



**UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA  
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS**



**EL CARÁCTER AMPLIO DE LA TUTELA DE DERECHOS EN LA PROTECCIÓN  
DE LAS GARANTÍAS PROCESALES**

**TESIS**

**Para obtener el título profesional de**

**ABOGADO**

**Presentado por el bachiller:**

**DAVID ALEXANDER SÁNCHEZ SÁNCHEZ**

**Asesor:**

**Dr. JUAN CARLOS TELLO VILLANUEVA**

**CAJAMARCA – PERÚ**

**2019**

A quien sin saberlo me impulsa a dar lo  
mejor de mí, porque no hay mayor  
recompensa que ver en su rostro felicidad

## **AGRADECIMIENTO**

A mis padres, por siempre estar para darme la fuerza y seguridad, por creer en mí y por nunca soltarme la mano.

A aquellos maestros de quienes aprendí mucho, porque no solo enseñaron teoría, sino que lograron inspirar y crear una visión distinta de lo que se puede lograr con el Derecho.

## ÍNDICE

DEDICATORIA .....	ii
AGRADECIMIENTO .....	iii
ÍNDICE .....	iv
RESUMEN.....	vii
ABSTRACT .....	ix
INTRODUCCIÓN.....	xi
TÍTULO.....	xiv
LÍNEA DE INVESTIGACIÓN .....	xiv
CAPÍTULO I.....	1
ASPECTOS TÉCNICOS Y METODOLÓGICOS DE LA TESIS .....	1
1.1. CONTEXTUALIZACIÓN DEL PROBLEMA.....	1
1.2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA .....	7
1.3. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.....	7
1.4. JUSTIFICACIÓN.....	8
1.4.1. Justificación Científica.....	9
1.4.2. Justificación Técnica- Práctica .....	9
1.4.3. Justificación Personal.....	9
1.5. ÁMBITO DE INVESTIGACIÓN .....	10
1.5.1. Espacial .....	10
1.5.2. Temporal.....	10
1.6. TIPO DE INVESTIGACIÓN.....	11
1.6.1. De acuerdo al fin que se persigue.....	11
1.6.2. De acuerdo al diseño de investigación .....	11
1.6.3. De acuerdo a los métodos y procedimientos que se utilizan .....	12
1.7. HIPÓTESIS.....	12
1.8. OBJETIVOS.....	13
1.8.1. Objetivo General .....	13
1.8.2. Objetivos Específicos .....	13
1.9. LISTA DE ABREVIACIONES.....	14
1.10. ESTADO DE LA CUESTIÓN .....	15
1.11. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN.....	17
1.11.1. Genéricos.....	17

1.11.2. Propios del Derecho.....	18
1.12. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN .....	19
1.12.1. Técnicas.....	19
1.12.2. Instrumentos .....	20
CAPÍTULO II.....	21
MARCO TEÓRICO .....	21
2.1. GARANTISMO PROCESAL .....	21
2.1.1. Legitimación de la intervención penal .....	30
2.2. APROXIMACIÓN AL DEBIDO PROCESO. ....	41
2.2.1. Desarrollo jurisprudencial de la garantía de debido proceso .....	48
2.3. FUNDAMENTACIÓN CONSTITUCIONAL.....	59
2.3.1. Aproximación al contenido de la Constitución .....	59
2.3.2. Los Derechos Fundamentales.....	66
2.3.3. Principios de interpretación constitucional.....	76
2.3.4. Neo constitucionalismo o Estado Constitucional de Derecho.....	82
2.3.5. Constitucionalización del proceso penal.....	87
A. La búsqueda de la verdad .....	91
B. La obtención de certeza .....	93
C. La protección de los derechos y garantías fundamentales .....	99
2.4. GARANTÍAS Y PROTECCIÓN JUDICIAL EN LA CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS .....	103
2.4.1. Control de convencionalidad.....	103
2.4.2. Principales instrumentos internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Perú .....	110
2.4.3. Garantía de la defensa procesal eficaz .....	113
2.4.4. La defensa como garantía individual.....	115
2.4.5. Diferencia con los contenidos básicos del debido proceso.....	117
2.4.6. La constitucionalidad del derecho de defensa.....	120
2.4.7. Derecho a la impugnación (recurso efectivo) .....	125
2.5. LA TUTELA DE DERECHOS.....	136
2.5.1. Naturaleza jurídica de la Tutela de Derechos.....	136
2.5.2. Tutela de Derechos en la experiencia extranjera .....	139

A.	Acción de Tutela en Colombia.....	139
a.	Personas contra las que se dirige la Acción de Tutela.....	142
b.	Modalidades de la Acción de Tutela .....	144
c.	Legitimidad e interés .....	146
B.	Acción de Protección en Ecuador.....	148
a.	Alcances de la Acción de Protección .....	150
b.	Aspectos que abarca la Acción de Protección .....	151
c.	Legitimados para interponer la Acción de Protección .....	152
C.	Recurso de Protección en Chile .....	152
a.	Los sujetos activos y pasivos .....	154
2.5.3.	La audiencia de Tutela de Derechos en el proceso penal peruano .....	155
A.	Sistema Procesal Penal y Tutela de Derechos.....	155
B.	Características .....	161
a.	Aplicación subsidiaria .....	161
b.	Opera en violación consumada del derecho .....	162
c.	Se restringe a la investigación preparatoria .....	163
C.	Supuestos de exclusión de prueba ilícita y control de disposiciones de formalización de investigación preparatoria.....	164
a.	Protección de la legitimidad probatoria .....	164
b.	Protección de la imputación necesaria.....	165
D.	La Tutela de Derechos y las garantías constitucionales.....	167
E.	Desarrollo de la Tutela de Derechos a nivel judicial .....	169
a.	Acuerdos Plenarios sobre Tutela de Derechos .....	169
b.	Naturaleza jurídica de los Acuerdos Plenarios.....	178
c.	Pronunciamientos jurisdiccionales sobre Tutela de Derechos .....	183
	CAPÍTULO III.....	194
	CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS.....	194
	CAPÍTULO IV .....	209
	CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	209
	LISTA DE REFERENCIAS .....	212

## RESUMEN

Uno de los mecanismos destinados a cautelar los derechos del procesado lo constituye la figura de la Tutela de Derechos implementada con el Código Procesal Penal de 2004, respecto de la cual se ha llegado a interpretaciones disímiles en cuanto al contenido, alcances y la naturaleza jurídica que esta encierra, considerándola como un mecanismo procesal de carácter restringido, limitando su actuación únicamente a los supuestos que establece el artículo 71 inciso 2 del Código Procesal Penal de 2004.

Así, nuestro problema de investigación se circunscribe a este doble entendimiento de la Tutela de Derechos, es decir, si solo podría ser utilizada en caso de afectación de los derechos expresamente reconocidos en el artículo 71 inciso 2 del Código Procesal Penal de 2004 o si debe efectuarse una interpretación extensiva del ámbito de protección de dicho mecanismo procesal.

Ante ello, se planteó como hipótesis que los fundamentos jurídicos que sustentan el carácter protector amplio de la Tutela de derechos son: El carácter de garantía constitucional que ostenta la Tutela de derechos; la obligación internacional del Estado en materia de garantías y protección de derechos fundamentales a nivel judicial (derecho a la defensa eficaz y a un mecanismo de impugnación rápido y efectivo); la finalidad concreta del proceso penal orientada a la garantía de los derechos del procesado; la aplicación de un control de convencionalidad por parte de los jueces del ámbito nacional y la utilización del principio *Pro Homine* como regla de interpretación de las disposiciones normativas.

A efectos de contrastar la hipótesis planteada se utilizó como métodos de investigación de carácter general los siguientes: a) Analítico – Sintético, el cual nos permitió descomponer cada uno de los componentes hipotéticos; los mismos que fueron estudiados de manera individual. b) Inductivo – Deductivo, el cual sirvió, por un lado, para la construcción de un cuerpo teórico a partir de cada una de los componentes hipotéticos desarrollados y a partir de tal construcción se dedujo la hipótesis propuesta.

Asimismo, se utilizaron métodos propios de la ciencia jurídica, entre ellos: a) Método dogmático-jurídico, el cual contribuyó a cimentar nuestra investigación en determinadas corrientes teóricas que nos permitieron entender la real dimensión de las garantías judiciales como limitadoras de la coerción estatal. b) Método hermenéutico, el cual sirvió para efectuar el análisis de las sentencias de la Corte Suprema, Tribunal Constitucional peruano y Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Finalmente, se contrastó la hipótesis planteada, en donde se plasma aquello que se ha logrado comprobar luego de haber realizado la labor dogmática e interpretativa desarrollada en un primer momento.

Palabras clave: Tutela de Derechos, impugnación, debido proceso, derechos fundamentales.



## ABSTRACT

One of the mechanisms aimed at protecting the rights of the accused is the figure of the Guardianship of Rights implemented with the Criminal Procedure Code of 2004, with respect to which different interpretations have been reached regarding the content, scope and legal nature that it contains, considering it as a procedural mechanism of a restricted nature, limiting its action only to the assumptions established in Article 71, subsection 2 of the Criminal Procedure Code of 2004.

Thus, our investigation problem is limited to this double understanding of the Guardianship of Rights, that is, if it could only be used in case of affectation of the rights expressly recognized in article 71 subsection 2 of the Criminal Procedure Code of 2004 or if it should an extensive interpretation of the scope of protection of said procedural mechanism be made.

Given this, it was hypothesized that the legal foundations that support the broad protective nature of the Protection of Rights are: The character of constitutional guarantee held by the Protection of Rights; the international obligation of the State in matters of guarantees and protection of fundamental rights at the judicial level (the right to effective defense and to a fast and effective challenge mechanism); the specific purpose of the criminal process aimed at guaranteeing the rights of the accused; the application of a control of conventionality by the judges of the national scope and the use of the *Pro Homine* principle as a rule of interpretation of the normative provisions.

In order to test the hypothesis proposed, the following were used as general research methods: a) Analytical - Synthetic, which allowed us to break down each of the hypothetical components; the same ones that were studied individually. b) Inductive - Deductive, which served, on the one hand, for the construction of a theoretical body from each of the hypothetical components developed and from such construction the proposed hypothesis was deduced.

Likewise, methods of legal science were used, among them: a) Dogmatic-legal method, which contributed to cementing our research in certain theoretical currents that allowed us to understand the real dimension of judicial guarantees as limiting state coercion. b) Hermeneutical method, which served to carry out the analysis of the judgments of the Supreme Court, Peruvian Constitutional Court and Inter-American Court of Human Rights.

Finally, the proposed hypothesis was contrasted, where what has been verified after having carried out the dogmatic and interpretative work developed at first was captured.

Keywords: Rights protection, challenge, due process, fundamental rights.

## INTRODUCCIÓN

La incorporación de la figura procesal de la Tutela de Derechos se presenta como una novedad del Código Procesal Penal de 2004 y viene directamente vinculada al denominado modelo garantista, que busca preponderar la dignidad humana, considerando que el proceso (y las normas jurídico procesales) no encuentran un fin en sí mismos, sino que deben orientarse a un objetivo concreto; en cuanto al proceso penal, esta finalidad supone garantizar al procesado la efectiva protección de sus derechos, otorgando la posibilidad de impugnar cualquier acto que los lesione directa e indirectamente.

Sin embargo, con la incorporación de la Tutela de Derechos no se ha generado una interpretación unívoca de la misma, existiendo controversia en cuanto a la determinación de su ámbito de protección, y si esta podría ser invocada solo en alguno de los seis supuestos de afectación de derechos que expresamente reconoce el artículo 71 inciso 2 del Código Procesal Penal de 2004, o por otro lado, si debe efectuarse una interpretación amplia y/o extensiva de tal ámbito de protección, considerando que su principal función es la protección de los derechos que la Constitución y por consiguiente, las Convenciones Internacionales sobre Derechos Humanos, le reconocen a la persona.

Justamente allí se centra el motivo de esta investigación, pues, se partió de determinar el alcance de la Tutela de Derechos, no cerrando la interpretación a lo que establece

el artículo 72 inciso 2 del Código Procesal Penal de 2004, sino, analizando su naturaleza jurídica, esto es, el fin para el cual ha sido creada, en concordancia con la finalidad del proceso penal; desarrollando los fundamentos jurídicos por los cuales consideramos que el ámbito de protección de la Tutela de Derechos, si bien de naturaleza subsidiaria, debe tener un carácter amplio, con lo cual se contrasta la hipótesis y es coherente con el carácter de garantía constitucional que ostenta la Tutela de derechos, el cumplimiento de la obligación internacional del Estado en materia de garantías y protección de derechos fundamentales a nivel judicial, además de ubicarse en la misma línea o finalidad concreta del proceso penal orientada a la garantía de los derechos del procesado.

Esta investigación ha sido estructurada en cuatro capítulos. En el primer capítulo nos ocupamos de los aspectos metodológicos, que nos permitió efectuar la verificación de nuestras afirmaciones iniciales, mediante el empleo de los métodos de investigación.

En el segundo capítulo desarrollamos el marco teórico, el mismo que ha sido dividido en cinco secciones: la primera dedicada al estudio del garantismo procesal como modelo teórico; la segunda, efectuamos un acercamiento a la noción de debido proceso en la actualidad; en la tercera parte, se efectúa la fundamentación constitucional a partir del desarrollo de la Constitución y su vinculación directa con el proceso penal; en el cuarto apartado se desarrolla las garantías procesal y protección judicial a partir del contenido de la Convención Americana de Derechos Humanos,

finalmente en la quinta sección se hace el desarrollo de la Tutela de Derechos, analizando las formas de regulación en otros países, la audiencia de Tutela de Derechos en el proceso penal peruano y el desarrollo de la Tutela de Derechos a nivel judicial, considerando los Acuerdos Plenarios emitidos en dicha materia y los pronunciamientos jurisdiccionales (resoluciones).

En el tercer capítulo, nos dedicamos a la contratación de nuestra hipótesis, y en base a estos resultados, que son el hallazgo de nuestra investigación, finalmente, en el cuarto capítulo, se brindan las conclusiones y recomendaciones.

## **TÍTULO**

El carácter amplio de la Tutela de Derechos en la protección de las garantías  
procesales

## **LÍNEA DE INVESTIGACIÓN**

Derecho Procesal Penal y Constitucional

## **CAPÍTULO I ASPECTOS TÉCNICOS Y METODOLÓGICOS DE LA TESIS**

### **1.1. CONTEXTUALIZACIÓN DEL PROBLEMA**

El tema de investigación gira en torno al mecanismo procesal penal denominado Tutela de Derechos regulado en el artículo 71 inciso 4 del Código Procesal Penal de 2004 (en adelante CPP2004)<sup>1</sup>.

Lo que se verifica en la utilización de dicha figura, es una visión sesgada de la misma, asumiéndose, en ciertos casos, una perspectiva legalista (cerrada) sin considerar que su utilización y alcances deben pasar por un filtro de constitucionalidad, aunado a un respeto de las garantías judiciales que vienen dadas a través de Convenciones Internacionales y la interpretación que los altos tribunales hacen de las mismas mediante sus Sentencias, Informes y Opiniones Consultivas.

Lo indicado no guarda coherencia con el modelo procesal penal instaurado mediante la implementación progresiva del CPP2004, el mismo que es tendiente a la afirmación de las garantías de los ciudadanos, quienes deberán afrontar un

---

<sup>1</sup> Cuando el imputado considere que durante las Diligencias Preliminares o en la Investigación Preparatoria no se ha dado cumplimiento a estas disposiciones, o que sus derechos no son respetados, o que es objeto de medidas limitativas de derechos indebidas o de requerimientos ilegales, puede acudir en vía de tutela al Juez de la Investigación Preparatoria para que subsane la omisión o dicte las medidas de corrección o de protección que correspondan. La solicitud del imputado se resolverá inmediatamente, previa constatación de los hechos y realización de una audiencia con intervención de las partes.

proceso penal siendo considerados inocentes mientras no exista una sentencia firme que elimine dicho estatus.

Sin perjuicio de ello, los principios que dotan de contenido y aseguran un debido proceso no existen a partir de la implementación del CPP2004, pues, estos encuentran sustento en la Constitución. Por tanto, la interpretación que se efectúe de cada institución o mecanismo procesal penal, debe ser realizada observando dichos principios garantistas, y efectivizados mediante la utilización de mecanismos idóneos para que el legitimado, ante una eventual vulneración de derechos, pueda neutralizar las acciones u omisiones lesivas.

La Tutela de Derechos es, precisamente, uno de los mecanismos para procurar que el proceso, en fase de investigación preparatoria, se desenvuelva con las garantías debidas; ello se encuentra íntimamente relacionado con el derecho de defensa y el derecho a un recurso rápido y eficaz consagrado en la Constitución y a nivel de Convenciones Internacionales.

Sin embargo, se presentan posturas disímiles que consideran a la Tutela de Derechos, por un lado, como un mecanismo de carácter restringido, limitado a la protección de los derechos expresamente contemplados en el artículo 71 inciso 2 del CPP2004, no obstante, existe otra postura que considera a la Tutela de Derechos como un mecanismo de carácter abierto, que por su naturaleza es



idóneo para la protección de derechos, aun cuando no se encuentren expresamente señalados en el artículo antes indicado.

En cuanto a la postura que adopta un carácter restrictivo, se tiene el Acuerdo Plenario N.º 04-2010/CJ-116, el cual en su fundamento décimo señala que los derechos protegidos a través de la Tutela de Derechos son los que se encuentran recogidos taxativamente en el artículo 71 del CPP2004.

Sin embargo, pese a establecer una postura restrictiva, en su fundamento décimo séptimo señala que a través de la Tutela de Derechos se podrá solicitar la exclusión del material probatorio obtenido ilícitamente, salvo la existencia de una vía específica. Es decir, abarca un supuesto que va más allá de lo expresamente contemplado en la norma, contrariando en carácter protector taxativo inicialmente otorgado a la Tutela de Derechos.

Luego, el Acuerdo Plenario N.º 02-2012/CJ-116, respecto a la garantía de imputación necesaria, en el último párrafo de su fundamento 9 reafirma de manera indirecta el carácter protector taxativo de la Tutela de Derechos.

En esa misma línea, se tiene la Casación N.º 136-2013-Tacna (doctrina jurisprudencial vinculante), emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, en su fundamento 3.7 señala:

Siendo que con anterioridad ya se ha determinado qué derechos pueden ser objeto de tutela, el derecho de ejecución de las resoluciones judiciales (comprendido dentro de la tutela procesal efectiva) no ha sido considerado dentro de dicho listado cerrado, por lo cual discrecionalmente los órganos jurisdiccionales no pueden incorporar nuevos supuestos de procedencia. (Casación N.º 136-2013-Tacna, 2013)

Por tanto, se ha considerado que la Tutela de Derechos será procedente únicamente para la protección de derechos taxativamente reconocidos en el artículo 71 del CPP2004, haciendo referencia a aquellos expresamente mencionados en su inciso 2.

En cuanto a la segunda postura, la cual admite el carácter amplio de protección de la Tutela de Derechos se tiene el Auto de Apelación N.º 05-2018- "1" de la Sala Penal de Apelaciones, en el recurso de apelación interpuesto por el ex presidente Pedro Pablo Kuckcynski Godard contra la resolución del Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria que rechazó liminarmente su solicitud de Tutela de Derechos en la investigación que se le sigue por el delito de lavado de activos. En su fundamento 2.3 señala:

El rechazo liminar no fue pertinente, debido a que la Tutela de Derechos es una garantía constitucional dentro del proceso penal y, por lógica extensión, también de las diligencias preliminares. Tiene el carácter de un hábeas corpus dentro del proceso penal, por lo que debe ser tramitada aplicando los principios propios de tal proceso constitucional y, en consecuencia, admitido en aplicación del principio *pro actione*. El rechazo liminar no existe o debe ser excepcional. (Auto de Apelación N.º 05-2018- "1", 2018)

Asimismo, el Auto de Vista emitido en el expediente N.º 00249-2015-41-5001-JR-PE-01, investigación seguida al ex presidente Ollanta Humala Tasso por lavado de activos, en donde se señalan los alcances de la Tutela de Derechos.

En su fundamento 4.1 se indica:

La Tutela de Derechos es una institución procesal consagrada de manera expresa en el nuevo Código Procesal Penal, que permiten que dentro del mismo proceso penal se controle judicialmente la constitucionalidad de los actos de investigación practicados por el Ministerio Público y en algunos casos con el auxilio de la Policía Nacional, sin necesidad de recurrir a la jurisdicción constitucional, de ahí que una de las etiquetas del nuevo Código Procesal Penal sea el de “garantista” y al Juez de la investigación preparatoria se le conozca también como un Juez Penal de Garantías. (Auto de Vista emitido en el expediente N° 00249-2015-41-5001-JR-PE-01, 2019)

En esa línea, se interpreta el alcance y ámbito de protección de la Tutela de Derechos, no desde un punto de vista legalista, sino, desde las garantías constitucionales y la protección de derechos fundamentales de contenido procesal.

Asimismo, la tesis del carácter amplio de protección de la Tutela de Derechos encuentra sustento en el carácter sistemático del ordenamiento jurídico, teniendo como punto de referencia para interpretar cualquier norma (Ley, Decreto Legislativo, reglamento, etc.) la Constitución y los principios que esta contiene.

Por tanto, no se pretende realizar una interpretación extensiva de los supuestos taxativamente contemplados en la norma, pues ello supondría mantener la

limitante que ha sido expuesta por ciertas ejecutorias e interpretada así por jueces supremos. No se verifica la existencia de una laguna normativa, al respecto:

El problema de las lagunas tal como lo conocemos hoy, nace con la limitación del Poder Judicial, seguido de la admisión de la doctrina de la separación de poderes, principal garantía contra el absolutismo real y los abusos del "*Ancien Régime*". después de la revolución francesa queda consagrada la preponderancia de la ley y del poder legislativo, emanación de la nación. Se reduce el papel del juez al de un simple instrumento de aplicación de la ley. (Segura Ortega, 1989, p. 286)

Así, se genera una laguna cuando el Derecho, entendido como marco normativo vigente, no encuentra solución al conflicto de intereses o incertidumbre jurídica surgida en la realidad.

En este punto, la investigación se orienta a rescatar el carácter sistemático del ordenamiento jurídico y la interpretación que se debe hacer del mismo. Esta sistematicidad guarda relación con el principio de completitud deóntica al cual postula:

Dondequiera haya derechos o intereses establecidos por las normas primarias, deben ser introducidos, como sus garantías primarias, los deberes correspondientes, es decir, la prohibición de dañarlos y la prohibición de protegerlos y cumplirlos a través de las funciones y las instituciones de garantías primarias, a su vez separadas por cualquier otro poder. (Ferrajoli, 2013, p. 53)

## **1.2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA**

Se puede advertir que existe controversia en cuanto a la determinación del ámbito de protección de la Tutela de Derechos, y si esta puede ser invocada solo en caso de afectación de derechos expresamente reconocidos en el artículo 71 inciso 2 del CPP2004, o si debe efectuarse una interpretación amplia (sistemática) del ámbito de protección de dicho mecanismo procesal.

Se tendrá en consideración la naturaleza que asume la Tutela de Derechos al interior de un proceso penal, concretamente en la fase de investigación preparatoria, considerando la finalidad concreta que asume el proceso penal dentro del Estado Constitucional de Derecho, y si la interpretación y/o alcance que se le viene dando está acorde con las normas del Título Preliminar del CPP2004, la Constitución y las Convenciones Internacionales sobre Derechos Humanos.

## **1.3. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA**

¿Cuáles son los fundamentos jurídicos que sustentan el carácter protector amplio de la Tutela de Derechos frente a la lesión de garantías procesales no contempladas expresamente en el artículo 71 del Código Procesal Penal de 2004?

#### **1.4. JUSTIFICACIÓN**

La Tutela de Derechos concebida como mecanismo procesal de matiz constitucional presenta situaciones conflictivas en cuanto a su naturaleza y alcance de protección, lo cual se verifica en determinados criterios de interpretación asumidos por en diferentes instrumentos (acuerdos plenarios, sentencias, autos), sin embargo, la esencia de dicho mecanismo permite incluir en su ámbito de protección garantías procesales no previstas expresamente en el dispositivo normativo que la contiene, y con ello lograr una protección eficaz de los derechos del procesado.

En tal sentido, se hace indispensable destacar la importancia de dicha figura teniendo como punto de partida a la Constitución, además de las Convenciones Internacionales sobre Derechos Humanos y las sentencias emitidas por las altas cortes; destacando las garantías procesales y materiales que esta encierra, además de la aplicación del Título Preliminar del CPP2004 que se antepone como marco interpretativo para todas las demás normas contenidas en dicho cuerpo legal.

Ello, servirá como marco para una defensa eficaz respecto del imputado con la adopción de criterios jurídico-procesales que tengan como base una interpretación convencional y constitucional.

#### **1.4.1. Justificación Científica**

Se pretende contribuir en el campo teórico jurídico, y prever, que la Tutela de Derechos debe ser entendida como un mecanismo procesal (subsidiario), destinado a la protección de derechos y garantías procesales, por tanto, su visión no debe ser restringida, sino, adoptar un carácter amplio y/o *númerus apertus*.

#### **1.4.2. Justificación Técnica- Práctica**

Este trabajo encuentra asidero en un contexto teórico – práctico, pues, durante el desarrollo de la tesis, pretendemos identificar y desarrollar los criterios jurídicos para sustentar la procedencia de la Tutela de Derechos en supuestos de derechos que no estén expresamente contemplados en el artículo 71 del CPP2004, asimismo, dotar de fundamentos jurídico a efecto de que la defensa técnica justifique la incoación de una Tutela de Derechos basada en criterios de orden convencional y/o constitucional, aplicados al proceso penal.

#### **1.4.3. Justificación Personal**

Esta ha sido determinada por el deseo de que se adopte un criterio sólido y coherente respecto a la utilización de la Tutela de Derechos al interior de un proceso penal, justificándola desde distintas aristas, entre ellas, los pronunciamientos de las altas cortes en materia de protección de derechos

fundamentales y garantías procesales, también plasmadas en la Constitución, lo cual dota de contenido al proceso penal. Esto, sin duda, es un incentivo no solo académico, sino, personal, al menos para quien pretende ejercer la defensa y garantizar los medios para que la misma se torne eficaz.

## **1.5. ÁMBITO DE INVESTIGACIÓN**

Considerando que el problema de investigación se encuentra circunscrito al área del Derecho Procesal Penal, en el tema “El carácter amplio de la Tutela de Derechos en la protección de las garantías procesales”; debemos destacar el siguiente ámbito de investigación:

### **1.5.1. Espacial**

El ámbito espacial está determinado por el territorio nacional, puesto que los efectos de la normativa aplicable, los pronunciamientos jurisdiccionales analizados y los alcances e interpretación que se efectúe, se materializa únicamente en el Perú.

### **1.5.2. Temporal**

El ámbito temporal está definido desde el momento de entrada en vigencia del CPP2004 hasta la actualidad.



## 1.6. TIPO DE INVESTIGACIÓN

### 1.6.1. De acuerdo al fin que se persigue

La investigación es del tipo **BÁSICA**, pues su fin último es aportar al conocimiento jurídico, demostrando adecuadamente, con fundamentos dogmáticos, jurisprudenciales y normativos que no resulta coherente con las obligaciones del Estado a nivel internacional, la Constitución, ni con las normas del Título preliminar del CPP2004, restringir el ámbito de protección de la Tutela de Derechos únicamente a lo que taxativamente regula el artículo 71 inciso 2 del CPP2004.

### 1.6.2. De acuerdo al diseño de investigación

Siendo el objetivo principal de este trabajo, determinar cuáles son los fundamentos jurídicos para sustentar el carácter protector amplio que adopta la Tutela de Derechos frente a la lesión de garantías procesales al interior de un proceso penal; entonces, la investigación realizada es del tipo **EXPLICATIVA**.

Asimismo, una vez efectuada la contratación de hipótesis, se busca generar una propuesta interpretativa a modo de recomendación, del contenido y alcance de la Tutela de Derechos, en tal sentido, se adscribe al tipo de investigación **PROPOSITIVA**.

### **1.6.3. De acuerdo a los métodos y procedimientos que se utilizan**

El enfoque de este trabajo será **CUALITATIVO**, pues la determinación del problema y su consecuente solución (hipótesis) se sustentan en una investigación dogmático – jurídica.

Por tanto, tal como se desprenden de los objetivos específicos, el primer peldaño para avanzar en este proceso investigativo es el entendimiento real y preciso del proceso penal y las garantías que intervienen, sin las cuales no podría tener lugar un pronunciamiento jurisdiccional acorde a las exigencias constitucionales y convencionales, resultando necesario la revisión de doctrina, legislación y jurisprudencia que pueda esclarecer las dudas que surgirán a lo largo de todo el trabajo.

Por último, el enfoque identificado se basa en que el proceso será flexible y no cerrado, puesto que no existe un procedimiento exacto que nos asegure el éxito en el entendimiento y manejo de los dogmas, por ello se permitirá incluso el regresar a etapas ya desarrolladas con el objeto de comprender y subsanar posibles errores.

## **1.7. HIPÓTESIS**

Los fundamentos jurídicos que sustentan el carácter protector amplio de la Tutela de Derechos son: El carácter de garantía constitucional que ostenta la Tutela de

derechos; la obligación internacional del Estado en materia de garantías y protección de derechos fundamentales a nivel judicial (derecho a la defensa eficaz y a un mecanismo de impugnación rápido y efectivo); la finalidad concreta del proceso penal orientada a la garantía de los derechos del procesado; la aplicación de un control de convencionalidad por parte de los jueces del ámbito nacional y la utilización del principio *Pro Homine* como regla de interpretación de las disposiciones normativas.

## **1.8. OBJETIVOS**

### **1.8.1. Objetivo General**

- A.** Determinar los fundamentos jurídicos que sustentan el carácter protector amplio de la Tutela de Derechos frente a la lesión de garantías procesales no contempladas expresamente en el artículo 71 del CPP2004.

### **1.8.2. Objetivos Específicos**

- A.** Analizar la naturaleza jurídica de la Tutela de Derechos y explicar los requisitos de procedibilidad para la incoación de una Tutela de Derechos.
- B.** Desarrollar el contenido del derecho a la defensa eficaz y del derecho a la impugnación.

- C. Explicar en qué medida influye la aplicación de las Convenciones Internacionales sobre Derechos Humanos y los pronunciamientos de las altas cortes en nuestro sistema jurídico.
- D. Explicar la finalidad concreta a la cual se orienta el proceso penal.

### **1.9. LISTA DE ABREVIACIONES**

Las abreviaciones que se utilizarán lo largo de este trabajo investigativo serán las siguientes:

- A. Convención ADH: Convención Americana de Derechos Humanos
- B. Convención VDT: Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados
- C. PIDCP: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
- D. STC: Sentencia del Tribunal Constitucional (Perú)
- E. STEDH: Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
- F. Corte IDH: Corte Interamericana de Derechos Humanos
- G. DUDH: Declaración Universal de Derechos Humanos
- H. TC: Tribunal Constitucional (Perú)
- I. CPP2004: Código Procesal Penal de 2004
- J. CP Constitucional: Código Procesal Constitucional
- K. TP: Título Preliminar

### **1.10. ESTADO DE LA CUESTIÓN**

Los trabajos que se han podido identificar se vinculan indirectamente al tema de investigación en relación al tema de investigación, dado que estos se orientan al análisis del rol de la víctima en relación a la Tutela de Derechos.

Se tiene el trabajo "Tutela de Derechos, recurso destinado a cautelar los derechos y garantías del imputado en el proceso penal, en la ciudad de Tacna, periodo mayo 2008 -abril 2010", presentado por la Bachiller Mónica Hermelinda Mamani Condori, para optar el título de abogada en la Universidad Nacional Jorge Basadre Grohmann de Tacna, en dicha investigación se analiza la figura de la Tutela de Derechos dentro del proceso penal, indicando su concepto, su naturaleza jurídica, el ámbito de aplicación, los casos en que se aplica, además de destacar la legitimidad activa de dicho mecanismo de defensa.

Luego, se tiene la tesis "La vigencia efectiva del principio de igualdad procesal y los derechos del agraviado", presentado por la Bachiller Karina Delgado Nicolás, para optar el grado de maestro en Derecho Penal y Ciencias Criminológicas, por la Universidad Nacional de Trujillo.

En dicha investigación se tiene como objetivos determinar la situación actual en la que se encuentra la víctima en el proceso penal tanto a nivel sustantivo, procesal y casuístico, de conformidad con el Principio de Igualdad Procesal así

como estudiar si las garantías que le otorga el sistema procesal son suficientes para garantizar el referido Principio que es de vital importancia en el ordenamiento nacional, realizando el análisis de carpetas fiscales; habiéndose concluido de que el hecho de enfrentarse la víctima al proceso penal luego de haber sufrido la lesión a su bien jurídico, le genera una nueva victimización, no obstante ello, no se le brinda los recursos necesarios para enfrentar dicha situación, en especial en los casos en que las víctimas son menores de edad, víctimas de violación sexual, explotación sexual, trata de personas y violencia familiar.

Se tiene la tesis “Naturaleza jurídica de la Tutela de Derechos prevista en el código procesal penal, presentada por Ruth Elizabeth Azañero Alfaro, para optar el grado de maestro en ciencias, mención Derecho Penal y Criminología, por la Universidad Nacional de Cajamarca, en la cual hace un desarrollo de las principales características de la Tutela de Derechos para concluir en que dicho mecanismo puede ser utilizado también por la víctima y no solo el imputado.

Asimismo, se tiene el artículo “La audiencia de Tutela de Derechos en la jurisprudencia nacional. Un estudio crítico” su autor Elky Alexander Villegas Paiva, en dicho trabajo se aborda críticamente la regulación legal de la audiencia de Tutela de Derechos, así como la interpretación que le ha dado la Corte Suprema a dicho instituto, resaltando especialmente la posibilidad de que la

víctima también pueda hacer uso de dicha audiencia, y tomando en cuenta algunos pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre la materia, que se encuentran en una posición correcta con respecto a la protección efectiva de los derechos de la víctima.

Finalmente, se hizo una revisión a los repositorios de tesis presentadas en la escuela de postgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca sin encontrarse un resultado que se refiera al tema concreto abordado en la presente investigación.

## **1.11. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN**

### **1.11.1. Genéricos**

En este trabajo se utilizaron los métodos lógicos que se detallan a continuación:

#### **A. Analítico – Sintético**

Este método nos permitió descomponer cada uno de los elementos hipotéticos; los mismos que fueron estudiados de manera individual y, de acuerdo a las implicancias conceptuales que obtuvimos de este análisis, nuestro estudio desembocó en la formulación de la hipótesis (solución al problema) mediante la síntesis, que dio cuenta de la correlación de dichos componentes.

**B. Inductivo – Deductivo**

Este método nos ayudó a tener claras dos etapas claves para el desarrollo de nuestra investigación: en la primera nos ocupamos de construir un cuerpo teórico a partir de cada uno de los componentes hipotéticos, a través de los principios fundamentales en los que se cimientan. Y en la segunda, se dedujo la hipótesis, a manera de ley general, partiendo del cuerpo teórico formulado en un principio.

