

**UNIVERSIDAD NACIONAL “HERMILIO VALDIZÁN”**

**ESCUELA DE POSGRADO**



**“LA TUTELA DE DERECHOS PARA EL AGRAVIADO  
EN SU INCOACIÓN VULNERACIÓN DE LAS  
GARANTIAS PENALES. DISTRITO JUDICIAL DE  
HUAURA - HUACHO 2017”**

**TESIS PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE DOCTOR EN  
DERECHO**

**TESISTA: GALILEO GALILEI MENDOZA CALDERÓN**

**ASESOR: Dr. ABNER ALFEO FONSECA LIVIAS**

**HUÁNUCO - PERÚ**

**2019**

## **DEDICATORIA**

Dedico la presente investigación a mi toda mi familia, en especial a mi esposa Anilu y mis queridos hijos Sebastián, Nicolás y Benjamín, por el apoyo y la comprensión brindada durante el desarrollo de mis estudios; así como a las personas encargadas de la enseñanza y motivación diaria; de la misma manera a mi asesor quien ha sido la persona que me brindó su apoyo y sus conocimientos para la realización de la presente investigación.

## **AGRADECIMIENTO**

A través del presente trabajo debo expresar mi agradecimiento a mi asesor de tesis el Dr. Abner Fonseca Livias, profesor principal y actual director de la escuela de post grado de esta casa superior de estudios, quien con su sapiencia, y paciencia para con el suscrito me ha llegado a impartir todos su conocimientos, los mismos que he volcado en la preparación de la presente tesis, es por ello mi eterno agradecimiento no solo como maestro sino como un amigo, gracias.

## RESUMEN

El propósito del estudio fue analizar si la tutela de derechos para el agraviado en su incoación se relaciona con la vulneración de las garantías penales. La posibilidad de recurrir ante el Juez, para hacer valer los derechos del agraviado cuando estos se vean menoscabados en la instauración del procedimiento penal, encuentra fundamento jurídico y dogmático, a partir de una interpretación sistemática y armónica con los principios constitucionales y el derecho supranacional, el más importante es la Declaración sobre Principios Fundamentales de la Justicia para las Víctimas de Delitos y Abuso de Poder en correlación con el art. 25° del Pacto de San José de Costa Rica. El art. 95 del NCPP, reconoce derechos y facultades las cuales deben ser interpretadas sistemáticamente. El estudio fue observacional, la muestra de estudio fue 40 operadores de justicias. Los datos se recolectaron con el cuestionario de Tutela de derechos y el cuestionario Garantías penales. El 48,0% (24) de los agraviados gozan de tutela de derechos y garantías penales; mientras que el 22,0% (11) indican que no es así. Mediante el estadístico de prueba  $\chi^2$  cuadrado 6,551 y p valor 0,010 ( $p < 0,05$ ), indica que con una probabilidad de error de 1,0% la tutela de derechos se relaciona con las garantías penales; lo cual indica que actualmente de no incoar la tutela de derechos para el agraviado vulnera las garantías penales, como el derecho de defensa, y el de contar con un recurso efectivo.

**Palabras clave:** Tutela de Derechos, Agraviado, Garantías Penales, Protección Judicial, Debido Proceso Penal.

## ABSTRACT

The purpose of the study was to analyze whether the protection of rights for the aggrieved in his initiation is related to the violation of criminal guarantees. The possibility of appealing before the judge, to assert the rights of the aggrieved when they are impaired in the establishment of criminal proceedings, is based on legal and dogmatic, from a systematic and harmonious interpretation with the constitutional principles and supranational law, the most important is the Declaration on Fundamental Principles of Justice for the Victims of Crimes and Abuse of Power in correlation with art. 25 ° of the Pact of San José de Costa Rica. The art. 95 of the NCPP, recognizes rights and faculties which must be interpreted systematically. The study was observational, the study sample was 40 justice operators. The data was collected with the Tutela de derechos questionnaire and the Criminal Guarantees questionnaire. 48.0% (24) of the victims have custody of rights and criminal guarantees; while 22.0% (11) indicate that this is not the case. By means of the test statistic Chi2 square 6,551 and p value 0,010 ( $p < 0,05$ ), it indicates that with an error probability of 1,0% the protection of rights is related to the criminal guarantees; which indicates that currently not to initiate the protection of rights for the victim violates the criminal guarantees, such as the right of defense, and that of having an effective remedy.

**Keywords:** Protection of Rights, Grievant, Criminal Guarantees, Judicial Protection, Due Process of Law.

## RESUMO

O objetivo do estudo foi analisar se a proteção de direitos para os prejudicados em sua iniciação está relacionada à violação de garantias penais. A possibilidade de recurso para o tribunal para fazer valer os direitos da vítima quando eles são prejudicados pela introdução do processo penal é fundamento legal e dogmática, a partir de uma interpretação sistemática e consistente com os princípios constitucionais e do direito supranacional, o mais importante é a Declaração sobre Princípios Fundamentais de Justiça para as Vítimas de Crimes e Abuso de Poder em correlação com o art. 25 ° do Pacto de San José de Costa Rica. O art. 95 do NCPP, reconhece direitos e faculdades que devem ser interpretados sistematicamente. O estudo foi observacional, a amostra do estudo foi de 40 operadores de justiça. Os dados foram coletados com o questionário Tutela de derechos e o questionário Garantia Penal. 48,0% (24) das vítimas têm custódia de direitos e garantias criminais; enquanto 22,0% (11) indicam que este não é o caso. Pelo teste estatístico Chi<sup>2</sup> 6,551 valor quadrado e p 0,010 (p <0,05), indicando que uma probabilidade de erro de 1,0% a proteção dos direitos relacionados com garantias penal; o que indica que atualmente não iniciar a proteção de direitos para a vítima viola as garantias criminais, como o direito de defesa, e de ter um remédio efetivo.

**Palavras-chave:** Proteção de Direitos, Reclamações, Garantias Criminais, Proteção Judicial, Devido Processo Legal.

## ÍNDICE

	Pág.
Dedicatoria	ii
Agradecimiento	iii
Resumen	iv
<i>Abstract</i>	v
<i>Resumo</i>	vi
Índice	vii
Introducción	ix
<b>CAPÍTULO I. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN</b>	
1.1. Fundamentación del problema de investigación	01
1.2. Justificación	03
1.3. Importancia o propósito	05
1.4. Limitaciones	07
1.5. Formulación del problema de investigación general y específicos	07
1.6. Formulación del objetivo general y específicos	08
1.7. Formulación de hipótesis general y específicas	09
1.8. Variables	10
1.9. Operacionalización de variables	11
1.10. Definición de términos operacionales	12
<b>CAPÍTULO II. MARCO TEÓRICO</b>	
2.1. Antecedentes	15
2.2. Bases teóricas	16
2.3. Bases conceptuales	74
2.4. Bases epistemológicas o Bases filosóficas o Bases antropológicas	163
<b>CAPÍTULO III. METODOLÓGIA</b>	
3.1. Ámbito	203
3.2. Población	203
3.3. Muestra	203
3.4. Nivel y tipo de estudio	203
3.5. Diseño de investigación	204
3.6. Técnicas e instrumentos	204
3.7. Validación y confiabilidad del instrumento	205
3.8. Procedimiento	205
3.9. Plan de Tabulación y análisis de datos	205

<b>CAPÍTULO IV. RESULTADOS Y DISCUSIÓN</b>	
4.1. Análisis descriptivo	207
4.2. Análisis Inferencial y contrastación de hipótesis	219
4.3. Discusión de resultados	233
4.4. Aporte de la Investigación	238
<b>CONCLUSIONES</b>	240
<b>RECOMENDACIONES O SUGERENCIAS</b>	246
<b>REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b>	250
<b>ANEXOS</b>	262

## INTRODUCCIÓN

En el actual modelo procesal penal los derechos de las partes son irrestrictamente respetados, siendo que el órgano persecutor del delito, a través del Ministerio Público, y con apoyo de la Policía Nacional del Perú, en sus actuaciones deben de mostrar un respeto a los derechos fundamentales que le asiste a la persona que se le imputa un hecho delictuoso, lo que en realidad no resulta una novedad, sino que simplemente es el afianzamiento de una sociedad a un Estado Constitucional de Derecho, esto es la constitucionalización del proceso penal<sup>1</sup>, este amparo y protección de los derechos del imputado, reconocidos por la Constitución y las leyes, la encontramos plasmada en el art. 71° numeral 4 del C.P.P; que establece: “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”; ...sustento normativo que ha quedado afianzado con el Acuerdo Plenario N° 4-2010/CJ-116, en donde se restringió los derechos del imputado, en la norma adjetiva en comento, esto es: a) *Conocimiento de los cargos incriminados*, b) *De las causas de detención*, c)- *Entrega de la orden de detención girada*, d) *Designación de la persona o institución a la que debe avisarse de la detención y concreción inmediata de esto*, e)- *Posibilidad de realizar una llamada, en caso se encuentre detenido*, f) *Defensa permanente por un abogado*, g) *Posibilidad de entrevistarse en forma privada con su abogado*, h) *Abstención de declarar o declaración voluntaria*, i) *Presencia de abogado defensor en la declaración y en todas las diligencias que requieran su concurso*, j) *No ser objeto de medios coactivos, intimidatorios o contrarios a la dignidad, ni ser sometido a técnicas o métodos que induzcan o alteren la libre voluntad*, k) *No sufrir restricciones ilegales*, l) *Ser examinado por un médico legista o por otro profesional de la salud, cuando el estado de salud así lo requiera*. Habiéndose

---

<sup>1</sup> ZAMORA ZAMORA, José L. “La Tutela de Derechos: Instrumento de la Defensa para erradicar las Viejas Prácticas en el Nuevo Modelo Procesal Penal”. [en línea]. 2011 [citado el 2011-05-17]. Disponible en Internet: <http://leyesderechoyjusticia.blogspot.com/2011/05/tutela-de-derechos.html>

establecido además en el Acuerdo Plenario N° 2-2012/CJ-116, que esta Acción de Tutela, también procede ante una falta de Imputación suficiente por parte del Ministerio Público, debiendo el imputado en un primer momento acudir al propio Fiscal para solicitar las subsanaciones correspondientes en orden a la precisión de los hechos atribuidos, este derecho de modo amplio lo reconoce el art. 71.1 del NCPP.

