecer las mujeres o algún integrante del grupo

familiar. Este instituto jurídico, tienen características propias y especiales que lo convierten en *sui generis*, y lo distingue de cualquier otra medida cautelar, pues a diferencia de estas, aquellas no cesan con el proceso penal o investigación fiscal, sino que pueden seguir en su vigencia aun cuando los procedimientos hayan finalizado.

- Las medidas de protección si bien tienen una finalidad claramente definida según el artículo 32° del Texto Único Ordenado de la Ley N° 30364, su ejercicio o aplicación puede generar la supresión o limitación de otros derechos fundamentales en la persona del denunciado tales como: el derecho a la propiedad, a la familia, a educar a los hijos, entre otros. Derechos que son de la misma jerarquía que los que se pretende proteger con las medidas de protección. He aquí la justificación de la presencia del derecho de defensa previo a su concesión.
- Según lo prescrito en el Decreto Legislativo N° 1470, artículo 4.3. y 4.4, las medidas de protección deberán ser dictadas sin audiencia, sin medios de prueba y con el solo *dicho* de la parte denunciante. No se toma en cuenta el derecho de defensa que debería estar garantizado en cualquier procedimiento judicial. Simplemente no está regulado en la norma y su justificación la encuentra en la adecuación de las normas al estado de emergencia sanitario causado por el COVID-19, para garantizar de forma segura y efectiva los derechos fundamentales de la mujer o de los integrantes del grupo familiar víctimas de violencia (física, psicológica, patrimonial, sexual, moral).
- En el dictado de las medidas de protección, el Estado ha primado la protección de los derechos de las mujeres e integrantes del grupo familiar, respecto de los derechos del denunciado, toda vez que no ha regulado como corresponde el derecho de defensa que tiene todo ciudadano en cualquier proceso judicial. Y más si se toma en cuenta que los derechos involucrados en su ejecución son

tan o más importantes que los derechos que se pretende defender. De tal forma que, en toda medida de protección siempre estará latente la posibilidad de afectar derechos fundamentales como lo ya señalados líneas atrás. Y si bien, no se está en contra de este instituto jurídico, si nos oponemos firmemente al tipo de procedimiento que se ha previsto en el Decreto Legislativo N° 1470. Y esto es así por cuanto siempre habrá la posibilidad del error judicial, el cual no está garantizada su ausencia pese a que se desarrolla dentro de un proceso con todas las garantías, cuanto más será en un proceso que no existe derecho a una audiencia, a ser escuchado y plantear medios de defensa.

- Durante el estado de emergencia, según lo dispuesto en el artículo 137 de la Constitución Política, solamente pueden restringirse o suspenderse en el ejercicio de estos cuatro derechos humanos, los relativos a la libertad y seguridad personales, la inviolabilidad de domicilio, libertad de tránsito y de reunión, pero de ninguna manera se restringen los derechos considerados como el núcleo duro de los derechos fundamentales de la persona, quedando vigente su ejercicio y vigencia plena todos los otros derechos fundamentales como el derecho de defensa.

## RECOMENDACIONES

- Realizar un estudio sobre la constitucionalidad del Decreto Legislativo N° 1470, de tal forma que permita exponer los errores (de ser el caso) en los que ha incurrido dicho decreto y como afecta al sistema jurídico y de garantías.
- Se recomienda plantear la derogación del Decreto Legislativo N° 1470, realizando una tesis propositiva sobre la constitucionalidad del Decreto Legislativo N° 1470.
- Realizar un análisis de los precedentes emitidos por el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema respecto de la naturaleza de las medidas de protección y como repercuten en sistema procesal y derechos sustantivos.