**1.11.2. Propios del Derecho**

Al ser esta una investigación enmarcada en el Derecho, es claro que para su configuración se hizo uso de métodos propios de la ciencia jurídica, como los siguientes:

**A. Método de la dogmática – jurídica**

Este método ayudó a basar nuestra investigación en determinadas corrientes teóricas, que nos permitieron entender la real dimensión de las garantías judiciales (debido proceso legal) como limitadoras de la coerción estatal.

**B. Método hermenéutico**

Este método permitió analizar las sentencias de la Corte Suprema respecto a la interpretación y alcance que han dado la Tutela de Derechos, del Tribunal Constitucional peruano respecto a la protección



de derechos y garantías procesales y las sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto a la obligación de protección judicial que asume cada Estado en cuanto a derechos fundamentales se trata.

## **1.12. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN**

### **1.12.1. Técnicas**

Con el fin de operativizar los métodos antes mencionados se utilizaron:

**A. Técnica de Recopilación y Análisis Documental**, por la cual se compiló documentos con los que se pudo interiorizar el funcionamiento de los conceptos desarrollados; de esta manera, se buscó y sistematizó doctrina especializada en materia procesal penal, constitucional y procesa constitucional. Asimismo, Acuerdo Plenarios, Sentencias y otro tipo de resoluciones judiciales, sentencias del Tribunal Constitucional y Corte Interamericana de Derechos Humanos.

**B. Técnica de la Argumentación Jurídica**, mediante la cual se realizó distintas operaciones racionales argumentales cuyo fin fue, a partir de la demostración de la firmeza de las proposiciones y conclusiones, persuadir respecto de la validez de la hipótesis propuesta, acreditando la solvencia de los planteamientos esgrimidos y evitando incurrir en falacias.

### **1.12.2. Instrumentos**

**A. Fichaje.** Se utilizó las fichas en sus diversas modalidades, preferentemente las fichas bibliográficas y de contenido: textuales y de resumen; las mismas que nos sirvieron para elaborar la bibliografía final, las citas correspondientes y anotar las ideas extraídas de la información recopilada.

## **CAPÍTULO II**

### **MARCO TEÓRICO**

En este capítulo se desarrolla el marco teórico de la tesis, el mismo que ha sido dividido en cinco secciones: la primera dedicada al estudio del garantismo procesal como modelo teórico (apartado 2.1); la segunda, efectuamos un acercamiento a la noción de debido proceso en la actualidad (apartado 2.2); en la tercera parte, se efectúa la fundamentación constitucional a partir del desarrollo de la Constitución y su vinculación directa con el proceso penal (apartado 2.3); en el cuarto apartado se desarrolla las garantías procesales y protección judicial a partir del contenido de la Convención Americana de Derechos Humanos (apartado 2.4), finalmente en la quinta sección se hace el desarrollo de la Tutela de Derechos, analizando las formas de regulación en otros países, la audiencia de Tutela de Derechos en el proceso penal peruano y el desarrollo de la Tutela de Derechos a nivel judicial, considerando los Acuerdos Plenarios emitidos en dicha materia y los pronunciamientos jurisdiccionales (apartado 2.5).

#### **2.1. GARANTISMO PROCESAL**

El modelo garantista se erige como una propuesta teórica, que tiende a ser implementada y desarrollada gradualmente en los sistemas jurídicos de aquellos Estados que se proclaman respetuosos de los derechos fundamentales, y que observen a la Constitución y las Convenciones Internacionales sobre derechos humanos como marco para la interpretación y aplicación de una norma interna a

un caso concreto, es decir, los postulados garantistas llevados a la práctica fungen como mecanismos destinados a neutralizar un acto arbitrario, provenga este de un órgano estatal o de un particular, y procurar la optimización de los derechos fundamentales.

Según una primera acepción, el garantismo designa un modelo normativo de derecho, y en cuanto al derecho penal (y procesal penal), supone un modelo de estricta legalidad propio del Estado de Derecho, que en el plano no epistemológico se caracteriza como un sistema de poder mínimo, en el plano político como una técnica de tutela capaz de minimizar la violencia y de maximizar la libertad y en el plano jurídico como un sistema de límites impuestos a la potestad punitiva del Estado en garantía de los derechos de los ciudadanos (Ferrajoli, T. d., 1995).

En esa línea, el garantismo no se asume como un modelo puro, es decir, aplicable a un sistema jurídico de forma total, por tanto, su carácter garantista o no se verificará en atención al grado de cumplimiento y efectividad de las medidas concretas que se orienten a la protección de las garantías fundamentales que, en definitiva, tienden a la vigencia y optimización de los derechos fundamentales.

De esta manera se dirá que un sistema es garantista en mayor o menor grado atendiendo a las acciones concretas asumidas por un Estado a efectos de

viabilizar mecanismos procesales idóneos que permitan la cautela de los derechos y garantías fundamentales que le asisten a una persona, ello, con la finalidad de que cese la lesión al derecho o que se elimine una amenaza cierta e inminente.

Un sistema jurídico procesal se concibe como garantista no por el número de normas, entendida como ley escrita, que se dicten mediante la utilización de cualquier dispositivo normativo (ley o norma con rango similar e incluso norma con rango constitucional), pues ello solo es el aspecto formal. Fundamentalmente la noción garantista se asimila a la verificación o actuación real de tal contenido. Es decir, que tales garantías sean aplicables y eficaces propiciando la verificación de un sistema jurídico de contenido garantista en sentido material.

A nivel constitucional, una Constitución puede ser tal, formalmente hablando, por los principios y los derechos que contiene y busca proteger, sin embargo, puede no pasar un control material (Constitución en sentido material) por carecer de mecanismos idóneos (concretizados a través de leyes de desarrollo). En otras palabras, tales mecanismos deben asumir la función de protección de garantías que permitan el control y la neutralización del ejercicio arbitrario del poder. En ese sentido, se conceptualiza finalmente lo que es un Constitución:

En sentido material es una limitación del poder, llevada a cabo por medio del Derecho (y también de la política) y afirmando una esfera de derechos y libertades en favor de los ciudadanos. El aspecto de “limitador de poder”

da lugar a la separación o división de poderes, que ello se haga “por medio del Derecho” genera el Imperio del Derecho o Estado de Derecho, y la “esfera de derechos y libertades” da lugar a los que toda Constitución contiene, bien en el propio texto, como la mayoría, o bien en una declaración aneja, como en el caso norteamericano.

En sentido formal, una Constitución es el documento (o documentos) legal que recoge todo lo dicho, pero al que no se le puede atribuir valor más que si se observa en la realidad en un grado mínimamente razonable, puesto que tener una espléndida Constitución, en sentido formal, está al alcance de cualquiera: basta encargarla a un experto o convención. Por ello, este sentido formal importa, pero no demasiado: según el Gran Bretaña, madre del constitucionalismo, vendría a carecer de Constitución, al igual que la Unión Europea hasta ahora. Donde haya aquello, con o sin documentos formales, habrá Constitución. (Menaut, 2011, p. 41)

En una segunda acepción, se tiene que el garantismo designa una teoría jurídica de la validez y de la efectividad como categorías distintas no sólo entre sí, sino también respecto de la existencia o vigencia de las normas.

En este sentido, siguiendo el desarrollo que efectúa el profesor Luigi Ferrajoli, se puede sostener que la palabra garantismo expresa una aproximación teórica que mantiene separados el ser y el deber ser en el derecho; incluso propone, como cuestión teórica central, la divergencia existente en los ordenamientos jurídicos tendencialmente garantistas y prácticas operativas tendencialmente anti garantistas, interpretándola mediante la antinomia que subsiste entre validez (e inefectividad) de los primeros y efectividad (e invalidez) de las segundas. (1995)

En este punto, se genera un ámbito de tensión en el modelo garantista, en relación a la importante transición del garantismo como modelo teórico a un garantismo aplicado y verificable materialmente en un sistema jurídico.

Este aspecto queda vinculado a lo que el profesor Pereira Menaut hacía referencia cuando desarrolla el contenido de una Constitución en sentido formal y material, pues, lo determinante está en verificar si el contenido normativo, ya sea plasmado en una Constitución (en sentido formal), una ley o cualquier norma que contenga mecanismos de protección y cautela de derechos fundamentales, realice el tránsito de lo teórico a lo efectivamente verificable en un caso concreto.

Puede ser que un ordenamiento jurídico contenga en gran medida, normas que a primera vista ostenten un contenido garantista, no obstante, carezcan de mecanismos idóneos para viabilizar tales garantías, ya sea porque dicha norma necesita una posterior que la desarrolle, o porque redundante en aspectos ya desarrollados por otro dispositivo. No se puede considerar a tal situación como una de garantía de derechos fundamentales, sino, solo un intento por ser tal, no obstante, no completar el tránsito teórico – práctico.

En una tercera acepción, garantismo designa una filosofía política que impone al Estado la carga de la justificación externa conforme a los bienes y a los intereses cuya tutela y garantía constituye precisamente su finalidad.

En este último sentido, se entiende que el Estado, en cuanto a los dispositivos normativos que dicte a través de los órganos competentes, debe mantenerse al margen de cuestiones morales que desdibujen el contenido de aquello que se pretende regular, más aún cuando tales dispositivos deben tener un carácter abstracto y general, lo cual se vincula a la noción de igualdad en la ley e igualdad ante la ley.

El garantismo se adscribe a la doctrina laica de la separación entre derecho y moral, entre validez y justicia, entre punto de vista interno y punto de vista externo en la valoración del ordenamiento, es decir, entre ser y deber ser del derecho y equivale a la asunción de un punto de vista únicamente externo, a los fines de la legitimación y de la deslegitimación ético-política del derecho y del estado. (Ferrajoli T. d., 1995, p. 853)

En síntesis, se ha caracterizado el modelo teórico del constitucionalismo garantista como destinado a identificar los principios rectores del estado constitucional de derecho.

Según el desarrollo que efectúa el profesor Ferrajoli, los postulados del modelo garantista son cuatro: el principio de legalidad, el principio de completitud deóntica, el principio de jurisdiccionalidad, el principio de accionabilidad; los cuales en concordancia diseñan las reglas fundamentales sobre la producción del derecho propios de esta forma de organización ius - política (2016).

El principio de legalidad refiere, de alguna manera, una legalidad universal. En el estado constitucional, en efecto, la necesidad de legalidad no es legal, o sectorial,



como por el contrario en el estado legislativo de derecho, donde solo se refiere a las fuentes sub-legislativas de derecho, sino invierte todos los poderes, incluido el mismo poder legislativo. Así, se tiene que ningún poder (jefe de Estado, funcionario, etc.) o particular, está exento del respeto irrestricto a los derechos fundamentales, configurándose un deber de abstención de todo acto u omisión que limite, amenace o lesione directamente tales derechos.

El principio de legalidad prescribe que allí donde haya un poder, debería haber reglas formales y sustanciales relativas a su ejercicio; que dichas normas deben imponer restricciones y límites al poder regulado, creando garantías primarias (obligaciones positivas o negativas correspondientes a los derechos e intereses constitucionalmente establecidos) y separaciones; que deben considerarse excluidas las antinomias, como incoherencias entre las normas producidas por los poderes subordinados, incluido el poder legislativo, y las normas a ellas supra ordenadas. Bajo este último aspecto, el principio de legalidad se traduce como principio lógico y conjunto normativo, homologo jurídico del principio lógico de no contradicción (Ferrajoli, 2013).

El principio de completitud deóntica prescribe, a título de ideal regulativo, la completitud de las garantías primarias: dondequiera hayan derechos o intereses establecidos por las normas primarias, deben ser introducidos, como sus garantías primarias, los deberes correspondiente, es decir, la prohibición de dañarlos y la obligación de protegerlos y cumplirlos a través de las funciones y las instituciones de garantía primarias, a su vez separadas por cualquier otro poder (Ferrajoli, 2013, p. 53).

Si la Constitución adscribe a todos los individuos el derecho a la vida, el principio de completitud deóntica impone dictar normas (constitucionales) que excluyan la pena de muerte en el círculo de sanciones aplicables y normas (penales) sobre homicidios en virtud de ello, este principio enuncia “(...) la normativa de los principios constitucionales y de los derechos por ellos establecidos, los cuales consisten en expectativas positivas o negativas las cuales implican las correspondientes obligaciones y prohibiciones y por ello requieren, tomados en serio, leyes de aplicación en ausencia de las cuales recurren lagunas responsables de su ineficacia estructural” (Ferrajoli, 2013, p. 53).

El principio de jurisdiccionalidad prescribe elaborar garantías secundarias, tales como complementos necesarios (en el plano factico), y necesario (en el plano jurídico-normativo), de las normas que elaboren garantías primarias, contra sus posibles violaciones, también normas secundarias, que predispongan la intervención de garantías secundarias o jurisdiccionales en obra de funciones y de instituciones de garantía a su vez secundarias, separadas ellas también de cualquier otro poder. (Ferrajoli, 2013, p. 54)

Dicho principio tiene directa vinculación con el sentido material de Constitución al que se hacía referencia, además de su correlato con el tránsito teórico – práctico que debe existir para la materialización de los postulados del modelo garantista.

Lo que se verifica en la noción de garantías primarias y secundarias es que, junto a la dación de una ley (o norma con rango similar) e incluso una norma contenida

en la Constitución, esta debe venir acompañada de normas de desarrollo o en su defecto, debería existir un marco normativo que respalde la aplicación y concretización de contenido de tal norma, de lo contrario, se daría el supuesto en el que existiendo una garantía (primaria) que consagre un derecho, esta quedase obsoleta, no por ser inválida o tener un contenido axiológico distorsionado, sino porque la falta de implementación de mecanismos adecuados que viabilicen su aplicación (garantía secundaria) generaría dificultades al momento de su actuación real en un caso concreto que, en definitiva, es donde debería servir.

El principio de accionabilidad, por último, prescribe que donde quiera que haya una jurisdicción debe ser prevista, como una nueva garantía secundaria, su activación por parte de los titulares de los derechos y los intereses perjudicados y en vía complementaria y subsidiaria, por parte de un órgano público capaz de suplir a su posible inercia o debilidad (Ferrajoli, 2013).

La noción del principio de accionabilidad ineludiblemente nos lleva a encajarla dentro del contenido del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, concretamente, al contenido el derecho de acción, el cual por su naturaleza constituye un derecho abstracto, subjetivo, incondicionado y de derecho público.

El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva como derecho fundamental, se entiende como aquel que tiene todo sujeto de derecho que asumiendo la

situación jurídica de parte activa o pasiva (según el caso y con las particularidades de cada proceso) al momento de recurrir al órgano jurisdiccional (juez en representación del Estado) a fin de que se resuelva un conflicto de intereses jurídicamente relevante o la eliminación de una incertidumbre de similar relevancia, deba existir garantías mínimas, valiéndose del debido proceso como instrumento de tutela del derecho sustancial.

En ese sentido, la doctrina española considera a la tutela jurisdiccional efectiva como derecho fundamental, al respecto, Joao Verger señala que “tiene un contenido complejo que incluye los siguientes aspectos: el derecho de acceso a los Tribunales, el derecho a obtener una sentencia fundada en derecho congruente, el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales y el derecho al recurso legalmente previsto” (1998, p. 621).

### **2.1.1. Legitimación de la intervención penal**

El sistema penal que se implanta en cada ordenamiento legal, por ende, en una sociedad, obedece a una finalidad concreta, que en último término se determina en función del fin que se le asigne a la pena, ello, a través de discursos de justificación, es decir, la intervención coercitiva del Estado, denominado *ius puniendi* estatal, se justifica en base a una actividad discursiva que lo respalde.

De ello se tiene que, la pena en sí misma no obedece a una finalidad que emane de su propia naturaleza, pues, en esencia la pena es solo la intervención del Estado en la esfera de libertad de la persona a razón de un acto que en determinado tiempo, lugar e idiosincrasia se lo considera como antisocial; el cumplimiento de las finalidad que se le asigne a dicha pena (y por la cual se justifique su aplicación) no se verifica del mayor o menor grado de sanciones (o la gravedad de las mismas) que contemple un ordenamiento legal, pues ello dependerá en gran medida de las medidas concretas que se implemente para lograr tales finalidades, medidas que en esencia distan del derecho penal.

Lo anterior desde luego no se logra con el solo hecho de que tales finalidades estén plasmadas en una ley, sino, supone un trabajo integral, que tiene que extenderse a políticas estatales destinadas a realizar la evaluación y diagnóstico del grado de cumplimiento de tales finalidades, implementación de una política criminal orientada a la prevención de conductas desviadas y a la realización de estudios criminológicos serios que den cuenta del real estado de la cuestión<sup>2</sup>, ello, junto a que en vía de ejecución penal se implementen políticas penitenciarias orientadas a la

---

<sup>2</sup> En nuestro país se cuenta con el Consejo de Nacional de Política Criminal (CONAPOC) creado por Ley N.º 29807, el cual se encuentra adscrito al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. El mismo que tiene entre sus mandatos y atribuciones (artículo 4) estudiar el fenómeno criminal y elaborar el diagnóstico nacional sobre las causas del delito y los factores que inciden en su expansión, diseñar, aprobar y supervisar la ejecución del programa nacional de política criminal, formular políticas y directrices criminológicas, etc.

consecución de fines concretos, lo cual implica destinar recursos públicos, logística, personal, etc.

Lo señalado encuentra sentido si se pretende dar real cumplimiento a los fines que nuestro sistema jurídico penal le ha asignado a la pena. En tal sentido, el artículo II del Título Preliminar del Código de Ejecución Penal, Decreto Legislativo N.º 654 del 02 de agosto de 1991, señala que la ejecución penal tiene por objetivo la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad, asimismo el artículo III del mismo cuerpo legal señala que las penas y medidas de seguridad aplicables no pueden atentar contra la dignidad del interno, en concordancia con el artículo 1 de la Constitución en cuanto establece que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado.

En virtud de lo anterior, se verifica que existe una finalidad concreta asignada a la pena dentro de nuestro sistema de justicia penal, lo cual nos lleva a entender que el sistema penal se legitima y encuentra justificación en tanto y en cuanto se cumpla o al menos se intente dar cumplimiento a los fines concretos asignados a la pena al momento de su ejecución

Sin embargo, es de precisar que el sistema de justicia penal, además de legitimar su existencia en la medida que se dé cumplimiento a los fines que se le asigna a la pena, encuentra legitimación en la medida que los procedimientos y actos concretos realizados al interior de un proceso sean coherente con la finalidad que se persigue (reeducación, rehabilitación y reincorporación) y, además, en tanto dichos fines sean coherente con el programa que desarrolla la Constitución.

Es decir, desde el momento en que se activa el órgano persecutor del delito, que viene a ser el Ministerio Público según lo dispuesto en el artículo 159 de la Constitución y el artículo 11 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, y este empieza a realizar actos de investigación, debe tenerse presente que dicho accionar no es (o no debería ser) automático, sino que debe advertirse que los actos concretos que se realicen, la emisión de una disposición de formalización de investigación preparatoria y eventualmente el requerimiento acusatorio que se formule, se orienta a materializar una pretensión penal de condena, por tanto, debe ser coherente con la finalidad concreta que se busca con la aplicación de una pena, de lo contrario, los actos realizados pierden legitimidad, vista ésta desde el fin al cual se apunta.

En esa línea, se debe tener presente que hoy en día se han dejado ya de lado, al menos en el plano teórico, aquellas teorías (doctrinas de justificación) que propugnaban un carácter retributivo de la pena, las mismas que no observaban si la aplicación de una pena cumpliría o no una determinada finalidad en la persona, sino solo verificaba el hecho ilícito cometido (observaba el pasado), convirtiéndose así a la pena en un acto de venganza institucionalizado.

Por ello, se sostiene que la pena debe ser proporcional en su aplicación, la pregunta es ¿proporcional a qué?, es decir, ¿cuándo se considera que la aplicación concreta de una pena es proporcional?, obviamente, en este punto al hablar de proporcionalidad nada tiene que ver con lo que equívocamente se suele entender, y es que se vincula proporcionalidad con venganza, trayéndose a colación la Ley del Talión (ojo por ojo, diente por diente).

Entonces, una pena será proporcional no solo en la medida que se establezca una equiparación entre la gravedad del delito y el tiempo de privación de libertad (si la pena fuese privativa de libertad), sino, será proporcional en la medida que su gravedad, aplicación y duración se haga necesaria en función al cumplimiento de uno de los fines concretos que se le ha asignado, en término simples, cuánto es el tiempo que tomará en



reeducar, rehabilitar y reincorporar a la persona a la sociedad, considerando que la persona no puede ser instrumentalizada, considerada solo como objeto del poder Estatal (*ius puniendi*), ello iría en contra del artículo 1 de la Constitución, lesionando derechos fundamentales y contraviniendo Convenciones Internacionales de Derechos Humanos, respecto de las cuales los Estados tienen obligaciones concretas bajo responsabilidad.

Por ello, se puede afirmar que en ocasiones la pena podrá cumplir los fines que en determinada sociedad, tiempo e idiosincrasia se le hubiere asignado (discurso de justificación), otras veces cumplirá solo parcialmente dichos fines, dependiendo de los factores externos y variables de las cuales dependa dicho cumplimiento, y en ocasiones la aplicación de una pena no cumple ninguna función o finalidad específica, simplemente se la aplica de manera automatizada, es decir, la pena no sirve para nada en concreto.

El profesor Eugenio Raúl Zaffaroni citando a Foucault refiere que el sistema penal es una compleja manifestación del poder social. Por legitimidad del mismo se entiende la característica que le otorgaría su racionalidad. El poder social no es algo estático, que se simplemente se

tiene, sino algo que se ejerce (1978, p. 20) y el sistema penal quiere mostrarse como un ejercicio de poder planificado racionalmente.

Al respecto, el discurso penal se expresa como un constructo convencional, así, el profesor Zaffaroni, en cuanto al contenido del discurso penal indica "El discurso jurídico-penal se elabora sobre un texto legal, explicitando mediante los enunciados de la dogmática la justificación y el alcance de una planificación en la forma de deber ser, o sea, como un ser que no es, pero que debe ser o, lo que es lo mismo, como un ser que aún no es" (1978, p. 22). En consecuencia, un sistema jurídico penal se legitima en base a dos cuestiones principales.

La primera tiene que ver con que el sistema jurídico penal no es ajeno a los principios constitucionales y convencionales que tienden a la protección de los derechos y garantías (procesales) fundamentales de la persona, en oposición a la doctrina que fundamenta la existencia de un derecho penal del enemigo la cual distingue entre ciudadanos y enemigos, los primeros con las prerrogativas que otorga un sistema jurídico con mínimas garantías, y el segundo se despersonaliza al individuo y habiendo hecho ello, al no ser persona no se lo tiene que tratar como tal, justificándose actuaciones extrajudiciales, desconocimiento de mínimas garantías en el proceso, etc.

Es decir, el derecho penal y procesal penal, debe estar impregnado con las garantías esenciales que aseguren la plena vigencia y optimización de los derechos al interior del proceso, y es el juez quien controlará y garantizará que los actos procesales o incidentes que se produzcan no solo estén condicionados a criterios de legalidad en estricto, sino fundamentalmente, a la observancia de garantías de mayor nivel, las mismas que se fundamentan en la dignidad de la persona.

En segundo lugar, un sistema de justicia penal se legitima en la medida que la aplicación o pretensión de una pena concreta y por ende, todos los actos procesales que la precedan, deben observar criterios de razonabilidad y proporcionalidad, lo cual no se verifica mediante la utilización de criterios de subjetividad, sino, en la verificación de cumplimiento de las finalidades concretas que se le asignó a la pena, es decir, si se es coherente con el discurso que justifica la propia existencia del proceso penal, el cual además deberá ser coherente con los postulados contenidos en la Constitución.

En nuestro caso, dicha justificación viene dada por el modelo de procesal penal que se establece con la entrada en vigencia del CPP2004, aprobado por Decreto Legislativo N.º 957 del 29 de julio de 2004, en vigencia en

Cajamarca a partir del 01 de abril del 2010, el cual se presenta como un modelo acusatorio, garantista y de tendencia adversarial.

Para caracterizar el modelo que trae el CPP2004, se recurre al calificativo de acusatorio, debido a que al examinar el tratamiento dado a las funciones procesales básicas se aprecia que el nuevo texto efectúa una determinación perfectamente diferenciada, primero, de la persecución del delito, a nivel de investigación, acusación y aportación de material probatorio, segundo, de la defensa o resistencia ante la incriminación, lo cual viene dado por la actividad que desempeña el imputado a nivel de actos de defensa (material o técnica).

Por último, se tiene la fase de juzgamiento (juicio oral) y sentencia; es aquí donde se verifica claramente la división de funciones entre los sujetos procesales, entiéndase el Ministerio Público, el imputado, su defensor técnico, y el órgano jurisdiccional; distinguiéndose, así, de los modelos que confunden o superponen las funciones precitadas y sobredimensionan el rol de un sujeto procesal como el Juez, al cual se le confiere las facultades de inmiscuirse en la investigación del presunto delito, asumiendo obligaciones y cargas procesales que no le son propias.

En la determinación de las cualidades del nuevo modelo también se hace referencia al término garantista, en razón a que el CPP2004 contiene un tipo de proceso que integra garantías procesales que funcionan como escudos protectores que asisten a las partes en el proceso, y cobra especial importancia el hecho de que no por estar sujeto a una imputación (a nivel de investigación) o ser acusado y eventualmente sometido a un juicio oral, tal sujeto deja de ser persona o pierde su dignidad, distanciándose de entender la figura del procesado como un objeto en el proceso.

Además de la nominación de acusatorio y garantista, se afirma que el CPP2004 es de tendencia adversarial porque remarca la naturaleza principal del juicio público y oral, la trascendencia del contradictorio y la responsabilidad que en materia de actuación probatoria les corresponde a las partes que sostienen pretensiones contrarias, el Ministerio Público, como titular de la pretensión punitiva, y el imputado y su defensor técnico a cargo de la pretensión libertaria.

Al respecto, se pone de relieve la clasificación de hechos que se distinguen a nivel de la teoría probatoria. Se distingue así entre hechos constitutivos, impeditivos, extintivos, excluyentes y modificatorios, de los cuales, los primeros (constitutivos) son los que fundamentan la pretensión de la parte

encargada de la investigación y de ser el caso, la acusación en el proceso, al referirse al supuesto de hecho de la norma cuya aplicación se solicita (Nakasaki, 2017).

Es en virtud a este carácter adversarial que se crean las condiciones para que el órgano jurisdiccional cumpla, durante la investigación, función de garante de los derechos fundamentales, y, en la etapa intermedia, de saneamiento (control formal y sustancial de la acusación, admisión de material probatorio); en tanto que en el juicio habrá de ocuparse ante todo de evaluar imparcialmente el resultado de la actividad probatoria realizada por las partes y emitir la sentencia de absolución o condena, siempre y cuando exista prueba suficiente respecto a la responsabilidad penal y se desvirtúe plenamente el principio de presunción de inocencia, pues, ante la existencia de duda razonable la obligación será de absolver.

En clara divergencia con los modelos inquisitivos o mixtos se aprecia que el CPP2004 incide directamente en el deber constitucional de imparcialidad del Juez, al no involucrarlo en actividades de investigación o atribuyéndole la tarea de probar los hechos, así, se verifica incluso que el juez de la investigación preparatoria es más bien un juez de garantías, que se instituye para ejercer un control de constitucionalidad respecto a los actos procesales practicados por las partes; y es otro órgano (juez

unipersonal u órgano colegiado) quien juzga, procurando así que se actúe con la mayor objetividad posible.

## **2.2. APROXIMACIÓN AL DEBIDO PROCESO.**

Hoy en día se suele hablar de debido proceso con muy poca precisión en cuanto a su real dimensión, alcance y sentido, es decir, se analiza el debido proceso como un concepto rígido, sin advertir que este se extiende, por su complejidad, a muchos ámbitos, los cuales se vinculan directamente a las garantías contempladas en la Constitución y en las Convenciones Internacionales que contemplan derechos fundamentales de contenido procesal, incluso, la noción de debido proceso no se restringe al ámbito jurisdiccional sino también a los procedimientos administrativos.

Así, en ocasiones se expresa debido proceso solo en referencia a uno de los aspectos que este enmarca, llámese, derecho de defensa, el cual a su vez engloba diferentes aristas como contradicción, alegación, información sobre los principales actos sobre los cuales se funda una pretensión; derecho a la prueba, el cual supone la aportación de material probatorio al proceso, fuentes de prueba, utilización de sucedáneos, empleo de las cargas probatorias (estática, dinámica, inversión de la carga); derecho a la impugnación, ya sea impugnación de un acto procesal específico dentro de una misma instancia y resuelto por el mismo órgano o solicitando la revisión por un órgano superior de un acto procesal que se

considere viciado o con error (*in procedendo, in iudicando, in cogitando*), incluso la impugnación de todo un proceso al advertirse vicios que lo invalidan, no en referencia a un acto procesal aislado, sino, en referencia al proceso en su integridad (proceso de nulidad de cosa juzgada fraudulenta).

El concepto de debido proceso tiene en sus orígenes una descripción de las reglas básicas a las que debía someterse el derecho de defensa (que se observa nítidamente en las Constituciones americanas); siguió en su desarrollo las innovaciones que introdujeron las Enmiendas a la Constitución de los Estados Unidos de América (Gozaini, 2017).

En esa línea, podemos referirnos a la Quinta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América que establece los derechos de todo ciudadano a tener un proceso judicial; lo cual también se verifica de la Décimo Cuarta Enmienda, por la cual se restringe el poder del Estado, el cual no puede avocarse al conocimiento de un proceso y eventualmente emitir un pronunciamiento que lo resuelva si no se ha seguido los lineamientos y garantías mínimas de un debido proceso legal, lo cual adquiere relevancia cuando se expresa que dichas prerrogativas o garantías son extensibles a cualquier persona que se encuentre



dentro de sus límites jurisdiccionales, haciendo referencia aquí a jurisdicción en el sentido territorial<sup>3</sup>.

Es decir, se pone de relieve la importancia que tiene la actuación jurisdiccional en la tramitación de un caso concreto, el cual solo será válido si se realiza con el respeto irrestricto de mínimas garantías que lo legitimen, así, dicha actuación jurisdiccional se entiende como función que le ha sido asignada a un juez para pronunciarse en un caso concreto, resolviendo la controversia y, en definitiva, actuando como ente encargado de preservar los derechos y garantías mínimas, concordante con el deber de resguardo de la dignidad de la persona.

En cuanto a la noción de jurisdicción, la misma puede ser entendida en sentidos diversos, pudiendo resumirse fundamentalmente en cuatro: como ámbito territorial dentro del cual se puede ejercer alguna función o poder, como sinónimo de competencia o aptitud que autoriza a intervenir en determinada cuestión,

---

<sup>3</sup> Enmienda V. Ninguna persona será detenida para que responda por un delito punible con la pena de muerte, u otro delito infame, sin un auto de denuncia o acusación formulado por un Gran Jurado (...); tampoco podrá someterse a una persona dos veces, por el mismo delito, al peligro de perder la vida o sufrir daños corporales; tampoco podrá obligársele a testificar contra sí mismo en una causa penal, ni se le privará de la vida, la libertad, o la propiedad sin el debido proceso judicial; tampoco podrá enajenarse la propiedad privada para darle usos públicos sin una compensación justa.

Enmienda XIV. (...) Ningún Estado podrá dictar ni dar efecto a cualquier ley que limite los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; tampoco podrá Estado alguno privar a cualquier persona de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal; ni negar a cualquier persona que se encuentre dentro de sus límites jurisdiccionales la misma protección de las leyes.

como sinónimo de poder o coerción estatal; y como función pública de hacer justicia (Couture, 1977).

En la línea misma línea de pensamiento que sigue el profesor Juan Monroy Gálvez, se puede sostener que la jurisdicción es un poder-deber del Estado. En su ejercicio se expresa como la potestad del Estado sobre los ciudadanos: la función jurisdiccional reafirma al Estado como la organización política más importante de una sociedad, por eso este propone el derecho que debe ser cumplido (función primaria) y, a través de la jurisdicción, impone el cumplimiento de este (función secundaria) (1996).

Son los jueces quienes deben preservar las garantías del proceso, pues precisamente es a estos a quienes se les ha delegado tal función y aplicar el principio de razonabilidad en cada una de las decisiones que adopte. Tal afirmación en nuestro caso encuentra sustento en el artículo 138 de la Constitución por el cual el ejercicio de la potestad de “administrar justicia” le es conferido al Poder Judicial a través de sus órganos, entiéndase jueces. Sin embargo, el ejercicio de dicho poder no es de ninguna manera desmedido, irrazonado o arbitrario, pues encuentra como principal limitante a la Constitución, asimismo, en virtud de su artículo 55, nos remite a la observancia de las Convenciones Internacionales a los cuales considera parte del derecho nacional.

La Constitución adscribe a la idea de garantías como el núcleo esencial del proceso, ello se puede advertir del desarrollo que efectúa el artículo 139 de la Constitución, en cuanto desarrolla los principios y derechos de la función jurisdiccional, todos los cuales expresan un contenido garantista, conteniendo de forma expresa en su inciso 3 la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva, siendo el primero instrumento para alcanzar la segunda.

En esa línea, se tiene que el proceso es una institución de garantía, no de poder estatal; una institución garantista al servicio de los ciudadanos y no instrumento al servicio del Poder Estatal (Jurisdiccional).

Por lo tanto, si el marco de forjamiento institucional del proceso es la Constitución, no se puede concebir una procesalística que no sea antecedida de una constitucionalística del proceso. En todo pensamiento procesal ha de estar implicado un pensamiento constitucional. Por ello, la pregunta por el “ser constitucional” del proceso es la condición a priori frente a la posibilidad de hacer ciencia procesal. El fundamento ontológico del proceso comprende su “ser constitucional” (es decir, su institucionalidad garantista) (Cavani, 2019).

Ello demuestra que, en última instancia, la disputa entre el activismo (teoría del proceso como utensilio) y el garantismo (teoría que niega al proceso como utensilio) es una disputa –parafraseando a Heidegger– entre encubrimiento

(*Verborgenheit*) y develamiento (*Unverborgenheit*), entre ocultamiento (*Verdecktheit*) y no-ocultamiento (*Unverdecktheit*) (Ramos, 2013, pp. 273 - 286).

Es cierto que la técnica procesal no es mala de por sí; sin embargo, es necesario vincularla a su real marco dentro del cual debe desenvolverse, que es su marco garantista constitucional.

No hubo indicaciones sobre contenidos o funciones de un proceso tipo o modelo, sino precisiones sobre la defensa, especialmente referido a los casos de detención en procesos penales. Nace así el llamado debido proceso constitucional, que fue más importante por las implicancias supuestas que por las declaraciones realizadas (Gozaini, 2017).

En ese sentido, se sostiene que, una norma o acto público o privado sólo es válido cuando, además de su conformidad formal con la Constitución, esté razonablemente fundado y justificado conforme a la ideología constitucional. De esta manera se procura, no sólo que la ley no sea irracional, arbitraria o caprichosa, sino además que los medios seleccionados tengan una relación real y sustancial con su objeto (Gozaini, 2017).

En resumen, se concibe al concepto de debido proceso a partir de la Constitución y, por ende, se asimila las obligaciones de carácter internacional que tiene el

Estado en cuanto a su deber de propiciar el escenario adecuado para que las garantías esenciales cobren vigencia. Es decir, el debido proceso viene a ser el reflejo de las garantías diseñadas en el marco de acción que viene dado por la Constitución.