Sin embargo, debemos enfatizar si la víctima o directamente el ofendido por el hecho delictivo, tiene alguna posibilidad de recurrir, a través de una tutela de derechos, ante el Juez de Investigación o de Garantías, para poner fin a la vulneración de algunos de sus derechos procesales fundamentales<sup>2</sup>; si más aun el art. IX. del Título Preliminar, referido al Derecho de Defensa; en su inc. 3 establece: *“El proceso penal garantiza, también, el ejercicio de los derechos de información y de participación procesal a la persona agraviada o perjudicada por el delito. La autoridad pública está obligada a velar por su protección y a brindarle un trato acorde con su condición.”* En ese sentido podríamos advertir que la interpretación que el Juez deba realizar a este novísimo procedimiento no solo deberá estar enfocada a un análisis constitucional, sino también al ámbito supranacional, norma que tiene supremacía ante otras de nivel jerárquico, a fin de evitar la vulneración a las garantías penales en el procedimiento, del agraviado, en ese sentido consideramos que la Tutela de Derechos, también puede ser incoada, requerida o solicitada por el agraviado cuando se advierta la inobservancia del contenido esencial de los derechos y garantías previstos en la constitución, sobre todo a recibir un trato igualitario y una protección judicial de sus derechos; esto quiere decir que tendremos que advertir, *i) Que tipo principios básicos son vulnerados;. ii) No se propicia las garantías del sistema procesal penal acusatorio, para el agraviado; iii) Las Resoluciones emitidas por el juez de garantías, deberán realizar control difuso, para incoar este procedimiento, o apartarse de la doctrina jurisprudencial, así como iv) Que tipo de errores judiciales podrían perjudicar a la víctima, a fin de evitar la vulneración de algunos de sus derechos;* siendo que en los artículos 95 y 104 del Nuevo Código Procesal Penal, les reconoce derechos y facultades las cuales deben ser interpretadas sistemáticamente con el único fin de que al ofendido por el delito se le pueda

---

<sup>2</sup> FUSTAMANTE RAFAEL, José Willan “Tiene Legitimidad el Agraviado para solicitar Tutela de Derechos en Sistema Procesal”. [en línea]. 2015 [citado el 2014-10-21]. disponible en Internet: <http://www.lozavalos.com.pe/alertainformativa/index.php?mod=portada&com=portada&opcID=39>.

resarcir en el menoscabo del hecho cometido en su contra, alcanzando así justicia a su pretensión, y evitar una doble revictimización por parte de la inoperancia del Estado.

# CAPÍTULO I

## DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

### 1.1 Fundamentación del problema de investigación

Una de las innovaciones del nuevo modelo es la que al órgano persecutor del delito, a través del Ministerio Público, y con apoyo de la Policía Nacional del Perú, en sus actuaciones muestren un irrestricto respeto a los derechos fundamentales que le asiste a la persona que se le imputa un hecho delictuoso, lo que en realidad no resulta una novedad, sino que simplemente es el afianzamiento de una sociedad a un Estado Constitucional de Derecho, esto es la constitucionalización del proceso penal<sup>3</sup>, este amparo y protección de los derechos del imputado, reconocidos por la Constitución y las leyes, la encontramos plasmada en el art. 71° numeral 4 del C.P.P; que establece: “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”; ...sustento normativo que ha quedado afianzado con el Acuerdo Plenario N° 4-2010/CJ-116, en donde se restringió los derechos del imputado, en la norma adjetiva en comentario, esto es: a) *Conocimiento de los cargos incriminados*, b) *De las causas de detención*, c)- *Entrega de la orden de detención girada*, d) *Designación de la persona o institución a la que debe avisarse de la detención y concreción inmediata de esto*, e)- *Posibilidad de realizar una llamada, en caso se encuentre detenido*, f) *Defensa permanente por un abogado*, g) *Posibilidad de entrevistarse en forma privada con su abogado*, h) *Abstención de declarar o declaración*

---

<sup>3</sup> ZAMORA ZAMORA, José L. “La Tutela de Derechos: Instrumento de la Defensa para erradicar las Viejas Prácticas en el Nuevo Modelo Procesal Penal”. [en línea]. 2011 [citado el 2011-05-17]. Disponible en Internet: <http://leyesderechoyjusticia.blogspot.com/2011/05/tutela-de-derechos.html>

*voluntaria, i) Presencia de abogado defensor en la declaración y en todas las diligencias que requieran su concurso, j) No ser objeto de medios coactivos, intimidatorios o contrarios a la dignidad, ni ser sometido a técnicas o métodos que induzcan o alteren la libre voluntad, k) No sufrir restricciones ilegales, l) Ser examinado por un médico legista o por otro profesional de la salud, cuando el estado de salud así lo requiera.* Habiéndose establecido además en el Acuerdo Plenario N° 2-2012/CJ-116, que esta Acción de Tutela, también procede ante una falta de Imputación suficiente por parte del Ministerio Público, debiendo el imputado en un primer momento acudir al propio Fiscal para solicitar las subsanaciones correspondientes en orden a la precisión de los hechos atribuidos, este derecho de modo amplio lo reconoce el art. 71.1 del NCPP.

Sin embargo, debemos enfatizar si la víctima o directamente el ofendido por el hecho delictivo, tiene alguna posibilidad de recurrir, a través de una tutela de derechos, ante el Juez de Investigación o de Garantías, para poner fin a la vulneración de algunos de sus derechos procesales fundamentales<sup>4</sup>; si más aun el art. IX. del Título Preliminar, referido al Derecho de Defensa; en su inc. 3 establece: *“El proceso penal garantiza, también, el ejercicio de los derechos de información y de participación procesal a la persona agraviada o perjudicada por el delito. La autoridad pública está obligada a velar por su protección y a brindarle un trato acorde con su condición.”* En ese sentido podríamos advertir que la interpretación que el Juez deba realizar a este novísimo procedimiento no solo deberá estar enfocada a un análisis constitucional, sino también al ámbito supranacional, norma que tiene supremacía ante otras de nivel jerárquico, a fin de evitar la vulneración a las garantías penales en el procedimiento, del agraviado.

En la presente investigación determinaremos si la Tutela de Derechos, también puede ser incoada, requerida o solicitada por el agraviado cuando se advierta la inobservancia del contenido esencial de los

---

<sup>4</sup> FUSTAMANTERAFANEL, José Willan “Tiene Legitimidad el Agraviado para solicitar Tutela de Derechos en Sistema Procesal”. [en línea]. 2015 [citado el 2014-10-21]. disponible en Internet: <http://www.lozavalos.com.pe/alertainformativa/index.php?mod=portada&com=portada&opcID=39>.

derechos y garantías previstos en la constitución, esto quiere decir que tendremos que advertir, *i) Que tipo principios básicos son vulnerados;* *ii) No se propicia las garantías del sistema procesal penal acusatorio, para el agraviado;* *iii) Las Resoluciones emitidas por el juez de garantías, deberán realizar control difuso, para incoar este procedimiento, o apartarse de la doctrina jurisprudencial, así como iv) Que tipo de errores judiciales podrían perjudicar a la víctima, a fin de evitar la vulneración de algunos de sus derechos.*

Esta investigación divergente merece la opinión de los profesionales (operadores – jueces), ya que algunos consideran que no procede este instituto procesal de la tutela de derechos para el agraviado y otros por el contrario como el suscrito consideran lo contrario, ya que como veremos vulnera derechos fundamentales del ofendido, los mismos que se encuentran consagrados en el artículo 2 inciso 2 de nuestra Constitución Política que prescribe: *“toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen... o de cualquier otra índole”*; siendo que los jueces en un proceso penal deben preservar el principio de igualdad procesal (igualdad ante la ley), debiendo en todo caso allanar todos los obstáculos que impidan o dificulten su vigencia.

La presente investigación es inédita, puesto que al ser el Nuevo Código Procesal Penal novísimo en su aplicación e implementación a nivel nacional, a la fecha no se ha detectado otras investigaciones (tesis), sobre el problema, pero si existen ya publicaciones (artículos), de ciertos juristas sobre el tema, lo cual corrobora que hay una corriente fuerte a fin de que también la tutela de derechos sirva de protección para la víctima cuando vea un menoscabo sus derechos fundamentales.