## LISTA DE REFERENCIA



- Aguilera, R. (2011). *Teoría de los Derechos Humanos*. Lima: Grijley.
- Alcira y Lihotzky (2017). *Eficacia de los mecanismos incorporados por la Ley 30364 para proteger a las mujeres víctimas de violencia. Análisis de expedientes de los juzgados de familia de Cusco, diciembre 2015*. Perú. Cusco: Universidad Andina del Cusco.
- Altamirano, M. (2014). *El Marco Simbólico de la Ley de la Violencia familiar y sus modificaciones*. Perú. Trujillo: Universidad Nacional de Trujillo.
- Alzamora, M. (1977). *Los Derechos Humanos y su protección*. Segunda. Lima, Perú: EDDILI.
- Ayvar, C. (2007). *Violencia Familiar- interés de todos*. Arequipa: ADRUS.
- Bardales, O. (2004). *Violencia familiar y sexual: una aproximación desde las experiencias de mujeres víctimas*. Lima: Ediciones Jurídicas.
- Bernales, E. (2006). El derecho humano a la participación política. *Derecho PUCP*.
- Binder, A., Cape, E., & Namoradze, Z. S. (2015). *Defensa penal efectiva en América Latina [Effective criminal defence in Latin America]*. De justicia.
- Bregaglio, R. (2013). *Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos*. En Protección Multinivel de Derechos Humanos, de DHES - Red de Derechos Humanos y Educación Superior. Barcelona.
- Calderón, Ana (2012). *El ABC del Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Lima: San Marcos.

- Casal, C. H. (2008). *Los derechos humanos y su protección: estudios sobre derechos humanos y derechos fundamentales*. Universidad Católica Andrés.
- Castillo, J. (2017). *Violencia contra las mujeres e integrantes del grupo familiar*. Lima: Jurista Editores.
- Del Águila, J. (2017). *VIOLENCIA FAMILIAR: Análisis y Comentarios de la Ley de Violencia contra las Mujeres y los Integrantes del Grupo Familiar y su Reglamento*. Perú: Ubilex.
- Faúndez, H. (2004). *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- Hernández, F (2017). *Retractación y desistimiento en las mujeres víctimas de violencia intrafamiliar en Chile*. Santiago de Chile. Chile: Universidad de Chile – Facultad de Derecho – Departamento de Ciencias Penales.
- Fernández y Villalobos (2014). *Violencia Familiar en Madres y Estilos de Crianza que perciben los niños de 4° y 5° Grado de Educación Primaria en una institución educativa del distrito de Pomalca-2014*. Chiclayo: Universidad Privada Juan Mejía Baca.
- Ferrajoli, L. (2001) *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid.
- Flores, J. N. (2015). *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Lima: IDEMSA.
- Jauchen, E. (2005). *Derechos del imputado*. Buenos Aires: Rubinzal.
- Lizana, E. (2003). La titularidad de los derechos fundamentales. *Estudios Constitucionales*.

- Luppi, C (2017). *Mujeres Víctimas de Violencia de Género Una mirada sobre la intervención de la comisaría de la mujer y la familia en la ciudad de Azul*. Argentina Buenos Aires: Universidad de Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires.
- Luperdi, E. (2016). *La afectación de las garantías del debido proceso, el proceso penal especial para adolescentes infractores*. Trujillo.
- Nikken, P. (1994). El concepto de derechos humanos. IIDH (ed.), *Estudios Básicos de Derechos Humanos, San José*.
- Núñez, W., & Castillo, M. (2014). *Violencia Familiar comentarios a la Ley número 29282* (Segunda ed.). Lima: Ediciones Legales E.I.R.L.
- Pérez, A. (2003). *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Octava. Madrid: Tecnos.
- Ramos, M. (2008). *Violencia Familiar, medidas de protección para las víctimas de las agresiones intrafamiliares*. Idemsa, Lima.
- Ramos, M. (2013). En *Violencia familiar protección de la víctima frente a las agresiones intrafamiliares, 2da ed.* Lima: Lex & Iuris.
- Ramos, M., & Ramos, A. (2018). *Violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar*. Lima: Lex & Iuris.
- RAE. (23 de junio de 2019). *Diccionario de la lengua española*. Recuperado de <https://dle.rae.es/?id=brdBvt6>

- San Martín, C. (2014). *Derecho Procesal Penal*. Lima: Grijley.
  
- Valle-Riestra, J. (2016). *Manual de los Derechos Humanos*. Primera. Lima: Ediciones Jurídicas.
  
- Vásquez-Torres, C. E. (2022). Estándares para el ejercicio eficaz del derecho de defensa en la etapa de juicio oral, en el proceso penal común peruano. *Revista Científica Ratio Iure*.
  
- Villanueva, V. (2009). *El Nuevo Proceso Penal Peruano. Teoría y práctica de su implementación*. Lima: Palestra Editores.