Por tanto, un proceso será debido cuando atienda a aquellos postulados, cuando no se haga el deslinde entre lo legal y lo constitucional, bajo la errada percepción de que solo el juez constitucional (jurisdicción de excepción) debe observar la Constitución y Convenciones Internacionales como marco de actuación, cuando esta ha sido activada mediante alguna de las garantías constitucionales que contempla el artículo 200 de la Constitución; olvidando que la ley está sometida a la Constitución e incluso al verificarse incompatibilidades en el caso concreto la misma norma constitucional autoriza, es más, ordena que se prefiera el precepto constitucional por sobre lo legal, vía control difuso.

Finalmente, el debido proceso no es un concepto rígido que venga dado por lo que taxativamente establece una ley, es decir, toda la gama de derechos que viene a formar parte del debido proceso, son significativamente importantes, por tal razón adquieren la categoría de derechos fundamentales, cuyo sustento es constitucional (no legal), y como tal, no puede ser pasibles de desconocimiento o limitación arbitraria por ningún poder; y tal como ocurre con los derechos fundamentales, ni siquiera es imprescindible su reconocimiento literal o expreso

en la norma constitucional, solo es suficiente que esté enmarcado su derecho continente (debido proceso) para que todas sus manifestaciones se entiendan reconocidas.

### **2.2.1. Desarrollo jurisprudencial de la garantía de debido proceso**

La Convención ADH establece como un derecho humano el que toda persona cuente con garantías judiciales al momento de ser procesada, lo cual se verifica de su artículo 8, no obstante, dicha situación no debe ser solo una mera declaración, sino que además se impone al Estado la obligación de asegurar su adecuado ejercicio y vigencia a través de la protección judicial prevista en el artículo 25 de la citada Convención.

La determinación de si un Estado ha violado estos derechos, entre otros, le corresponde al Sistema Interamericano de Derechos Humanos cuando un caso es sometido a su jurisdicción para que determine si el Estado denunciado es responsable por las violaciones a los derechos humanos, establecidos en la Convención y otros instrumentos internacionales aplicables, ello fluye de la Opinión Consultiva N.º OC-20/09 del 29 de septiembre del 2009, solicitada por la República Argentina sobre la interpretación del artículo 55 de la Convención (designación de juez Ad Hoc).

La Convención ADH reconoce en estas previsiones normativas lo que se ha denominado el debido proceso y la tutela jurisdiccional, tales previsiones no tienen solo un carácter declarativo, sino constituyen obligaciones concretas destinadas a que el Estado cumpla con brindar los medios necesarios para que se viabilicen los mecanismos de protección de derechos al interior de un proceso.

El Tribunal ya ha señalado que la obligación de investigar, juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables de violaciones de derechos humanos se encuentra dentro de las medidas positivas que deben adoptar los Estados para garantizar los derechos reconocidos en la Convención, de conformidad con el artículo 1.1 de la misma. Este deber es una obligación de medio y no de resultado, que debe ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa, o como una mera gestión de intereses particulares que dependa de la iniciativa procesal de las víctimas, de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios. (Caso Torres Millacura y otros vs. Argentina, 2011, fundamento 112)

En este entendido, de acuerdo con los principios de universalidad, integridad, interdependencia, progresividad y no regresión de los derechos humanos, la Corte IDH le ha otorgado al debido proceso una naturaleza expansiva en todo proceso o procedimiento<sup>4</sup>, con lo cual el debido proceso

---

<sup>4</sup> Entiéndase por procedimiento aquellos supuestos en los que se solicita la intervención Estatal (a través de un funcionario o Entidad), no obstante, no interviene un juez en ejercicio de función jurisdiccional, sino, la Administración Pública en la persona de quien la represente.

Asimismo, se tiene que, el proceso judicial, es el conjunto dialéctico, dinámico y temporal de actos, que se realizan durante la ejecución de la función jurisdiccional del Estado, bajo su dirección, regulación y con el propósito de obtener fines privados y públicos. Los que son comunes a todos los participantes del proceso. En cambio, procedimiento es el conjunto de normas o reglas de conducta que regulan la actividad, participación y las facultades y deberes de los sujetos procesales y también la forma de los

adquiere la naturaleza de principio normativo, del que se derivan un conjunto de derechos que han sido analizados y desarrollados según la interpretación que de los mismos se plasma en su jurisprudencia y Opiniones Consultivas y, subsidiariamente, de los Informes y denuncias de la Comisión IDH.

Si bien la Convención IDH utiliza el concepto de garantías judiciales, el desarrollo dogmático y jurisprudencial en materia procesal ha llevado a la Corte IDH a interpretarlo como garantías procesales o derecho al debido proceso legal, concepto que tiene un claro origen anglosajón<sup>5</sup> y que ha sido incorporado en las Constituciones, legislación y doctrina jurídica interamericana como una garantía de naturaleza compleja, por cuanto, su conceptualización no es unívoca sino que se entiende a partir de sus partes integrantes.

El artículo 8 de la Convención consagra los lineamientos del llamado debido proceso legal o derecho de defensa procesal, que consiste en el derecho de toda persona 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 en su contra o para la determinación de sus derechos de carácter civil, laboral, fiscal u otro cualquiera. (Caso Genie Lacayo versus Nicaragua., 1997, fundamento 74)

---

actos realizados en un proceso o en parte de este, provistos por el Estado con anticipación a su inicio. (Monroy, 1996, p. 121)

<sup>5</sup> Se hace aquí referencia al concepto de Due Process of Law.



La noción a la cual se hace referencia en la citada sentencia viene aparejada al contenido del derecho a una defensa eficaz, la cual no se agota con el solo hecho de contar con un abogado que ejerza la defensa técnica o que realice la presentación de un escrito determinado, sino, viene dado por las exigencias del caso. Son tales exigencias las que delimitan el contenido y alcances de los actos concretos de defensa a desarrollar.

Asimismo, según la interpretación efectuada por la Corte IDH se advierte que los derechos que se reconocen taxativamente en un cuerpo legal, no constituyen un catálogo cerrado, en el entendido que no se agotan en la disposición normativa que los regule (Código Procesal o Constitución) sino en la interpretación que se realice de los mismos en atención a cada caso concreto.

En ese mismo sentido se ha decantado nuestro Código Procesal Constitucional (Ley N.º 28237) al establecer en el artículo VI de su Título Preliminar que el contenido y alcance de los derechos y principios que consagra la Constitución vienen dados por la interpretación que de ellos efectúe el Tribunal Constitucional en sus resoluciones.

Al respecto, puede considerarse lo expresado por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente N.º 959-2013-PA/TC, fundamento 12:

Este Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Expediente 00047-2004- AI/TC, ha sostenido que jurisprudencia es la interpretación judicial del Derecho efectuada por los más altos tribunales en relación con los asuntos que a ellos corresponde, en un determinado contexto histórico. Esa interpretación tiene la virtualidad de vincular al tribunal que los efectuó (efecto horizontal), a los jerárquicamente inferiores (efecto vertical), y a otras entidades (efecto interinstitucional), cuando se discutan casos fáctica y jurídicamente análogos, siempre que tal interpretación sea jurídicamente correcta. Consecuentemente, en nuestro sistema jurídico la jurisprudencia también es fuente de Derecho para la solución de los casos concretos, obviamente dentro del marco de la Constitución y de la normatividad vigente. Es pues inherente a la función jurisdiccional la creación de Derecho a través de la jurisprudencia.

Sobre el reconocimiento de un carácter expansivo o amplio de los derechos fundamentales y la incorporación de derechos no reconocidos expresamente en las disposiciones legales e incluso constitucionales se tiene la Opinión Consultiva N.º 16/99 del 01 de octubre de 1999, que en su párrafo 117 señala:

(...) es útil recordar que el proceso es un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia. A ese fin atiende el conjunto de actos de diversas características generalmente reunidos bajo el concepto de debido proceso legal. El desarrollo histórico del proceso, consecuente con la protección del individuo y la realización de la justicia, ha traído consigo la incorporación de nuevos derechos procesales.

Ahora, siendo coherente con el deber de protección del individuo y la optimización de sus derechos, la Convención ADH en su artículo 25 regula los aspectos fundamentales de protección judicial, dentro de ello, en su inciso 1 establece que toda persona tiene derecho a un recurso rápido y eficaz a fin de asegurar la protección o restablecimiento de los derechos que hubiere sido lesionados, en tal sentido, la Corte IDH se ha pronunciado en el sentido que su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto sino el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efecto de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos (Caso del Tribunal Constitucional versus Perú, 2001, fundamento 69).

En base a lo expresado, se tiene que en la interpretación que efectúa la Corte IDH, al referirse a recursos judiciales no restringe el concepto a aquella clasificación que se efectúa a nivel de la teoría impugnatoria entre recursos y remedios, resultando que los primeros, en gran parte están directamente vinculados a la intervención de un órgano revisor u órgano distinto de aquel ante quien se interpone el recurso (salvo el recurso de reposición) el mismo que será el encargado resolver respecto al acto impugnado, con las limitaciones que dicha revisión supone.

Así lo reconoce nuestro Tribunal Constitucional cuando señala “(...) nuestro sistema procesal tiene como uno de sus principales principios el de la limitación recursal (...) principio que a su vez exige la congruencia, ya que de esta manera se limita al órgano revisor quien puede sólo resolver sobre el petitum por el que ha sido admitido el medio de impugnación (...)” (STC N.º 0686-2007-PA/TC, 2007).

En esa línea el artículo 25 de la Convención ADH señala que toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, cuya finalidad será que el afectado o lesionado en sus derechos encuentre amparo contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la Convención.

En la línea interpretativa que se sigue, al hablar de recurso, se orienta a una concepción amplia del mismo, lo cual se vincula principalmente a la noción de impugnación. En ese sentido, el derecho a la impugnación, parte integrante del debido proceso, no se limita al concepto de recurso en el sentido de activación de una segunda instancia revisora, sino que el ejercicio de derecho a la impugnación, y en concreto, la respuesta o resolución de la pretensión impugnatoria introducida, podrá ser resuelta por el mismo juez que conoce la instancia.

Tal situación también se advierte de otros mecanismos que no obstante ser considerados recursos, no son resueltos por un órgano superior, sino, por el mismo órgano ante quien se viene tramitando el proceso o procedimiento. Entre ellos, el recurso de reconsideración (en el ámbito administrativo) y el recurso de reposición, previsto en el artículo 415 del CPP2004, el cual procede contra los decretos a fin de que el juez que los dictó examine nuevamente la cuestión y dicte la resolución que corresponda; en ambos casos se verifica que es el mismo órgano ante quien se tramita el proceso el cual resuelve el pedido concreto formulado por el interesado.

Los aspectos centrales del derecho a la impugnación serán desarrollados más adelante en el apartado destinado a tal efecto en la presente investigación.

Finalmente, la Corte IDH ha precisado que las garantías mínimas del debido proceso tienen dos acepciones: una de carácter formal y otra de carácter material o sustantivo. La formal es aplicable a los derechos legales procesales, que el juez debe tutelar a las partes en un proceso.

Ese derecho implica, por un lado, un ámbito formal y procesal de asegurar el acceso al órgano competente para que determine el derecho que se reclama en apego a las debidas garantías procesales (tales como la presentación de alegatos y la aportación de prueba). Por otra parte, ese derecho abarca un ámbito de protección material

que implica que el Estado garantice que la decisión que se produzca a través del procedimiento satisfaga el fin para el cual fue concebido. Esto último no significa que siempre deba ser acogido, sino que se debe garantizar su capacidad para producir el resultado para el que fue concebido. (Caso Barbani Duarte vs. Uruguay, 2011, fundamento 142)

En este sentido, para que las llamadas garantías judiciales o debido proceso legal (sustantivo y adjetivo) tengan existencia, conforme a las disposiciones del artículo 8 de la Convención ADH, es preciso que se observen todos los requisitos que la Corte IDH ha establecido; esto es que se constituyan como eficaces para la consecución del fin para el cual han sido creadas, dependiendo de la naturaleza con la que estas hayan sido concebidas.

La Corte IDH sostiene que se cumplirá con las obligaciones internacionales cuando el Estado implemente mecanismos que "(...) sirvan para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho, es decir, las condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial" (Caso Juan Humberto Sánchez versus Honduras, 2003, fundamento 124).

Asimismo, la Corte IDH ha señalado (Caso Ruano Torres y otros Vs. El Salvador, 2015, fundamento 151-153) que el derecho al debido proceso

se refiere al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado, adoptado por cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que pueda afectarlos.

El debido proceso se encuentra, a su vez, íntimamente ligado con la noción de justicia, que se refleja en: a) acceso a la justicia no sólo formal, sino que reconozca y resuelva los factores de desigualdad real de los justiciables, b) el desarrollo de un proceso justo o debido, y c) la resolución de las controversias de forma tal que la decisión adoptada se acerque al mayor nivel de corrección del derecho, es decir que se asegure, en la mayor medida posible, su solución justa.

En términos convencionales el debido proceso se traduce centralmente en las garantías judiciales reconocidas en el artículo 8 de la Convención ADH. La referida disposición convencional contempla un sistema de garantías que condicionan el ejercicio del ius puniendi del Estado y que buscan asegurar que el inculpado o imputado no sea sometido a decisiones arbitrarias, toda vez que se deben observar las debidas garantías que aseguren, según el procedimiento de que se trate, el derecho al debido proceso. Asimismo, otras disposiciones de dicho instrumento

internacional, tal como los artículos 7 y 25 de la Convención, contienen regulaciones que se corresponden materialmente con los componentes sustantivos y procesales del debido proceso.

En el Caso Cantoral Huamaní y García Santa Cruz vs. Perú, que se refería a las ejecuciones extrajudiciales de líderes sindicales, la Corte IDH sostuvo que las exigencias del artículo 8 de la Convención “se extienden también a los órganos no judiciales a los que corresponda la investigación previa al proceso judicial (...)” (Caso Cantoral Huamaní y García Santa Cruz Vs. Perú , 2007, fundamento 133).

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos también ha afirmado la aplicación de las exigencias del debido proceso a los procedimientos previos al juicio. En efecto, aunque el objetivo principal del artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (derecho a un proceso equitativo) en lo que se refiere a los procesos penales, es garantizar un juicio justo por un tribunal competente para determinar cualquier acusación en materia penal, el Tribunal Europeo ha sostenido que ello no implica que el artículo no sea aplicable a actuaciones previas al juicio.

Así, dicha disposición, y especialmente su apartado relativo a las garantías mínimas del acusado, pueden ser relevantes antes de enviar un caso a



juicio si y en la medida en que la justicia del juicio pueda ser seriamente perjudicada por una falla inicial en satisfacer los requerimientos del juicio justo (Caso de Dzuhlay Vs. Ucrania, 2014).

## **2.3. FUNDAMENTACIÓN CONSTITUCIONAL**

### **2.3.1. Aproximación al contenido de la Constitución**

La Constitución se erige como uno de los pilares esenciales dentro de una sociedad democrática, con directa incidencia dentro de aquellos Estados que se proclaman como un Estado Constitucional de Derecho, haciendo referencia a que en dicha sociedad predominan los principios que se han declarado en el texto constitucional, por sobre lo legal.

Así, hasta la primera mitad del siglo XX, la Constitución fue concebida como un documento político, un texto que contenía una ideología, una doctrina y un programa, y como consecuencia de ello, ese mismo texto planteaba el desarrollo de un programa de carácter social, económico, político y cultural, el cual, desde luego, no se proyectaba a ser cumplido en un corto periodo de tiempo, sino como un esfuerzo de largo aliento para que pudiese forjarse la idea de sociedad que venía delineado por su carga ideológica.

Esta idea de Constitución va a sufrir un cambio de paradigma a raíz del nacimiento del llamado Estado Constitucional de Derecho, lo cual supone entender a la Constitución, además de su marcado carácter político, como una herramienta jurídica, la cual permitiría que dicho texto se posicione en el estrato más alto, a nivel de jerarquía normativa, sometiendo a todos los poderes y ciudadanos, es decir, se genera una eficacia vertical y horizontal de los principios y reglas contenidos en el texto constitucional.

En consecuencia, el texto constitucional adopta una doble concepción, lo cual indudablemente hace referencia a las dos partes o contenidos esenciales que encierra una Constitución, una parte dogmática y una parte orgánica.

Por un lado, se verifica la carga ideológica, en el diseño y establecimiento de una forma de Estado, los órganos que lo integran, su funcionamiento y fundamentalmente, al establecer los límites al ejercicio de poder. Es decir, la Constitución se establece como un estatuto de poder, al establecer quienes serán los encargados de detentar su ejercicio, y la Constitución será la encargada de determinar quién manda, para qué manda, por cuanto tiempo se extenderá su mandato, y en determinadas circunstancias, crear reglas de exclusión del poder (supuestos de vacancia presidencial).

Lo anterior sugiere una idea importante en el marco de una Constitución, esto es, las limitantes al ejercicio del poder, lo cual se logra (al menos teóricamente) con el clásico y más influyente esquema propuesto por Carlos-Luis de Secondat, señor de la Brede y barón de Montesquieu<sup>6</sup>, por el cual distinguió tres poderes.

En esta clásica distinción se tiene el legislativo y dos ejecutivos, el primero, el ejecutivo de las cosas que dependen del Derecho de gentes, el segundo, el ejecutivo de las cosas que dependen del Derecho Civil. Se tiene entonces un legislativo y dos ejecutivos (uno para asuntos internos y otro para asuntos externos). Montesquieu aclara que el segundo ejecutivo es, en realidad, el judicial: A este último se lo puede denominar potencia de juzgar (*potentia puniendi*) y al otro simplemente potencia ejecutora del Estado (Menaut, 2011).

Por otro lado, se tiene que la Constitución además del factor político, también encierra un contenido jurídico, es aquí donde se desarrolla aquellas reglas fundamentales que interesan a la persona en sentido estricto, es decir, se destaca el ámbito de sus libertades, los derechos

---

<sup>6</sup> Sin perjuicio de ello, Jhon Looke ya en 1690 en su obra Segundo Tratado del Gobierno, propuso la división de poderes entre un ejecutivo y un federativo, sin embargo, no se menciona el poder judicial a pesar que Inglaterra era un país judicialista. Asimismo, Looke destaca que no es el poder, sino las funciones, las que han de resultar divididas y atribuidas a diferentes órganos, lo cual es coherente con la unidad del poder, por tanto, ninguno de los órganos que ejercen una función (poder) dispone de forma absoluta de todo el poder. (Menaut, 2011)

fundamentales que no admiten restricciones ni injerencias arbitrarias, colocándose a la persona, según los postulados Kantianos como un fin en sí mismo, no como un instrumento del poder estatal; además de otorgarle las garantías necesarias y mínimas para protegerse de algún ataque que atente contra alguna de estas libertades.

En tal sentido, la Constitución es la norma jurídica suprema del Estado, tanto desde un punto de vista objetivo o estructural<sup>7</sup>, como desde una visión subjetiva o institucional<sup>8</sup>. Consecuentemente, es interpretable, pero no de cualquier modo, sino asegurando su proyección y concretización, de manera tal que los derechos fundamentales por ella reconocidos sean verdaderas manifestaciones del principio-derecho de dignidad humana expresado en el artículo 1 del texto constitucional (STC N.º 0030-2005-AI/TC - caso Barrera Electoral, 2006, fundamento 40).

Al respecto, en cuanto a la Constitución como norma jurídica, en paralelo con el contenido político que también encierra, el Tribunal Constitucional ha desarrollado tal idea (STC N.º 5854-2005-PA/TC, 2005, fundamento 3).

---

<sup>7</sup> Artículo 51.- La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado.

<sup>8</sup> Artículo 38.- Todos los peruanos tienen el deber de honrar al Perú y de proteger los intereses nacionales, así como de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación. Así también el artículo 45.- El poder del Estado emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen (...).

Se parte del tránsito del Estado Legal de Derecho al Estado Constitucional de Derecho, lo cual supuso, entre otras cosas, abandonar la tesis según la cual la Constitución no era más que una norma política, esto es, una norma carente de contenido jurídico vinculante, compuesta únicamente por una serie de disposiciones orientadoras de la labor de los poderes públicos; para dar pase y consolidar la doctrina conforme a la cual la Constitución es también una norma jurídica, es decir, una norma con contenido dispositivo capaz de vincular a todo poder (público o privado) y a la sociedad en su conjunto.

Es decir, significó superar la concepción de una pretendida soberanía parlamentaria, que consideraba a la ley como la máxima norma jurídica del ordenamiento, para trasladarse (sobre la base del principio político de soberanía popular) al principio jurídico de supremacía constitucional, conforme al cual, una vez expresada la voluntad del Poder Constituyente con la creación de la Constitución del Estado, en el orden formal y sustantivo presidido por ella no existen soberanos, poderes absolutos o autarquías (García Toma, 2012).

En tal sentido, todo poder ahora se va a estatuir como un poder con sustento y base en la Constitución y, por consiguiente, limitado y vinculado directamente por su contenido jurídico-normativo.

Quienes niegan el hecho que los Tribunales deben considerar la Constitución como derecho superior y marco interpretativo, deben entonces admitir que los jueces deben basar todas sus decisiones jurisdiccionales apartados de los principios que consagra la Constitución (y la interpretación que el Tribunal Constitucional haga de los mismos y plasme en sus sentencias) y regirse solo por las leyes.

Lo anterior no es coherente con las bases de un Estado Constitucional de Derecho, en tal sentido, la Constitución es, norma jurídica y, como tal, vincula. De ahí que, con acierto, pueda hacerse referencia a ella aludiendo al "Derecho de la Constitución"<sup>9</sup>, esto es, al conjunto de valores, derechos y principios que, por pertenecer a ella, limitan y delimitan jurídicamente los actos de los poderes públicos.

Bajo tal perspectiva, la supremacía normativa de la Constitución se encuentra recogida en sus dos vertientes: tanto aquella objetiva, conforme a la cual la Constitución preside el ordenamiento jurídico tal como se expresa en el artículo 51 de la Constitución, como aquella subjetiva, en cuyo mérito ningún acto de los poderes públicos puede vulnerarla

---

<sup>9</sup> Concepto al que acude con frecuencia la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica (Véase Res. N.º 2004-09992, de fecha 8 de septiembre de 2004, recaída en el Exp. N.º 03-004485-0007-CO, mediante la cual se declara la inconstitucionalidad del acuerdo del Poder Ejecutivo de brindar apoyo a la "Coalición" de países que incurrió en acciones bélicas en Iraq), cuyas competencias materiales resultan sustancialmente idénticas a las de un Tribunal Constitucional.

válidamente, lo cual se expresa en el artículo 45 del mismo cuerpo normativo.

Luego, dentro del Estado Constitucional de Derecho, se produce el cambio y o traspase de los llamados derechos públicos subjetivos a los llamados derechos fundamentales, a partir de lo cual ya no se concibe que tales derechos o capacidades jurídicas se las ostenta solo en la medida que el Estado las reconozca y nos las otorgue para ejercer determinados derechos, sino se hablará de facultades y atribuciones que la persona ostenta por su condición de tal, desde luego, se verifica una visión ius naturalista de la cuestión. Siendo dentro de este mismo contexto en que surge la jurisdicción constitucional como un ente de control, tanto para producción normativa y de racionalización en el ejercicio del poder.

Luego, la Constitución no solo se limita al diseño de un proyecto ideológico, axiológico; no solo es importante al introducir reglas y limitantes al ejercicio del poder (y que este no se desborde), sino que es la base y fundamento del orden jurídico. Ello es, así pues, todos los actos en sociedad que tengan un trasfondo jurídico, tendrán que ser regulados por leyes, reglamentos, directivas, etc., y la forma en que estos actos se regulen deben ser de cara al contenido y programa expresado en la

Constitución, siendo esta el punto de referencia para el diseño de cualquier forma de regulación de la vida en sociedad.

Sobre la base expuesta, se requiere que la Constitución obligue y comprometa al Estado, a la defensa de los derechos y garantías que esta encierra, a su defensa, su tutela y, en definitiva, a que el programa que esta busca consagrar, se vea materializado en la realidad social.

### **2.3.2. Los Derechos Fundamentales**

Como se indicó, la Constitución tiene una parte dogmática. Adopta dicha nomenclatura porque se parte del dogma de la persona humana, de la concepción que esta ostenta dignidad.

En una de sus acepciones, dignidad es expresión de la creación (dignitas), es un principio de la creación hebreo cristiana; tal expresión se entiende cuando en el antiguo testamento se decía: el hombre ha sido creado a la imagen y semejanza de Dios, en consecuencia, merece exaltación y reverencia, es otras palabras, adopta un estatus diferente al resto de formas de vida, por el solo hecho de existir (García Toma, 2012), volviendo aquí a las concepciones ius naturalistas. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado:



La dignidad de la persona humana es el presupuesto ontológico para la existencia y defensa de sus derechos fundamentales. El principio genérico de respeto a la dignidad de la persona por el sólo hecho de ser tal, contenido en la Carta Fundamental, es la vocación irrestricta con la que debe identificarse todo Estado Constitucional y Democrático de Derecho. En efecto, este es el imperativo que transita en el primer artículo de nuestra Constitución. Como el Tribunal Constitucional ha señalado en reiterada jurisprudencia, ningún derecho fundamental es absoluto y, por ello, en determinadas circunstancias son susceptibles de ser limitados o restringidos. No obstante, ello, en ningún caso puede ser permitido desconocer la personalidad del individuo y, por ende, su dignidad. Ni aun cuando el sujeto se encuentre justificadamente privado de su libertad es posible dejar de reconocerle una serie de derechos o atribuciones que por su sola condición de ser humano le son consustanciales. La dignidad, así, constituye un *minimum inalienable* que todo ordenamiento debe respetar, defender y promover. (STC. N.º 010-2002-AI/TC, 2003, fundamentos 217-218)

Tal respeto y observancia de los derechos y esencia del ser humano le es exigible a los miembros con los cuales este convive, esto es, a la sociedad y al Estado como forma de organización política social y como una estructura de poder, el cual tiene la obligación de tutelar las condiciones materiales mínimas para que la persona se desarrolle en libertad y se exprese a través de la libre configuración de su personalidad.

Sobre esta visión dogmática de la Constitución, se insertan los llamados derechos fundamentales, derechos constitucionales o derechos humanos. Sin embargo, al hacer referencia a esta triple denominación, por lo general se las utiliza como sinónimos, sin embargo, en la realidad europea sus límites están medianamente definidos (García Toma, 2012), así, se dice

que la expresión derechos humanos implica el reconocimiento de aquellos derechos que se encuentran tutelados y reconocidos en las Convenciones Internacionales, esto es, dentro del marco del Derecho Internacional Público.

Luego, los alemanes inventaron la nomenclatura derechos fundamentales, para hacer referencia a aquellos derechos que se encuentran incorporados en la Constitución (en sentido formal), que siendo derechos que fluyen de la naturaleza humana han sido reconocidos e incorporados, positivizados en la Constitución.

Los españoles tenían otra idea, hablaban de derechos constitucionales fundamentales y derechos constitucionales no fundamentales, y la distinción radicaba en que, los constitucionales fundamentales son aquellos con gran relevancia y en consecuencia están sujetos a una tutela especial, por ende, solo para ese tipo de derechos ha quedado reservada la jurisdicción constitucional vía procesos constitucionales.

Lo anterior, en contraste con nuestra realidad, podría aparejarse al carácter de excepcionalidad con la cual se puede activar las garantías

constitucionales que la Constitución prevé en su artículo 200<sup>10</sup>, en concreto, seis tipos de garantías.

Tales garantías según su naturaleza protegen uno o más derechos a ellas vinculadas, no obstante, no pueden ser activadas de forma indiscriminada, es por ello que en el penúltimo párrafo del citado artículo 200 se señala que será una ley orgánica la que regula el ejercicio de tales garantías, en ese sentido, tal ley de desarrollo viene dada por el Código Procesal Constitucional promulgado mediante Ley N.º 28237, en donde se destaca el carácter excepcional de tales garantías (llamados procesos constitucionales), señalando en el artículo II de su Título Preliminar que son fines de los procesos constitucionales garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos fundamentales, de lo cual se verifica que no opera para discutir cuestiones ordinarias que directa o indirectamente se relacionen a los derechos garantizados, sino solo aquellas cuestiones referidas al contenido esencialmente protegido, al denominado núcleo duro de protección del derecho.

Asimismo, existe una clasificación de los derechos fundamentales en función a un orden cronológico de reconocimiento. Al menos se los trata

---

<sup>10</sup> Artículo 200. Son garantías constitucionales: 1. La Acción de Hábeas Corpus, (...). 2. La Acción de Amparo (...). 3. La Acción de Hábeas Data (...). 4. La Acción de Inconstitucionalidad (...). 5. La Acción Popular (...). 6. La Acción de Cumplimiento (...). Una ley orgánica regula el ejercicio de estas garantías y los efectos de la declaración de inconstitucionalidad o ilegalidad de las normas.

de concebir así por un orden didáctico, y se habla de derechos de primera, segunda y tercera generación.

**A.** Los derechos de primera generación son aquellos que empiezan a ser reconocidos, empiezan a ser objeto de protección a finales del siglo XVIII y llegan hasta comienzos del siglo XX, es decir, hasta antes de la primera guerra mundial.

Son los derechos políticos y los derechos civiles. En este punto cabe hacer una distinción entre ambas categorías, de ello, se tiene que se va a llamar derechos civiles a los derechos de libertad y que implican una actitud y un comportamiento del Estado de abstención. El Estado no puede entrometerse en las relaciones coexistentiales, las relaciones de libertad de las personas, en tanto estas no afecten el orden público, no afecten la moral social, no afecten el ejercicio de los derechos de terceros.

Es decir, se constituyen como una suerte de blindaje para que el ser humano pueda desarrollar su proyecto de vida en función a su autodeterminación. Y el Estado, aquí, asume simplemente un papel de observador, que actuará como un ente vigilante y solo intervendrá

cunado se vean afectadas las condiciones para que la persona se desarrolle como tal.

Solo si hago un uso indebido, no acorde con la funcionalidad para la cual existe el derecho realizando un ejercicio abusivo del mismo, intervendrá el Estado, expresión más cabal de estos derechos son la libertad (y lo que ello encierra), la propiedad y la igualdad.

Y cuando hablamos de derechos políticos hablamos de que, si se ha constituido una relación de poder, es necesario que los ciudadanos tengan intervención en dicha relación, ello se verifica en el derecho de elección de sus representantes, protestando, fiscalizando la acción pública.

**B.** La segunda generación de derechos es la que se promueve después de la primera guerra mundial y tiene que ver con el llamado Estado Social.

Fundamentalmente, aquí se constitucionalizan los efectos derivados de la igualdad, es decir, ya habíamos conquistado la igualdad ante la ley<sup>11</sup>,

---

<sup>11</sup> El Tribunal Constitucional respecto a la igualdad en la ley y ante la ley ha señalado en la sentencia recaída en el Expediente N.º 03525-2011-PA/TC, párrafo cuarto. “(...) La igualdad como derecho fundamental está consagrada por el artículo 2 de la Constitución de 1993, de acuerdo al cual: “(...) toda persona tiene derecho (...) a la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen,

no obstante, se plantea la idea de que dicha igualdad no puede ser materializada si previamente no se ofrecen las condiciones mínimas para que ello se materialice.

En consecuencia, allí se plantea un cambio, ese Estado que era solo espectador y en estado vigilante, pasa a ser un Estado promotor, gestor, controlador, es decir, es un Estado que propicia las condiciones necesarias para que ese contexto de igualdad se cree y eventualmente se concrete.

**C.** Finalmente, los derechos de tercera generación son aquellos que surgen después de la segunda guerra mundial, cuando se reconoce que hay determinados derechos que nos son responsabilidad de la persona,

---

raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole". Contrariamente a lo que pudiera desprenderse de una interpretación literal, estamos frente a un derecho fundamental que no consiste en la facultad de las personas para exigir un trato igual a los demás, sino a ser tratado de igual modo a quienes se encuentran en una idéntica situación.

Constitucionalmente, el derecho a la igualdad tiene dos facetas: igualdad ante la ley e igualdad en la ley. La primera de ellas quiere decir que la norma debe ser aplicable por igual a todos los que se encuentren en la situación descrita en el supuesto de la norma; mientras que la segunda implica que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales, y que cuando el órgano en cuestión considere que debe apartarse de sus precedentes, tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable.

Sin embargo, la igualdad, además de ser un derecho fundamental, es también un principio rector de la organización del Estado social y democrático de Derecho y de la actuación de los poderes públicos. Como tal, comporta que no toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación, pues no se proscribiera todo tipo de diferencia de trato en el ejercicio de los derechos fundamentales; la igualdad solamente será vulnerada cuando el trato desigual carezca de una justificación objetiva y razonable. La aplicación, pues, del principio de igualdad, no excluye el tratamiento desigual; por ello, no se vulnera dicho principio cuando se establece una diferencia de trato, siempre que se realice sobre bases objetivas y razonables." (STC 00009-2007-PI/TC, fundamento 20).

que nos son solamente responsabilidad de los Estados, sino que son un compromiso de toda la Humanidad, ya que de otra manera no se podría preservar el medio ambiente, la paz, no se podría tutelar el patrimonio histórico de la humanidad, que son derechos de solidaridad, entendemos que se los entiende como la defensa de intereses difusos.

Otra clasificación, distinta a la de orden cronológico que se ha explicado presentemente, es la que distingue entre derechos expresos, implícitos y asimilados.

De ello se tiene que los derechos expresos son aquellos que se encuentran mencionados literalmente, cuyo enunciado puede deducirse por la sola lectura de la Constitución. Respecto de ellos no se hace necesario determinar su existencia a través de algún método de integración normativa, se verifica respecto de estos la positivización de un derecho, se inserta una potestad dentro del contenido de un derecho expresamente reconocido en el texto constitucional.

Los derechos implícitos son aquellos que surgen por la interpretación a partir de los derechos respecto de los cuales ya se efectuó un expreso reconocimiento. Es decir, no se trata de nuevos descubrimientos, por

decirlo de algún modo, sino del desarrollo de los componentes que conforman un determinado derecho.

Tal situación se contempla en el artículo 3 de nuestra Constitución, en donde expresa que no obstante darse reconocimiento expreso a ciertos derechos, ello no excluye a otros de naturaleza análoga o que se funden en la dignidad del hombre.

Su antecedente se encuentra en la IX Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos<sup>12</sup>, introducida en 1791 como parte del Bill of Rights. A través de dicha Enmienda se quería poner en evidencia que la proclamación de ciertos derechos fundamentales en la Constitución Federal solo tenía un valor declarativo, puesto que la existencia de los derechos esenciales del hombre es previa a cualquier regulación en una norma jurídica, así sea esta la norma constitucional (Carpio, 2005).

Así, de lo que expresa el artículo 3 de la Constitución se puede hacer una interpretación extensiva, a partir de aquellos contenidos expresamente regulados. Uno de los significados más importantes es

---

<sup>12</sup> Enmienda IX.- El hecho de que en la Constitución se enumeren ciertos derechos no deberá interpretarse como una negación o menosprecio hacia otros derechos que son también prerrogativas del pueblo.



que en nuestro ordenamiento jurídico la noción de derechos constitucionales no se reduce a lo que la Constitución vigente expresamente reconoce, sino que también comprende a los que, si bien no se hallan explícitamente enunciados, sin embargo, admiten la misma consideración, dentro del mismo rango de jerarquía normativa, pues se deducen de principios supremos del ordenamiento constitucional.