## **Justificación**

¿Porque debemos estudiar este tema de investigación?: Este tema justifica la importancia de estudio toda vez que nos va a permitir conocer realmente la incoación, aplicación y tramitación de este procedimiento novedoso, y del cual a la fecha se avizora que este instituto procesal solo se aplicaría en favor del imputado, siendo que como está estructurado el

mismo se advierte flagrantemente un desmedro a los derechos fundamentales de las partes, básicamente del agraviado, en atención a ello, si bien es cierto un proceso penal debe ser eficaz, justo y tramitado en un plazo razonable ello como principal anhelo de la sociedad, más aún cuando se restringe la libertad personal, pero ello no significa atentar flagrantemente al principio constitucional de igualdad ante la ley. Así, a decir de Asencio Mellado: *“El proceso no es otra cosa que un método de determinación de hechos y responsabilidades y para la consecución de este fin ha de permanecer en la más absoluta neutralidad (...)”*.<sup>5</sup>

En la actualidad, la sociedad peruana percibe que la justicia en nuestro país es lenta, ineficaz, y que se siguen procesos ritualistas, engorrosos, fundamentalmente escritos que no conllevan a la solución oportuna y justa de sus conflictos dejando en muchos casos una sensación de impunidad y corrupción que incide negativamente en la imagen institucional del Poder Judicial, y que inclusive el Estado garantiza de manera más eficaz los derechos de los imputados, dejando de lado a la víctima a pesar de que es obligación del Estado garantizar su seguridad, ello conforme se infiere de lo establecido en nuestra carta magna en el artículo 44, esto quiere decir, que no existiría paridad entre el imputado y la víctima cuando ambos en un proceso penal tienen el interés y la legitimidad para obrar en defensa de sus derechos, buscando siempre su mayor satisfacción en la secuela de un procedimiento penal, del cual ambos son sus sujetos procesales, con derechos, deberes y obligaciones, para con el proceso como deber de garante que estos tienen. Para reflejar esa sensación, que tiene la ciudadanía actualmente es necesario recordar la frase de una conocida obra literaria: *“Pertenezco, pues, a la justicia (...). Entonces, ¿para qué puedo quererte? La justicia nada quiere de ti. Te toma cuando vienes y te deja cuando te vas.”*<sup>6</sup>

Por lo expuesto, debido a las implicancias y los efectos del proceso penal en los justiciables: imputado - víctima es necesario como urgente un verdadero cambio en el sistema procesal penal que vaya más allá de una

---

<sup>5</sup> CUBAS VILLANUEVA, Víctor, DOIG DIAZ, Yolanda y QUISPE FARFAN, Fanny Soledad. *El nuevo proceso penal: Estudios fundamentales*. Lima: Palestra, 2005, p.493.

<sup>6</sup> KAFKA, Franz. *El Proceso*. Buenos Aires: Editorial Lozada, 1939, p.217.

simple modificación de normas penales. Este cambio significativo lo representa sin duda el Nuevo Código Procesal Penal (NCPP) promulgado mediante Decreto Legislativo N° 957 y publicado en el Diario Oficial “El Peruano” el 29 de julio de 2004; pero este cambio debe estar aparejado a una verdadera constitucionalización del proceso penal, esto quiere decir que si bien es cierto sea diseñado diversos mecanismos de simplificación procesal como El Proceso Inmediato, Terminación Anticipada, Acusación Directa, etc; que dinamizan el procedimiento penal, y en consecuencia lo vuelven más ágil y dinámico, ello tampoco puede significar un desmedro a los derechos fundamentales de las partes, básicamente en el afectado (víctima), cuando este ve limitado su derecho a poder recurrir al órgano jurisdiccional, vía tutela de derechos cuando se afecte sus derechos constitucionales, por lo que estableceremos los fundamentos suficientes para reafirmar el modelo teórico, y las correspondientes modificaciones legislativas con el fin de ampliar el mismo, y consecuentemente se respeten las garantías y principios rectores del sistema procesal penal acusatorio, en aras de lograr una adecuada interpretación de su contenido.

### **Importancia o propósito**

¿Para que servirá la presente investigación? Indudablemente el ser un tema inédito, la importancia y finalidad de la presente investigación va a radicar en que se hará saber a los operadores de justicia de que el actual procedimiento para la tutela de derechos, a favor solo del imputado afecta flagrantemente el principio de igualdad ante la ley, y en consecuencia, el irrestricto derecho de defensa del agraviado, más aun que de acuerdo a lo establecido en el art. IX. del Título Preliminar, del Código Procesal Penal, establece en el *inc. 3* “*el proceso penal garantiza, también, el ejercicio de los derechos de información y de participación procesal a la persona agraviada o perjudicada por el delito. La autoridad pública está obligada a velar por su protección y a brindarle un trato acorde con su condición*”; y que si bien es cierto se parte que esta afectación, va a estar determinada a lo establecido en el art. 71 del Nuevo Código Procesal

Penal, esta circunstancia no es tan cierta, ya que como veremos el perjudicado por el delito tiene también la posibilidad de recurrir ante el Juez de Garantías, para hacer valer sus derechos cuando estos se vean menoscabados en la instauración del procedimiento penal, básicamente en la Investigación Preliminar y Preparatoria; encontrando el fundamento jurídico y dogmático, a partir de una interpretación sistemática y armónica con los principios constitucionales. Es así que, de una parte, el artículo 2 inciso 2 de nuestra Constitución Política numera que “toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen... o de cualquier otra índole”; por otro lado, en el numeral 3 del artículo I del Título Preliminar del NCPP, se señala que “las partes intervendrán en el proceso con iguales posibilidades de ejercer las facultades y derechos previstos en la Constitución y en este Código, y los jueces preservarán el principio de igualdad procesal, debiendo allanar todos los obstáculos que impidan o dificulten su vigencia<sup>7</sup>; no hay que dejar pasar por alto que también tenemos un derecho supranacional, en cuanto a las garantías procesales para la víctima<sup>8</sup>, que reconocen derechos explícitos a favor de las víctimas en el proceso, el más importante es la Declaración sobre Principios Fundamentales de la Justicia para las Víctimas de Delitos y Abuso de Poder, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el año 1985, en correlación con el art. 25° del Pacto de San José de Costa Rica que reconoce como una obligación del estado proveer de una debida protección judicial a sus ciudadanos cuando alguno de sus derechos constitucionalmente reconocidos ha sido lesionado; siendo que en los artículos 95 y 104 del Nuevo Código Procesal Penal, les reconoce derechos y facultades las cuales deben ser interpretadas sistemáticamente con el único fin de que al ofendido por el delito se le pueda resarcir en el menoscabo del hecho cometido en su contra, alcanzando así justicia a su pretensión, y evitar una doble revictimización por parte de la inoperancia del Estado.

---

<sup>7</sup> FUSTAMANTERAFANEL, José Willan “Tiene Legitimidad el Agraviado para solicitar Tutela de Derechos en Sistema Procesal”. [en línea]. 2015 [citado el 2014-10-21]. disponible en Internet: <http://www.lozavalos.com.pe/alertainformativa/index.php?mod=portada&com=portada&opcID=39>.

<sup>8</sup> NEYRA FLORES, José A. “Garantías en el Nuevo Proceso Penal Peruano”. [en línea]. 2010 [citado en el Vol. 4 N°4 - 2010]. disponible en Internet: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoprocesal/article/view/2399/2350>.

Estos resultados que se obtengan servirán para una mejora legislativa (modificación de la norma), o en todo caso para crear doctrina jurisprudencial (uniformizándose criterios), para lo cual recurriremos no solo al análisis normativo nacional, sino que también supranacional, buscando siempre el mayor beneficio para el ser humano, (en este caso el agraviado), es decir, que debe acudir a la norma más amplia<sup>9</sup>, en base a lo que establece el Principio Pro Homine.

El beneficiario con esta modificatoria de la norma y procedimiento será el agraviado, ya que no verá mermado su derecho de defensa, y de poder actuar conforme a su derecho, ante el Juez de la Investigación Preparatoria.

### **Limitaciones**

Se puede considerar que podrá haber alguna limitación, pero superable en el sentido que, en nuestro medio social, son pocos los autores que se dedican a este tema de Tutela de Derechos para la Víctima, ya que no existe mucha bibliografía al respecto, sin embargo, se agotará todos los medios para superar este inconveniente teniendo en cuenta que se tendrá que recurrir a la doctrina nacional como internacional.

## **1.2 Formulación del problema de investigación general y específicos**

### **Problema general**

¿La tutela de derechos para el agraviado en su incoación se relaciona con la vulneración de las garantías penales en el distrito judicial de Huaura – Huacho 2017?

### **Problema específico**

- a. ¿Existe relación de la tutela de derechos con la imparcialidad del juez de garantías en el distrito judicial de Huaura?
- b. ¿Existe relación de la tutela de derechos con el derecho a la defensa en el distrito judicial de Huaura?

---

<sup>9</sup> WIKIPEDIA. "Principio Pro Homine". *Wikipedia la enciclopedia libre*. [en línea]. [2016-02-12]. Disponible en Internet: [https://es.wikipedia.org/wiki/Principio\\_pro\\_homine](https://es.wikipedia.org/wiki/Principio_pro_homine)

- c. ¿Está relacionado la tutela de derechos con el debido proceso en el distrito judicial de Huaura?
- d. ¿Está relacionado las garantías penales con el acceso a la justicia en el distrito judicial de Huaura?
- e. ¿Está relacionado las garantías penales con la igualdad ante la ley en el distrito judicial de Huaura?
- f. ¿Existe relación las garantías penales con el recurso interno en el distrito judicial de Huaura?

### **1.3 Formulación del objetivo general y específicos**

#### **Objetivo general**

Analizar la Tutela de Derechos para el agraviado, a fin de garantizar el derecho fundamental a la igualdad ante la ley, de los casos implicados en los expedientes judiciales.

#### **Objetivos Específicos**

- a. Identificar la relación de la tutela de derechos con la imparcialidad del juez de garantías en el distrito judicial de Huaura.
- b. Describir la relación de la tutela de derechos con el derecho a la defensa en el distrito judicial de Huaura.
- c. Evaluar la relación de la tutela de derechos con el debido proceso en el distrito judicial de Huaura.
- d. Examinar la relación de las garantías penales con el acceso a la justicia en el distrito judicial de Huaura.
- e. Describir la relación de las garantías penales con la igualdad ante la ley en el distrito judicial de Huaura.
- f. Identificar la relación de las garantías penales con el recurso interno en el distrito judicial de Huaura.

## 1.4 Formulación de hipótesis general y específicas.

### Hipótesis general

- Hi.** El derecho de defensa del agraviado se relaciona con el principio de igualdad de armas, a fin de garantizar la paridad de condiciones y oportunidades; de las partes<sup>10</sup>, de los casos implicados en los expedientes judiciales.
- Ho.** El derecho de defensa del agraviado no se relaciona con el principio de igualdad de armas, a fin de garantizar la paridad de condiciones y oportunidades; de las partes, de los casos implicados en los expedientes judiciales.

### Hipótesis específicas

- Hi<sub>1</sub>.** La tutela de derechos para el agraviado se relaciona con la imparcialidad del juez de garantías con los casos implicados en los expedientes judiciales.
- Ho<sub>1</sub>.** La tutela de derechos para el agraviado no se relaciona con la imparcialidad del juez de garantías con los casos implicados en los expedientes judiciales.
- Hi<sub>2</sub>.** La tutela de derechos para el agraviado se relaciona con los derechos de defensa de los casos implicados en los expedientes judiciales.
- Ho<sub>2</sub>.** La tutela de derechos para el agraviado no se relaciona con los derechos de defensa de los casos implicados en los expedientes judiciales.
- Hi<sub>3</sub>.** La tutela de derechos para el agraviado se relaciona con el debido proceso de los casos implicados en los expedientes judiciales.
- Ho<sub>3</sub>.** La tutela de derechos para el agraviado no se relaciona con el debido proceso de los casos implicados en los expedientes judiciales.
- Hi<sub>4</sub>.** Las garantías penales para el agraviado se relacionan con el acceso a la justicia de los casos implicados en los expedientes judiciales.

---

<sup>10</sup> LANDA, Cesar. "Derecho fundamental al debido proceso y a la tutela jurisdiccional". *Diké. Portal de Información y Opinión Legal. PUCP* [en línea]. [2016-02-04]. Disponible en Internet: [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4\\_uibd.nsf/C0C8578C81370C4005257BA600724852/\\$FILE/con\\_art12.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/C0C8578C81370C4005257BA600724852/$FILE/con_art12.pdf)

- Ho4. Las garantías penales para el agraviado no se relacionan con el acceso a la justicia de los casos implicados en los expedientes judiciales.
- Hi5. Las garantías penales para el agraviado se relacionan con la igualdad ante la ley de los casos implicados en los expedientes judiciales.
- Ho5. Las garantías penales para el agraviado no se relacionan con la igualdad ante la ley de los casos implicados en los expedientes judiciales.
- Hi6. Las garantías penales para el agraviado se relacionan con el recurso interno de los casos implicados en los expedientes judiciales.
- Ho6. Las garantías penales para el agraviado no se relacionan con el recurso interno de los casos implicados en los expedientes judiciales.

## 1.5 Variables

### **Variable independiente (X)**

Tutela de Derechos

### **Variable dependiente (Y)**

Garantías penales

### **Variable interviniente (Z)**

Protección Judicial

## 1.6 Operacionalización de variables

### ***Variable independiente:***

**X:** Tutela de derechos

X1. Acceso a la justicia

X2. Igualdad ante la ley

X3. Recurso interno

### ***Variable dependiente***

**Y:** Garantías penales

Y1. Imparcialidad del juez de garantías

Y2. Derecho de defensa

Y3. Debido proceso

**Variable interviniente**

- Cargo
- Tiempo de servicio
- Grado

Variable	Dimensiones	Indicadores	Resultado	Escala	
Tutela de derecho	Acceso a la justicia	Proceso penal legitimada	Si	Nominal dicotómica	
		Incoar tutela de derecho	No		
		Garantiza trato igualitario			
	Igualdad ante la ley	No incoación es discriminante	Si	Nominal dicotómica	
		Delitos discriminantes	No		
		Procedimiento especial			
	Recurso interno	Limitaciones jurídicas	Si No	Nominal dicotómica	
		Fuentes de derecho			
		Vulneración de las partes			
		Aplicación en etapa preparatoria			
	Garantías penales	Imparcialidad del juez de garantías	Tutela de derecho	Si	Nominal dicotómica
			Derechos fundamentales	No	
Garantías penales					
Derecho de defensa		Vulneración de garantías penales	Si	Nominal dicotómica	
		Obviar tutela de derecho	No		
		Derecho de defensa			
Debido proceso		Principio de igualdad procesal	Si No	Nominal dicotómica	
		Protección judicial			
		Incoación de tutela de derecho			
		Carga procesal			

## **1.7 Definición de términos operacionales**

### **Derechos Fundamentales**

Conjunto básico de facultades y libertades garantizadas judicialmente que la constitución reconoce a los ciudadanos de un país determinado

### **Expediente**

Es el conjunto de escritos, actas y resoluciones donde se encuentran consignados todos los actos procesales realizados en un proceso, los cuales son ordenados según la secuencia de su realización en folios debidamente numerados correlativamente, convirtiéndose en un documento que acredita en forma indubitable el desarrollo de los actos jurisdiccionales de un proceso.

### **Garantías penales**

Es una institución de Derecho Público de seguridad y de protección a favor del individuo, la sociedad o el Estado que dispone de medios que hacen efectivo el goce de los derechos subjetivos frente al peligro o riesgo de que sean desconocidos. Es una protección frente a un peligro o riesgo.

### **Juicio oral**

La segunda etapa del proceso penal ordinario, en la que después de haber terminado la etapa instructiva, se realizan en forma pública los debates orales de las partes ante el Tribunal, valorándose directamente los hechos y las pruebas, teniendo como referencia los informes de la etapa procesal anterior.

### **Principio procesal**

Es el postulado o axioma que informa la forma o manera de ser un proceso.

### **Protección Judicial**

Se trata de un derecho que, conforme a definido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, obliga al Estado a “suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violación de los derechos humanos, los cuales deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal”. Interpretando lo previsto por el art. 25 de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, la Corte Interamericana ha definido que “la obligación del Estado de proporcionar un recurso judicial

no se reduce simplemente a la mera existencia de los tribunales o procedimientos formales o aún a la posibilidad de recurrir ante estos; pues éstos deben dar resultados o respuestas a las violaciones de derechos contemplados ya sea en la Convención, en la Constitución o en las leyes”. Consecuentemente, el sentido de la protección otorgada por la norma convencional antes referida, según la Corte Interamericana “es la posibilidad real de acceder a un recurso judicial para que la autoridad competente y capaz de emitir una decisión vinculante determine si ha habido o no una violación a algún derecho que la persona que reclama estima tener y que, en caso de ser encontrada una violación, el recurso sea útil para restituir al interesado en el goce de su derecho y repararlo”.

### **Recurso**

Término genérico que abarca el total de actos jurídicos procesales de las partes que impugnan la eficacia de una resolución judicial en el mismo proceso.

Por tal motivo, la expresión “recursos impugnatorios” importa error, pues todos los recursos son impugnatorios.

Significa en sentido general: regreso al punto de partida.

Según Couture: “Es un recorrer, correr de nuevo, el camino ya hecho”.

Jurídicamente, la palabra denota el recamino que se hace nuevamente mediante la otra instancia, como el medio de impugnación por virtud del cual se recorre el proceso”.

### **Sentencia**

Del latín Sentiendo, por expresar lo que opina, es aquella resolución que se pronuncia sobre la litis del proceso poniendo fin a la instancia.

Parte última de proceso judicial, por la cual el juez debe resolver con relevancia jurídica el conflicto de intereses, aplicando con criterio lógico el derecho que corresponde a cada caso concreto para la resolución de la controversia

### **Tutela de Derechos**

Nuestro NCPP en su artículo 71.4 considera que la Tutela de Derechos constituye una vía jurisdiccional por la cual la persona imputada en la comisión de un delito, puede acudir cuando considere que durante las diligencias preliminares o en la investigación preparatoria, no se ha dado

cumplimiento a las disposiciones, o que sus derechos no son respetados, o que es objeto de medidas limitativas de derechos indebidos o de requerimientos ilegales, puede acudir en vía de tutela al Juez de Garantías a fin de que éste tutele, proteja, subsane o dicte las medidas de corrección pertinentes, protegiéndose así, mejor los derechos del imputado.

## **CAPITULO II.**

### **MARCO TEORICO**

#### **2.1 Antecedentes**

##### **Antecedentes Internacionales**

Dado que el tema es un sui generis, hemos encontrado a nivel internacional, algunas tesis referidas al tema de análisis:

- 1) La Acción constitucional de tutela como mecanismo efectivo para la materialización del derecho a la salud - la salud -Manizales 2010. Carlos Andrés Giraldo Aristizabal. Director de Tesis: Dr. Rodrigo Giraldo. Universidad de Manizales. Facultad de Ciencias Jurídicas. Colombia. Junio 2011.
- 2) Justiciabilidad del derecho a la salud en el derecho comparado de Argentina y Colombia. José Alfonso Valbuena Leguízamo. Código: 696625 Trabajo de grado presentado para optar al título de Magister en Derecho. dirigido por: Rodolfo Arango Rivadeneira. Universidad Nacional de Colombia. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. Maestría en Derecho. Bogotá, D.C., 2010.
- 3) La Tutela como mecanismo para la protección del derecho fundamental a la salud (requisitos jurídicos necesarios para efectivizar su aplicación y análisis jurisprudencial de los fallos emitidos por la Corte Constitucional durante el año 2014). Sebastián Moreno Mosquera Lina. Peñaranda Márquez Tomas Núñez Artículo de investigación para optar el título de especialista en Derecho Administrativo. Universidad Santo Tomas. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Valledupar –Colombia. 2015.