Asimismo, cabe considerarse como una cláusula de desarrollo de los derechos constitucionales, es decir, un catálogo no acabado y, por el contrario, abierto a su expansión. En ese sentido, es de admitirse que la Constitución ha confiado dicha labor de identificación de derechos no expresados, a los jueces (ordinarios o constitucionales), en ellos radica la labor de expandir el catálogo de derechos expresado en la Constitución, con la finalidad de ir adaptando la norma constitucional a los fines para los que fue creada, pues, es claro que la Constitución, por el carácter amplio y general que esta ostenta, no se orienta a regular de forma específica y de manera pormenorizada cada aspecto de la vida social.

Sin perjuicio de lo anterior, debe tenerse presente que al hacer referencia a derechos implícitos no se hace referencia a contenidos nuevos o creación, por así decirlo, de un nuevo derecho. La referencia

al artículo 3 de la Constitución solo debe quedar reservada a los supuestos en donde se haya identificado un contenido que ha sido obviado en el texto constitucional o que por el avance de las sociedades hoy se hace rescatable.

En ese sentido el Tribunal Constitucional ha desarrollado que el contenido del artículo 3 de la Constitución será considerado “(...) solo para aquellas especiales y novísimas situaciones que supongan la necesidad del reconocimiento de un derecho que requiera de una protección al más alto nivel y que, en modo alguno, pueda considerarse que está incluido en el contenido de algún derecho constitucional ya reconocido en forma explícita” (STC N.º 0895-2001-AA/TC, 2001).

### **2.3.3. Principios de interpretación constitucional**

Reconocida la naturaleza jurídica de la Constitución, debe reconocerse también la posibilidad de que sea objeto de interpretación. No obstante, la particular estructura normativa de sus disposiciones que, a diferencia de la gran mayoría de las leyes, no responden en su aplicación a la lógica subsuntiva (supuesto normativo subsunción del hecho - consecuencia), exige que los métodos de interpretación constitucional no se agoten en aquellos criterios clásicos de interpretación normativa (literal, teleológico, sistemático e histórico), sino que abarquen, entre otros elementos, una

serie de principios que informan la labor hermenéutica del juez constitucional. Tales principios son (Komad, 1992):

**A.** El principio de unidad de la Constitución: Conforme al cual la interpretación de la Constitución debe estar orientada a considerarla como un todo armónico y sistemático, a partir del cual se organiza el sistema jurídico en su conjunto, tal concepción se ve expuesta por el Tribunal Constitucional en sus sentencias: STC N.º 1091-2002-HC, fundamento 4; STC N.º 0008-2003-AI, fundamento 5; STC N.º 0045-2004-HC, Fundamento 3.

**B.** El principio de concordancia práctica: En virtud del cual toda aparente tensión entre las propias disposiciones constitucionales debe ser resuelta optimizando su interpretación, es decir, sin sacrificar ninguno de los valores, derechos o principios concernidos, y teniendo presente que, en última instancia, todo precepto constitucional, incluso aquellos pertenecientes a la parte orgánica de la Constitución se encuentran reconducidos a la protección de los derechos fundamentales, como manifestaciones del principio-derecho de dignidad humana, cuya defensa y respeto es el fin supremo de la sociedad y el Estado.

Así se verifica de los pronunciamientos emitidos por el Tribunal Constitucional: STC N.º 1797-2002-HC, fundamento 11; STC N.º 2209-2002-AA, fundamento 25; STC N.º 0001-2003-AI /0003-2003-AI, fundamento 10; STC N.º 0008-2003-AI, fundamento 5; STC N.º 1013-2003-HC, fundamento 6; 1076-2003-HC, fundamento 7; STC N.º 1219-2003-HC, fundamento 6; STC N.º 2579-2003-HC, fundamento 6; STC 0029-2004-AI, fundamento 15.

**C.** El principio de corrección funcional: Este principio exige al juez constitucional que, al realizar su labor de interpretación, no desvirtúe las funciones y; competencias que el Constituyente ha asignado a cada uno de los órganos constitucionales, de modo tal que el equilibrio inherente al Estado Constitucional, como presupuesto del respeto de los derechos fundamentales, se encuentre plenamente garantizado.

Este principio se presenta en cada ocasión en la que el Tribunal Constitucional delimita las competencias que la Constitución ha conferido a los distintos órganos constitucionales, por ejemplo, en la sentencia del pleno del Tribunal Constitucional STC 0020-2005-PI / 0021-2005-PI (acumulados), respecto a las competencias los Gobiernos Regionales.

**D.** El principio de función integradora: El resultado de la interpretación sólo podrá ser considerado como válido en la medida que contribuya a integrar, pacificar y ordenar las relaciones de los poderes públicos entre sí y las de éstos con la sociedad. Ello se verifica de la STC N.º 0008-2003-AI, que en su fundamento 5 desarrolla:

La interpretación institucional permite identificar en las disposiciones constitucionales una lógica hermenéutica unívoca, la que, desde luego, debe considerar a la persona humana como el prius ético y lógico del Estado social y democrático de derecho. En efecto, las normas constitucionales no pueden ser comprendidas como átomos desprovistos de interrelación, pues ello comportaría conclusiones incongruentes. Por el contrario, su sistemática interna obliga a apreciar a la Norma Fundamental como un todo unitario, como una suma de instituciones poseedoras de una lógica integradora uniforme.

Por se hace necesario dejar de lado las valoraciones netamente subjetivas, para la concreción de tal finalidad coadyuvan los principios interpretativos institucionales de unidad de la Constitución, eficacia integradora y concordancia práctica.

En esa misma línea, en el mismo fundamento 5 de la sentencia aludida se señala que ninguna sociedad que se precie de mantener una sólida identidad con el bien común, puede soslayar que la Constitución encierra todo un complejo cultural, en el que es posible identificar un “mínimo común axiológico”, esto es, el punto de encuentro entre los valores básicos de la comunidad. Así, la Constitución no se limita a ser

un conjunto de textos jurídicos o un mero compendio de reglas normativas, sino la expresión de un grado de desarrollo cultural, un medio de auto representación de todo un pueblo, espejo de su legado cultural y fundamento de sus esperanzas y deseos.

Los fundamentos axiológicos de la Constitución -cuyo presupuesto ontológico es la dignidad de la persona humana (artículo 1)-, son la expresión y la propia proyección de nuestra comunidad. De ahí su importancia; y la necesidad inexorable de reconocerlos, desarrollarlos y ubicarlos en el contenido esencial de todos y cada uno de los derechos fundamentales.

**E.** El principio de fuerza normativa de la Constitución: La interpretación constitucional debe encontrarse orientada a revelar y respetar la naturaleza de la Constitución como norma jurídica, vinculante de forma íntegra a todo aspecto a los cuales se extiendan las relaciones jurídicas en sociedad y no sólo parcialmente. Esta vinculación alcanza a todo poder público, cuya eficacia, desde luego, involucra al propio Tribunal Constitucional, ello se verifica de las sentencias STC N.º 0976-2001-AA, fundamento 5; STC N.º 1124-2001-AA, fundamento 6.

Finalmente, en cuanto a la protección de derechos fundamentales, si bien se tiene como punto de partida un reconocimiento o positivización a través de un texto constitucional, y siendo esta la norma superior, todos los poderes están sometidos a su contenido, ello no siempre puede verificarse

en la realidad, produciéndose violación de derechos incluso por parte de los mismos órganos que integran el ente estatal.

Ante ello, se ha constituido un ámbito de protección a nivel internacional en donde se verificará el cumplimiento por parte del Estado de las obligaciones a las cuales está sometido, en materia de protección de derechos fundamentales.

Nuestra Constitución prevé tal situación en su artículo 55 y mediante la Cuarta Disposición Final y Transitoria referente a la interpretación de los derechos fundamentales. De esta manera, las Convenciones Internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Estado peruano, por pertenecer al ordenamiento jurídico interno, son Derecho válido, eficaz y, en consecuencia, de aplicación inmediata para la tramitación de un proceso y su resolución de un caso concreto.

En tal sentido, el ejercicio interpretativo que realice todo órgano jurisdiccional del Estado (o que desempeñe funciones materialmente jurisdiccionales), para determinar el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales, debe estar obligatoriamente informado por las disposiciones de las Convenciones Internacionales de derechos humanos y por la interpretación que de las mismas realizan los

tribunales internacionales sobre derechos humanos a través de sus sentencias y otros instrumentos.

#### **2.3.4. Neo constitucionalismo o Estado Constitucional de Derecho**

El llamado Estado Constitucional de Derecho o neo constitucionalismo, refleja la influencia de la vertiente ius naturalista al afirmar que los derechos humanos son anteriores y superiores al Estado, y que este se limita a reconocerlos.

Así, con el objetivo de reivindicar el papel del Estado en la protección de la dignidad del hombre, la cual se vio sumamente vulnerada en los hechos históricos de la Primera y Segunda Guerra Mundial, surge una nueva concepción del constitucionalismo, según la cual, la norma constitucional no debe ser concebida como un simple pacto entre gobernantes y gobernados que plasma los derechos fundamentales y la estructura del Estado (carácter político – orgánico), sino que debe ser asimilada y aceptada por todos como una norma jurídica y fundamental, jurídica debido a la vinculación que tiene tanto con las autoridades estatales como con los particulares, y fundamental, ya que se presenta como eje principal del Ordenamiento Jurídico (carácter jurídico – dogmático).



Respecto a este último punto, resulta relevante lo dicho por Castillo Córdova en relación a la vinculación entre la Constitución y sus destinatarios:

Lo importante es preguntarse por los elementos jurídicos que se pueden predicar de la Constitución de modo que jurídicamente se pueda exigir su cumplimiento efectivo. Y esos elementos son al menos los dos siguientes: la consideración de la Constitución como una norma fundamental, base de todo el Ordenamiento Jurídico de un Estado; y la consideración de la Constitución como una realidad que nace y está destinada a normar efectivamente las relaciones entre particulares y poder político, y entre los particulares entre sí. (2006, p. 879)

Anteriormente, bajo la autoridad del ius positivismo, el Estado de Derecho se manifestaba únicamente en la normatividad del mismo, es decir, la Constitución venía a ser un listado de derechos fundamentales, libertades básicas, y otro tipo de derechos; que no trascendía más allá del formalismo y que no se esmeraba en implementar mecanismos que viabilizarán la materialización de aquel contenido normativo, es decir, se tenía Constitución pero solo en su sentido formal, como simple declaración, mas no como un real intento por cumplir el programa que venía diseñado en tal instrumento.

Sin embargo, no sucede lo mismo en el Estado Constitucional de Derecho, el mismo que pone énfasis en la vinculación y eficacia de la norma constitucional, se propugna el predominio de aquello que en realidad

cautela el ejercicio y vigencia de los derechos fundamentales (Constitución material), dado por la implementación de mecanismos procesales que sirvan como vehículo para materializar tales derechos, y en caso se produzca una violación o amenaza de los mismos, se cuente con los instrumentos procesales para revertir dicha situación y adoptar medidas para que tales actos lesivos no se vuelvan a cometer.

En estricto, toda norma que quiera llamarse realmente Constitución debe ser concebida como un instrumento jurídico dirigido a delimitar efectivamente el ejercicio del poder, en particular del poder político. Esta finalidad puede alcanzarse a través de dos medios. El primero es evitando la concentración del poder político en unas solas manos y, por tanto, previendo facultades a órganos constitucionales distintos, como pueden ser el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial. El segundo es reconociendo o garantizando a través de una lista cerrada o abierta, los derechos de las personas en cuanto persona. (Castillo Córdova, 2006, pp. 185-186)

Sin embargo, este no es el único aporte de la evolución histórica del constitucionalismo, sino que también introduce un contenido valorativo que hoy en día ha adoptado una singular trascendencia, incluso prevista en el artículo 1 de nuestra Constitución, nos referimos a la dignidad de la persona vista no sólo como la esencia de los derechos fundamentales, sino, como margen de actuación de cualquier poder del Estado y de todo particular, los cuales están obligados a respetarla aun cuando no exista norma positiva específica o se puedan extraer más de un sentido interpretativo de la misma, en tal caso se preferirá la que resulte más coherente con el principio *Pro Homine*.

Visto el neo constitucionalismo como ideología, se advierte que este se diferencia parcialmente del constitucionalismo clásico por acentuar mucho más el objetivo de garantizar los derechos fundamentales, que el de limitar el poder estatal. Este cambio de énfasis se debe a que el Estado democrático contemporáneo, a diferencia de aquél al que se oponía el constitucionalismo clásico, no es más visto con temor y sospecha, es decir, hoy en día se ha logrado, aunque no de forma plena ni infalible, que exista un equilibrio entre aquellos órganos que se les ha asignado funciones específicas en la detentación del poder (Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial).

En base a lo manifestado, se puede advertir algunos rasgos diferenciadores del neo constitucionalismo que guardan relación con la protección de los derechos fundamentales y son principalmente: Se admite que el derecho está conformado no sólo por reglas sino por principios y otro tipo de normas; la legalidad se supedita a la constitucionalidad y no hay neutralidad ni se deja de lado el axioma valorativo en el Derecho.

En conclusión, la protección de los derechos humanos desde una perspectiva neo constitucionalista es amplia y no restringida, pues no se limita a lo descrito en el texto legal, sino que se remite siempre a la Constitución, y es claro que también nos remite a las Convenciones

Internacionales sobre Derechos Humanos, pues, es rasgo fundamental de las Constituciones modernas la preponderancia que se le ha asignado a dos aspectos básicos.

En primer lugar, el respeto de la dignidad de la persona, la cual no puede verse eliminada, ni negarse dicha cualidad a la persona, independientemente de los actos que este hubiere cometido, pues justamente ese es el rasgo principal que lo diferencia de otros sujetos de derecho. En segundo lugar, ya en el marco de un proceso (jurisdiccional o no), se busca garantizar el contenido de dicha cualidad (dignidad), mediante el reconocimiento de derechos y garantías de corte procesal que buscan garantizar que los derechos fundamentales no se vean reducidos o eliminados de forma arbitraria y desproporcionada.

Cabe aquí destacar que la naturaleza de la Constitución, por la carga axiológica que encierra y por tener un carácter flexible, en el sentido que debe adaptarse a las distintas situaciones que surjan en la sociedad en que se aplique, no puede variar a cada momento, tal situación no contribuye a generar confianza en el contenido que esta regula, es por ello que la Constitución tiene (o debería tener) vocación de permanencia, lo cual se logra a través de la instauración de principios y garantías de carácter general, los cuales no podrán ser reducidos, además de no

asumir una forma cerrada en cuanto a su contenido, pues de igual manera ello supondría tener que alterar el texto constitucional cada vez que se busque incorporar o dar reconocimiento expreso a determinados derechos o contenidos conexos, trayendo a colación la noción de derechos implícitos.

### **2.3.5. Constitucionalización del proceso penal**

Reconocida y aceptada la Constitución como norma suprema, su ámbito de aplicación irradia (o debería hacerlo) a todo espacio del derecho, a tales alcances no está exento el derecho penal, es más, al ser el derecho penal el instrumento más gravoso en cuanto a su injerencia en las libertades del ser humano, incluso con el solo hecho de estar sometido a una investigación sindicándose a una persona como presunto responsable por un ilícito penal, debe estar en directa concordancia con los postulados constitucionales, los cuales diseñan instituciones dedicadas a la garantía y protección de los derechos fundamentales, al ser estos eje principal de un Estado Constitucional de Derecho.

Rodríguez Hurtado citado por Cerda San Martín, afirma que:

La fortuna del Proceso Penal depende del equilibrio que alcancen los extremos atendidos en permanente tensión: la seguridad y la eficacia ante el delito para restablecer la paz y la tranquilidad, por un lado, y las garantías o derechos fundamentales del inculcado, por el otro. (2011, p. 15)

Es claro que frente a un hecho delictuoso que trasgrede la norma jurídica penal trastocando bienes jurídicos protegidos (lesión o amenaza), que en concreto se refiere a la lesión de las libertades de la persona, debe proceder una sanción proporcional a los fines concretos que busca el Estado mediante la aplicación de una pena.

Encontramos por un lado el interés de la sociedad y el de la víctima; el de la sociedad porque la acción ilícita sea perseguida y de encontrarse responsabilidad en el imputado se proceda a su sanción, y el de la víctima porque sea reparada en cuanto a las consecuencias producto del delito cometido en su perjuicio, lo cual supone no dejar impune el acto, además de adoptarse medidas concretas para que tal acto no vuelva a repetirse, constituyendo tales intereses prioridades para el Estado en el marco de la intervención penal, no obstante, en la otra cara de la moneda encontramos también un legítimo interés del imputado, el cual, a pesar de verse involucrado en un proceso penal, no pierde su calidad de ser humano ni su dignidad; es por estas razones que un proceso penal, debe constituirse también en garantía de los derechos fundamentales de tal sujeto, y cualquier injerencia ilegítima en los mismos no es de recibo en el marco de un Estado respetuoso de la Constitución.

En realidad el fenómeno de la constitucionalización de muchas de las instituciones que conforma nuestro ordenamiento jurídico, entre ellas, aquellas que conforman el derecho penal y procesal penal, no debería sorprendernos o constituir un nuevo descubrimiento, en todo caso, es lógico que al ser la Constitución la norma suprema, toda forma de ejercicio del poder, y entre ellos, obviamente el derecho (norma positivizada), debe orientarse a estar acorde con los postulados recogidos en ella, asimismo, los jueces en la aplicación del derecho al caso concreto debieran observar tales garantías, ello viene dado por los artículos 1 y 44 de la Constitución referidos a la defensa de la dignidad humana como fin supremo del Estado, y a rol del Estado garante.

Lo anterior se verifica de la idea que expresa el profesor Claus Roxin cuando señala que "(...) el derecho procesal penal es el sismógrafo de la Constitución Política del Estado" (2003, p. 10), asimismo, el profesor Gómez Colomer precisa que los derechos fundamentales procesales, entendidos en sentido amplio, incluyen también a los principios procesales, garantías institucionales y libertades públicas reconocidos por la Constitución y que tiene aplicación en el proceso penal (1996).

Por tanto, por garantías constitucionales del proceso penal debe entenderse el cúmulo de principios, derechos y libertades fundamentales reconocidos o expresados en la Constitución, esto es, se busca otorgar al imputado un mínimo marco de seguridad jurídica en cuanto a la actuación de aquellos que intervendrán en el proceso penal (Ministerio Público, Juez, defensa del agraviado).

En virtud de lo expresado, debemos verificar la concordancia existente entre proceso penal y Constitución, esto es, el marco sobre el cual actúan y se desenvuelven los sujetos que participan de un proceso penal; ello se logrará en base a la determinación, de forma concreta, de cuál es la finalidad que asume el proceso penal en el marco de un Estado Constitucional de Derecho, pues, a partir de ello se podrá hablar de si el proceso penal es o no coherente con los postulados constitucionales y con un sistema de justicia penal que asume un modelo garantista.

En tal sentido, podemos identificar hasta tres finalidades básicas a las cuales podría orientarse el proceso penal: a) la búsqueda de la verdad, b) la obtención de certeza o c) servir como garantía de los derechos fundamentales.



## **A. La búsqueda de la verdad**

Pareciese que el CPP2004 establece como su finalidad principal y como justificación para la imposición de medidas restrictivas de derechos, y en general, para centrar el eje de una investigación y eventual proceso penal, la averiguación de la verdad.

Ello se verificaría del artículo 253 inciso 3 del CPP2004, respecto de las medidas de coerción procesal señala: “La restricción de un derecho fundamental sólo tendrá lugar cuando fuere indispensable (...), así como para impedir la obstaculización de la averiguación de la verdad y evitar el peligro de reiteración delictiva”.

Asimismo, el artículo 268 literal c) del mismo cuerpo legal, respecto a los presupuestos para la imposición de la medida de prisión preventiva, señala: “(...) c) Que el imputado, en razón a sus antecedentes y otras circunstancias del caso particular, permita colegir razonablemente que tratará de eludir la acción de la justicia (peligro de fuga) u obstaculizar la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización)”.

En el mismo sentido el artículo 287 inciso 1 del CPP2004, sobre la comparecencia restrictiva, señala: “Se impondrán las restricciones previstas en el artículo 288, siempre que el peligro de fuga o de

obstaculización de la averiguación de la verdad pueda razonablemente evitarse”.

El artículo 295 inciso 1 del mismo Código respecto a la solicitud de impedimento de salida: “Cuando durante la investigación de un delito sancionado con pena privativa de libertad mayor de tres años resulte indispensable para la indagación de la verdad (...)”.

En este punto, más que una discusión jurídica, se centraría en una discusión filosófica, en el sentido de determinar en primer lugar qué es lo que podemos concebir como “verdad” (discusión meta jurídica), ello si se parte de la difundida noción de la existencia de “dos verdades”, es decir, existiría una verdad material que vendría dada por lo que realmente ocurrió, haciendo referencia a un hecho, como dato fáctico; y por otro lado, poder sostener que existe una verdad procesal, en la cual, en mayor o menor medida, ya no se observa el dato fáctico (verdad material), y se opta por aquello que ha tenido lugar en el proceso, es decir, aquello que puede acreditarse o eventualmente aquello que el juez considera que es “verdad” por medio de la actividad probatoria desplegada.

En esa línea, el profesor Michele Taruffo desarrolla que habría, por un lado, una verdad formal (judicial o procesal) que sería establecida en el proceso por medio de las pruebas y de los procedimientos probatorios; y, por otro lado, habría una verdad material (histórica, empírica o, simplemente, verdad) referida al mundo de los fenómenos reales o, en todo caso, a sectores de experiencia distintos del proceso y que se obtendría mediante Instrumentos cognoscitivos distintos de las pruebas judiciales. Es habitual también distinguir entre una verdad relativa, que es típica del proceso, y una verdad absoluta, que existiría en algún lugar fuera del proceso (2002).

## **B. La obtención de certeza**

En segundo término, puede considerarse que el fin concreto de un proceso penal sería la búsqueda u obtención de la certeza, es decir, el grado de convicción al que llega un juzgador. Al ser el juez un sujeto extraño a lo ocurrido en la realidad, se irá formando un determinado grado de convicción en función de lo que las partes hayan afirmado (carga de la afirmación) y eventualmente, según el material probatorio actuado en la etapa pertinente y lo que se logre acreditar.

En este punto, se tiene que el juez parte de la ignorancia absoluta respecto a los hechos que habrían ocurrido, pues no tiene contacto con

tales acontecimientos presentados en plano extra procesal, por ello, se suele decir que el juez es un historiador, lo cual nos parece acertado, pues el juez no verifica hechos propiamente dichos, sino, las afirmaciones que respecto a los mismos (hechos) los sujetos procesales puedan introducir al proceso, y el juez, en base a lo que las partes logren acreditar irá realizando una labor reconstructiva y generarse un esquema mental de aquello que, sobre la base de afirmaciones acreditadas, habría ocurrido, esta actividad psicológica realizada sobre la base de valoración probatoria es lo que se llama “prueba” propiamente dicha.

Luego, como un segundo nivel se presenta la duda, la cual representa un estado mental del juzgador, respecto a la existencia o no del hecho o de la responsabilidad o no del imputado. Es un estado neutro, pues expresa el fracaso en el intento por llegar a la comprobación de la hipótesis y/o pretensión que se orientaba a desvirtuar la presunción de inocencia, por ende, se verifica la imposibilidad de emitir un juicio de certeza o probabilidad positivo o negativo sobre la hipótesis objeto de averiguación (tema de prueba).

Al respecto, el Tribunal Constitucional desarrolla aspectos vinculados a la actuación del juzgador en caso de encontrarse en el estado de duda

y su incidencia respecto del principio de presunción de inocencia y el *in dubio pro reo* (STC N.º 02487-2013-PA/TC, 2013).

Que este Tribunal, en reiterada jurisprudencia, ha declarado que el amparo contra resoluciones judiciales procede siempre que se trate de una decisión judicial firme que vulnere en forma directa y manifiesta un principio constitucional o un derecho fundamental que lo convierta en una decisión judicial inconstitucional. Asimismo, ha explicado que “tanto la presunción de inocencia como el *in dubio pro reo* inciden sobre la valoración probatoria del juez ordinario. En el primer caso, supone que a falta de pruebas aquella no ha quedado desvirtuada, manteniéndose incólume, y en el segundo caso, supone que ha habido prueba, pero que esta no ha sido suficiente para despejar la duda (la suficiencia no se refiere a la cantidad de pruebas incriminatorias, sino a la entidad y cualidad que deben reunir estas).

La sentencia, en ambos casos, será absoluta (Exp. N.º 0728-2008-PHC/TC, FJ 37). Y, por último, este Tribunal también ha precisado que salvo que exista una vulneración manifiesta del contenido constitucionalmente protegido de algún derecho fundamental procesal o sustantivo, el *in dubio pro reo*, que “forma parte del convencimiento del órgano judicial, pues incide en la valoración subjetiva que el juez hace de los medios de prueba, no goza de la misma protección que tiene el derecho a la presunción de inocencia. En efecto, no corresponde a la jurisdicción constitucional examinar si está más justificada la duda que la certeza sobre la base de las pruebas practicadas en el proceso, pues ello supondría que el juez constitucional ingrese en la zona (dimensión fáctica) donde el juez ordinario no ha tenido duda alguna sobre el carácter incriminatorio de las pruebas” (Exp. N.º 0728-2008-PHC/TC, FJ 38).

Luego, se presenta la probabilidad, la cual constituye un punto medio entre certeza y duda. Estado mental del juez en el cual no está completamente convencido, considera solo como “probable” que el

hecho haya existido y que sobre el imputado recaiga la responsabilidad por el hecho atribuido, la misma puede ser:

- a. Probabilidad positiva: los elementos existentes a nivel probatorio tornan más probable la tesis incriminatoria. Permite el dictado de medidas cautelares personales o reales, así como las medidas limitativas de derechos durante la etapa de investigación; mientras que la certeza subjetiva positiva es exigible para la condena en la etapa del juicio.
- b. Probabilidad negativa: los elementos reunidos hacen pensar que es más probable que el hecho no haya existido o que el imputado no haya sido el autor. También permite el dictado del sobreseimiento del proceso, cuando no existe razonablemente la posibilidad de incorporar nuevos datos a la investigación y no haya elementos de convicción suficientes para solicitar fundadamente el enjuiciamiento del imputado.

Finalmente, llegamos a la certeza, la cual tiene lugar cuando se han despejado las dudas razonables que pudieren haber existido, lo cual se obtiene cuando las afirmaciones o pretensión penal introducida al proceso ha quedado acreditada, o cuando existe certeza respecto a la inexistencia de responsabilidad del imputado sobre el ilícito que se le atribuye.

Al respecto, se tiene la sentencia vinculante emitida por la Corte Suprema en el marco del Primer Pleno Casatorio Penal (Sentencia Plenaria Casatoria N.º 1-2017/CIJ-433, 2017), en cuyo fundamento 23 señala:

Por otra parte, en el desarrollo de la actividad procesal, de persecución, procesamiento, acusación – enjuiciamiento y condena (...), como es obvio, el estándar o grado de convicción no será el mismo. Éste, conforme al principio de progresividad en el desarrollo de la acción penal durante el procedimiento penal, atraviesa varias fases y en cada una de ellas las exigencias son mayores –unificados bajo el concepto muy difuso de “prueba semiplena”–, hasta exigir el grado de convicción pleno del órgano jurisdiccional, más allá de toda duda razonable, cuando se trata de pronunciar una sentencia condenatoria ( Martín Agustín-Jesús Pérez Cruz y otros, 2009, pp. 452). Seguridad, certeza y verdad existen recién al final del juicio oral cuando el juez arribó a un convencimiento sobre el curso de los acontecimientos; mientras tanto, todas las decisiones hasta la sentencia son adoptadas o fundadas con base en la sospecha (Volk, 2016, pp. 78-79).

Ésta, por lo demás, se sustenta en el principio de proporcionalidad –a tono con la magnitud del interés persecutorio del Estado–, que permite justificar la formulación de disposiciones y resoluciones intermedias en el curso del proceso penal que puedan afectar la libertad del imputado hasta antes de la sentencia, sin vulnerar la garantía de presunción de inocencia, porque no es una consecuencia de ella (Rodríguez, 2017, p. 393)

Asimismo, sobre la base de los estándares probatorios se tiene que, primero, para la emisión de la disposición de diligencias preliminares sólo se requiere sospecha inicial simple, para “(...) determinar si han tenido lugar los hechos objeto de conocimiento y su delictuosas, así como asegurar los elementos materiales de su comisión, individualizar a las personas involucradas en su comisión (...) y, dentro de los límites

de la Ley, asegurarlas debidamente” (artículo 330 inciso 2 del CPP2004).

Segundo, para la expedición de la disposición de formalización de la investigación preparatoria se necesita sospecha reveladora, esto es, “(...) indicios reveladores de la existencia de un delito, que la acción no ha prescrito, que se ha individualizado al imputado y que, si fuera el caso, se han satisfecho los requisitos de procedibilidad (...)” (artículo 336 inciso 1 del CPP2004).

Tercero, para la formulación de la acusación y la expedición del auto de enjuiciamiento se precisa sospecha suficiente, vale decir, “(...) base suficiente para ello (...)” o “(...) elementos de convicción suficientes para solicitar fundadamente el enjuiciamiento del imputado” (artículo 344 inciso 1 y 2 literal d) a contrario sensu del CPP2004).

De lo expresado se puede colegir que, para aplicar una condena un juez necesariamente tiene que llegar al nivel de certeza, previamente habiéndose eliminado toda razón relevante que genere duda. Esta certeza puede ser:

- a. Certeza positiva: convicción respecto a la ocurrencia del enunciado que constituye la pretensión acusatoria que justifica una condena,



que afirme que un hecho existió, que este constituye determinado delito y que fue cometido por el imputado.

- b. Certeza negativa: si ha llegado a la convicción de que la premisa en la cual se sustenta la tesis inculpativa no se ha verificado, es decir, se tiene por acreditado que la responsabilidad no recae en la persona del imputado, en consecuencia, la absolución del acusado deviene inevitable mediante sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento.

### **C. La protección de los derechos y garantías fundamentales**

En último término, se podría considerar que el fin concreto del proceso penal es servir de garantía de protección de los derechos fundamentales del procesado.

Ello encuentra sustento en la protección de derechos fundamentales a los cuales se debe orientar el proceso penal, sobre la base de la dignidad de la persona y los preceptos y garantías que constitucionalmente (en el ámbito local) e incluso en el ámbito internacional han sido consagradas mediante Convenciones que consagran derechos humanos.

Debe considerarse que el proceso penal no es un instrumento destinado a la limitación arbitraria de las libertades, o que la persecución del delito

debe realizarse a cualquier costo, tal situación solo va a encontrar legitimación en tanto y en cuanto sus fines concretos estén acordes al programa constitucional que se pretende introducir en un Estado Constitucional de Derecho, dicho esto, toda acción, norma jurídica o proceso en su conjunto que pretenda desconocer tal situación deviene en inconstitucional.

Finalmente, respecto a los dos primeros fines a los cuales se orientaría el proceso penal. Primero, no se puede considerar que la finalidad del proceso penal sea la verdad, en primer lugar, porque el resultado de un proceso penal, en último término depende de lo que las partes desarrollen y aporten al interior del mismo, concretamente en función al despliegue de actividad probatoria realizada (carga de la afirmación y aportación de medios de prueba).

Es decir, si en un caso concreto, luego del desarrollo de la actividad probatoria de cargo, el juez llegase finalmente al estado en que subsisten dudas respecto a la responsabilidad del acusado, la salida constitucional sería la absolución, lo cual viene dado por el artículo 2 inciso 24 literal e) de la Constitución y por el artículo II del Título Preliminar del CPP2004, pues ello es coherente con la garantía constitucional de presunción de inocencia, la misma que constituye una

regla de trato y de juicio; además, de admitirse la idea de que el fin del proceso penal es la búsqueda de la verdad, se estaría sometiendo al juez, como director del proceso, a continuar ahondando en la investigación por cuenta propia, asumiendo la función de parte, por ejemplo, con el empleo de la prueba de oficio.

La situación antes descrita, en primer término, lesionaría la garantía de la imparcialidad en la labor del juez, el cual únicamente debe constituirse en director del proceso, pues este se identifica como un sujeto procesal mas no como parte en el proceso, lo contrario sería admitir que el juez dependiendo del caso concreto subroga en las atribuciones que constitucionalmente se le han reservado a una de las partes en el proceso penal (Ministerio Público).

En tal sentido, la Constitución ha establecido cuales son los roles a cumplir por parte del juez (artículo 139 en cuanto a principio que rigen la función jurisdiccional) y Ministerio Publico (artículo 159), siendo que el encargado de investigar y demostrar la existencia de responsabilidad penal sobre alguna persona es precisamente este último, no el juez, el cual debe cumplir una labor de garante, en cuanto a la plena vigencia de los derechos al interior de todo proceso, por tanto, será en base a la actividad probatoria de cargo o descargo que emitirá una resolución

que declare la culpabilidad del procesado o emitirá alguna otra resolución que se genere en la tramitación del proceso, y eventualmente, ante la subsistencia de dudas razonables o actividad probatoria suficiente por parte de la defensa, absolverá al procesado.

Segundo, en cuanto a la certeza como finalidad del proceso penal, ello es contrario a dos preceptos que rigen el proceso penal, esto es, el principio de presunción de inocencia y el *in dubio pro reo*, pues, el juez no está en la obligación de llegar a dicho nivel de convicción (certeza), de lo contrario, los preceptos indicados no encontrarían cabida, pues, precisamente estos proceden ante el supuesto de no existir prueba suficiente que acredite la imputación, es decir, no existe certeza.

Asumir la certeza como finalidad del proceso penal significaría que, para que se pueda absolver al imputado deba existir suficiente actividad probatoria que acredite la no responsabilidad del mismo, lo cual trastoca la institución procesal de la carga de la prueba, pues obviamente se le exigiría al imputado que necesariamente acredite su inocencia, de lo contrario el juez tendría que indagar a efectos de llegar a la certeza dentro del proceso penal.

Lo anterior no es de recibo dentro de un Estado Constitucional de Derecho, pues basta que se genere duda sobre la responsabilidad del imputado para que el juez, constitucionalmente, lo absuelva, sin la necesidad de llegar a un nivel determinado de conocimiento, en este caso de certeza.

## **2.4. GARANTÍAS Y PROTECCIÓN JUDICIAL EN LA CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**

### **2.4.1. Control de convencionalidad**

En el marco del desarrollo de los derechos fundamentales se tiene que el grado de protección que estos adoptan no se restringe al ámbito interno de una determinada forma de organización (Estado), protección que puede estar positivizada y recogida en dispositivos normativos con rango legal e incluso en la misma Constitución, sino que hoy en día se verifica un ámbito de protección que rebaza tales esquemas y se orienta al cumplimiento de obligaciones internacionales por parte de los Estados suscriptores de Convenciones que consagran derechos fundamentales, las cuales, según prescribe el artículo 55 de la Constitución forman parte del derecho nacional.