##### **Antecedentes Nacionales.**

Dado que el tema es un sui generis, hemos encontrado a nivel nacional, algunas tesis referidas al tema de análisis:

- 1) La Vigencia efectiva del principio de igualdad procesal y los derechos del agraviado. Tesis para optar el grado de maestra en derecho mención en Derecho Penal y Ciencias Criminológicas. Universidad Nacional de Trujillo. Unidad de Postgrado. Autora: Br. Karina Delgado Nicolás. Asesor: Dr. William Arana Morales. Trujillo – Perú. 2016.
- 2) La Dimensión objetiva de los procesos constitucionales de tutela de derechos fundamentales. Tesis para optar por el título de licenciada en derecho. Pontificia Universidad Católica del Perú. Facultad de Derecho. Presentada por: Liliana María Salomé Resurrección. Asesor: Samuel Bernardo Abad Yupanqui. Lima – Perú. 2010.
- 3) El Derecho fundamental del acceso a la justicia y las barreras de acceso en poblaciones urbanas pobres en el Perú. Tesis para optar el grado académico de magíster en derecho constitucional. Pontificia Universidad Católica del Perú. Escuela de Postgrado; que presenta: John Iván Ortiz Sánchez. Miembros del Jurado: Profesor Antonio Peña Jumba (Asesor) Profesor Wilfredo Ardito Vega Profesor Javier La Rosa Calle. Lima – 2014.

### **Antecedentes Locales.**

Dado a que es una investigación inédita no se cuenta con antecedentes locales.

## **2.2 Bases teóricas**

### **Los Antecedentes de los Procesos Rápidos<sup>11</sup>**

El “tiempo” es necesario para que se desarrolle un proceso penal, pero éste no puede ser demasiado largo que dure, incluso cuando el imputado ha muerto, ni tan corto que el imputado no pueda defenderse, el tiempo debe ser limitado, y es que a veces los extremos se tocan<sup>12</sup>. En efecto, de nada sirve, un proceso largo que nunca va acabar, donde no hay justicia, con el extremo, de un proceso corto, en cual, el imputado no

---

<sup>11</sup>PACHAS PALACIOS, Eduardo Remi. “La Acusación Fiscal Directa con resultados de la Investigación Preliminar, - El Proceso Directo-, en el Nuevo Código Procesal Penal. (Decreto Legislativo N° 957”. ).Revista: “Análisis del Derecho” - 2007.pag. 23.

<sup>12</sup> BOBBIO, Norberto. “En el Prólogo de la Razón y el Derecho de Luigi Ferrajoli”. Ferrajoli, Luigi. “Derecho y Razon”. Editorial Trotta. 1995. Página 209.

pueda ejercer sus derechos y garantías tampoco se encuentra justicia<sup>13</sup>. Cesar Becaría, también se pronunció y digo "...cuanto más pronta y cercana al delito cometido sea la pena, será más justa y útil. La idea clara y precisa, es la llamada lentitud o morosidad de la administración de justicia penal, se ha instalado en el centro de la escena como uno de los problemas más graves del sistema penal<sup>14</sup>; y la enorme carga procesal que arrastra el sistema procesal penal peruano. Ante este problema, se ha planteado a los procesos especiales, como parte de la solución para acelerar estos procesos y descongestionar el sistema penal, esto también evidentemente sin de jaro r alto los derechos de las víctimas.

Para ello, es necesario repasar, que dicen los diferentes autores nacionales y extranjeros, con respecto al concepto de los procesos especiales, de tal forma que Roberto Cáceres y Ronald Iparraguirre, señalan, que "...La razón de ser de los procedimientos especiales, es dotar al sistema de mecanismos procesales que permitan atender las necesidades de celeridad, tutela y paz que nuestra sociedad exige. Estructuras procesales dotadas además, de las garantías necesarias contra los abusos y manipulaciones, que permitan tener un proceso eficiente, que descongestione la administración de justicia, evitándose así, el descontento y sobre todo la desconfianza de la sociedad en el sistema de justicia nacional...(). Estamos pues, ante categorías de procedimientos simplificados ágiles, bien planteados por el codificador, como alternativas al proceso común, que permitan combatir la delincuencia, y en especial a la criminalidad organizada con celeridad y eficacia."<sup>15</sup>

María Inés Horvitz Lennon y Julián López Masle, por su parte, agregan "...En general, las legislaciones del derecho comparado contemplan procedimientos especiales y sumarios para enjuiciar los delitos bagatelarios o de menor entidad. Se trata de la introducción de mecanismos de celeridad y simplificación al procedimiento en atención a

---

<sup>13</sup>PASTOR R. Daniel.(2002)."*El Plazo Razonalbeen el Proceso del Estado de Derecho*". Editado por el Fondo de Honrad ArdenuaerStifung. Argentina Buenos Aires. Página 49.. Las quejas por la lentitud de la justicia no son nuevas. "La excesiva duración de los litigios constituye uno de los mayores y más viejos males de la administración de justicia. Ya en la recopilación de Justiniano se recoge una constitución en la que se toman medidas "a fin de que los litigios no se hagan casi interminables y excedan de la duración de la vida de los hombres" Las leyes romanas posteriores a esa constitución establecieron un plazo preciso para la duración del proceso penal, disponiendo Constantino que empezara a contestarse con la litiscontestación y que fuera de un año, plazo que, precisamente Justiniano elevo a dos.

<sup>14</sup>PASTOR R. Daniel. "*El Plazo Razonalbe en el Proceso del Estado de Derecho*". Editado por el Fondo de Honrad ArdenuaerStifung. Argentina Buenos Aires. . 2000. Página 51..

<sup>15</sup> CÁCERES Roberto y IPARRAGUIRRE, Ronald. "*Derecho Procesal Penal Comentado*". Editores Jurista.Lima-Perú. . 2005. Página 497.

la ausencia de gravedad de los hechos imputados. A diferencia del abreviado, este procedimiento no significa necesariamente la renuncia de la garantía al juicio oral por parte del imputado; sin embargo, al entregarse el juzgamiento de los delitos al mismo juez que tuvo a su cargo el control de la investigación se plantean serios cuestionamientos en su contra desde la perspectiva del principio de imparcialidad del tribunal..(). La contemplación de procedimientos expeditos para juzgar delitos poco complejos y graves ha encontrado su fundamento de legitimidad en el derecho del imputado a ser juzgado dentro de un plazo razonable o sin dilaciones indebidas. Si los hechos no son complejos, pareciera excesiva la realización del procedimiento ordinario; pero la simplificación e, incluso, un menor nivel de garantías se han requerido justificar en la naturaleza de la sanción aplicable al caso, esto es, apenas menos ves, como multa, el comiso, la inhabilitación o suspensión del ejercicio de ciertos derechos, la publicación de la condena, o incluso penas privativas de libertad cortas o que pueden ser sustituidas por otras...(). La existencia de procedimientos simplificados pareciera inevitable ante la gran cantidad de delitos de bagatela que debe entrenar cualquier sistema de justicia criminal hoy en día. 16 ”

Por su parte, Oscar Julián Guerrero,<sup>17</sup> manifiesta “...Alemania se muestra como el arquetipo en la discusión relativa a la recepción de los modelos procesales extranjeros. El caso germano resulta importante desde dos aristas. En primer lugar, la experiencia del proceso de Nuremberg y la aplicación directa de la justicia de los países vencedores en las zonas de ocupación norteamericana y británica, representan un punto de partida ejemplar para la reflexión sobre el encuentro de los dos sistemas; y en segundo lugar, la extensa literatura jurídica que produce este país –Alemania- puede dar noticia del papel que han desempeñado las categorías del derecho procesal penal anglosajón trasladada a su semejante continental...”.

---

<sup>16</sup>HORVITZ LENNON, María Inés Y OTRO. (2002). DERECHO PROCESAL CHILENO. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile-Chile. Página 460 y 461.

<sup>17</sup>GUERRERO PERALTA, Oscar Julian. (2005). FUNDAMENTOS TEORICOS DEL NUEVO PROCESO PENAL. Editorial Gustavo Ibáñez y Ediciones Nueva Jurídica. Bogotá Colombia. Página 8.

Víctor Moreno Catena y Valentín Cortés Domínguez<sup>18</sup>, señalan “...Por razón de la gravedad del delito, el proceso ordinario pronto se reveló ineficaz, por lento y complejo, para hacer frente al crecimiento de la delincuencia que se produjo en España a partir de la segunda mitad del siglo XX, señaladamente de los delitos de mediana y baja gravedad. El esquema procedimental mixto, compuesto por un procedimiento ordinario y por procesos especiales simplificados y de urgencia previstos para la delincuencia menor, cambió de forma importante en 1988, tras la declaración de inconstitucionalidad (STC 145/1988) de la reunión de funciones instructoras y juzgadoras en los Juzgados de instrucción...”

Los procesos especiales son una clara unión del proceso americano con el proceso continental, ya que el sistema americano demostró que sus procesos penales, aplicando el Adversary Criminal Trial<sup>19</sup> o el sistema acusatorio adversarial puede ser más rápido que los sistemas europeos. Pese a ello, cuando se implantan en Europa comienzan a cuestionar esta rapidez y por el abandono de ciertas garantías procesales, que inclusive hacen que en Italia, el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre el Patteggiamento o terminación anticipada italiana, dando pautas de la forma como debe de aplicarse para que sea constitucional, de allí que en el Perú, la acusación directa, proceso inmediato y terminación anticipada se aplican a todos los delitos e inclusive a todos los intervinientes en el proceso penal, es decir a los autores, coautores, cómplices primarios, cómplices secundarios, inductores e instigadores, máxime aun con la entrada en vigencia del D.L. N° 1194, que establece inclusive la obligatoriedad por parte del Ministerio Público en aquellos delitos flagrantes de procesarlos inmediatamente siempre y cuando se cumplan los presupuestos que establece el art. 446 del NCPP, modificado por el citado Decreto Legislativo. A diferencia de Chile, Colombia y España, estos procedimientos solo se aplican a delitos de menor cuantía o delitos de bagatela. Dejando en claro, que si bien el ciudadano de a pie pide una mayor celeridad en sus causas, estos procedimientos son cuestionados,

---

<sup>18</sup>MORENO CATENA, Víctor y CORTES DOMINGUEZ, VALENTÍN.(2005). DERECHO PROCESAL PENAL. 2da edición. Editorial Tirantto blanch. Valencia-España. Página 449.

<sup>19</sup>LAUGBEIN JOHN H. (2003). THE ORIGINS OF ADVERSARY CRIMINAL TRIAL. Impreso por la Universidad de Oxford. New York-USA.

por la víctima, a la que muchas veces se les deja de lado, prueba de ello se ha emitido el Acuerdo Plenario Extraordinario N° 02 – 2016/CIJ- 116. El Pleno Jurisdiccional Extraordinario de las Salas Penales Permanentes y Transitorias de la Corte Suprema de la Republica, de fecha 01-06-2016, en el fundamento 26 que indica: el actor civil, (entiéndase ni siquiera se considera al agraviado), como parte acusadora, y el tercero civil, como parte acusada, no son partes necesarias, imprescindibles para la constitución del proceso penal -son partes contingentes: pueden o no estar presentes en un concreto proceso jurisdiccional-. Su incorporación en la causa está en función, de un lado, a la propia voluntad del perjudicado por el delito y, de otro lado, a que existan criterios legales de imputación, objetiva y subjetiva, para incorporar a un tercero como responsable de la reparación civil<sup>20</sup>. Esto quiere decir que su participación es facultativa y pasiva, ello en razón a la naturaleza del proceso inmediato y a lo célere en su resolución, siendo que no está prohibida la posibilidad de su incorporación en la causa<sup>21</sup>, siendo así la Tutela de Derechos, para esta parte, puede serle útil con el fin de que sus derechos en la tramitación de una causa no se vean menoscabados, por la acción o inacción de los operadores de justicia, garantizándose así el principio constitucional de igualdad ante la ley.

### **Los Sistemas procesales**

El sistema procesal se define<sup>22</sup>, como el conjunto de principios y reglas que rigen un determinado ordenamiento jurídico en la resolución de conflictos, entre otros, de naturaleza penal.

---

<sup>20</sup> ACUERDO PLENARIO EXTRAORDINARIO N° 02 - 2016/CIJ- 116. II Pleno Jurisdiccional Extraordinario de las Salas Penales Permanentes y Transitorias de la Corte Suprema de la Republica, de fecha 01-06-2016, fundamento 26.

<sup>21</sup> *Ídem*, pág. 23.

<sup>22</sup> ORE GUARDIA, Arsenio. *Manual Derecho Procesal Penal*. Tomo I Edit. Reforma. 1era Edición 2011, pág. 46.

## **Sistema acusatorio, inquisitivo y mixto<sup>23</sup>**

### **a. Sistema acusatorio**

La primitiva concepción del Juicio Criminal exigía un acusador, prevalecía el interés privado, el del ofendido; posteriormente evoluciona y esta persona era cualquiera del pueblo, procedimiento que a su vez evoluciona por introducir la publicidad y la oralidad.

La decadencia de este sistema radica básicamente en que para que funcione se requiere que se dé en un pueblo eminentemente educado en las virtudes ciudadanas y que en la realidad este sistema no consulta los intereses de la defensa social y el inadecuado ritmo de la vida contemporánea corrompida por la baja política y donde están ausentes las virtudes cívicas.

El órgano jurisdiccional se activa siempre ante la acusación de órgano o una persona, esto es, se acciona motivando al poder jurisdiccional para que actúe ante la apuesta en peligro de bien jurídico legalmente protegido.

### **b. Sistema inquisitivo**

El tipo inquisitorio nace desde el momento en que aparecen las primeras pesquisas de oficio y esto ocurre cuando desaparece la venganza y cuando el Estado, velando por su conservación, comprende la necesidad de reprimir poco a poco ciertos delitos y así es como nació en Roma y en las monarquías cristianas del siglo XII, lo cual origina el desuso del sistema acusatorio que se practicó hasta el siglo XIII. Bajo la influencia de la Inquisición recibió el proceso penal hondas modificaciones que lo transformaron por completo. Es así que en algunos países como España, el sistema inquisitivo floreció gracias al compromiso de algunos reyes con la iglesia católica, como sucedió con la instalación del tribunal de la Santa Inquisición. En este sistema el Juez, es el que por denuncia, por quejas, por rumores, inicia el procedimiento de oficio, se dedica a buscar las pruebas, examina a los testigos, todo lo guarda en secreto. No hay acusado, la persona es detenida y colocada en un calabozo.

---

<sup>23</sup>. LIRA UBIDIA, Celia - TOTY CLUI. "Derecho Procesal Penal". [en línea]. 2016 [08-09-2016]. disponible en Internet: <http://www.monografias.com/trabajos13/procpen/procpen.shtml>

Dura hasta la aparición de la Revolución Francesa, cuya influencia se extiende por toda Europa, con el espíritu renovador de los libertarios, que generó una conciencia crítica frente a todo lo que venía de la vieja sociedad feudal. El nuevo modelo proponía en lugar de la escritura y el secreto de los procedimientos, de la negación de la defensa y de los jueces delegados del poder imperial, la publicidad y oralidad en los debates, la libertad de defensa y el juzgamiento de los jurados, lo cual generó la extinción de este sistema netamente inquisitorio para aparecer el denominado sistema inquisitivo reformado o sistema mixto.

El propio órgano jurisdiccional toma la iniciativa para originar el Proceso Penal ante la puesta en peligro de un bien jurídico legalmente protegido, es decir actúa de oficio y el Proceso Penal es excesivamente formal, riguroso y no público.

### **c. Sistema mixto**

Debido a los inconvenientes y ventajas de los procesos acusatorios e inquisitorios y a modo de una combinación entre ambos ha nacido la forma mixta. Tuvo su origen en Francia.

La Asamblea Constituyente ideó una nueva forma y dividió el proceso en dos fases: una secreta que comprendía la instrucción y otra pública que comprendía el oral.

Esta forma cobra realidad con el Código de Instrucción Criminal de 1808 y de allí se difundió a todas las legislaciones modernas más o menos modificadas, pero manteniendo siempre el principio básico de la combinación de las dos formas tradicionales.

El proceso mixto comprende dos períodos, en el primero tiene una mayor influencia inquisitoria y el segundo cuando aparece el con el decreto de envío.

Se conjuga tanto el Sistema Acusatorio como el Inquisitivo. El Proceso Penal tiene dos etapas:

- La instrucción (investigación) /Sistema Inquisitivo.
- El juicio oral o juzgamiento /Sistema Acusatorio.

## **Bases constitucionales del nuevo código procesal penal peruano<sup>24</sup>.**

Según el art I. justicia penal, del título preliminar del nuevo código procesal penal, en el inc 1, determina que: “La justicia penal es gratuita, salvo el pago de los costos procesales establecidos conforme a este Código. Se imparte con la imparcialidad por los órganos jurisdiccionales competentes y en un proceso razonable.2. Toda persona tiene derecho a un juicio previo, oral, público y contradictorio, desarrollado conforme a las normas del Código.3. Las partes intervendrán en el proceso con iguales posibilidades de ejercer las facultades y derechos previstos en la Constitución y en este Código. Los jueces preservarán el principio de igualdad procesal, debiendo allanar los obstáculos que impidan o dificulten su vigencia.4. Las resoluciones son recurribles, en los casos y en el modo previsto por la Ley. Las sentencias o autos que ponen fin a la instancia son susceptibles de recurso de apelación”.

### ***El Estado garantiza la indemnización por errores judiciales.***

La Constitución de 1993, en su artículo 139°, establece determinados principios y derechos relacionados con la tutela procesal efectiva, que consiste en el derecho de toda persona de acudir a los órganos jurisdiccionales con el objeto de que pueda obtener un pronunciamiento (sentencia o auto) que resuelva una controversia de relevancia jurídica. Se derivan en este derecho fundamental, las siguientes exigencias: 1) acceso a órganos propiamente judiciales; 2) prohibición de exclusión del conocimiento de las pretensiones en razón de su fundamento; 3) prohibición de impedir su acceso (*principio del favor actoris* o *pm actione*), el cual se manifiesta a través del respeto al debido proceso el acceso a la justicia.

En concordancia con esta disposición constitucional, en el artículo 1 del nuevo Código Procesal Penal se puede identificar determinados principios y derechos relativos a la tutela jurisdiccional en el ámbito del proceso penal. El inciso 1, por ejemplo, relaciona el principio y derecho de la

---

<sup>24</sup> LANDA ARROYO, Cesar. “Bases Constitucionales Del Nuevo Código Procesal Penal Peruano”. [en línea]. 2016 [citado el 2004-08-23]. Disponible en Internet: <http://www.incipp.org.pe/media/uploads/documentos/basesconstitucionales.pdf>.

gratuidad de la administración de justicia y el principio de independencia de los órganos jurisdiccionales.

La tutela procesal efectiva, como hemos señalado, se manifiesta en el debido proceso y el acceso a la justicia. El derecho fundamental al debido proceso está reconocido en el artículo 139°-3 de la Constitución y su aplicación no sólo se circunscribe al ámbito judicial, sino que también alcanza a todo tipo de procesos y procedimientos de naturaleza distinta a la judicial."

En cuanto al contenido de este derecho fundamental cabe señalar que es amplio, porque no sólo se refiere a que, en el proceso penal, se respete el derecho al libre acceso al órgano jurisdiccional y el derecho de defensa del justiciable, sino que también se refiere a la igualdad procesal entre las partes, a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada por la ley, a obtener una resolución fundada en Derecho, a acceder a los medios impugnatorios, etc.