De igual forma, la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución establece que las normas relativas a los derechos y libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración

Universal de Derechos Humanos y con las Convenciones Internacionales sobre las mismas materias ratificadas por el Perú.

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha hecho un desarrollo de aquello que se entiende por control de convencionalidad (STC N.º 04617-2012-PA/TC Panamericana Televisión S.A. vs SUNAT, 2012) señalado que cuando el Tribunal Constitucional o el Poder Judicial, según sea el caso, verifica la constitucionalidad de una norma, la no existencia de conflictos de competencias entre órganos estatales, la no existencia de actos lesivos a los derechos fundamentales de las personas, no está ejerciendo más que un control de constitucionalidad.

En tal sentido, la jurisdicción constitucional (excepcional) o la ejercida por el poder judicial (ordinaria) no sólo debe centrarse en ejercer únicamente un control de constitucionalidad en estricto; sino que se encuentran en la obligación de ejercer un control de convencionalidad, es decir, la potestad jurisdiccional que tienen los jueces locales y los pertenecientes a la jurisdicción supranacional (que en nuestro caso está constituida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos) para resolver controversias derivadas de normas, actos y conductas contrarios a la Convención Americana de Derechos Humanos, a las Convenciones Regionales en

materia de derechos humanos ratificados por el Perú, al *ius cogens*<sup>13</sup> y a la jurisprudencia de la Corte IDH.

El origen de la terminología control de convencionalidad puede identificarse en la utilización, en el ámbito regional, en el voto concurrente del juez Sergio García Ramírez en los términos siguientes:

Para los efectos de la Convención Americana y del ejercicio de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, el Estado viene a cuentas en forma integral, como un todo. En este orden, la responsabilidad es global, atañe al Estado en su conjunto y no puede quedar sujeta a la división de atribuciones que señale el Derecho interno. No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o algunos de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio --sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto-- y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del “control de convencionalidad” que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional. (Myrna Mack Chang vs Guatemala, 2003, p. 27)

Lo expresado no quiere decir que recién a partir de la resolución del citado asunto la Corte IDH haya ejercido el control de convencionalidad; sino que siempre lo ejerció, lo que sucede es que a partir del referido caso se comienza a utilizar la terminología de “control de convencionalidad”.

---

<sup>13</sup> La positivación del *ius cogens* se remonta a 1969, cuando se recoge en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, y cuyo artículo 53 establece: Es nulo todo tratado que en el momento de su celebración está en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.

Siguiendo su misma postura el juez Sergio García Ramírez vuelve a incidir sobre el control de convencionalidad en otros casos resueltos por la Corte IDH.

En cierto sentido, la tarea de la Corte se asemeja a la que realizan los tribunales constitucionales. Estos examinan los actos impugnados --disposiciones de alcance general-- a la luz de las normas, los principios y los valores de las leyes fundamentales. La Corte Interamericana, por su parte, analiza los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que funda su competencia contenciosa. Dicho de otra manera, si los tribunales constitucionales controlan la “constitucionalidad”, el tribunal internacional de derechos humanos resuelve acerca de la “convencionalidad” de esos actos. A través del control de constitucionalidad, los órganos internos procuran conformar la actividad del poder público --y, eventualmente, de otros agentes sociales—al orden que entraña el Estado de Derecho en una sociedad democrática. El tribunal interamericano, por su parte, pretende conformar esa actividad al orden internacional acogido en la convención fundadora de la jurisdicción interamericana y aceptado por los Estados partes en ejercicio de su soberanía.

Del mismo modo que un tribunal constitucional no podría --ni lo pretende—traer ante sí todos los casos en que se cuestione o se pueda cuestionar la constitucionalidad de actos y normas, un tribunal internacional de derechos humanos no aspira -mucho menos todavía que el órgano nacional- a resolver un gran número de litigios en los que se reproduzcan violaciones previamente sometidas a su jurisdicción y acerca de cuyos temas esenciales ya ha dictado sentencias que expresan su criterio como intérprete natural de las normas que está llamado a aplicar, esto es, las disposiciones del tratado internacional que invocan los litigantes. Este designio, que pone de manifiesto una función de la Corte, sugiere también las características que pueden tener los asuntos llevados a su conocimiento. (Tibi Vs. Ecuador, 2004, pp. 3-4)

Sin perjuicio de lo anterior, es en el caso Trabajadores Cesados del Congreso Aguado Alfaro y otros vs. Perú del 24 de noviembre del 2006, donde todos los jueces de la Corte IDH hicieron un análisis más



pormenorizado de la temática del control de convencionalidad expresando en su párrafo 128 que:

Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes (...). (Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú, 2006)

De acuerdo con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, de la cual el Perú es parte, señala en su artículo 2 inciso 1 literal a) que se entiende por “Tratado” un acuerdo internacional celebrado por escrito entre estados y regido por el derecho internacional, sea que conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular.

Así, un tratado puede tener diversas denominaciones como “acuerdo”, “convenio”, “memorándum de entendimiento”, “carta”, entre otras, sin que ello altere su naturaleza jurídica. La citada Convención en su artículo 26 prevé que el Estado debe cumplir de buena fe con sus obligaciones convencionales y no podrá invocar disposiciones de su derecho interno como justificación para el incumplimiento de tales obligaciones.

Se debe tener en consideración que la Corte IDH no se avoca al conocimiento de cuestiones referentes al desarrollo de los aspectos o actos procesales desarrollados en un caso concreto en los tribunales internos, pues, si se admite que la jurisdicción constitucional es excepcional y no se puede activar si existiesen otras vías que cautelen el derecho lesionado, con mayor la jurisdicción internacional, su activación solo se hace procedente ante supuestos de violación de derechos fundamentales cuya protección no se haya logrado a nivel interno debiendo el afectado generarse el interés para obrar (procesal) para acudir ante dichas instancias.

La Corte IDH no se ocupa de las cuestiones internas, sino que su función es la de inspeccionar si los países han vulnerado o no las convenciones sujetas a su competencia. No se trata en verdad de revisar las sentencias de los tribunales domésticos, sino de una función más importante e imprescindible dentro de un mecanismo que se jacta de ser protector de los derechos humanos, puesto que la Comisión y la Corte como únicos órganos de supervisión, pueden y deben determinar si un acto u omisión en que incurran los Estados es o no compatible con la Convención ADH. (Albar German y Cancado Trinade Antonio, 1998, p. 584)

Sin perjuicio de lo anterior, debe tenerse presente que no sólo la Corte IDH ejerce el control de convencionalidad, sino que dicha facultad debe ser ejercida por los jueces locales para evitar que la controversia llegue a la instancia supranacional, cuya intervención es subsidiaria, es decir, que, para llegar a acceder a dicho tribunal internacional, previamente se debe agotar los recursos de jurisdicción interna en atención al artículo 46 inciso 1 literal a) de la Convención Americana de Derechos Humanos. (Almonacid Arellano y otros vs Chile, 2006)

Demostrada la vulneración de las disposiciones supranacionales resulta necesario adecuar el derecho interno al contenido de las Convenciones Internacionales. Esto implica que si la normativa interna de un Estado (legislativa, administrativa o de cualquier otro carácter) y las prácticas de cualquiera de los tres poderes que lo integran, no garantizan los derechos fundamentales reconocidos en el derecho internacional, el Estado debe adecuarlas o, en su caso, suprimirlas y crear garantías que verdaderamente protejan los derechos fundamentales.

En ese punto, no estamos más que ante el deber general del Estado de adecuar su derecho interno (artículo 2 de la Convención ADH). No está demás expresar que no sólo el Poder Judicial debe cumplir con las disposiciones del derecho internacional, sino también el Legislativo y el

Ejecutivo, bajo apercibimiento de generar responsabilidad internacional del Estado.

Se puede distinguir un control de convencionalidad vertical que surge a partir de un ordenamiento internacional, de una jurisdicción supranacional y de una interpretación supraconstitucional. Es un control concentrado ejercido por la Corte IDH, cuyos fallos generan una doctrina jurisprudencial con efectos erga omnes, es decir, que vinculan a todos los tribunales domésticos de la región, quienes tienen un margen de apreciación nacional que les permite aplicar la doctrina convencional de la Corte IDH, según estimen conveniente.

Asimismo, existe un control de convencionalidad horizontal, ejercido por la jurisdicción interna de cada país (control difuso), cuyos efectos son sólo para el país en el cual sus jueces han aplicado los instrumentos internacionales (Convenciones, *ius cogens* o jurisprudencia de la Corte IDH) antes que su normativa interna.

#### **2.4.2. Principales instrumentos internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Perú**

La ratificación del Estado peruano de la Convención ADH que incluye el reconocimiento de los órganos que lo comprenden (Comisión y Corte), así

como el sometimiento a la competencia contenciosa de la Corte, fue realizado por la Asamblea Constituyente de 1978 - 1979.

La Convención ADH fue aprobada con anterioridad por el Gobierno militar mediante el Decreto Ley N.º 22231, publicado en el diario oficial El Peruano el 11 de julio de 1978. Pero esto se consideró insuficiente, y por tanto fue ratificado por la Asamblea Constituyente, y así consta en la Decimosexta Disposición General y Transitoria de la Constitución de 1979.

El instrumento de ratificación por parte del Perú es de 1978, reiterado en 1981. En vista de este último instrumento de ratificación depositado en la sede del Organismo, está vigente para el Perú desde noviembre de 1981. De otro lado, el Estado peruano ha reconocido en materia de derechos humanos, como parte de su ordenamiento jurídico y vinculante para los funcionarios, autoridades o ciudadanos, diversos instrumentos internacionales de derechos humanos, de los que destacan los siguientes:

- A.** Declaración Universal de los Derechos Humanos (aprobada por resolución legislativa 13282 del 24 de diciembre de 1959).
- B.** Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (aprobada en la Novena Conferencia Interamericana de Bogotá de 2 de mayo de 1948).

- C.** Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (aprobado por decreto ley 22128 del 28 de marzo de 1978).
- D.** Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (aprobado por decreto ley 22129 del 11 de julio de 1978 y Constitución de 1979).
- E.** Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José por haberse discutido y sancionada en la capital de Costa Rica (aprobada por decreto ley N.º 22231 de 11 de julio de 1978 y Constitución de 1979).
- F.** Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (aprobada por resolución legislativa N.º 23432 de 4 de junio de 1979).
- G.** Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes (aprobada por resolución legislativa N.º 24815 de 12 de junio de 1988).
- H.** Convención sobre los Derechos del Niño (aprobada por resolución legislativa N.º 25278 de 3 de agosto de 1990).
- I.** Convenio de la OIT 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes (aprobado por el Perú el 2 de febrero de 1994 mediante resolución legislativa N.º 26253).
- J.** Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (aprobado por el Perú el 15 de septiembre de 2001 mediante resolución legislativa N.º 27517).

### **2.4.3. Garantía de la defensa procesal eficaz**

El derecho de defensa en la actualidad se expresa como la posibilidad de que cualquier persona pueda expresarse (derecho a ser oído), plantear cuestionamientos ante situaciones que causen afectación a sus derechos, la posibilidad de intervenir en todos los actos que le sean de interés, y que dichos actos concretos de defensa no sean arbitrariamente restringidos o imposibilitados.

El contenido del mismo está directamente vinculado a la noción de debido proceso, pues hoy en día se entiende que el derecho de defensa forma parte de su contenido, el cual se entiende como un derecho continente, de carácter amplio, cuya entidad se define actualmente a partir de los derechos que lo conforman y desarrollan.

Sin embargo, inicialmente el contenido del derecho de defensa no estuvo claramente delimitado o en todo caso, no se lo verificaba como parte del contenido de un debido proceso, es por ello que el profesor Alfredo Gozaini señala que el nudo problemático que presenta el tema está, precisamente, en esas dos facetas. La primera que relaciona al derecho de defensa como una garantía individual de aquella persona que enfrenta a otro que plantea una pretensión en su contra; y la segunda, se orienta a diferenciar los

contenidos de la garantía del derecho de defensa frente a los que abarca el debido proceso (2017).

En cuanto a esta primera faceta, algunos sostienen que “la expresión defensa no es acertada para calificar, con carácter general, a la actuación de una persona que se dirige a un tribunal, ya sea como sujeto activo o como sujeto pasivo del proceso, para que se declare su derecho en un caso concreto” (Carocca, 1998, p. 16). Mientras que la doctrina tradicional piensa que el derecho de defensa no debe quedar circunscrito a la réplica de un ataque precedente porque dentro de ella habitan otras formas de expresión.

(...) el ejercicio personal o directo de un derecho subjetivo, sin que su titular haya sufrido ataque previo (...); el ejercicio de facultades atribuidas al mando para hacer frente a situaciones de excepción (...); el ejercicio de una potestad por uno de los sujetos en litigio (...); el derecho de combate entre partes enfrentadas, que fían de la fuerza y no a la razón la decisión de sus diferencias; o bien, el derecho de coacción sobre la contraparte para lograr imponer el prevalecimiento de los propios intereses. (Alcalá, 1991, pp. 59-60)

Asimismo, en cuanto al derecho a la defensa la Corte IDH (Ruano Torres y otros vs. El Salvador, 2015) ha expresado que:

El derecho a la defensa es un componente central del debido proceso que 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. 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.

El derecho a la defensa se proyecta en dos facetas dentro del proceso penal: por un lado, a través de los propios actos del inculpado, siendo su exponente central la posibilidad de rendir una declaración libre sobre los hechos que se le atribuyen y, por el otro, por medio de la defensa técnica, ejercida por un profesional del Derecho, quien cumple la función de asesorar al investigado sobre sus deberes y derechos y ejecuta, *inter alia*, un control crítico y de legalidad en la producción de pruebas.

La Convención Americana rodea de garantías específicas el ejercicio tanto del derecho de defensa material, por ejemplo, a través del derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo (artículo 8.2.g) o las condiciones bajo las cuales una confesión pudiera ser válida (artículo 8.3), como de la defensa técnica, en los términos que se desarrollarán a continuación.

#### **2.4.4. La defensa como garantía individual**

El derecho de defensa, interpretado como garantía individual, significa el ejercicio de un derecho subjetivo por la persona que se ve en la necesidad de asesoramiento técnico jurídico para argumentar y proteger los derechos que pretende.

El derecho de defensa se erige como uno de los principios integradores más importantes del debido proceso. Este derecho concreta la garantía de la participación de los interlocutores en el discurso jurisdiccional, sobre todo para ejercer facultades de presentar argumentaciones y pruebas. De este modo, el derecho de defensa garantiza la posibilidad de concurrir al proceso, hacerse parte en el mismo, defenderse, presentar alegatos y pruebas. Cabe decir que este derecho fundamental se concreta en dos derechos: en primer lugar, el derecho a la contradicción, y, en segundo lugar, el derecho a la defensa técnica (...)" (Bernal, 2005, p. 368)

Al constituirse en una garantía concreta, es inalienable e irrenunciable por el individuo. En consecuencia, la garantía se convierte en una suerte de derecho a la asistencia técnica jurídica a través del cual toda persona podrá acceder a la orientación especializada de un profesional desde el comienzo de las actuaciones judiciales y hasta la terminación de la causa, incluida la ejecución de la sentencia (Gozaini, 2017).

Si perjuicio de lo anterior, en el sistema acusatorio penal se produce una situación un tanto distinta, en atención a los concretos actos de investigación que lleva a cabo el Ministerio Público, este se encuentra autorizado a llevar a cabo actos de investigación, los cuales eventualmente podrían ser utilizados como sustento para atribuir la comisión de un ilícito penal, fundamentar una medida coercitiva e incluso sustentar una condena.

Tal situación se verifica, por ejemplo, cuando se declara fundado un requerimiento de levantamiento del secreto de las comunicaciones, lo cual, una vez realizadas las acciones de obtención de información, el procedimiento puede ser controlado vía reexamen judicial, no obstante, dicho control se ejerce de forma posterior a la medida otorgada.

Respecto a ello, la Corte Constitucional de Colombia, en la sentencia C 025/2009, ha desarrollado dos posibles interpretaciones que se pueden efectuar en cuanto al control de legalidad posterior y el derecho de defensa.

Es claro que cuando las diligencias se practican después de formulada la imputación, el imputado y su defensa pueden participar en la audiencia de control de legalidad si lo desean, para realizar el contradictorio; pero cuando éstas se llevan a cabo antes de formulada la imputación, durante la indagación preliminar, las normas correspondientes permiten dos interpretaciones posibles respecto de la presencia en la audiencia del implicado y su defensor: una primera interpretación excluyente que llevaría a entender que en dicha audiencia no se permite la participación del implicado y su defensor cuando la misma se practica durante la etapa de indagación, la que resulta inconstitucional, pues no existe justificación válida para que se limiten los derechos a la defensa y a la igualdad en la etapa de indagación; y una segunda interpretación incluyente en sentido opuesto a la anterior, es decir, que sí es posible la participación del implicado y su defensor en la audiencia de revisión de legalidad posterior cuando ésta tiene lugar en la etapa de la indagación, que se ajusta plenamente a la Carta en la medida en que, acorde con la jurisprudencia constitucional sobre la materia, garantiza el ejercicio del derecho a la defensa del investigado durante la etapa de indagación y, concretamente, su participación en la audiencia de revisión posterior que sobre las diligencias contenidas en las normas demandadas se lleva a cabo ante el juez de control de garantías.

#### **2.4.5. Diferencia con los contenidos básicos del debido proceso**

La distinción es necesaria porque en sus comienzos el género fue el principio procesal de respetar el derecho de defensa en juicio, identificando en esta línea al debido proceso a través de las obligaciones que para ello se dispusieron (juez natural, independencia e imparcialidad del juzgador, sentencia fundada en ley, etc.) (Gozaini, 2017).

Después, los avances del constitucionalismo y del derecho procesal provocaron una generalización del debido proceso, que deja de referirse solamente al proceso penal para abordar contenidos propios destinados a todos los procedimientos. De este modo se abandonó el paralelismo y, de cierta manera, equiparación entre el derecho de defensa con el debido proceso.

En consecuencia, el derecho de defensa en juicio se integró a la garantía del debido proceso, de carácter amplio y complejo, asimismo, a la noción de debido proceso fue incorporando un conjunto de contenidos esenciales propios (impugnación, prueba, ejecución). De ello se verifica que, para todo tipo de procesos preexiste un “derecho al proceso”, interpretando al proceso como única garantía; vale decir, un conjunto de mecanismos idóneos para el ejercicio de la función jurisdiccional.

Se encuentran a él (debido proceso) adscritos, el derecho de petición individual o colectivo, el derecho a ser oído y a obtener una resolución fundada en las pretensiones interpuestas (principio de congruencia). Luego se emplazan otras garantías especiales, como el juez natural, la independencia e imparcialidad de los órganos jurisdiccionales, que se relacionan con las garantías de la propia jurisdicción. Asimismo, se suman las garantías ineludibles como la igualdad, el acceso universal a la justicia

sin discriminación alguna, y demás requisitos del debido proceso concordante con los postulados de la Constitución.

Como se puede apreciar, entre el derecho de defensa, si se lo quiere observar en su estado puro por decirlo de alguna manera, y el debido proceso, existe una fuerte vinculación, pues, el hecho de que a una persona se le impida arbitrariamente alegar en su defensa, ser obligada a auto incriminarse, limitar su derecho a la aportación de medios de prueba, o se le impongan barreras arbitrarias al momento de impugnar un acto procesal que lesione sus derechos; no hace sino llevarnos inescindiblemente a observar alguno de los contenidos parte de un debido proceso, llámese derecho a la prueba, a la impugnación, a accionar sin restricción ante un órgano jurisdiccional.

Entendemos que dicho fenómeno se explica por el carácter original que asumió el derecho de defensa en el proceso, pues, dentro de este se cimentaban los derechos conformantes de un debido proceso, los mismos que hoy se pueden identificar de forma autónoma. Se puede advertir que toda afectación arbitraria a alguno de los contenidos del debido proceso, de alguna u otra manera redundará en la privación de un acto concreto que limita el ejercicio de la defensa procesal.

En tal sentido, al limitarse la libertad con la que debe ser ejercida la defensa en el proceso, torna en ineficaz la defensa desplegada, pues, no existirá defensa válida si esta se ve arbitrariamente limitada, más aún cuando dicha limitación no se oriente a salvaguardar un fin constitucional legítimo, convirtiéndose en inválido (nulo) tal acto procesal y eventualmente el proceso en su conjunto.

Lo anterior se sustenta en la coherencia que debe existir en relación a las garantías procesales que prevé la Constitución, por tanto, no puede concebirse como un acto constitucionalmente válido el hecho de privar o limitar irrazonadamente del ejercicio del derecho de defensa en un proceso, entendiendo que el aseguramiento de defensa es parte de las obligaciones concretas que tiene el Estado en el ejercicio de función jurisdiccional.

#### **2.4.6. La constitucionalidad del derecho de defensa**

La Constitución de 1979 en su artículo 233, bajo la nominación de “garantías de la administración de justicia” reconocía al derecho de defensa como un principio de la administración de justicia, de ello, podía interpretarse de forma cerrada dicho precepto, en el sentido que tal derecho solo era exigible o de aplicación plena en los procesos judiciales y no en otros ámbitos.

Dentro del ámbito de protección judicial del derecho de defensa se puede sostener que esta consiste, en concordancia con la normativa jurídica internacional, en el derecho que tiene toda persona a contar con un recurso adecuado y eficaz ante la amenaza o vulneración de sus derechos fundamentales. Asimismo, en nuestra Constitución se ha establecido una regulación los procesos constitucionales, bajo a nominación de garantías constitucionales (artículo 200 de la Constitución) específicamente para la protección de derechos fundamentales.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional ha establecido algunos lineamientos respecto al contenido y alcances de dicho derecho (STC N.º 00579-2013-PA/TC, 2013), el cual se encuentra reconocido en el inciso 14 del artículo 139 de la Constitución, el cual establece el principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso.

Al respecto, en la STC 5871-2005-AA/TC, F.J. 12 y 13, este Tribunal sostuvo que el derecho de defensa: (...) se proyecta (...) 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 (...). La observancia y el respeto del derecho de defensa es consustancial a la idea de un debido proceso, propio de una democracia constitucional que tiene en el respeto de la dignidad humana al primero de sus valores. Por su propia naturaleza, el derecho de defensa es un derecho que atraviesa transversalmente a todo el proceso judicial, cualquiera [que] sea su materia. [subrayado agregado].

La posibilidad de su ejercicio presupone, en lo que aquí interesa, que quienes participan en un proceso judicial para la determinación de sus derechos y obligaciones jurídicas tengan conocimiento, previo y

oportuno, de los diferentes actos procesales que los pudieran afectar, a fin de que tengan la oportunidad de ejercer, según la etapa procesal de que se trate, los derechos procesales que correspondan (v.g. interponer medios impugnatorios).

Evidentemente no cualquier imposibilidad de ejercer esos medios para la defensa produce un estado de indefensión que implique una vulneración del contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado. Esta situación podrá ser atendida mediante un proceso constitucional si se genera en una indebida y arbitraria actuación del órgano que investiga o juzga al individuo. Y esto se produce sólo en aquellos supuestos en los que el justiciable se ve impedido, de modo injustificado, de argumentar a favor de sus derechos e intereses legítimos, con el consiguiente perjuicio para tales derechos o intereses.

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.

En esa línea, se observa a la Convención ADH la cual rodea de garantías específicas el ejercicio tanto del derecho de defensa material, por ejemplo, a través del derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo (artículo 8 inciso 2 literal g) de la Convención ADH) o las condiciones bajo las cuales una confesión pudiera ser válida (artículo 8 inciso 3 de la Convención ADH); como el libre ejercicio de la defensa técnica.

En virtud a lo expuesto hasta aquí, se tiene que la defensa procesal no es solamente un derecho subjetivo, ya que los derechos fundamentales



tienen una doble perspectiva: como derechos subjetivos de la persona y como garantías del derecho objetivo; y en ese sentido al ser una garantía el Estado tiene la exigencia de reconocerla formalmente, así como también, debe procurar que esta sea real y efectiva en un proceso.

El reconocimiento del derecho a la defensa procesal como una garantía trae como consecuencia, que esta se convierte en requisito esencial para la existencia de un proceso. La violación de la garantía de la defensa en un proceso determinado afecta su validez.

En el contenido de la garantía de la defensa procesal se puede identificar dos aspectos uno positivo y otro negativo; el primero nos posibilita que una persona pueda intervenir en todos los procesos en los cuales tenga intereses, asegura que una persona a la cual el resultado le puede afectar tome conocimiento de la su existencia, da la posibilidad a las partes de formular su versión de los hechos, posibilita a las partes probar sus alegaciones, da la posibilidad de contradecir, del mismo modo garantiza que las pruebas aportadas al procesos sean valoradas en la sentencia.

En su faz positiva se verifica una noción amplia del contenido del derecho de defensa, ello se produce a razón del alcance que tuvo en un primer momento este derecho, siendo que ante de ser parte del contenido del

debido proceso, se concebía como un derecho autónomo, con contenido amplio e independiente, tal como se ha expuesto precedentemente.

El contenido negativo de la garantía de defensa, consiste en una prohibición a que en el proceso se dé la indefensión de las partes, ya sea por la restricción o impedimento a las personas de participar en un proceso en igualdad de condiciones; así pues, al ser la defensa procesal un requisito para la validez de un proceso la inobservancia de esta acarrea la invalidez del proceso, es decir, se configura un vicio que acarrea la nulidad del mismo.

En concordancia con la garantía que constituye el proceso penal para la defensa de los derechos del imputado, una defensa eficaz no significa que, con el solo hecho que esta sea necesaria y obligaría basta para que esta cumpla con su finalidad en un proceso penal, es decir, no es suficiente que se cuente con un abogado defensor de elección propia o aquel que se asigna ante la imposibilidad de contar con uno (defensor público), sino, tal defensa además tiene que ser efectiva, a efectos de garantizar la igualdad de armas en un proceso penal.

En ese sentido, el profesor Cesar Nakasaki citando a José Caferata Nores, expresa que si no hay una defensa eficaz se considera un abandono

implícito de la defensa, lo cual demanda la sustitución del abogado y provoca la nulidad de los actos procesales efectuados sin defensa (2017).

#### **2.4.7. Derecho a la impugnación (recurso efectivo)**

Sobre la base del derecho de defensa, desarrollado en el apartado anterior, se configura el derecho a la impugnación, el mismo que se desarrolla desde una teoría general de la impugnación, la cual constituye una institución que forma parte de la teoría general de proceso y del derecho procesal en general, dentro de ella encontramos ubicados todos los instrumentos legales y aquellas formalidades necesarias que deben cumplir un justiciable para ejercitar función de control sobre los actos jurídicos procesales., considerando que la impugnación dentro del proceso tiene fines concretos y tiene funcionalidad propia.

Este acto de control que se realiza vía impugnación tiene como objetivo cuestionar la legalidad, en sentido formal, y el contenido, en sentido material, de todos aquellos pronunciamientos que emita un órgano jurisdiccional, incluso extendiéndose a aquellos actos realizados por quienes forman parte del proceso (sujetos procesales), teniendo como denominador común el perjuicio concreto que tal acto causa al impugnante, buscando su rescisión "*judicium rescindens*" (anular) y en

otros casos su rescisión y sustitución "*iudicium rescissorium*" (revocar), siendo ambos los fines inmediatos de la impugnación. (Hurtado, 2014)

La teoría general de la impugnación se involucra en el estudio de los instrumentos que otorga el ordenamiento procesal para impugnar los actos procesales que se han generado a través de los denominados errores, identificándose tres tipos: a) error *in procedendo*, el cual se asume como un vicio de actividad y que consiste en la omisión de formalidades procesales, b) error *in iudicando*, el llamado vicio de juicio, que consiste en el error del juez al aplicar el derecho sustancial para resolver la controversia o un incidente dentro del proceso, asimismo, sirve de base para impugnar una decisión judicial los llamados c) errores *in cogitando* (que evidencia los errores de razonamiento del juez ya sea porque se contravine principios lógicos, máximas de la experiencia o datos científicos, es decir, supone una falta de comprensión del sustento fáctico en torno al acto impugnado).

En esa línea, el derecho a la impugnación se ocupa no solo de los mecanismos de ataque que pueden dirigirse contra las decisiones de los jueces, sino que abarca todos los mecanismos que el sistema procesal concede para atacar o cuestionar los actos de las partes y de los terceros (además de las resoluciones judiciales), en suma, el acto de impugnar no

está restringido a un tipo de mecanismo procesal en concreto (recursos, remedios, excepciones, cuestiones probatorias, etc.), sino, se concibe como el derecho que permite cuestionar aquello que nos genera un perjuicio, independientemente del mecanismo por el cual se viabilice dicha impugnación.

El profesor Juan Monroy señala que el origen latino de la palabra impugnar identifica ésta con la palabra atacar. Lo que significa que inclusive coloquialmente el concepto de impugnar contiene implícita la idea de desacuerdo. Desde la primera perspectiva, la del Derecho en General, la impugnación es el medio jurídico a través del cual expresamos nuestra voluntad en sentido contrario a una situación jurídica establecida, la que pretendemos no produzca o no siga produciendo efectos jurídicos (1996).

La teoría general de la impugnación, viene a constituir la parte del derecho procesal que estudia los presupuestos, principios y requisitos mínimos a los que deben adecuarse las partes del proceso y terceros legitimados para impugnar actos procesales independientemente de si estos se encuentran contenidos o no en resoluciones judiciales.

Los instrumentos para impugnar en el proceso son variados, así tenemos la impugnación que solo se puede hacer cuando hay un proceso en trámite o ejecución, aquí encontramos a los recursos como la apelación, casación, reposición y queja. Tiene lugar también la nulidad procesal (como remedio o como recurso), los remedios como la tacha, la oposición a los medios de prueba, la oposición a la medida cautelar, y la observación.

Sin embargo, la impugnación no es solo ejercitada en el proceso, también se podrá ejercer impugnación cuando ejercitamos el derecho de acción, es decir con un nuevo proceso, en tal caso nos encontramos que un sujeto, de cumplirse el supuesto que establece la norma, podría plantear una pretensión buscando la nulidad de todo un proceso por haberse detectado fraude que afecta la validez del mismo.

En este punto podemos advertir que hablar de impugnación no necesariamente es sinónimo de activación de una segunda instancia, derecho reconocido por el artículo 136 inciso 6 de la Constitución, es decir, la impugnación no se limita a aquellos mecanismos procesales que sirven para que un juez o jueces, en vía de revisión, anulen, confirmen o revoquen el acto impugnado (por ejemplo, cuando se utiliza el recurso de apelación), pues, es posible impugnar un acto gravoso sin que tal cuestión tenga que ser revisada por un juez o tribunal de alzada.

Si bien el derecho a la impugnación se relaciona con aquellos mecanismos procesales que permiten activar una doble instancia, no obstante, tiene un contenido más amplio, pues, por ejemplo, un acto de impugnación se configura cuando se deduce una excepción, que viene a ser un mecanismo de defensa técnica de forma en donde se denuncia la existencia de un defecto o error en la instalación del proceso, lo cual eventualmente podría generar la invalidez del mismo o su suspensión (dependiendo de si esta es dilatoria o perentoria). En ese supuesto, para resolver la excepción no se activa una segunda instancia, pues, el mismo juez que conoce del proceso principal será el encargado de resolver dicho incidente.

Asimismo, un acto de impugnación lo constituyen las cuestiones probatorias (tacha u oposición) respecto a la legalidad de un medio de prueba ofrecido por la contraparte, ya sea para que se impida su actuación o se le reste eficacia al momento de resolver. Incluso, respecto de los recursos propiamente dichos, se tiene al recurso de reposición, el mismo que permite que sea el mismo juez que ha emitido determinado un pronunciamiento que reevalúe o examine nuevamente dicha cuestión, sin necesidad de que se tenga que resolver por un órgano superior.

Como se advierte, el contenido del derecho a la impugnación se verifica en todo mecanismo procesal que se dirija a atacar un acto procesal que atente contra el contenido protegido de un determinado derecho, ya sea derecho a ejercer un acto concreto de defensa, derecho a la prueba y todo lo que ello implica, derecho de acceso a un órgano jurisdiccional, derecho a la ejecución de resoluciones judiciales; en suma, denunciando la inconstitucionalidad de un acto o procedimiento que atente contra alguna de las garantías procesales de carácter fundamental de la persona.

Sin perjuicio de lo anterior se debe tener presente que no todo acto procesal es susceptible de impugnación, pues la impugnación no solo se fundamenta en la existencia de un acto que causa efectos no queridos por quien pretende impugnar, además, dicho acto debe ser arbitrario, irrazonado y carente de justificación, de lo contrario, aun cuando un acto afecte algún interés jurídico que se pudiese tener una persona, tal acto no podrá ser impugnado por no verificarse la existencia de algún error que amerite ser subsanado o inobservancia de los requisitos legales. Ello sostiene el Tribunal Constitucional (STC N.º 00419-2013-PA/TC, 2013) al señalar:

En consecuencia, el primer (sino principal) límite que conlleva el ejercicio del derecho a los recursos o medios impugnatorios consiste en el cumplimiento irrestricto de los requisitos legales establecidos para su procedencia. De este modo, y siempre que las condiciones de acceso sean razonables, en el sentido de que no “infrinjan la esencia misma del derecho de recurrir el fallo” [Cfr. Caso Herrera



Ulloa vs. Costa Rica, sentencia del 2 de julio de 2004, párrafo 161; y Caso Barreto Leiva vs. Venezuela, sentencia del 17 de noviembre de 2009, párrafo 90] ni tengan el propósito de “disuadir, entorpecer o impedir irrazonable y desproporcionadamente su ejercicio” [STC N.º 05194-2005-AA/TC, fundamento 5], cabe concluir que en ningún caso la improcedencia de un recurso por falta de acreditación de tales requisitos puede dar lugar a una afectación del derecho mencionado. Dicho en otras palabras: el derecho fundamental a los recursos o a la pluralidad de instancias es uno de carácter expectatio que protege el acto mismo de su interposición, pero nada dice ni puede decir de su resultado, que puede ser o favorable o desfavorable; es decir, no garantiza “que toda pretensión planteada a través de los medios impugnatorios deba ser amparado u otorgado”, ni tampoco “un pronunciamiento sobre los extremos planteados en el medio impugnatorio” [STC N.º 06149-2006-AA/TC y 6662-2006-AA/TC (acumulados), fundamento 27].

Por tanto, no basta tener interés para impugnar, sino que además debe el impugnante invocar agravio o perjuicio, estar afectado directa o indirectamente con determinado acto procesal arbitrario. Este presupuesto propone la existencia de un sujeto con interés en impugnar (legitimidad), esto significa la actividad de una de las partes interesada en cuestionar la decisión judicial, acto de un sujeto procesal o el proceso en su conjunto.

Puede entonces entenderse por agravio a todo menoscabo o frustración de un interés o conjunto de intereses que tienen las partes en el proceso y que se ve afectado con una decisión judicial, frente a ello les corresponderá hacer saber su posición respecto a la resuelto, a través de un mecanismo de la impugnación.

El gravamen se pone en evidencia por la existencia de un perjuicio concreto resultante de la decisión. La sola afirmación de la existencia de agravios no es suficiente para lograr éxito en la impugnación, no siendo aceptable la formación de agravios de forma genérica. Se requiere que el agravio sea actual (que no haya sido perjudicado con el tiempo), concreto (no puede alegarse agravio genérico, abstractos, impreciso) y jurídicamente protegido.