Por otro lado, el nuevo Código, en este artículo, también ha incorporado el principio de igualdad procesal, el cual se deriva del derecho fundamental (artículo 2°-2 de la Constitución), y consiste en que las partes en el proceso penal -que es el caso que ahora nos ocupa- se encuentren en condiciones paritarias y dispongan de los mismos instrumentos para hacer vales sus pretensiones en el proceso (igualdad de armas). Es decir, por este principio, las partes de un proceso deben tener "los mismos derechos, posibilidades y cargas, de modo tal que no quepa la existencia de privilegios ni a favor ni en contra de alguna de ellas"

El nuevo Código ha reconocido, además, el derecho a la instancia plural (denominado también como derecho al recurso), que no es sino el derecho que tienen las partes del proceso recurrir ante el órgano jurisdiccional de instancia superior, con el objeto de que revise una resolución judicial. Este derecho (enunciado en el artículo 139°-6 de la Constitución) implica, por lo demás, acceder a los recursos previstos por ley y la prohibición de exigir formalismos irrazonables en su concesión.

No obstante, es del caso añadir que el derecho a la instancia plural adquiere toda su fuerza en el ámbito penal, al proscribir la reforma peyorativa -*reformatio in peius*; vale decir, la prohibición que la situación

jurídica del recurrente se viese agravada como consecuencia de su propio recurso.

Finalmente, este artículo también hace referencia al derecho a la indemnización frente al error judicial. No se trata de un mecanismo de subsanación, sino de un auténtico derecho que se encuentra reconocido en el inciso 7 del artículo 139° de la constitución y, en particular, en el inciso 6) del artículo 14° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que reconocen el derecho que tiene toda persona que haya sido objeto de error judicial en un proceso penal -y también ante una detención arbitraria-, para que sea indemnizada en la forma que la ley lo disponga.

### **Principios del proceso penal en el nuevo código procesal penal<sup>25</sup>.**

El Sistema Procesal Penal Acusatorio es antagónico al Sistema Inquisitivo, aquél se condice con un sistema republicano y con la vigencia del Estado de Derecho, está regido por sólidos principios, conforme a lo que está expresamente previsto en el art. I del Título Preliminar del CPP: “Toda persona tiene derecho a un juicio previo, oral, público y contradictorio... Las partes intervendrán en el proceso con iguales posibilidades de ejercer las facultades y derechos previstos en la constitución en este Código. Los jueces preservaran el principio de igualdad procesal, debiendo allanar todos los obstáculos que impidan o dificulten su vigencia”; tales principios son entre otros los siguientes:

- a. Principio Acusatorio.
- b. El principio de Igualdad de Armas
- c. El Principio de Contradicción
- d. El Principio de Inviolabilidad del Derecho de Defensa
- e. El Principio de la Presunción de Inocencia
- f. El Principio de Publicidad del juicio
- g. El Principio de Oralidad

---

<sup>25</sup> CUBAS VILLANUEVA, Víctor. “Principios del Proceso Penal en el Nuevo Código Procesal Penal”. Derecho & Sociedad N° 25 [en línea]. [2015-09-08]. Disponible en Internet: <http://blog.pucp.edu.pe/?query=los+proceso+especiales&amount=0&blogid=1411>.

- h. El principio de Inmediación
- i. El Principio de Identidad Personal
- j. Principio de Unidad y Concentración

### **La Supremacía de la constitución<sup>26</sup>.**

En el Estado constitucional la Constitución se encuentra en la posición más alta del orden jurídico, es la norma suprema de donde se desprenden las demás leyes, en ella se cimienta no sólo el orden jurídico y la organización política del Estado, sino también, los derechos fundamentales de la persona. Como norma jurídica vincula a todos los poderes públicos y la colectividad en general a actuar bajo los valores y principios que alberga, es la fuente del resto de normas jurídicas, en ella se fundamenta las ulteriores normas.

El principio de supremacía constitucional es el fundamento del control de constitucionalidad, orienta que toda norma de inferior jerarquía se ajuste a la Constitución, tiene como objetivo preservar que el orden jurídico se caracterice por su plenitud, por su jerarquía y coherencia. Mediante este principio, la norma que no se ajusta a la Constitución es expulsada del orden jurídico por inconstitucional, por órganos especializados que se encargan del control constitucional como los tribunales o cortes constitucionales. En base a este principio la interpretación del derecho se realiza desde la constitución y conforme a la constitución.

Este principio valor se encuentra reconocido en el artículo 51º de la Constitución, cuya observancia implica obligatoriamente a tener en cuenta en la creación del derecho y en la labor interpretativa, en consecuencia todos tenemos el compromiso constitucional de cumplir y defender en armonía con otros bienes constitucionales.

El Tribunal Constitucional en el caso Lizana Puelles, dijo una cosa interesante, “La supremacía normativa de la Constitución de 1993 se encuentra recogida en sus dos vertientes: tanto aquella objetiva, conforme a la cual la Constitución preside el ordenamiento jurídico (artículo 51º), como aquella subjetiva, en cuyo mérito ningún acto de los poderes públicos

---

<sup>26</sup>Villarreal Salome, Máximo - Derecho Constitucional y Tutela de los Derechos Fundamentales. Edit. Jurita Editores EIRL Junio 2016 Lima Perú, pág. 88.

(artículo 45<sup>o</sup>) o de la colectividad en general (artículo 38<sup>o</sup>) puede vulnerarla válidamente”<sup>27</sup>.

La doctrina constitucional comparada es unánime en reconocer este principio, el jurista español BALAGUER CALLEJON, refiriéndose a la supremacía constitucional dice: “la Constitución contiene las normas fundamentales que estructuran el sistema jurídico y que actúan como parámetro de validez del resto de las normas”<sup>28</sup>. Según PÉREZ ROYO este principio significa que los poderes públicos sin excepción están sometidos a ella y sus actos son susceptibles de ser controlados y anulados si no se adecuan a lo que ella prescribe.

Para el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, la supremacía de la constitución se fundamenta en varias razones: primero, porque la Constitución define el sistema de fuentes formales del derecho, de modo que solo por dictarse conforme a lo dispuesto por la Constitución una ley será válida o un reglamento vinculante, es la primera de las normas de producción, la *norma normarum*, la fuente de las fuentes. Segundo, porque en la medida en que la Constitución es la expresión de una intención funcional, configuradora de un sistema entero que en ella se basa; tiene una pretensión de permanencia o duración, lo que parece asegurarle una superioridad sobre las normas ordinarias carentes de una intención total tan relevante, limitada a objetos muchos más concretos, todos singulares dentro de marco globalizador y estructural que la Constitución ha establecido<sup>29</sup>.

BIDART CAMPOS, recuerda que “los antecedentes más remotos de la supremacía de la Constitución se encuentran en Grecia en el instituto de *graphe paranomon*, verdadera acción mediante el cual cualquier ciudadano podía actuar como acusador en defensa de la ley, y perseguir al autor de una moción ilegal para que el tribunal lo anulara”. Lo mismo sucedió en la España medieval donde “todos los actos reales, todas las leyes y resoluciones debían ajustarse a las normas contenidos en los fueros de Navarra y de Aragón”.

---

<sup>27</sup> STC N° 5854-2005-PA/TC, Fj 6.

<sup>28</sup> BALAGUER CALLEJON, Francisco, (1992). Fuentes del Derecho, Tomo. II. Madrid Tecnos, pág. 28.

<sup>29</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, (1985). La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional. Tercera edición. Madrid, Editorial, Civitas, S.A. pág. 50.

Tiene sus orígenes más remotos en el siglo XVII, aparece en Inglaterra en el caso del Dr. Thomas Bonham, donde el Juez Edward Coke, encargado de resolver el tema, afirmó que el derecho natural estaba por encima de las prerrogativas del rey. Este pronunciamiento fue la base para construir con posterioridad la moderna teoría del control constitucional de las leyes.

Pero el antecedente más claro se encuentra en la famosa sentencia dictada por el Juez Marshall en el caso Marbury contra Madison el 24 de febrero de 1803, donde se estableció el principio del control de constitucionalidad facultándose a los jueces a inaplicar aquellas leyes que contravengan a la Constitución.

En la sentencia se refleja la importancia de la supremacía constitucional como fundamento del control constitucional y que ha sido resumida metodológicamente por CLAUDIA JOHNSON en los siguientes puntos: a) la constitución es una ley suprema; b) por ende, un acto legislativo contrario a ella no es ley; c) el tribunal judicial debe decidir siempre entre dos leyes en conflicto; d) si un acto legislativo está en pugna con la constitución, es deber del tribunal rehusar la aplicación del acto legislativo; e) si así no lo hace se destruye el fundamento de toda constitución escrita. Con estos razonamientos Estados Unidos incorporó jurisprudencialmente el principio de supremacía constitucional al constitucionalismo norteamericano, el cual ha marcado un hito para el desarrollo progresivo del constitucionalismo contemporáneo. El aporte de la Suprema Corte de los Estados Unidos ha sido decisivo para el desarrollo y transformación del control constitucional, por ello los norteamericanos califican a su sistema judicial como un poder constituyente en sesión permanente.

### **Interpretación constitucional**

Cada disciplina tiene su propia metodología de investigación científica, además de utilizar los métodos generales, cuentan con métodos propios. En el derecho el método de la investigación jurídica es la interpretación de la norma, considerado por la teoría general del derecho como la hermenéutica jurídica, tendiente en buscar el significado, el sentido y la finalidad de la norma.

Para el profesor ANIBAL QUIROGA, la finalidad de la interpretación es encontrar a través de un proceso racional y controlable el resultado correcto adecuado a la Constitución, fundamentar dicho resultado y de este modo crear una previsibilidad y una certidumbre del derecho y no tan solo decidir por el amor a la propia decisión<sup>30</sup>.