El artículo 25 de la Convención ADH consagra el derecho a contar con recursos sencillos, rápidos y efectivos contra la vulneración de derechos fundamentales. De ello podemos extraer que cuando se hace referencia al derecho a contar con recursos, no se limita únicamente a aquellos mecanismos que la ley y doctrina catalogan como recursos (reposición, apelación, casación y queja) sino, se hace referencia al derecho a contar con mecanismos procesales idóneos que permitan cuestionar algún acto que lesiones algún derecho protegido.

Ello se entiende en la medida que el derecho a la impugnación, al ser parte integrante de la garantía del debido proceso, descansa sobre la base de las obligaciones internacionales del Estado en el sentido que se impone a estos la obligación de tener dentro de sus leyes procesales, un recurso sencillo y rápido, a efectos de cautelar los derechos fundamentales de la

persona, con la exigencia de que estos sean efectivos en relación al fin para el cual han sido creados.

Los extremos que se obliga a cumplir a los Estados son: a) que el recurso sea efectivo; c) la facilidad para ejercer la vía; c) que no sea obstruido por cuestiones formales, cuando las formas no busquen proteger un fin constitucionalmente legítimo; d) establece la obligación de las autoridades estatales de cumplir con la decisión dictada.

La Corte IDH pone de relieve que el concepto de "efectividad" del recurso presenta dos aspectos. Uno de ellos, de carácter normativo, el otro de carácter empírico (Víctor Abramovich, 2006, p. 33); el primero de los aspectos no es más que la consagración expresa del mecanismo de impugnación. Lo segundo, en cambio, atiende precisamente a esa eficacia adecuada, pronta y sencilla que reclama la CADH.

Que sean adecuados significa que la función de esos recursos, dentro del sistema de derecho interno, sea idónea para proteger la situación jurídica infringida. En todos los ordenamientos existen múltiples recursos, pero no todos son aplicables en todas las circunstancias (...). Así lo indica el principio de que la norma está encaminada a producir un efecto y no puede interpretarse en el sentido que no produzca ninguno o su resultado sea manifiestamente absurdo o irrazonable (...) Un recurso debe ser, además, eficaz, es decir, capaz de producir el resultado para el que ha sido concebido. (Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, 1988, p. 64)

Lo normativo, si bien útil y necesario, puede quedar expedito con los procesos constitucionales que siempre han de estar presentes aun en estados de emergencia o excepción, nos referimos al amparo y hábeas corpus tal como lo expresó la Corte IDH respecto a Garantías Judiciales en Estados de Emergencia, plasmada en la Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987 en su párrafo 23.

Sin embargo, la posibilidad de impugnar un acto que cause agravio por lesionar un derecho fundamental se verifica no solo con el empleo de proceso constitucionales, sino, con el empleo de la Tutela de Derechos en un proceso penal (investigación preparatoria), la cual permitirá atacar o cuestionar una actuación que ha lesionado un derecho fundamental y por tanto debe ser neutralizada, y al ser un mecanismo intra procesal, se efectiviza el principio de inmediación (objetiva y subjetiva), el trámite es más expeditivo y los efectos al declararse fundada la misma son coherente con el deber del Estado de poner a disposición del procesado un mecanismo de impugnación rápido, sencillo y eficaz al caso concreto.

Finalmente, cualquier mecanismo destinado a la protección o restablecimiento de un derecho fundamental que resulte lesionado, no será tal, y por ende el Estado no habrá cumplido con sus obligaciones

internacionales, si este no optimiza el derecho y no logra su real protección en la realidad. Al respecto, la Corte IDH ha señalado:

No pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios. Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica, porque el Poder Judicial carezca de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad o porque falten los medios para ejecutar sus decisiones; por cualquier otra situación que configure un cuadro de denegación de justicia, como sucede cuando se incurre en retardo injustificado en la decisión; o, por cualquier causa, no se permita al presunto lesionado el acceso al recurso judicial. ( Caso Ivcher Bronstein vs Perú, 2001, p. 137)

El derecho a la impugnación, es un derecho constitucional, es un derecho subjetivo que nace por el solo hecho de ser parte o tercero legitimado en un proceso judicial o procedimiento, brinda la oportunidad a su titular de atacar, cuestionar o advertir un vicio en el procedimiento, cuando existan decisiones o actos materiales que causen perjuicio, posibilitando que tal acto lesivo pueda ser neutralizado o revertir sus efectos.

Desde una perspectiva constitucional al derecho de impugnación se le denomina derecho de acceso a los recursos y se constituye como integrante del derecho al debido proceso, siendo un derivado del principio de pluralidad de instancias (Art 139 inciso 6 de la Constitución), pero, tiene respaldo en instrumentos internacionales así tenemos el literal h) del artículo 8 inciso 2 y el artículo 25 de la Convención ADH.

## **2.5. LA TUTELA DE DERECHOS**

### **2.5.1. Naturaleza jurídica de la tutela de derechos**

La figura de la Tutela de Derechos introducida con la entrada en vigencia del CPP2004 refleja la tendencia de la norma procesal penal a optar por un modelo procesal penal de corte garantista, acorde a un Estado Constitucional de Derecho, entendemos ello en la medida que dicho mecanismo procesal se orienta a la protección de los derechos fundamentales del imputado al interior del proceso penal, concretamente, en la fase de investigación preparatoria, incluso desde la fase primigenia de diligencias preliminares, lo cual, permite la intervención del denominado juez de garantías a efectos de ejercer un control sobre los actos que desarrolle el Ministerio Público (u otro sujeto legitimado) que encierren un contenido inconstitucional, lesivo de las garantías y derechos que le asisten al imputado.

Mediante dicho mecanismo procesal, quien se ve sometido a una investigación producto de una imputación de contenido delictivo, tiene la posibilidad de denunciar la violación de uno o más derechos que se produzcan en el marco de los actos de investigación desarrollados por el Ministerio público e incluso por actuaciones del órgano jurisdiccional, poniendo de relieve el principio de igualdad procesal en la medida que se

otorga una vía para atacar (impugnar) aquellas situaciones (activas u omisivas) que lesionen sus derechos.

La Tutela de Derechos en cuanto a su naturaleza jurídica, se constituye como un mecanismo procesal de garantía constitucional, en la medida que su utilización viene respaldada por la garantía del debido proceso, en la medida que no existe proceso como tal, si se elimina o restringe arbitrariamente el ejercicio de un derecho constitucionalmente estatuido, lo cual se vincula inescindiblemente al ejercicio de un acto de defensa procesal; de igual manera, la Tutela de Derechos y su relación con la existencia o validez de un proceso viene dada por su vinculación con el derecho a la impugnación, pues, como se desarrolló en el apartado respectivo, la impugnación supone la posibilidad de cuestionar o denunciar la existencia de un acto arbitrario que lesiona un derecho que le asiste al investigado, siendo la Tutela de Derechos aquel mecanismo de impugnación rápido y sencillo al que se refiere el artículo 25.1 de la Convención ADH.

Lo anterior encuentra respaldo y viene garantizado además por el artículo 139 inciso 3 de la Constitución en cuanto contempla como un principio de la función jurisdiccional la observancia del debido proceso, por tanto, si se impide a un investigado cuestionar o impugnar aquellos actos que le

causan agravio, se está trastocando directamente dos de los contenidos fundamentales del debido proceso, esto es, el derecho a la defensa y el derecho a la impugnación, sin lo cual, el proceso queda viciado, pues no es coherente con las obligaciones constitucionales e internacional del Estado ni con los postulados base de un modelo procesal garantista.

Lo dicho en este punto, es resultado de lo que ya comentábamos al hacer un desarrollo acerca del carácter que ostenta la Constitución, en donde ya no es concebida como simple norma política, enunciativa de derechos sin contenido en la realidad y de orientaciones de la labor de los distintos órganos estatales, sino que la supremacía legislativa, que colocaba a la ley como máxima expresión del ordenamiento jurídico, ahora se ve subordinada a una norma superior, la Constitución (principio de supremacía constitucional), que limita e informa a todos los poderes constituidos (entre ellos el legislativo y judicial) y lógicamente sus actuaciones.

El Tribunal Constitucional en su sentencia N.º 00005-2007-PI/TC (Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Decano del Colegio de Abogados de Lambayeque en contra de la Ley N.º 28934 2008), refirió que, intérpretes de la Constitución pueden ser los jueces ordinarios (intérpretes especializados) y el Tribunal Constitucional (Supremo



Intérprete), ello se desprende del artículo 201 del texto constitucional, además reafirma el sentido del artículo 138, con el cual se establece que frente a una incompatibilidad normativa dentro del proceso, los jueces preferirán la norma constitucional (control difuso de la constitucionalidad).

Al respecto, el profesor Neyra Flores señala que “lo que se hace no es siempre un control difuso de la Constitución sobre la normativa procesal penal (pues este tiene sus propios postulados y reglas), sino hacer lo que es función del juez: interpretar de la mejor forma el código procesal penal y no puede ser de otra manera que respetando la Constitución y orientando hacia ella la interpretación que se haga” (2010, p. 117).

## **2.5.2. Tutela de Derechos en la experiencia extranjera**

### **A. Acción de Tutela en Colombia**

El objeto de la Acción de Tutela consiste en la protección inmediata de los derechos fundamentales, procedente ante las acciones u omisiones de las autoridades o de los particulares que los vulneren o amenacen. Inclusive bajos los estados de excepción.

Debe destacarse que la Corte Constitucional Colombiana no ha otorgado un carácter cerrado a la Acción de Tutela, por el contrario, ha

extendido su ámbito de protección a derechos que no tiene reconocimiento expreso en su Constitución, ello, con la finalidad de dar protección al afectado por un acto arbitrario, y se destaca que si bien puede existir un derecho no reconocido expresamente, puede que este, por su propia naturaleza o porque, en la situación concreta, pueda tener una conexidad objetiva e íntima con un derecho fundamental reconocido, hasta el punto de que su no protección judicial podría acarrear la violación de estos últimos (Sentencia T-406/92, 1992). En la misma sentencia se establece:

Algunos derechos no aparecen considerados expresamente como fundamentales. Sin embargo, su conexión con otros derechos fundamentales es de tal naturaleza que, sin la debida protección de aquéllos, éstos prácticamente desaparecerían o harían imposible su eficaz protección. En ocasiones se requiere de una interpretación global entre principios, valores, derechos fundamentales de aplicación inmediata y derechos económicos sociales o culturales para poder apoyar razonablemente una decisión judicial. Un derecho fundamental de aplicación inmediata que aparece como insuficiente para respaldar una decisión puede llegar a ser suficiente si se combina con un principio o con un derecho de tipo social o cultural y viceversa. Esto se debe a que la eficacia de las normas constitucionales no está claramente definida cuando se analiza a priori, en abstracto, antes de entrar en relación con los hechos.

Es necesario precisar que tal conexidad se ha restringido a situaciones en las cuales el principio de dignidad humana se vea comprometida, a fin de evitar la expansión de la Acción de Tutela hacia ámbitos ajenos a la protección judicial de los derechos constitucionales.

De esta manera, la Corte Constitucional de Colombia ha restringido el alcance procesal de la Acción de Tutela a la protección de los derechos fundamentales (Sentencia SU-111/97, 1997). Excepcionalmente ha considerado que los derechos económicos, sociales y culturales, tienen conexidad con pretensiones amparables a través de la acción de tutela.

Por otra parte, cabe distinguir entre la protección de derechos fundamentales por conexidad. Esta conexidad se ha aplicado, inclusive, para resolver situaciones en las cuales se ven amenazados derechos colectivos<sup>14</sup>.

En estos casos, se ha destacado que la norma constitucional adquiere sentido jurídico cuando se interpreta a través de las circunstancias fácticas y no como suele suceder con las normas que consagran

---

<sup>14</sup> "Por fuera del principio a la dignidad humana que origina pretensiones subjetivas a un mínimo vital - que impide la completa cosificación de la persona por causa de su absoluta menesterosidad -, la acción de tutela, en el marco de los servicios y prestaciones a cargo del Estado, puede correctamente enderezarse a exigir el cumplimiento del derecho a la igualdad de oportunidades y al debido proceso, entre otros derechos que pueden violarse con ocasión de la actividad pública desplegada en este campo. En estos eventos, se comprende, la violación del derecho fundamental es autónoma con relación a las exigencias legales que regulan el servicio público. (...). La defensa y protección de los derechos constitucionales no es idéntica en todos los casos. Derechos para cuya efectividad se precisa del ineludible agotamiento de un trámite democrático y presupuestal, no pueden, en los aspectos íntimamente vinculados con éste, ser objeto de amparo a través de la acción de tutela. Ya se han mencionado los mecanismos judiciales, administrativos y políticos, a los cuales cabe apelar a fin de buscar la protección y promoción de estos derechos. A éstos se agrega la acción de tutela contra sentencias y providencias judiciales que tengan las características de vía de hecho. Si los procedimientos judiciales ordinarios dispuestos por la ley para ventilar asuntos o pretensiones relacionadas con prestaciones a cargo del Estado - por acciones u omisiones arbitrarias de los jueces competentes - se revelan incapaces de ofrecer a los ciudadanos una tutela judicial efectiva, éste será siempre un motivo suficiente para que la acción de tutela pueda ser instaurada.", Sentencia SU-111/97.

derechos subjetivos, en las cuales los hechos adquieren sentido a través de los elementos interpretativos proporcionados por la norma. (Sentencia SU-67/93. , 1993)

**a. Personas contra las que se dirige la Acción de Tutela**

La Acción de Tutela puede entablarse contra cualquier servidor público que con ocasión del ejercicio de sus funciones o apartándose de las mismas, viole o amenace derechos fundamentales.

Se concibe la Acción de Tutela como medio judicial idóneo para proteger a la persona del uso arbitrario del poder público que pueda afectar sus derechos fundamentales. Sin embargo, la existencia de otros medios judiciales impide que en ciertos casos pueda emplearse la acción de tutela, de ello, se verifica su carácter residual. (Decreto N.º 2591 de 1991, artículo 6).

Lo anterior se advierte en aquellos casos donde se pueda iniciar un proceso de hábeas corpus, cuando se pretenda proteger derechos colectivos, salvo que estén de por medio derechos fundamentales que puedan sufrir un menoscabo irremediable<sup>15</sup>; cuando el daño

---

<sup>15</sup> Situación similar se verifica en la tramitación del proceso constitucional de amparo en el ámbito nacional, así, el artículo 46 del Código Procesal Constitucional contempla cuatro supuestos excepcionales a la exigencia de agotamiento de la vía previa.

producido por la violación estuviere consumado; cuando se trate de actos de carácter general, impersonal y abstracto.

La Acción de Tutela se regula en el artículo 86 de la Constitución Colombiana<sup>16</sup> y es el Decreto N.º 2591 de 1991, por el cual se reglamenta, en cuyo artículo 42 enuncia los casos en los que esta procede contra particulares: a) Cuando aquél contra quien se hubiere hecho la solicitud esté encargado de la prestación de cualquier servicio público. b) Cuando la acción se dirija contra una organización privada, contra quien la controle efectivamente o fuere el beneficiario real de la situación que motivó la acción, siempre y cuando el solicitante tenga una relación de subordinación o indefensión con tal organización<sup>17</sup>. c) Cuando aquél contra quien se entabla la acción viole o amenace violar la prohibición a la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos. d) Cuando la entidad privada sea aquélla

---

<sup>16</sup> Toda persona tendrá Acción de Tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. (...) Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. (...) La ley establecerá los casos en los que la Acción de Tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.

<sup>17</sup> "Así, ha encontrado la Corte que puede tutelarse el derecho del trabajador a obtener el pago de su salario cuando resulta afectado el mínimo vital (Sentencias T-426/1992, T-063/1995 y T-437/1996); que es posible intentar la acción de tutela para que se cancelen las pensionales dejadas de percibir por una persona de la tercera edad en circunstancias apremiantes y siendo ese su único ingreso (sentencias T-426/1992, T-147/1995, T244/1995, T-212/1996 y T-608/1996).

contra la cual infructuosamente se hubiere hecho la solicitud en ejercicio del Hábeas data. d) Cuando se trate de un medio de comunicación al que se pida la rectificación de informaciones inexactas o erróneas no rectificadas o rectificadas de manera indebida. e) Cuando el particular actúe en ejercicio de funciones públicas. f) Cuando la solicitud sea para tutelar a quien se encuentre en situación de subordinación o indefensión respecto del particular contra el cual se interpuso la acción. La indefensión del menor se presume.

En este punto, podemos verificar que la Acción de Tutela tiene un carácter mucho más amplio que la figura procesal de la Tutela de Derechos peruana, pues esta última está pensada para su utilización al interior de un proceso penal, e incluso dentro de los límites de la etapa de investigación preparatoria, sin embargo, la Acción de Tutela colombiana se extiende para ámbitos que incumben incluso a los derechos fundamentales de segunda generación (derechos sociales).

#### **b. Modalidades de la Acción de Tutela**

La Acción de Tutela, en primer término, es procedente si el afectado no dispone de otro mecanismo de defensa judicial idóneo para

cautelar el derecho afectado, verificándose su carácter subsidiario. No obstante, no se puede descartar la procedencia de la acción por el sólo hecho de que en el ordenamiento se contemple una determinada acción o vía judicial para solicitar la protección de un derecho fundamental.

Se requiere, como lo ha sostenido la Corte Constitucional colombiana y lo prescribe el Decreto N.º 2591 de 1991, que el medio alternativo sea idóneo y eficaz atendidas las circunstancias en que se encuentre el demandante, es decir, respecto de este tipo de acción, al igual que en la Tutela de Derechos, también se pone de relieve el contenido del artículo 25 de la Convención ADH en cuanto consagra la obligación estatal de brindar un recurso rápido y efectivo para la protección de los derechos, pese a que teóricamente exista un medio de defensa alternativo, la Acción de Tutela puede utilizarse como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Según se desprende de la interpretación efectuada por la Corte Constitucional de Colombia (Sentencia T-225/93, 1993), por perjuicio irremediable se entiende el que es inminente, aquel que amenaza o está por suceder prontamente; urgente de resolver, exige una respuesta proporcionada a la prontitud; grave, representa gran

intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona; e impostergable, necesita de respuesta adecuada, oportuna y eficaz para restablecer el derecho.

Cuando la Acción de Tutela se emplea como mecanismo transitorio, se impone al demandante la carga procesal de instaurar la acción judicial ordinaria respectiva, dentro de los cuatro meses siguientes al fallo que la resuelva. De ahí que, si la solicitud de protección prospera, el juez de tutela expresamente señalará que su orden permanecerá vigente sólo durante el término que la autoridad judicial competente utilice para decidir de fondo sobre la acción instaurada por el afectado. (artículo 8 del Decreto N.º 2591)<sup>18</sup>

### **c. Legitimidad e interés**

La Acción de Tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante, verificándose una diferencia sustancial con la Tutela de Derechos, pues esta solo legitima al imputado o su abogado, y no

---

<sup>18</sup> En este punto se verifica que la acción de tutela puede ser utilizada como una suerte de medida cautelar, pues se la instrumentaliza para garantizar que lo que se revuelva en un posterior proceso no se tornará en ineficaz al verse afectado el derecho de modo irreparable.



tiene competencia cualquier juez, sino, deberá hacerse ante el juez que viene conociendo del proceso principal.

También se podrá incoar la acción en defensa de derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud<sup>19</sup>. También podrán ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales.

Finalmente, si la violación o amenaza tiene origen en la aplicación de una disposición de rango legal, el juez podrá decretar la inaplicación de la norma, invocando la excepción de inconstitucionalidad. Tal situación es equiparable a la aplicación del control difuso de la constitucionalidad prevista en el artículo 138 de nuestra Constitución, pues, justamente queda inaplicada (no derogada) una disposición normativa en un caso concreto.

El artículo 86 de la Constitución colombiana prevé que la Acción de Tutela puede interponerse ante cualquier juez o tribunal con

---

<sup>19</sup> Supuesto similar a la Procuración Oficiosa que se contempla en el artículo 81.1 del Código Procesal Civil peruano. “Se puede comparecer en nombre de persona de quien no se tiene representación judicial siempre que concurren los siguientes requisitos (...) Que la persona por quien se comparece se encuentre impedida de hacerlo por sí misma”.

jurisdicción<sup>20</sup>, en el lugar donde hubiere ocurrido la violación o amenaza de vulneración del derecho fundamental, quienes son competentes a prevención.

## **B. Acción de Protección en Ecuador**

La Constitución ecuatoriana de 1998 instituyó el Amparo en su artículo 95, que era una garantía jurisdiccional de naturaleza cautelar que tenía como objetivo prevenir, cesar y restaurar las violaciones de derechos provenientes de acciones u omisiones de autoridad pública o de particulares que prestasen servicios públicos.

Cualquier persona, por sus propios derechos o como representante legitimado de una colectividad, podrá proponer una acción de amparo ante el órgano de la Función Judicial designado por la ley. Mediante esta acción, que se tramitará en forma preferente y sumaria, se requerirá la adopción de medidas urgentes destinadas a cesar, evitar la comisión o remediar inmediatamente las consecuencias de un acto u omisión ilegítimos de una autoridad pública, que viole o pueda violar cualquier derecho consagrado en la Constitución o en un tratado o convenio internacional vigente, y que, de modo inminente, amenace con causar un daño grave. También podrá interponerse la acción si el acto o la omisión hubieren sido realizados por personas que presten servicios públicos o actúen por delegación o concesión de una autoridad pública (...).

---

<sup>20</sup> Entiéndase la referencia hecha al concepto jurisdicción, como sinónimo de competencia. Ello, en el sentido que el ejercicio de la función jurisdiccional viene ligada a la idea de jurisdicción, como poder estatal y obligación delegada por el pueblo para hacer justicia (resolución de conflictos), por ende, no todo juez que legítimamente ejerza tal función ostenta por antonomasia jurisdicción, no obstante, su competencia será definida a razón a la verificación o no de ciertos criterios (territorio, materia, cuantía, grado).

La Constitución de 2008 amplió las posibilidades de la garantía jurisdiccional e introdujo en su artículo 88 la figura de la acción de protección, que es una acción de conocimiento que tiene como objetivo reparar integralmente la violación de derechos proveniente de autoridad pública o particulares (sin importar si prestan servicios públicos).

La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación.

El cambio normativo, entonces, no fue sólo formal, sino que se amplía el ámbito de protección, lo cual resulta coherente, pues es claro que no solo aquellos que se encuentran en el ejercicio de función pública podría cometer u acto lesivo de derecho fundamentales.

La Constitución del Ecuador de 2008, en esencia garantista, crea una serie de acciones jurisdiccionales para la protección de los derechos humanos, como son: la Acción de Protección, la Acción de Hábeas Corpus, la Acción de Hábeas Data, la Acción por Incumplimiento, la Acción de Acceso a la Información Pública y la Acción Extraordinaria de

Protección, siendo que la Acción de Protección tiene un carácter subsidiario frente a las garantías señaladas, y que la misma puede ser incoada no solo en contra de autoridad pública (Estado), sino que se puede denotar el carácter vinculante de los derechos constitucionales entre particulares.

Esta acción tiene como objeto el amparo de los derechos reconocidos en la Constitución y las Convenciones Internacionales sobre Derechos Humanos, siempre que no exista otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho lesionado y puede ser interpuesta por cualquier persona cuando la autoridad pública no judicial o una persona particular, la acción procede frente a particulares, toda vez que se vulnere los derechos constitucionales por acción u omisión.

#### **a. Alcances de la Acción de Protección**

El artículo 39 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional de Ecuador, manifiesta que la Acción de Protección cabe siempre que los derechos no estén amparados por otras acciones, ahora bien, el artículo 40 inciso 2 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, prevé como uno de los requisitos de admisibilidad de esta garantía jurisdiccional

la acción u omisión de un particular que menoscabe o anule un derecho (aunque consideramos que debiese ser un requisito de procedencia).

Asimismo, de creerlo necesario, el juez podrá escuchar en audiencia pública a la persona o grupo interesado, que podrán intervenir en el proceso, en cualquier estado de la causa, como parte coadyuvante del requerido<sup>21</sup>, cualquier persona natural o jurídica que tuviere interés directo en el mantenimiento del acto u omisión que motivare la acción.

#### **b. Aspectos que abarca la Acción de Protección en Ecuador**

La acción de protección procede contra: a) Actos u omisiones de las autoridades y funcionarios públicos, no judiciales (no decisiones judiciales), que violen o hayan violado cualquiera de los derechos, que menoscabe, disminuya o anule su goce o ejercicio; b) Contra políticas públicas, nacionales o locales, que impidan el goce o ejercicio de los derechos y garantías; c) Contra los actos u omisiones del prestador del servicio público que viole los derechos y garantías; d) Contra todo acto discriminatorio cometido por cualquier persona;

---

<sup>21</sup> Situación similar nos la presenta el artículo 97 del Código Procesal Civil al regular la figura de la intervención coadyuvante, dentro del capítulo destinado a la intervención de terceros.

e) Contra los actos u omisiones de las personas naturales o jurídicas del sector privado.

**c. Legitimados para interponer la Acción de Protección**

Cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo, nacionalidad o colectivo; vulnerada o amenazada en uno o más de sus derechos constitucionales, el Defensor del Pueblo.

**C. Recurso de Protección en Chile**

La acción constitucional denominada formalmente “Recurso de Protección”, podemos conceptualizarlo, teniendo presente los artículos 20 y 76 de la Constitución chilena y las normas del derecho internacional contenidas en los artículos 1, 8 y 25 de la Convención ADH; como un derecho fundamental de las personas y una acción constitucional destinada a poner en ejercicio las facultades jurisdiccionales de los tribunales de justicia.

Se viabiliza a través de un procedimiento efectivo, concentrado, sencillo y breve, ante actos ilegales o arbitrarios de terceros que amenacen, perturben o priven del legítimo ejercicio de los derechos constitucionales, con el objeto de restablecer el pleno imperio del derecho y los derechos de las personas de un modo directo e inmediato.

La Acción de Protección se constituye así, en el derecho que tiene toda persona que ha sido afectada en el ejercicio legítimo en uno o más de sus derechos fundamentales contemplados en el artículo 20 de la Constitución chilena, ya sea mediante amenaza, perturbación o privación a través de un acto u omisión ilegal o arbitraria por instituciones públicas, autoridades o personas naturales o jurídicas; a que en ejercicio del derechos a la tutela jurisdiccional, se restablezca en forma rápida y eficaz la vigencia del ordenamiento jurídico y el ejercicio de los derechos de la persona afectada.

La vulneración, perturbación o amenaza directa e inminente debe referirse a uno de los derechos asegurados en el artículo 20 de la Constitución chilena, aun cuando la delimitación de ellos queda concretada por el bloque constitucional de derechos, debiendo considerarse los atributos del respectivo derecho asegurados por el derecho convencional internacional de los derechos humanos, ratificado por Chile y vigente.

Tal perspectiva permite proteger algunas dimensiones de derechos cuyos atributos no están delimitados por la Constitución, es decir, se otorga un ámbito de protección amplio en el sentido de no cerrar la

interpretación de tal mecanismo al reconocimiento expreso y taxativo de derechos plasmados en su Constitución.

La Acción de Protección para el resguardo de los derechos fundamentales exige la formación de un proceso judicial con el máximo de garantías que consoliden su carácter de derecho fundamental, para lo cual, es necesario en el caso chileno vincular al artículo 19 y artículo 76 de la Constitución chilena con el artículo 20, además de los artículos 1 y 8 de la Convención ADH, que posibilitan un debido proceso, concretamente, a través de un mecanismo de impugnación, el mismo que debe ser eficaz y rápido como lo exige el artículo 25 inciso 1 de la Convención ADH.

#### **a. Los sujetos activos y pasivos**

Los sujetos activos son las personas tanto naturales como jurídicas que están en el legítimo ejercicio de un derecho el cual ha sido vulnerado, teniendo el derecho a la protección jurisdiccional y a obtener una sentencia que lo restablezca en el ejercicio de su derecho.

En el caso chileno, la legitimación activa la tiene la persona que ha sido afectada en el ejercicio legítimo de su derecho por un acto u



omisión arbitrario o ilegal de un tercero que vulnera uno o más de sus derechos constitucionales.

Esta acción se concreta por el agraviado o por cualquier persona en su nombre. El agraviado puede interponerla directamente, sin asistencia de abogado, ante el tribunal competente. Lo mismo puede hacer un tercero en nombre de la persona afectada el que debe ser capaz de comparecer en el proceso.

### **2.5.3. La audiencia de Tutela de Derechos en el proceso penal peruano**

#### **A. Sistema Procesal Penal y Tutela de Derechos**

El proceso en general debe observar el conjunto de derechos y garantías por las cuales se pretende cautelar los derechos de los involucrados, tal cuidado por los derechos y garantías fundamentales encuentra especial relevancia en el proceso penal, justamente por el tipo de intereses que en dicho proceso se discute y la afectación a derechos o bienes jurídicos de singular valor.

En tal sentido, el CPP2004 trata de orientarse en la línea del modelo garantista del proceso penal, lo cual desde luego no supone mayor relevancia si solo se lo proyecta como un modelo teórico, sin mayor repercusión donde realmente interesa, esto es, en el proceso, que es

donde se discute la afectación o no de un determinado bien jurídico (en el caso de la víctima y el Estado) y las libertades de la persona (en caso del imputado); por tanto, el proceso penal debe estar informado por los lineamientos de la Constitución y las Convenciones Internacionales de Derechos Humanos.

No es posible un enfoque serio del proceso penal si no se toma en consideración, en toda su dimensión, lo dispuesto en los artículos 2 y 139 de la Constitución, así como en los artículos 8 y 25 de la Convención ADH, en concordancia con los artículos 44 y 55 de la Constitución.

En esto último ha venido insistiendo reiteradamente nuestro Tribunal Constitucional, así, se expresa la STC N.º 1230-2002-HC/TC, donde ha puntualizado que la Constitución es la fuente suprema de todas las leyes y disposiciones reglamentarias, las que, a fin de ser válidamente aplicadas, deben necesariamente ser interpretadas desde y conforme con la Constitución, esto incluye fundamentalmente a las normas procesales.

En ese orden, tal como se ha sostenido precedentemente, la finalidad del proceso penal no se concentra en determinar o llegar a contenidos

como el de “la verdad”, sea que se catalogue esta como verdad material o verdad procesal, pues esa es la línea que se seguía en aquel modelo procesal (inquisitivo) donde el juez se inmiscuía en asuntos investigativos, asumiéndose como parte del proceso y no como un tercero ajeno al mismo, ajeno en cuanto a que no debe tener un interés distinto a aquel que viene marcado por lo que establece la Constitución (función jurisdiccional) y las obligaciones concretas del Estado en materia de protección de derechos humanos; así tampoco la certeza, que es un estado de convencimiento al que el juez puede o no llegar, sin embargo, no está obligado a tener que hacerlo en todos los casos, por tal razón es que se permite emitir una sentencia de mérito (absolutoria) en supuestos donde subsista duda razonable.

No obstante, si se verifica que la finalidad del proceso penal es la protección de las garantías y derechos fundamentales de la persona, tal situación permite fundamentar y entender por qué el CPP2004 introduce un mecanismo procesal de garantía, que permite impugnar una actuación lesiva de un derecho y de esta manera no entorpecer el derecho de defensa, permitiendo que la misma se torne eficaz. Este mecanismo de defensa es la Tutela de Derechos, al respecto, se señala que “La tutela no es un proceso, sino una acción o mecanismo procesal

de reacción ante la violación de un derecho fundamental” (Camargo, 1994, p. 69).

La misma que se viabiliza a través de una audiencia en donde cobra relevancia los principios de oralidad, inmediación, igualdad procesal y se verifica claramente la labor de control que ejerce el juez de garantías sobre aquellos actos arbitrarios que lesionan una garantía o derecho fundamental, neutralizando dicho acto y permitiendo que el proceso se desarrolle de forma normal, sin que concurran situaciones que lo invaliden.

Una posición bastante difundida es que la Tutela de Derechos tiene como principal fin la equiparación de posibilidades en el proceso entre el órgano acusador (Ministerio Público) y la defensa del imputado, que por estar en situación de desventaja material, como es notorio entre la relación órgano estatal y particular (imputado), este último debe contar con instrumentos que tiendan a la equiparación, a nivel procesal, en el marco de la investigación preparatoria, que es una etapa determinante dentro del proceso penal, pues de aquí depende la continuación de las demás etapas del proceso.

La Tutela de Derecho ha sido pensada para su utilización al interior de la etapa de investigación preparatoria, circunscribir tal mecanismo de impugnación a la fase del proceso penal tiene una finalidad, pues, es en el marco de dicha etapa donde se despliega todas las acciones por parte del Ministerio Público como órgano persecutor del delito, y de la Policía Nacional del Perú (como órgano de apoyo), para la obtención de los elementos de convicción que, en primer término, revelen la existencia de indicios razonables que sobre la comisión de un delito, los mismos que eventualmente servirán para fundamentar un requerimiento que limite los derechos del imputado (medidas de coerción procesal), de ser el caso, ante la existencia de elementos de graves elementos de convicción, plantear un requerimiento acusatorio.

Por lo tanto, la Tutela de Derechos adquiere un papel relevante por su eficacia y prontitud en la resolución de posibles violaciones de los derechos fundamentales en la fase de Investigación Preparatoria. Más aún si se considera a la igualdad de armas o igualdad procesal como uno de los principios inspiradores del CPP2004 (artículo I inciso 3 y X del Título Preliminar del CPP2004) y por lo tanto del sistema que se implantó en nuestro país (de corte garantista).

La regulación procesal diseñada en el CPP2004 muestra en su libro primero, sección cuarta y título segundo referido a las disposiciones generales, el Ministerio Público y los sujetos procesales, el imputado y su abogado defensor, respectivamente; que el imputado podrá hacer valer sus derechos por sí mismo o por su abogado defensor, en tanto y en cuanto considere que se siente afectado o vulnerado, desde las primeras diligencias de la investigación.

La audiencia de Tutela de Derechos solo podrá desarrollarse con la presencia del juez, el fiscal y el abogado defensor del imputado. De igual forma, el CPP2004 obliga a que una vez recibida la solicitud de tutela, el juez de investigación preparatoria tiene que inmediatamente constatar los hechos expuestos y realizar la audiencia con presencia e intervención de las partes.

Se debe considerar que los efectos jurídicos de la audiencia de Tutela de Derechos, conforme el último literal del artículo 71 del CPP2004 son: la subsanación de la omisión constatada, el dictado de las medidas de corrección que correspondan en atención al derecho afectado, y establecer las medidas de protección al agraviado o perjudicado del derecho afectado objeto de debate.

## **B. Características**

### **a. Aplicación subsidiaria**

Esta naturaleza parece ser extraída de la Acción de Tutela colombiana que tiene naturaleza subsidiaria, esto es “(...) la regla general de procedencia de la Acción de Tutela indica que cuando se da la violación o amenaza de un derecho fundamental, y el titular del derecho violado o amenazado cuenta con un medio de defensa judicial diferente a la tutela, ha de preferirse ese otro medio de defensa (...)” (Velásquez Jorge, Esiquio Manuel, Sánchez H., 1995, p. 136).

Así, solo pueden conocerse, vía audiencia de Tutela de Derechos, los reclamos que no tengan protección es una vía propia que reconozca el CPP2004, esto es, si las violaciones a derechos tienen un mecanismo de protección que la ley les reconoce entonces tendrán que acudir a ellos. La Tutela de Derechos, en este punto adopta un carácter de instrumento residual, subsidiario, al que hay que acudir solo cuando no hay otro medio para proteger los derechos del investigado.

Sin embargo, en este punto debe verificarse que no basta con que formalmente exista un recurso o mecanismo contemplado para la

protección de un derecho, sino que este mecanismo sea eficaz, que cumpla la finalidad constitucional para la cual ha sido instaurado.

Así, por ejemplo, si un fiscal se excede el plazo se excede en el plazo de las diligencias preliminares o la investigación preparatoria formalizada vulnerando el derecho a ser investigado dentro de un plazo razonable del imputado, entonces se habilita la audiencia de control de plazo; así también cuando una intervención corporal o una intervención a las comunicaciones es realizada contraviniendo el procedimiento que el código prescribe, entonces el imputado tendrá que acudir al reexamen judicial.

#### **b. Opera en violación consumada del derecho**

La Tutela de Derechos será procedente cuando ya se ha producido la afectación a los derechos del imputado, solo se activa frente a violaciones consumadas, a actos concretos de violación, no frente a amenazas, a potenciales ataques, esto precisamente es un aspecto que la distingue de los procesos constitucionales, concretamente del amparo y el hábeas corpus, que proceden en defensa, incluso, de amenazas ciertas e inminentes a los derechos fundamentales.



Así, al interpretar el ámbito de protección de la audiencia de tutela, la Corte Suprema ha establecido que “(...) debe utilizarse única y exclusivamente cuando haya una infracción -ya consumada- de los derechos que asiste al imputado”<sup>22</sup>.

**c. Se restringe a la investigación preparatoria**

El mecanismo de Tutela de Derechos ha sido concebido por el legislador exclusiva y excluyentemente para lesiones a derechos del imputado que tengan ocurrencia en la primera etapa del proceso penal común, esto es, la investigación preparatoria, tanto en su fase primigenia de diligencias preliminares como en su etapa ya formalizada de investigación preparatoria propiamente dicha.

En tal sentido, no puede plantearse una Acción de Tutela en la etapa intermedia (salvo el supuesto excepcional de acusación directa) o en la etapa de juzgamiento, tampoco puede activarse cuando se ha activado una segunda instancia o en etapa de ejecución de sentencia (Marquéz, 2009, p. 247), porque la oportunidad procesal para plantearla ya habría precluido.

---

<sup>22</sup> Acuerdo Plenario N.º 04-2010, Audiencia de Tutela, 16 de noviembre del 2010, fundamento jurídico 12.

## **C. Supuestos de exclusión de prueba ilícita y control de disposiciones de formalización de investigación preparatoria**

### **a. Protección de la legitimidad probatoria**

De una primera revisión del contenido del artículo 71 del CPP2004 se advierte que no se podría excluir vía Tutela de Derechos el material probatorio ilícito, vale decir, aquella obtenida con violación de los derechos fundamentales de la persona. Sin embargo, la Corte Suprema ha desarrollado en el Acuerdo Plenario N.º 4-2010, que sí sería posible excluir tales medios de prueba obtenidos ilícitamente. Así, nuestros jueces supremos han dicho lo siguiente:

(...) a través de la audiencia de tutela se podrá solicitar la exclusión del material probatorio obtenido ilícitamente-en los casos en que esta sea la base de sucesivas medidas o diligencias-siempre que no exista una vía propia para alcanzar este propósito y que tenga que ver con la afectación o vulneración de alguno de los derechos fundamentales del imputado reconocido en el artículo 71 NCPP la posibilidad de atacar el material probatorio obtenido ilegalmente deriva del reconocimiento del principio de legitimidad de la prueba (...)²³.

El fundamento de la exclusión del material probatorio (fuentes de prueba) ilegítimamente obtenido tiene fundamento en el derecho a la legitimidad probatoria, verificándose en este punto que se es coherente con la naturaleza y la finalidad para la cual ha sido

---

<sup>23</sup> Acuerdo Plenario N.º 04-2010, Audiencia de Tutela, 16 de noviembre de 2010, fundamento jurídico 17.

concebida la Tutela de Derechos, como un mecanismo de garantía de protección de cualquier derecho fundamentales al interior del proceso penal (investigación preparatoria).

En suma, al haberse desarrollado la premisa sobre la cual sería posible la exclusión del material probatorio obtenido ilícitamente (fuentes de prueba) y por tanto su ineficacia para el proceso, se brinda mayor garantía en la protección de los derechos del imputado, pues no se tiene que esperar hasta la etapa intermedia para excluirla o hasta el momento de la deliberación para inutilizarla.

#### **b. Protección de la imputación necesaria**

La posición de la Corte Suprema no ha sido unívoca al respecto. Al inicio consideraba que no podía cuestionarse, en una audiencia de Tutela de Derechos, la disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria.

Su criterio se orientaba a que la vía de la tutela solo está habilitada para aquellos casos en los que se vulneren algunos de los derechos esenciales asociados en términos amplios a la defensa. Por lo demás debe quedar claro que la disposición en cuestión es una actuación unilateral del Ministerio Público y no puede ser impugnada ni dejada

sin efecto por el juez de la investigación preparatoria cumple una función esencialmente garantista.

Informa al imputado de manera específica y clara acerca de los hechos atribuidos y su calificación jurídica, esto es, el contenido de la imputación jurídico penal que se dirige en su contra. Además, ya en el proceso formalmente iniciado, las partes pueden hacer uso de los medios de defensa técnico para evitar un proceso en el que no se haya verificado los presupuestos esenciales de imputado<sup>24</sup>.

Sin embargo, luego ha cambiado de criterio porque en el Acuerdo Plenario N.º 02-2012 ha desarrollado que, en una audiencia de Tutela de Derechos, excepcionalmente, y siempre que se busque atacar únicamente la descripción fáctica, el relato de los hechos, puede cuestionarse la disposición fiscal de formalización y continuación de la investigación preparatoria<sup>25</sup>. Ello en estricta observancia de la garantía de la imputación necesaria, la cual se asimila como presupuesto indispensable para materializar el derecho a una defensa eficaz.

---

<sup>24</sup> Acuerdo Plenario N.º 04-2010, Audiencia de Tutela, 16 de noviembre de 2010, fundamento jurídico 18.

<sup>25</sup> Acuerdo Plenario N.º 02-2012, Audiencia de Tutela e imputación suficiente, 26 de marzo de 2012, fundamento jurídico 11.

Así pues, la audiencia de Tutela de Derechos es una institución que busca subsidiariamente proteger los derechos de las partes en el proceso penal, pues constituye una garantía constitucional de naturaleza procesal penal que el imputado o cualquier otro sujeto procesal pueda usar cuando ve afectado sus derechos previstos en la norma adjetiva, constitucional o en las demás leyes de la materia, pudiendo acudir al juez de garantías o juez de investigación preparatoria (Sánchez, 2010, p. 73).

#### **D. La Tutela de Derechos y las garantías constitucionales**

El concepto de garantías individuales suele confundirse con el de derechos fundamentales. Del mismo modo sucede con el concepto de garantías individuales y garantías constitucionales.

Las garantías individuales están destinadas a proteger los derechos fundamentales que tienen carácter constitucional en tanto parte integrante del texto constitucional. Mientras que las garantías constitucionales están constituidas por mecanismos de defensa (predominantemente de carácter procesal), no solamente de derechos, sino también de la propia Constitución, por ejemplo, el proceso de acción popular o de inconstitucionalidad que contempla el artículo 200 incisos 4 y 5 de la Constitución.

La palabra garantía implica una función de asegurar, proteger, defender y salvaguardar. Es así, que en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, en su artículo 16 se expresa: “Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no esté asegurada ni la separación de poderes establecida no tiene Constitución”.

De los puntos expuestos, es clara la relación inmediata y necesaria que surge entre garantías individuales y derechos humanos. Pues, se puede entender que los derechos fundamentales son ideas generales y abstractas, y las garantías, son individuales y concretas que materializan a los primeros. Consecuentemente, la garantía tiene por fin asegurar y proteger, por tanto, los derechos fundamentales son el objeto que la garantía pretende proteger y asegurar.

Asimismo, se ha sostenido que la Constitución en ningún caso establece derechos, sino que los reconoce o declara a los mismos, siendo que junto al derechos que se pretende proteger debe implementarse un mecanismo de tutela (procesal) que lo resguarde, esta es la función que corresponde al poder estatal, es decir, reconocer, garantizar y defender los derechos de las personas. Bajo este punto de vista, las garantías representan límites al ejercicio del poder con relación a los gobernados (Constitución en sentido político).

Dentro de estas garantías se ubica la Tutela de Derechos al tener como finalidad la protección de un derecho fundamental al interior de un proceso penal, concretamente en la fase de investigación preparatoria. De ello se tiene que en relación a las garantías constitucionales previstas en el artículo 200 de la Constitución, la Tutela de Derechos “(...) es un mecanismo o instrumento procesal que se constituye en la mejor vía reparadora del menoscabo sufrido, y que incluso puede funcionar con mayor eficiencia y eficacia que un proceso constitucional de habeas corpus” (Florian, 2004, p. 13).

## **E. Desarrollo de la Tutela de Derechos a nivel judicial**

### **a. Acuerdos Plenarios sobre Tutela de Derechos**

#### **i. Acuerdo Plenario N.º 04-2010/CJ-116**

El primer acercamiento a un desarrollo sobre el contenido y alcances de la Tutela de Derechos viene dado por el Acuerdo Plenario N.º 4-2010/CJ-116 emitido por la Corte Suprema de la República en el marco del VI Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitorias, llevada a cabo en la ciudad de Lima, el 16 de noviembre de 2010.

El acuerdo plenario en referencia establece como “doctrina legal”<sup>26</sup> un esbozo del ámbito de protección de la Tutela de Derechos y de su vinculación o procedencia en supuestos de exclusión de material probatorio ilícito.

Respecto a sus alcances, en el fundamento décimo del citado Acuerdo Plenario se precisa que los derechos protegidos a través de la Tutela de Derechos son los que se encuentran recogidos taxativamente en el artículo 71 inciso 2 del CPP2004<sup>27</sup>. Es decir, se restringe el ámbito de acción de dicho mecanismo procesal, únicamente a lo expresamente previsto en el artículo ya indicado, excluyendo cualquier otro supuesto factico y/o

---

<sup>26</sup> El término al cual se hace referencia, “doctrina legal”, pareciera tener semejanza con la llamada “doctrina jurisprudencial vinculante”, lo resulta un tanto confuso en cuanto a una especie de fusión de las fuentes del derecho. El artículo 433.3 del CPP2004, legitima al Pleno Casatorio (integrado por todos los jueces supremos penales), como el órgano jurisdiccional competente para emitir y constituir una decisión con fuerza normativa dentro del sistema de justicia penal, de obligatorio cumplimiento para todos los jueces del país. Tal decisión ha recibido el nombre de *doctrina jurisprudencial vinculante*. El único *órgano competente* para emitir *doctrina jurisprudencial vinculante*, es el *Pleno Casatorio Penal*, de tal forma que, si una Sala decide vincular a los demás órganos jurisdiccionales con su decisión, debe conformarse obligatoriamente el Pleno Casatorio. El error para denominar como “Doctrina Jurisprudencia Vinculante” a las sentencias que emita alguna Sala, incluso de la Corte Suprema” o los Acuerdos Plenarios que se generen como resultado de un Pleno Jurisdiccional en materia penal, puede haber encontrado origen en una inexacta lectura del artículo 433 incisos 3 y 4 del CPP2004.

<sup>27</sup> (i) conocimiento de los cargos atribuidos, (ii) conocimiento de las causas de la detención, (iii) entrega de la orden de detención girada, (iv) designación de la persona o institución a la que debe avisarse de la detención y corrección inmediata de esto, (v) posibilidad de realizar una llamada, en caso se encuentre detenido, (vi) defensa permanente por un abogado, (vii) posibilidad de entrevistarse en forma privada con un abogado, (viii) abstención de declarar o declaración voluntaria, (ix) presencia de abogado defensor en la declaración y en todas las diligencias que requieran su concurso, (x) no ser objeto de medios coactivos, intimidatorios o contrarios a la dignidad, ni ser sometidos a técnicas o métodos que induzcan o alteren la libre libertad, (xi) no sufrir restricciones ilegales, y (xii) ser examinado por un médico legista o por otro profesional de la Salud, cuando el estado de salud así lo requiera.



derecho que pudiere ser considerado como pasible de protección.

Sin embargo, en cuanto a la finalidad de la Tutela de Derechos, en su fundamento onceavo desarrolla que será la protección, resguardo y consiguiente efectividad de los derechos del imputado reconocidos por la Constitución y las leyes. En este punto, al parecer se contradice el carácter taxativo de protección de la Tutela de Derechos, pues, al expresar que su finalidad es la protección de los derechos que la Constitución contempla, debe recordarse que los derechos contenidos en esta tienen un carácter enunciativo, no cerrado, pues como se ha desarrollado precedentemente; podemos hablar de derechos conexos o contenidos implícitos, de la cláusula abierta que establece el artículo 3 la Constitución, y de los nuevos contenidos o derechos que pudieren incorporarse dado el carácter no acabado de la Constitución, además del contenido de las Convenciones Internacionales de Derechos Humanos y las sentencias que lo desarrollan, que constituyen parte del derecho interno según el artículo 55 y la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución.

En otras palabras, su finalidad esencial consiste en que el Juez determine, desde la instancia y actuación de las partes, la vulneración al derecho o garantía constitucional y se cautele el derecho dictando una medida de tutela correctiva que ponga fin al agravio, tal medida tendrá naturaleza reparadora, al haberse consumado la violación de un derecho en concreto, o protectora, a fin de evitar que tal violación no vuelva a cometerse.

Es por ello que en el fundamento décimo segundo se precisa que la Tutela de Derechos es un mecanismo eficaz tendiente al restablecimiento del statu quo de los derechos vulnerados y que debe utilizarse única y exclusivamente cuando haya una infracción ya consumada de los derechos que asiste al imputado.

En ese sentido, en el fundamento décimo quinto se ha hecho hincapié en que el Juez de la Investigación Preparatoria está obligado a convocar a audiencia de Tutela de Derechos si se presenta una solicitud con fundamento en la lesión de un derecho fundamental, cuya tramitación no tiene vía propia. No obstante, debe de realizar una calificación del contenido de la solicitud porque eventualmente el agravio puede constituirse en irreparable si se cita a audiencia, por lo que en este caso

excepcionalmente podrá resolver de manera directa y sin audiencia.

Asimismo, no está obligado a convocar a audiencia de Tutela de Derechos en los casos que aprecie manifiesta intención del imputado o de su abogado defensor de obstruir la labor de investigación de la fiscalía en vez de debatir sobre la existencia de un agravio de derechos. El Juez, por tanto, está habilitado para realizar un control de admisibilidad de la petición respectiva, y en su caso, disponer el rechazo liminar.

En el fundamento décimo sexto, cobra especial relevancia el deber que tiene el juez de generar una igualdad procesal entre las partes, en atención al principio de socialización del proceso. En tal sentido, si bien los actos de investigación realizados por el Ministerio Público gozan de amparo constitucional por tratarse de la autoridad pública encargada de la persecución del delito, ello no implica que tales actuaciones no puedan ser impugnadas, pues los actos violatorios de derechos pueden provenir incluso de autoridad estatal.

Sin perjuicio de lo anterior y no obstante haberse sostenido que vía Tutela de Derechos se puede buscar protección judicial únicamente en los supuestos taxativamente establecidos en el artículo 71 del CPP2004, en el fundamento décimo séptimo se incorpora un nuevo supuesto, mediante el cual se precisa que a través de la audiencia de Tutela de Derechos se podrá solicitar la exclusión del material probatorio obtenido ilícitamente (en los casos en que ésta sea la base de sucesivas medidas y diligencias)<sup>28</sup> siempre que no exista una vía propia para alcanzar este propósito y que tenga que ver con la afectación o vulneración de alguno de los derechos fundamentales del imputado reconocido en el artículo 71 CPP2004.

La posibilidad de atacar el material probatorio obtenido ilegalmente deriva del reconocimiento del principio de la legitimidad de la prueba el cual supone que el material probatorio será valorado sólo si ha sido obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo, y que carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o

---

<sup>28</sup> Tal situación hace referencia a la doctrina del fruto del árbol envenenado, entendidos como pruebas indirectas, derivadas de la prueba (fuente de prueba) originalmente considerada ilícita, ello supone que las pruebas que de esta se deriven pueden o no tener un carácter de ilicitud, sin embargo, al provenir de una fuente obtenida con violación del contenido esencial de los derechos de la persona, las que se deriven carecerán de efecto legal, tal situación es recogida por el artículo VIII del Título Preliminar del CPP2004.

indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona.

Tal situación encuentra sustento en el artículo VIII del Título Preliminar del CPP2004<sup>29</sup> y de la utilización de la prueba, regulado en el artículo 159 del mismo Código, que establece que el Juez no podrá utilizar, directa o indirectamente, las fuentes o medios de prueba obtenidos con vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona.

Lo anotado hace viable que en la audiencia de Tutela de Derechos se cuestionen los elementos probatorios obtenidos mediante procedimientos ilegales o viciosos y que una vez comprobada su ilicitud el Juez determine su exclusión, como medida correctiva o de protección.

## **ii. Acuerdo Plenario N.º 02-2012/CJ-116**

El mismo tuvo lugar en el marco de I Pleno Jurisdiccional Extraordinario de las Salas Penales Permanente y Transitoria de

---

<sup>29</sup> “1. Todo medio de prueba será valorado sólo si ha sido obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo. 2. Carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona”.

la Corte Suprema de la República llevado a cabo el 26 de marzo de 2012.

En cuanto a los aspectos relevantes del presente Acuerdo Plenario, este se desarrolla sobre la exigencia de una imputación suficiente o necesaria en situaciones en que una persona se ve sometida a una investigación por la presunta comisión de un delito; la deficiencia en la imputación, por ser vaga, ambigua o no reunir los elementos necesarios para que el imputado ejerza eficazmente su derecho de defensa (imputación clara, precisa y circunstanciada en tiempo, modo y lugar), podría ser cuestionada vía Tutela de Derechos.

En ese sentido, en sus fundamentos sétimo y octavo se pone énfasis en que una de las características del hecho investigado es su variabilidad durante el curso de la etapa de Investigación Preparatoria, haciendo alusión a una delimitación progresiva del posible objeto procesal, y que el nivel de precisión del relato del hecho histórico y del aporte presuntamente delictivo de los implicados por la Fiscalía, tiene un carácter más o menos amplio o relativamente difuso.

Lo cuestionable de este Acuerdo Plenario es que sigue la misma línea del Acuerdo Plenario N.º 04-2010, considerando a la Tutela de Derechos como un mecanismo procesal de carácter cerrado, de esta manera, se precisa en el párrafo final del fundamento noveno: “Así las cosas, se entiende que el párrafo 14 del Acuerdo Plenario N.º 4-2010/CJ-116 limite el ejercicio de la Acción de Tutela, a la que califica de residual, a los derechos taxativamente enumerados en el artículo 71 NCPP”.

Finalmente, en el fundamento décimo se destaca la garantía de defensa procesal, contemplada en el artículo IX del Título Preliminar del CPP2004, incluye, aparte de los llamados derechos instrumentales, los denominados derechos sustanciales, que son presupuestos básicos de su debido ejercicio.

En tal sentido, la efectividad del derecho de defensa tiene como punto de partida el conocimiento de los cargos que se imputan a un ciudadano, lo cual hace necesario que los hechos objeto de imputación en sede de Investigación Preparatoria tengan un mínimo nivel de detalle que permita al imputado conocer, de

forma clara, precisa y circunstanciada el motivo de la injerencia en sus libertades.

Es decir, para que se satisfaga el principio de imputación necesaria debe responderse al imputado las siguientes interrogantes: ¿Por qué hechos? ¿Por qué tales hechos constituyen delito? ¿Por qué está acreditado (probado) que determinada persona debe responder por tales hechos?

#### **b. Naturaleza jurídica de los Acuerdos Plenarios**

El Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial (TUO LOPJ) (anexo del Decreto Supremo 017-93-JUS) impone una clara división de los ámbitos que regula, distinguiéndolos mediante secciones. La Sección Segunda se ocupa de la Organización del Poder Judicial (artículos 25 al 121) en tanto que recién en la Sección Tercera se describe el Desarrollo de la Actividad Jurisdiccional (artículos 122 al 176).

El artículo 116 del TUO LOPJ es recurrente para la fundamentación legal en la producción de los acuerdos plenarios, sin embargo, no es parte de la Sección Tercera que describe el Desarrollo de la Actividad Jurisdiccional. En realidad, el artículo 116 del TUO LOPJ es el último



que corresponde al Capítulo II (Órganos de Apoyo) del Título Tercero (Órganos de Control y Apoyo) de la mencionada Sección Segunda (Organización del Poder Judicial).

Dicho Capítulo II se ocupa de la composición y funciones del Centro de Investigaciones Judiciales (ente que no tiene competencia jurisdiccional). En ese sentido, el Título Primero de la Sección Segunda está reservado a los auténticos Órganos Jurisdiccionales (Corte Suprema de Justicia de la República, Cortes Superiores, Presidentes de Sala, Juzgados Especializados y Mixtos, Juzgados de Paz Letrados y Juzgados de Paz).

Entonces, sistemáticamente, debe considerarse que el artículo 116 del TUO LOPJ no fue concebido como una herramienta propiamente jurisdiccional, sino de gestión administrativa.

Esto explica por qué el Centro de Investigaciones Judiciales, a través de sus funcionarios (y no de un grupo de jueces), en el contexto de apoyo a la función jurisdiccional (artículo 113 del TUO de la LOPJ), realiza actividad académica, pues, tal como se expresa en el artículo 114 del TUO de la LOPJ, realiza investigación y estudio de la realidad socio-jurídica del país, así como de la problemática judicial; propone

la reforma judicial permanente, conforme a la realidad socio-jurídica peruana, orientando al mejoramiento y desarrollo de la administración de justicia.

Estos fines no se realizan a través de una sentencia. Es más, dicho artículo 116 del TUO de la LOPJ se refiere a los integrantes de las Salas Especializadas, sin añadir nada más, y no directamente a los Jueces Superiores (antes, Vocales), resaltando así el hecho de que, cuando dichos integrantes se reúnen, convocados por el Centro de Investigaciones Judiciales, no lo hacen como jueces que ejercerán jurisdicción sobre un caso concreto, sino, que realizarán actividad académica.

Por tal motivo, este artículo 116 del TUO LOPJ solo autoriza al Centro de Investigaciones Judiciales para que convoque a quienes se desempeñan como jueces cuando ejercen la jurisdicción sobre un hecho concreto, para que, respecto a casos que antes ya resolvieron, puedan concordar las sentencias que hubieren emitido en su especialidad, no para producirla, pues no podrían, si bien quienes se reúnen se desempeñan como jueces, en el acto concreto para el cual se convoca a un pleno jurisdiccional, no actúan en ejercicio legítimo de función jurisdiccional al no tener un caso real sobre el que

pronunciarse mediante sentencia, resolviendo la controversia surgida.

Al no ser posible que los participantes de los llamados Plenos Jurisdiccionales concluyan sus discusiones sobre distintos asuntos, emitiendo una sentencia casatoria plenaria, los mal denominados plenos jurisdiccionales y su producto, los acuerdos plenarios, no pueden considerarse producto de la jurisdicción ni vinculantes, pese a que se intente forzar el sentido de la norma intentando dotar de un significado normativo distinto al artículo 116, apoyándose en artículo 22 del TUO LOPJ.

Este artículo 22 del TUO LOPJ, se ubica en la Sección Primera del TUO LOPJ, dedicada a los Principios Generales (artículos 1 al 24) y su primer párrafo no se refiere a acuerdos plenarios, sino a pronunciamiento jurisdiccionales con verdadera fuerza vinculante, es por ello que se hace referencia a “Ejecutorias que fijan principios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento”.

Dispone este artículo 22 que serán las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia de la República (y no los integrantes de

las Salas Superiores Especializadas en ámbitos nacional, regionales o distritales) quienes seleccionen dichas especiales Ejecutorias.

A estas últimas, como producto jurisdiccional de un proceso judicial regular, les ha precedido la Vista de la Causa, los Informes Orales y el planteamiento de la concreta relación de hecho y de derecho entre las partes, elementos todos de los que carecen los acuerdos plenarios.

Por tanto, no se pueden concordar los artículos 116 y 22 del TUO LOPJ para dotarle de efecto vinculante a los denominados acuerdos plenarios, más aún cuando es su misma guía metodológica, Guía Metodológica de Plenos Jurisdiccionales del 2008, aprobado por el Centro de Investigaciones Judiciales del Poder Judicial, en su artículo 17, señala en cuanto a los efectos de los acuerdos plenarios: “Los acuerdos adoptados en el Acta de Sesión Plenaria no poseen fuerza vinculante para la resolución de un caso en particular; sin embargo, orientan a los Magistrados en el ejercicio de su función jurisdiccional, lo cual conlleva a la predictibilidad de las resoluciones judiciales”.

**c. Pronunciamientos jurisdiccionales sobre Tutela de Derechos****i. Casación N.º 0033-2011-Piura**

En este caso se presentan dos investigaciones paralelas, con el mismo contenido fáctico, por el presunto delito de lavado de activos.

La primera de ellas se archiva en sede fiscal, con la consiguiente confirmación por la instancia superior luego de haberse resuelto el recurso de queja planteado; en el otro caso, este había sido archivado en primera instancia, no obstante, se revoca dicho extremo ordenándose el inicio de diligencias preliminares.

Frente a ello se planteó la nulidad procesal de la citada disposición fiscal. La Corte Suprema estimó que no existía autorización legal para que el juzgado de la investigación preparatoria declare la nulidad de tal disposición fiscal.

La particularidad de este caso es que frente a la aceptación de una vulneración al principio constitucional de *No Bis In Idem*, recogido en el artículo 139 inciso 13 de la Constitución y desarrollado en el artículo III del Título Preliminar de CPP2004, la resolución judicial favorable al imputado fue dejada sin efecto.

La Corte Suprema acotó que la vía para erradicar estas infracciones es la Tutela de Derechos. Es decir, desliza la posibilidad de poder cuestionar, vía Tutela de Derechos, aquellos supuestos en los cuales se verifique un supuesto de triple identidad (sujeto, objeto y fundamento), ya sea este *No Bis In Idem* procesal o sustancial, aun cuando este constituye un supuesto no contemplado dentro del ámbito de protección expresado en el artículo 71 inciso 2 del CPP2004.

**ii. Casación N.º 136-2013-Tacna**

En esta ejecutoria suprema, que además se le ha dado el carácter de doctrina jurisprudencial vinculante, emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, se ha dejado dicho una vez más que la Tutela de Derechos solo procede ante la vulneración a una lista cerrada de derechos.

Se señala, además, en su fundamento 3.7 la prohibición expresa de que los jueces incorporen nuevos derechos fuera de los reconocidos en el citado artículo 71 del CPP2004.

Siendo que con anterioridad ya se ha determinado qué derechos pueden ser objeto de tutela, el derecho de ejecución de las resoluciones judiciales (comprendido dentro de la tutela procesal efectiva) no ha sido considerado dentro de dicho listado cerrado, por lo cual

discrecionalmente los órganos jurisdiccionales no pueden incorporar nuevos supuestos de procedencia. (Casación N.º 136-2013-Tacna, 2013)

De esta manera, se ha considerado que la Tutela de Derechos será procedente únicamente para la protección de derechos taxativamente reconocidos en el artículo 71 del CPP2004, haciendo referencia a aquellos expresamente mencionados en su inciso 2.

**iii. Auto de Apelación N.º 05-2018 “1” emitido por la Sala Penal Especial (Caso PPK)**

Mediante esta resolución se señala que es incorrecto afirmar que la Tutela de Derechos solo sirve para proteger los derechos contemplados en el inciso 2 del artículo 71 del CPP2004.

En el caso concreto se cuestiona la resolución emitida por el Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria de la Corte Suprema, con la cual se rechazó liminarmente la solicitud de Tutela de Derechos presentada por la defensa técnica de Pedro Pablo Kuczynski Godard en la investigación preliminar que le sigue por el delito de lavado de activos, en modalidad de actos de conversión y transferencia, en perjuicio del Estado.

Se señala que hubo error en la interpretación del artículo 71 del CPP2004, debido a que se expresó, de manera tácita, que el derecho al fiscal y juez predeterminado por ley no son objeto de audiencia de Tutela de Derechos, y que el citado artículo solo tutela los derechos informativos del inciso 2.

Asimismo, se expresa que el Acuerdo Plenario N.º 04-2010/CJ-116 establece la protección de otros derechos fundamentales, como la tutela para la exclusión del material probatorio obtenido de manera ilícita.

En el fundamento 2.3. de la citada resolución se indica que el rechazo liminar no fue pertinente, debido a que la Tutela de Derechos es una garantía constitucional dentro del proceso penal y, por lógica extensión, también de las diligencias preliminares.

En este punto se hace una analogía con una de las garantías (procesos) constitucionales de la libertad, señalándose que la Tutela de Derechos tiene el carácter de un hábeas corpus dentro del proceso penal, por lo que debe ser tramitada aplicando los principios propios de tal proceso constitucional y, en



consecuencia, admitido en aplicación del principio *Pro Homine*. El rechazo liminar no existe o debe ser excepcional.

Asimismo, se hizo referencia al contenido de la Convención ADH en cuanto señala en el inciso 1 del artículo 25, que toda persona tiene derecho a un recurso sencillo, y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes (haciendo aquí referencia al derecho a la impugnación), que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

El recurrente señaló que: **a)** Hubo error en la interpretación del artículo 71 del CPP2004; **b)** Hubo error cuando se determinó que la petición de Tutela de Derecho no cumplió con ser subsidiaria, debido a que existen otras vías procesales para cuestionar la competencia; **c)** Se decidió de manera arbitraria rechazar de manera liminar el pedido de Tutela de Derechos.

Con relación al primer y segundo cuestionamiento, se señaló que la Tutela de Derechos tiene como finalidad proteger y resguardar

los derechos reconocidos al imputado por la Constitución y las leyes.

El Juez de Investigación Preparatoria en vía de Tutela de Derechos, como juez de garantías, debe realizar control de los derechos que el imputado alega, siempre que no exista vía procesal determinada para salvaguardar el derecho fundamental, debido a que la Tutela de Derechos es residual.

En esa misma línea, se hace una interpretación extensiva del inciso 1 y 4 del artículo 71 del CPP2004, y se señala que durante las diligencias preliminares los derechos fundamentales de los imputados que fueran trasgredidos pueden ser revisados en vía audiencia Tutela de Derechos, por tanto, resultaría incorrecto afirmar que la Tutela de Derechos únicamente se puede plantear cuando se afecta los derechos señalados en el inciso dos de la citada norma.

Luego se en base a dicha interpretación extensiva se incluye un supuesto no contemplado expresamente en el artículo 71 inciso 2 del CPP2004 indicándose que, al no existir vía procesal para tutelar la afectación al derecho fundamental a un juez

predeterminado por ley durante las diligencias preliminares, la Tutela de Derechos, al ser residual, debe ser la vía para atender la petición del imputado.

Argumentar que puede cuestionarse la afectación al juez predeterminado por ley cuando se formalice la investigación preparatoria iría en contra de lo establecido en la Convención ADH.

**iv. Auto de Vista emitido por la Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional en el Expediente N.º 00249-2015-41-5001-JR-PE-01 (Caso Humala)**

En esa resolución se desarrolla acerca de los alcances de la Tutela de Derechos indicándose en el fundamento 4.4 que:

(...) la finalidad esencial de la Audiencia de Tutela, es, entonces, la protección, resguardo y consiguiente efectividad de los derechos del imputado reconocidos por la Constitución y las leyes. Desde esta perspectiva, el Juez de Investigación Preparatoria se erige en un Juez de Garantías durante las diligencias preliminares y la investigación preparatoria ejerciendo su función de control de los derechos ante la alegación del imputado de que se ha producido la vulneración de uno o varios de sus derechos reconocidos específicamente en el artículo 71 del CPP, responsabilizando al Fiscal o a la Policía del agravio.

En otras palabras, su finalidad esencial consiste en que el Juez determine, desde la instancia y actuación de las partes, la vulneración al derecho o garantía constitucional prevista en la citada norma y realice un acto procesal dictando una medida de tutela correctiva que ponga fin al agravio.

En esta resolución se verifica la real finalidad de la Tutela de Derechos, la cual no solamente queda restringida a un ámbito de actuación "legal", sino, que debe atenderse a su real naturaleza, siendo esta la de una garantía constitucional al interior del proceso penal (Investigación Preparatoria).

**v. Auto emitido por el Cuarto Juzgado de Investigación Preparatoria Especializado en Delitos Ambientales del Distrito Judicial del Cusco en el Expediente N.º 5327-2018-14-1001-JR-PE-04, Cusco**

En este caso, el investigado Helio Dante Mamani Callaccasi, solicita Tutela de Derechos en contra de la Fiscalía Provincial Especializada de Turismo de Cusco, a fin de que se dicte una medida correctiva ante el quebrantamiento del derecho de defensa del investigado y se excluya como elemento de convicción ilícito el acta de intervención policial, argumentando

que se procedió a redactar dicha acta, a través de la cual el personal policial y fiscal interrogó al intervenido, sin la presencia de su abogado defensor y sin hacerle conocer los derechos que le asisten según el artículo 71 del CPP2004.

Se declara fundada la solicitud de Tutela de Derechos solicitada por el investigado mediante la cual cuestiona el irregular procedimiento desarrollado, en consecuencia, se ordenó excluir el material probatorio recabado por la Fiscalía a cargo del caso, consistente en el Acta de Intervención Policial redactada en la Comisaría de Turismo de Cusco que contiene también la declaración del investigado y se determina que el responsable de la diligencia del acta de intervención policial es el efectivo policial.

En el caso expuesto se verifica claramente cómo es que a través de la Tutela de Derechos se hace procedente la alegación de los denominados “Derechos o advertencia Miranda”, a efectos de eliminar actuaciones que afecten el procedimiento regular en la actuación policial o fiscal, lo cual, sin duda alguna, afecta el derecho del imputado a conocer el motivo de su detención, la disposición normativa u orden judicial en la cual esta se basa y la posibilidad de ejercer mínimos actos de defensa.

**vi. Auto de Vista emitido por la Primera Sala Penal de Apelaciones en el Expediente N.º 4138-2018-69-0401-JR-PE-02, Arequipa**

En el presente caso se señala que, si bien el Acuerdo Plenario N.º 04-2010/CJ-116 desarrolla en su fundamento 19 que la Tutela de Derechos sólo podrá hacerse efectiva durante las diligencias preliminares y en la Investigación Preparatoria propiamente dicha; no se ha considerado el supuesto de que el Ministerio Público presente Acusación Directa, es decir, cuando el Fiscal decide pasar directamente a la etapa intermedia prescindiendo de la etapa de investigación formal.

En consecuencia, se estima que el recurrente sí se encontraba habilitado para solicitar la Tutela de Derechos en la etapa intermedia por haberse formulado Acusación Directa; y por tanto no correspondía declararse la improcedencia de su solicitud.

Dicha resolución reviste importancia porque incluso se deja de lado formalmente la etapa dentro de la cual se podría hacer valer la Tutela de Derechos (Investigación Preparatoria), haciendo prevalecer los derechos del imputado que pudieren haberse visto

lesionados en el marco de la Etapa Intermedia, en supuestos en los que se hubiese formulado acusación directa.

De esta manera, se ha considerado que la efectiva protección de derechos al interior del proceso penal sería más trascendente que la etapa procesal en donde se produzca tal violación, en este caso, en supuestos de acusación directa, en donde la ausencia de etapa de investigación preparatoria formalizada no puede significar dejar en indefensión al procesado.

### **CAPÍTULO III**

#### **CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS**

En este capítulo se desarrolla la contrastación de las hipótesis, teniendo como base los conceptos, argumentos jurisdiccionales y de interpretación desarrollados. La pregunta que formulamos fue ¿Cuáles son los fundamentos jurídicos que sustentan el carácter protector amplio de la Tutela de Derechos frente a la lesión de garantía procesales no contempladas expresamente en el artículo 71 del Código Procesal Penal de 2004?, siendo la hipótesis proyectada que:

- A.** La naturaleza y/o carácter constitucional que ostenta la Tutela de Derechos dentro de nuestro sistema jurídico en el marco de un Estado Constitucional de Derecho.
- B.** La obligación internacional del Estado en materia de garantías y protección de derechos fundamentales a nivel judicial (derecho a la defensa eficaz y a un mecanismo de impugnación rápido y efectivo).
- C.** La Tutela de Derechos tiene directa relación con la finalidad concreta a la cual se orienta el proceso penal, el cual se desarrolla sobre la base de un sistema de justicia penal de corte garantista y respetuoso del Estado Constitucional de Derecho.
- D.** La aplicación de un control de convencionalidad por parte de los jueces del ámbito nacional, entendiendo a la Convención ADH y las sentencias de la Corte IDH que desarrollan su contenido, como vinculantes para el Estado Peruano y de aplicación inmediata a un caso concreto.
- E.** La aplicación del principio *Pro Homine* y los artículos VII y X del Título Preliminar del CPP2004 como regla de interpretación de las instituciones del proceso penal.



**3.1. Respeto al fundamento “A”** Al inicio de esta investigación se hizo un desarrollo respecto a lo que supone el garantismo como modelo teórico, indicando que el carácter garantista que ostente un sistema jurídico se verificará en atención al grado de protección de los derechos fundamentales y vigencia de las garantías que sirvan para materializar la real protección de tales derechos.

Asimismo, en cuanto al carácter que adopta una Constitución, formalmente hablando, esta puede contener principios y derechos que hagan que la misma se presente como una de corte garantista, acorde a un tipo de Estado Constitucional de Derecho, sin embargo, podría no superar un control material por carecer de mecanismos idóneos que sirvan para la protección de derechos que esta reconoce (mecanismos de control y la neutralización del ejercicio arbitrario del poder).

En este punto, sostenemos que la Tutela de Derechos como institución jurídica dentro de un proceso penal, en la fase de Investigación Preparatoria, adopta un marcado carácter constitucional de corte garantista, pues, dentro de la fase procesal a la cual se adscribe, permitirá que los derechos que la Constitución y las Convenciones Internacionales sobre derechos humanos reconocen no sean meras declaraciones; su objetivo último no es solo denunciar la existencia de una situación que directa o indirectamente vulnere algún derecho fundamental del procesado, pues lo que se busca con la solicitud de tutela es que el juez de garantías, asumiendo el rol que le compete, ejerza su labor de control y garante

de los derechos del procesado, ya sea subsanado la omisión o dictando las medidas correctivas o de protección que correspondan.

Luego, en cuanto al ámbito de protección que asume la Tutela de Derechos, sostenemos que debe abarcar un campo amplio de acción al momento de verificar violaciones a derechos fundamentales del procesado, pues, se verifica una relación de adecuación entre el ámbito de protección de la Tutela de Derechos que aquí sustentamos y el carácter de la propio de la Constitución.

Lo afirmado se basa en el carácter progresivo que asume la Constitución en la protección a futuro de nuevos derechos, lo cual se ve expresado en su artículo 3, con las precisiones señaladas en el capítulo IV de esta investigación, considerándose esta como una cláusula de desarrollo de los derechos constitucionales, es decir, expresa un catálogo no acabado y, por el contrario, una regulación solo enunciativa y no excluyente de derechos de naturaleza análoga a los ya reconocidos (positivizados) o de los contenidos que encuentre fundamento en la dignidad del hombre.

Finalmente, la Convención ADH refuerza lo indicado sobre el carácter amplio en cuanto a la interpretación del ámbito de protección de la tutela de derechos<sup>30</sup>; se

---

<sup>30</sup> En atención al artículo 55 de la Constitución los tratados suscritos y ratificados por el Perú forman parte del derecho interno, siendo vinculantes para todos los jueces, en el cual deben basar sus interpretaciones.

regula en el artículo 29 de la citada Convención la forma en que se debe interpretar las normas de derecho interno, entre ellas la Constitución y por extensión la Tutela de Derechos:

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: (...) c) Excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d) Excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

Luego, el artículo 31 de la misma Convención contempla una cláusula abierta para la incorporación de aquellos contenidos que aun ni siquiera han sido reconocidos o desarrollados, se señala “Podrán ser incluidos en el régimen de protección de esta Convención otros derechos y libertades que sean reconocidos de acuerdo con los procedimientos establecidos en los artículos 76 y 77”.

En síntesis, en atención al principio de fuerza normativa de la Constitución, la interpretación del instituto procesal penal de la Tutela de Derechos debe hacerse sobre un tamiz constitucional, observándose a la Constitución como norma jurídica, vinculante a todo aspecto a los cuales se proyecte el desarrollo de las instituciones o mecanismos dentro del proceso penal.

**3.2. Respecto al fundamento “B”** El Estado peruano al suscribir y ratificar una Convención Internacional en materia de derechos humanos queda obligado a aplicar el contenido de las mismas en la tramitación de un caso concreto, no solo

en la fase decisoria, sino para el desarrollo del proceso en su conjunto, debiendo interpretar cada norma, mecanismo o institución procesal sobre la base de la normativa internacional en esta materia.

Lo anterior se sustenta en las obligaciones concretas que tiene el Estado para el ejercicio de función jurisdiccional, basándonos en el artículo 1 de la Convención ADH (aprobada por Decreto Ley N.º 22231 del 11 de Julio de 1978) al imponer la obligación a los Estados Parte de respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y garantizar su libre y pleno ejercicio.

Además, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Ratificada por Decreto Supremo N.º 029-2000-RE y en vigencia desde el 14 de octubre de 2000) en su artículo 26, respecto al "*Pacta Sunt Servanda*" señala que todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe; asimismo en su artículo 27 establece que una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.

Por tanto, el Poder Judicial (como uno de los poderes que representan al Estado) hará incurrir al Estado en responsabilidad internacional en supuestos de inobservancia de los derechos y garantías que se plasman en una Convención Internacional, en el sentido que "(...) Todo Estado es responsable por los actos

de sus tribunales opuestos al derecho internacional, sin que modifique este principio la independencia que los tribunales suelen tener en el orden interno, puesto que también ellos son órganos de la comunidad estatal” (Boluarte, 2015).

En el desarrollo de la presente investigación se ha expuesto sobre el contenido y alcance del derecho a una defensa eficaz, indicando que al limitarse de manera arbitraria el ejercicio de tal derecho, torna en ineficaz la defensa desplegada, pues, no existirá defensa válida si esta se ve arbitraria e irrazonablemente limitada, más aún cuando dicha limitación no se oriente a salvaguardar un fin constitucional legítimo, tornando en inválido (nulo) el acto procesal limitador de un acto concreto de defensa y eventualmente el proceso en su totalidad.

Asimismo, en cuanto al derecho a la impugnación, se ha precisado que aquello a lo que la Convención ADH en su artículo 25 inciso 1 considera como “recurso rápido y eficaz”, en realidad, no se restringe a los “recursos” tal como se los entiende en nuestro ordenamiento legal interno, sino, a un mecanismo de impugnación que permita cuestionar eficazmente el extremo de un acto que cause agravio a fin de dar una respuesta efectiva al procesado ante la violación de algún derecho fundamental.

Sostenemos que este mecanismo de impugnación lo constituye la Tutela de Derechos, al ser un mecanismo idóneo para cuestionar la existencia de una

situación irregular que afecte el contenido de un derecho, generando que el proceso se desenvuelva con normalidad sobre la base de un debido proceso como instrumento de la tutela jurisdiccional efectiva, incluso, con mayor efectividad que los procesos de hábeas corpus y amparo en un caso concreto.

Al ser el derecho a la impugnación parte integrante de la garantía del debido proceso, descansa sobre la base de las obligaciones internacionales del Estado, en el sentido que se impone a estos contemplar dentro de sus leyes procesales, un recurso sencillo y rápido a efectos de cautelar los derechos fundamentales de la persona, con la exigencia de que estos sean efectivos en relación al fin para el cual han sido creados, lo cual viene dado directamente por el contenido del artículo 25 inciso 1 y 2, literales a, b y c de la Convención ADH al señalar que toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales.

Asimismo, se tiene que los Estados parte se comprometen: a) A garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) A desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c) A garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

En tal sentido, los extremos que se obliga a cumplir un Estado serán que el recurso sea efectivo, la facilidad para ejercer tal recurso, que dicho recurso no sea obstruido por cuestiones formales (cuando las formas no busquen proteger un fin constitucionalmente legítimo) y d) establece la obligación de las autoridades estatales de cumplir con la decisión dictada.

**3.3. Respecto al fundamento “C”** Se ha sostenido que el fin concreto del proceso penal es servir de garantía para la protección de los derechos fundamentales<sup>31</sup>, siendo que la búsqueda de la verdad (independientemente si se habla de una verdad procesal o material) y la certeza, no son fines a los que necesariamente se deba llegar en un proceso penal, pues, incluso se autoriza al juez a resolver de forma favorable al procesado, absolviéndolo, ante la subsistencia de alguna duda sobre los hechos materia de imputación. De esta manera se prioriza el carácter garantista (y los postulados que encierra este modelo) que debiera ostentar el proceso penal.

En ese contexto, la Tutela de Derecho cobra sentido, primero, porque al ser un mecanismo procesal destinado a impugnar aquellos actos que violen el contenido de un derecho fundamental, es concordante con la finalidad a la cual sostenemos se orienta el proceso penal.

---

<sup>31</sup> Apartado 2.3.5 literal C. de la presente investigación.

En segundo término, la Tutela de Derechos hace viable el logro de la igualdad procesal, equiparando en igualdad de armas al procesado con su contraparte, el Ministerio Público, entendiendo que los actos realizados por dicho órgano, aun siendo un órgano estatal pueden estar viciados, o lesionar un derecho fundamental; sin embargo, la Tutela de Derechos pretende neutralizar tales actos, destacando la supremacía de la Constitución a fin de lograr la plena vigencia de los derechos fundamentales.

Del análisis del Acuerdo Plenario N.º 04-2010/CJ-116 en cuyo fundamento décimo precisa que los derechos protegidos a través de la Tutela de Derechos son los que se encuentran recogidos taxativamente en el artículo 71 inciso 2 del CPP2004 y del Acuerdo Plenario N.º 02-2012/CJ-116 que en su fundamento noveno reafirma la limitante al ejercicio de la Tutela de Derechos, a la que califica de residual, restringiéndola a los derechos taxativamente enumerados en el artículo 71 del CPP2004. y fundamentación de las resoluciones judiciales estudiadas<sup>32</sup>, entre ellas, la Casación N.º 136-2013-Tacna, la cual cobra especial relevancia al habersele dado el carácter de doctrina jurisprudencial vinculante, y en su fundamento 3.7 establece la prohibición de que los jueces incorporen nuevos derechos fuera de los reconocidos en el citado artículo 71 del CPP2004.

---

<sup>32</sup> Apartado 2.5.3 literal E. de la presente investigación.



En tal sentido, se advierte que no se ha efectuado un análisis desde la óptica que aquí proponemos, con lo cual se resta funcionalidad a dicha figura procesal de la Tutela de Derechos, restringiendo arbitrariamente e irrazonadamente su utilización, lo cual redundaría en la imposición de barreras inconstitucionales al ejercicio de una defensa eficaz dentro del proceso penal.

Además, debe tenerse presente que la visión restringida con la cual ha sido abordada la Tutela de Derechos en los Acuerdos Plenarios que la desarrollan, no constituye un impedimento para que los jueces al momento de resolver un pedido de Tutela de Derechos inapliquen los criterios que en dichos acuerdos plenarios se han vertido, pues, los mismos no son vinculante para ningún juez, considerando que no son emitidos en ejercicio de una labor jurisdiccional por parte de los jueces que son convocados en pleno jurisdiccional.

Aunado a lo anterior, debe hacerse el siguiente razonamiento: si un juez puede dejar de aplicar a un caso concreto una ley u otra norma con rango similar, porque ha verificado que su aplicación lesionaría derechos, contrariando principios constitucionales, con mayor razón puede dejar de considerar los fundamentos de un acuerdo plenario, más aún cuando este no es emitido por algún órgano en ejercicio de función jurisdiccional, y mucho menos vincula a jueces en la resolución de un caso concreto.

Asimismo, en cuanto a la Casación N.º 136-2013-Tacna, a la cual se le otorga el carácter de doctrina jurisprudencial vinculante; consideramos que en virtud del artículo 433 inciso 3 del CPP2004, el único órgano legitimado para emitir y constituir una decisión con fuerza normativa dentro del sistema de justicia penal, de obligatorio cumplimiento para todos los jueces del país es el Pleno Casatorio y únicamente tal decisión recibe el nombre de doctrina jurisprudencial vinculante.

Sin embargo, el error que se verifica en una inexacta interpretación del artículo 433 incisos 3 y 4 del CPP2004. Al resolver un recurso de casación, una Sala Suprema, puede decidir o no constituir doctrina jurisprudencial vinculante. Una vez adoptada la decisión, la constitución de doctrina jurisprudencial vinculante, sólo será competencia de la Sala que ejerció tal facultad, siempre que no exista otra Sala u otros integrantes, circunstancias que, de presentarse, obliga a la conformación de un nuevo órgano colegiado, que es el Pleno Casatorio Penal, órgano que se constituye en el único competente para la adopción de la doctrina jurisprudencial vinculante.

Sin embargo, el Pleno Casatorio, únicamente se conforma para la constitución de doctrina jurisprudencial vinculante, pues la resolución del caso, siempre corresponde a la Sala Penal competente; ello por cuanto, las reglas de conformación o de competencia, no pueden variar al momento de resolver un determinado asunto.

En ese sentido, aun cuando la casación aludida ha determinado un criterio restringido en la utilización de la Tutela de Derechos siendo dicho criterio considerado como doctrina jurisprudencial vinculante, por lo expresado en los párrafos precedente consideramos que no ostenta dicha naturaleza, justamente por la inexactitud con la que se ha concebida su vinculatoriedad; asimismo, aun cuando existiese un criterio verdaderamente vinculante que restrinja la utilización de la Tutela de Derechos, el juez podría apartarse de dichos criterios, de forma excepcional. Así lo prevé el artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, con la única exigencia de motivar adecuadamente su resolución e identificar el precedente obligatorio que desestima.

**3.4. Respecto al fundamento “D”** Los derechos fundamentales reconocidos por nuestra Constitución deben ser obligatoriamente interpretados por todos los jueces de conformidad con los tratados y los Convenios Internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Perú y en concordancia con las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales constituidos según tratados de los que el Perú es parte (Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución y artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional).

En tal sentido, la jurisdicción constitucional (excepcional) o la ejercida por el Poder Judicial (ordinaria) no sólo debe centrarse en ejercer únicamente un control de constitucionalidad en estricto; además se encuentran en la obligación

de ejercer un control de convencionalidad, es decir, la potestad que tienen los jueces locales e incluso los pertenecientes a la jurisdicción supranacional (que en nuestro caso está constituida por la Corte IDH) para resolver controversias derivadas de normas, actos y conductas contrarios a la Convención ADH y otras convenciones en materia de derechos humanos, al *ius cogens*<sup>33</sup> y a la jurisprudencia de la Corte IDH.

En este punto, podemos distinguir entre un control de convencionalidad vertical que surge a partir de un ordenamiento internacional, de una jurisdicción supranacional y de una interpretación supraconstitucional. Es un control concentrado ejercido por la Corte IDH, cuyos fallos generan una doctrina jurisprudencial con efectos erga omnes, es decir, que vinculan a todos los tribunales locales.

Asimismo, existe un control de convencionalidad horizontal, ejercido por la jurisdicción interna de cada país (control difuso), cuyos efectos son sólo para el país en el cual sus jueces han aplicado los instrumentos internacionales

---

<sup>33</sup> La positivación del *ius cogens* se remonta a 1969, cuando se recoge en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, y cuyo artículo 53 establece: Es nulo todo tratado que en el momento de su celebración está en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.

(Convenciones, *ius cogens* o jurisprudencia de la Corte IDH) antes que su normativa interna.

**3.5. Respecto al fundamento “E”** El principio *Pro Homine*, denominado también regla de la preferencia, desarrolla que ante eventuales diversas interpretaciones de una disposición normativa, en este caso las interpretaciones que se han venido generando sobre la Tutela de Derechos, es imperativo para el Juez Constitucional escoger aquella que conlleve una mejor y mayor protección de los derechos fundamentales, dejando de lado aquellas interpretaciones que reduzcan o limiten el ejercicio cabal de un derecho.

En tal sentido, el inciso 3 del artículo VII del Título Preliminar del CPP2004 establece que la ley que coacte la libertad o el ejercicio de los derechos procesales de las personas, así como la que limite un poder conferido a las partes o establezca sanciones procesales, será interpretada restrictivamente, asimismo, la interpretación extensiva y la analogía quedan prohibidas mientras no favorezcan la libertad del imputado o del ejercicio de sus derechos.

Lo indicado se vincula directamente al principio protector de la persona o *Pro Homine*, pues, como se advierte del artículo VII del Título Preliminar del CPP2004, este se orienta, por un lado, como una limitante del poder punitivo penal, y por otro, como protector de un principio al cual está directamente

vinculado, esto es, el de dignidad de la persona, contenido en el artículo 1 de la Constitución.

Además, la interpretación que se haga de cualquier norma contenida en el CPP2004 debe ser coherente con los principios interpretativos que vienen contenidos en su Título Preliminar, pues, justamente ese es el carácter que asume un Título Preliminar en cualquier cuerpo normativo al cual venga adscrito.

Lo expresado encuentra respaldo en el artículo X del Título Preliminar del CPP2004, en cuanto de forma expresa señala que las normas preliminares que lo conforman prevalecen sobre las demás normas que integran el CPP2004, asimismo, sirven de fundamento para la interpretación de las disposiciones allí contenidas.

En ese sentido, la interpretación que se efectúe de la Tutela de Derechos no debe ser ajena a los principios rectores que inspiran nuestro ordenamiento jurídico penal, concretamente los referidos a normas que desarrollan la base para hacer del proceso penal uno más acorde a los postulados de un modelo garantista, respetuoso de los derechos fundamentales, lo cual es necesario para la existencia de un debido proceso en el marco de un Estado que se denomine Constitucional de Derecho.

## **CAPÍTULO IV**

### **CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES**

#### **4.1. CONCLUSIONES**

- 1)** Se ha logrado determinar que la Tutela de Derechos, en cuanto a su ámbito de protección, se orienta hacia un carácter amplio, pues, restringir los derechos que esta puede proteger supone negar su naturaleza constitucional e ir en contra de la garantía del derecho defensa e impugnación como parte integrante de un debido proceso, por lo cual, se tiende a la protección de derechos no desarrollados de forma expresa en el artículo 71 inciso 2 del CPP2004.
- 2)** Se ha logrado establecer que negar el carácter amplio de protección a la Tutela de Derechos supondría ir en contra de las obligaciones internacionales a las cuales se encuentra sometido el Estado peruano, concretamente a las obligaciones en materia de garantías y protección judicial establecidas en la Convención ADH, entre ellas las referidas a la garantía del derecho a la defensa y el derecho a la impugnación, al exigirse la existencia de un recurso rápido y eficaz.
- 3)** Se ha podido circunscribir a la Tutela de Derechos dentro de la teoría impugnatoria, entendiéndola el término “recurso” al que se hace referencia en la Convención ADH, en un sentido amplio, como todo mecanismo impugnatorio que sea rápido y efectivo para la denuncia o cuestionamiento de un acto u omisión que lesionen algún derecho que redunde en la afectación

de la garantía del debido proceso y, asimismo, asegure la eventual reparación del mismo.

- 4) Se ha determinado que la finalidad concreta del proceso penal no está orientada ni a la búsqueda de la verdad, ni a la obtención de certeza, sino que se orienta a la protección de los derechos del procesado, lo cual guarda coherencia con el principio de presunción de inocencia y la obligación constitucional de absolución en caso de duda.
- 5) El control de convencionalidad es de aplicación obligatoria por todos los jueces, sean estos de la jurisdicción ordinaria o jueces constitucionales, ello viene dado por la incorporación de las Convenciones Internacionales sobre derechos humanos como parte del derecho interno, más aun, se ha establecido en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados que un Estado parte no podrá alegar su derecho interno para incumplir alguna cláusula internacional en materia de derechos humanos.
- 6) En cuanto a la Tutela de Derechos en relación a otras figuras similares desarrolladas en el extranjero (Colombia, Ecuador, Chile); se ha verificado que, si bien son similares por la denominación que adoptan, se diferencian por el ámbito de protección, legitimación y utilización a nivel procesal. Se verifica que todas las figuras extranjeras son equiparables a la Acción de Amparo peruana, no obstante, la Tutela de Derechos tiene un carácter más específico y no genera un proceso autónomo, sino, un incidente al interior de un proceso principal ya existente.



#### **4.2. RECOMENDACIONES**

- 1)** Habiéndose efectuado el desarrollo de los contenidos expresados en la presente investigación y contrastada la hipótesis, podemos recomendar que a nivel jurisdiccional se adopte un criterio interpretativo que sea coherente con la naturaleza jurídica de la Tutela de Derechos y la finalidad del proceso penal al cual nos adscribimos, a fin de que la Tutela de Derechos sea un mecanismo funcional de protección de derechos.
- 2)** En el análisis ex ante el juzgador deberá partir de verificar la adecuación entre el ámbito de protección de la Tutela de Derechos y el carácter propio de la Constitución, ello encuentra sustento en el artículo 3 de la Constitución, que contiene una cláusula de desarrollo de los derechos constitucionales, en concordancia con el carácter amplio de interpretación que se sustenta en la Convención ADH al regularse en su artículo 29 la forma en que se debe interpretar las normas de derecho interno, entre ellas la Constitución y por extensión la Tutela de Derechos, asimismo, el artículo 31 de la Convención ADH incorpora una cláusula abierta para la incluir aquellos derechos que ni siquiera han sido reconocidos o desarrollados.

## LISTA DE REFERENCIAS

### Referencias Bibliográficas

- Albar German y Cancado Trínade Antonio. (1998). *Reflexiones sobre el futuro del sistema interamericano de derechos humanos*. Costa Rica: Cox Editores.
- Alvarado Velloso, A. (2005). *Garantismo Procesal contra Actuación Judicial de Oficio*. Madrid: Tirant lo Blanch.
- Asencio Mellado, J. M. (1993). El imputado en el proceso penal español. *Cuaderno de Derecho Judicial*.
- Alcalá, Z. y. (1991). *Proceso, autocomposición y autodefensa*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM.
- Baumann, J. (1989). *Derecho procesal penal. Conceptos fundamentales y principios procesales. Introducción sobre la base de casos*. Buenos Aires: Depalma.
- Bernal, P. C. (2005). *El derecho de los derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Bobbio, N. (1983). *Filosofía y Derecho. Interpretado por Ruíz Miguel Alfonso*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Boluarte, K. R. (octubre de 2015). Tesisdoctoral: La responsabilidad internacional del estado peruano por violación de obligaciones de protección de derechos humanos. Getafe.
- Camargo, P. (1994). *Manual de la acción de tutela*. Bogotá: Jurídica Radar Ediciones.
- Carocca, P. A. (1998). *Garantía Constitucional de la defensa procesal*. Barcelona: Bosch.
- Carpio, M. E. (2005). *La Constitución Comentada. Tomo I*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Castillo Córdova, L. (2006). El carácter normativo fundamental de la Constitución peruana. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*.

- Cerda San Martín Rodrigo y Felices Mendoza Esther. (2011.). *El Nuevo Proceso Penal: Constitucionalización, principios y racionalidad probatoria*. Lima: Grigley.
- Colomer, J. L. (1996). *Constitución y Proceso Penal*. Madrid: Tecnos .
- Couture, E. (1977). *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Depalma.
- D'Atena, a. (2004). *La Vinculación entre Constitucionalismo y Protección de los Derechos Humanos*. ReDCE.
- Espinoza Ramos, B. (2018). *Litigación penal. Manual de aplicación del proceso penal común*. Lima: Grijley.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Editorial Trotta.
- Ferrajoli, L. (2013). *La Democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*. Roma-Bari: Laterza.
- Ferrajoli, L. t. d. (2016). *Derechos Fundamentales, Democracia Constitucional y Garantismo* . Lima: RZ Editores .
- Florian, C. A. (2004). *La Tutela de Derechos en el Código procesal Penal de 2004*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Gálvez, J. M. (s.f.). Apuntes para un estudio sobre el recurso de casación en el proceso civil peruano. *Revista de Derecho Procesal. Tomo I*.
- Gozaini, O. A. (2017). *El debido proceso. Estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores .
- Hurtado, R. M. (2014). *Estudios de Derechos Procesal Civil. Tomo II*. Lima: Idemsa.
- Komad, H. (1992). *Escritos de Derecho Constitucional. Traducción de Pedro Cruz Villalón*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Martín Agustín-Jesús Pérez Cruz y otros. (2009). *Derecho Procesal Penal*. Pamplona: Civitas.

- Maraniello, P. A. (2012). El activismo judicial una herramienta de protección constitucional. *Pensar en Derecho*, 121-165.
- Marchese, q. (s.f.). casacion civil. *derecho procesal*, 66.
- Marchese, q. (s.f.). La Casacion Civil. *derecho procesal tomo I*, 54.
- Marqu ez, S. V. (2009). La tutela de derechos del imputado en el nuevo c odigo procesal penal. *Diálogo con la Jurisprudencia, Tomo 131*, 247.
- Menaut, A.-C. P. (2011). *En defensa de la Constitución* . Lima: Palestra Editores .
- Monroy, G. J. (1996). *Introducción al Proceso Civil Tomo I*. Lima: Themis.
- Morello, A. M. (13 de junio de 2003). Del debido proceso y la defensa en juicio al proceso justo constitucional. *La Ley*, pp. 2003-D, 678.
- Nakasaki, S. C. (2017). *El Derecho Penal y Procesal Penal desde la perspectiva del abogado penalista litigante*. Lima: Gaceta Jurídica S.A.
- Neyra Flores, J. A. (2010). *Manual del Nuevo Proceso Penal y de Litigación Oral*. Lima: Idemnsa.
- Ramos, G. G. (2013). Ativismo e garantismo no processo civil. Ativismo judicial e garantismo processual. *Revista Da Agu, año 09, N  24, abril/junio 2010*.
- Rodríguez, J. L. (2017). *Proceso Penal Comentado, 6ta. Edición*. San José: Dominza Editorial Jurídica Continental.
- Roxin, C. (2003). *Derecho Procesal Penal, 25  edición* . Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Sánchez, C. J. (2010). *La Tutela de Derechos en la Investigación Preparatoria*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Segura Ortega, M. (1989). El problema de las lagunas del derecho. *Anuario de filosofía del Derecho IV*, 286.

- Taruffo, M. (2002). *La prueba de los hechos*. Madrid: Trotta .
- Victor García Toma. (2012). Marco doctrinario de los derechos fundamentales y la Constitución: Criterios de interpretación. *AVANCES VII / N° 7*.
- Velásquez Jorge, Esiquio Manuel, Sánchez H. (1995). *Casación, Revisión y Tutela en Materia Penal*. Santa Fe de Bogotá: Ibañez.
- Verger, G. J. (1998). La rebeldía en el proceso civil. *Revista Peruana de Derecho Procesal*, 621.
- Víctor Abramovich, A. B. (2006). *La aplicación de los tratados de derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década (1994-2005)*. Buenos Aires : CELS y Del Puerto.
- Volk, K. (2016). *Curso Fundamental de Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Zaffaroni, E. R. (1978). *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática penal*. Buenos Aires: Ediar.
- Zaffaroni, E. R. (1983). *El preso sin condena*. San José .
- Zagrebelsky, G. (2002). *El derecho dúctil*. Madrid: Trotta.

### **Referencias Jurisprudenciales**

- Caso Ivcher Bronstein vs Perú (Corte Interamericana de Derecho Humanos 06 de febrero de 2001).
- Almonacid Arellano y otros vs Chile (Corte Interamericana de Derechos Humanos 26 de setiembre de 2006).
- Auto de Apelación N.º 05-2018- “1”, N.º 05-2018- “1” (Sala Penal de Apelaciones de la Corte Suprema de Justicia 2018).
- Auto de Vista emitido en el expediente N° 00249-2015-41-5001-JR-PE-01, 0249-2015 (Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional 2019).

- Barreto Leiva vs. Venezuela , Barreto Leiva vs. Venezuela (Corte Interamericana de Derechos Humanos 17 de noviembre de 2009).
- Casación N.º 136-2013-Tacna, 136-2013-Tacna (Corte Suprema de Justicia 2013).
- Caso Barbani Duarte vs. Uruguay (Corte Interamericana de Derechos Humanos 13 de octubre de 2011).
- Caso Cabrera García y Montiel Flores (Corte Interamericana de Derechos Humanos 26 de noviembre de 2010).
- Caso Cantoral Huamaní y García Santa Cruz Vs. Perú (Corte Interamericana de Derechos Humanos 10 de julio de 2007).
- Caso de Dzuhlay Vs. Ucrania, STEDH N.º 24439/06. (Tribunal Europeo de Derechos Humanos 03 de abril de 2014).
- Caso del Tribunal Constitucional versus Perú (Corte Interamericana de Derechos Humanos 31 de enero de 2001).
- Caso Genie Lacayo versus Nicaragua. (Corte Interamericana de Derechos Humanos 29 de enero de 1997).
- Caso Juan Humberto Sánchez versus Honduras (Corte Interamericana de Derechos Humanos 07 de junio de 2003).
- Caso Magaly Medina y Ney Guerrero Orellana, STC. Exp. N.º 6712-2005-HC/TC (Tribunal Constitucional 2005).
- Caso Ruano Torres y otros Vs. El Salvador (Corte Interamericana de Derechos Humanos 05 de octubre de 2015).
- Caso Torres Millacura y otros vs. Argentina (Corte Interamericana de Derechos Humanos 26 de agosto de 2011).
- Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras (Corte Interamericana de Derechos Humanos 29 de julio de 1988).
- Exp.1139-2010-34 Corte Superior del Cusco, Exp.1139-2010-34 (Corte Superior del Cusco 2010).
- Myrna Mack Chang vs Guatemala (Corte Interamericana de Derechos Humanos 25 de noviembre de 2003.).
- República, C. S. (16 de Noviembre de 2010). Acuerdo Plenario N° 04-2010/CJ-116. *VI Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitorias*. Lima, Lima, Perú.

- Ruano Torres y otros vs. El Salvador, Ruano Torres y otros vs. El Salvador (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2015 de octubre de 2015).
- Sentencia Plenaria Casatoria N.º 1-2017/CIJ-433, Sentencia Plenaria Casatoria N.º 1-2017/CIJ-433 (Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema 25 de octubre de 2017).
- Sentencia SU-111/97, Sentencia SU-111/97 (Corte Constitucional de Colombia 1997).
- Sentencia SU-67/93. , Sentencia SU-67/93. (Corte Constitucional de Colombia 1993).
- Sentencia T-225/93, Sentencia T-225/93 (Corte Constitucional de Colombia 1993).
- Sentencia T-406/92, Sentencia T-406/92 (Corte Constitucional de Colombia 1992).
- Servigón, C. N. (s.f.). La garantía de la defensa procesal: Defensa eficaz y nulidad del proceso penal por indefensión. 13-15.
- STC N.º 00419-2013-PA/TC, STC N.º 00419-2013-PA/TC (Tribunal Constitucional 2013).
- STC N.º 00579-2013-PA/TC, STC N.º 00579-2013-PA/TC (Tribunal Constitucional 2013).
- STC N.º 02487-2013-PA/TC, STC N.º 02487-2013-PA/TC (Tribunal Constitucional 2013).
- STC N.º 0030-2005-AI/TC - caso Barrera Electroal, STC N.º 0030-2005-AI/TC (Tribunal Constitucional 10 de febrero de 2006).
- STC N.º 04617-2012-PA/TC Panamericana Televisión S.A. vs SUNAT, EXP. N.º 04617-2012-PA/TC (Tribunal Constitucional 2012).
- STC N.º 0686-2007-PA/TC, STC N.º 0686-2007-PA/TC (Tribunal Constitucional 2007).
- STC N.º 0895-2001-AA/TC, STC N.º 0895-2001-AA/TC (Tribunal Constitucional 2001).
- STC N.º 1323-2002-HC/TC, STC N.º 1323-2002-HC/TC (Tribunal Constitucional 09 de julio de 2002).
- STC N.º 5854-2005-PA/TC, STC N.º 5854-2005-PA/TC (Tribunal Constitucional 08 de noviembre de 2005).
- STC. N.º 010-2002-AI/TC, STC. N.º 010-2002-AI/TC (Tribunal Constitucional 03 de enero de 2003).
- Tibi Vs. Ecuador (Corte Interamericana de Derechos Humanos 07 de diciembre de 2004).

### Referencias Virtuales

Cavani, E. J. (19 de 06 de 2019). *El proceso como institución de garantía*. Obtenido de ius360: <http://ius360.com/publico/procesal/el-proceso-como-institucion-de-garantia/>

Gonzales, J. M. (2012). *La historia detrás del mito. A 45 años de Miranda vs. Arizona*. Obtenido de Revista del Instituto de la judicatura federal: <https://www.ijf.cjf.gob.mx/publicaciones/revista/33/10%20DH%20Mijangos.pdf>

Neyra Flores, J. A. (18 de abril de 2019). <http://revistas.pucp.edu.pe>. Obtenido de Garantías en el nuevo Proceso Penal Peruano: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoprocesal/article/viewFile/2399/2350>

Rodríguez Hurtado, M. P. (15 de abril de 2019). *La constitucionalización del proceso penal: Principios y modelo del Código Procesal Penal 2004 (NCPP)*. Obtenido de Revista Foro Jurídico: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/18431>

Salazar Araujo, R. A. (17 de abril de 2013). *Alerta Informativa - LOZA AVALOS ABOGADOS*. . Obtenido de <http://www.lozavalos.com.pe/alertainformativa>.