En el derecho constitucional adquieren particular importancia los principios de interpretación constitucional, que son las pautas que orientan la labor del intérprete. Estos principios son: el principio de unidad de la Constitución, el principio de concordancia práctica, el principio de corrección funcional, el principio de eficacia integradora y el principio de fuerza normativa de la Constitución.

Ahora bien, la norma constitucional es distinta de la norma legal, por ende la interpretación también es distinta. La norma legal se caracteriza por contener una estructura lógica, conformada por el supuesto de hecho, el operador deóntico y la consecuencia jurídica. En cambio, la norma constitucional no cuenta con esa estructura normativa, sólo se limita a reconocer y granizar los derechos fundamentales y a establecer los órganos del Estado para que una sociedad política se autodirija con el mínimo de seguridad jurídica. En el tema de los derechos fundamentales la estructura de la norma no funciona, lo que le interesa es la función que cumplen.

Como expresa PERES ROYO en su Curso de Derecho Constitucional, la Constitución es una norma única, que no es expresión de regularidad alguna en los comportamientos sociales y cuya estructura normativa no supone la tipificación de ninguna conducta a la que se anuden consecuencias jurídicas de ningún tipo.

Los métodos clásicos de interpretación jurídica diseñado por Savigny, como el método literal, teleológico, sistemático e histórico son aplicables en el derecho constitucional, pero resultan insuficientes en sí mismo cuando se entra a analizar la Constitución, es por ello la importancia de los principios de interpretación constitucional para resolver los problemas jurídicos más complejos.

---

<sup>30</sup> QUIROGA LEON, Anibal. (1985), La interpretación constitucional. En Derecho. Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Perú N° 39. Lima. p. 328.

El jurista alemán KONRAD HESSE<sup>31</sup> creador de los principios de interpretación constitucional en su Escritos de Derechos Constitucional, menciona los siguientes:

a) *El principio de unidad de la Constitución.* Mediante él toda norma constitucional debe interpretarse de modo tal que se evite contradicción con otras normas;

b) *El principio de concordancia práctica.* Los bienes jurídicos tutelados por la Constitución deben coordinarse de tal manera en sí cada una de ellos alcance efectividad. En caso de conflicto no debe realizarse uno a costa de otro, como producto de una ponderación de bienes precipitada; ambos deben estar recíprocamente limitados para llegar a una virtualidad óptima;

c) *El principio de corrección funcional.* Si la Constitución ordena de un determinado modo de correspondiente tarea y la acción conjunta de los titulares de funciones públicas, el órgano a quien incumbe el cometido interpelatorio de mantenerse dentro de las funciones encomendadas;

d) *El criterio de función integradora.* Si de lo que se trata a lo que concierne a la Constitución, es de la realización y del manteniendo de la unidad política, ello significa entonces la necesidad de, a la hora de resolver los problemas jurídico-constitucionales, otorgar preferencia a aquellos criterios que operan positivamente en el sentido de establecer y preservar dicha unidad;

e) *El principio de fuerza normativa de la Constitución.* Si la Constitución debe ser actualizada y las posibilidades para realizar esta tarea son dinámicamente cambiantes, ha de darse preferencia a la hora de resolverse los problemas jurídico-constitucionales a aquellos criterios que, dadas unas circunstancias concretas, procuran a las normas de la Constitución una eficacia óptima en su mejor medida.

El Tribunal Constitucional<sup>32</sup> en su rol de supremo intérprete de la Constitución, estableció que los principios de interpretación constitucional son:

---

<sup>31</sup> HESSE, Konrad. (1992), Escritos de Derecho Constitucional. Traducción de Pedro Cruz Villalón. 2da. Ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, pp. 45-47.

<sup>32</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 8 de diciembre del 2005 en el caso Pedro Andrés Lizana Puelles contra el Jurado Nacional de Elecciones, expediente EXP. N.º 5854-2005-PA/TC. Fundamento jurídico 12.

- 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.
- 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 denominada “Constitución orgánica” 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 (artículo 1º de la Constitución).
- 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.
- d) *El principio de función integradora:* El “producto” 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.
- e) *El principio de fuerza normativa de la Constitución:* La interpretación constitucional debe encontrarse orientada a relevar y respetar la naturaleza de la Constitución como norma jurídica, vinculante *in toto* y no sólo parcialmente. Esta vinculación alcanza a todo poder público (incluyendo, desde luego, a este Tribunal) y a la sociedad en su conjunto.
- Además de los principios de interpretación constitucional, rige en el derecho constitucional el principio *pro homine, pro libertatis*, que son las vigas maestras sobre el cual descansa la teoría de la interpretación de los derechos iusfundamentales, tendiente a orientan al intérprete a optar por una interpretación que resulte más favorable al ser humano y a su libertad,

implica que el intérprete de la Constitución siempre debe buscar el mayor beneficio para el hombre. Toda interpretación restrictiva a los derechos fundamentales no solo es inconstitucional, sino sobre todo, atenta contra los principios del derecho internacional de los derechos humanos.

El principio *pro homine* opera eligiendo alternativas de aplicación del Derecho en materia de derechos constitucionales, es un principio general de interpretación constitucional. Equivale a ampliar la exigibilidad de los derechos constitucionales mediante la aplicación del Derecho en la forma más favorable a ellos<sup>33</sup>.

El Tribunal Constitucional en el caso ONG “Acción de Lucha Anticorrupción”, estableció que “el principio *pro homine* es un principio hermenéutico que al tiempo de informar el derecho de los derechos humanos en su conjunto, ordena que deba optarse, ante una pluralidad de normas aplicables, siempre por aquella norma *iusfundamental* que garantice de la manera más efectiva y extensa posible los derechos fundamentales reconocidos; es decir aquella que despliegue una mayor eficacia de la norma<sup>34</sup>. Indica además, ha interpretar restrictivamente la normas que limitan el ejercicio los derechos fundamentales.

El principio *pro homine* “también implica que debe preferirse la norma o interpretación más restringida cuando de los que se trata es de fijar restricciones al ejercicio de los derechos, sean éstas de carácter permanente o extraordinaria. Esta directriz de preferencia de normas o de interpretación alcanza a ser aplicable incluso en los casos de duda sobre si se presenta una situación en que se encuentran en juego derechos fundamentales u otros derechos”<sup>35</sup>. Está reconocido implícitamente en el art. 139º numeral 9 de la Constitución Política del Perú, así como en el art. 29º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el art. 5º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En el derecho internacional de los derechos humanos, el principio *pro homine* cumple una función tutelar de los derechos humanos, en la medida que orienta a los tribunales internacionales a optar por una interpretación

---

<sup>33</sup> RUBIO CORREA, Marcial. (2008), La Interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú. Segunda edición. Lima. p. 249.

<sup>34</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 16 de octubre del 2009 en el Exp. N.º 02005-2009-PA/TC. Fundamento jurídico 33.

<sup>35</sup> Idem. cit. F.J. 33.

más favorable al hombre. Los derechos humanos se interpretan no sólo conforme a las disposiciones del derecho interno, al derecho internacional de los derechos humanos, sino también, conforme a la jurisprudencia internacional de los derechos humanos. Es de destacar, por ejemplo, la jurisprudencia emitida por la Corte Europea de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Penal Internacional, el dictamen del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, así como de otros organismos internacionales de promoción de los derechos humanos, entre las cuales se encuentran la Comisión Europea de Derechos Humanos y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Desde el punto de vista de los órganos facultados para interpretar la Constitución en el Perú, se le ha confiado al Tribunal Constitucional, órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad, “No el único pero sí el supremo”<sup>36</sup>. Por ende, la interpretación que realiza el Tribunal Constitucional es un referente a seguir.

La Constitución en el artículo 201º le faculta al Tribunal Constitucional ser el contralor de la constitucionalidad, lo mismo establece en el artículo 1º de su Ley Orgánica N° 28301 al definir que el “*El Tribunal Constitucional es el órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad. Es autónomo e independiente de los demás constitucionales. Se encuentra sometido sólo a la Constitución y a su Ley Orgánica. El Tribunal Constitucional tiene como sede la ciudad de Arequipa. Puede, por acuerdo mayoritario de sus miembros, tener sesiones descentralizadas en cualquier otro lugar de la República*”. En consecuencia, los criterios establecidos por el Tribunal Constitucional a través de sus sentencias vinculantes o la doctrina jurisprudencial constituyen pautas a seguir siempre que se encuentren dentro de los cánones de los valores superiores de la dignidad, libertad, igualdad y justicia. Hasta la fecha ha dictado sentencias importantes que prestigian nuestra vida constitucional, la interpretación realizada por dicho órgano refuerza notoriamente la protección de los derechos fundamentales.

---

<sup>36</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 02 de febrero del 2006 en el caso “más del 25% del número legal de miembros del Congreso de la República contra la Ley que establece la barrera electoral N° 28617, expediente Exp. N.º 0030-2005-PI/TC. Fundamento jurídico 46.

Pero también ha habido situaciones en donde el Tribunal Constitucional ha dictado sentencias controversiales<sup>37</sup>. La sentencia dictada en el expediente N° 05057-2013-PA/TC, emitida el 16 de abril del 2015, conocido como el precedente Huatuco, es una muestra de ella, vulnera no sólo con la Constitución, sino también con el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales- Protocolo de San Salvador, al lesionar el derecho al trabajo, el derecho a la reposición, al principio de no regresividad y al principio pro homine. Los precedentes vinculantes (*stare decisis*) que dicta el Tribunal son de suma importancia para el progreso del derecho, pero debe dictarse conforme a los principios de razonabilidad y las reglas fijadas por el propio tribunal.

En efecto, en el derecho constitucional la interpretación de los derechos fundamentales debe realizarse no solo conforme a los principios de interpretación constitucional, sino también, en armonía con los tratados internacionales de derechos humanos y las decisiones adoptados por los tribunales internacionales de derechos humanos, una interpretación literal o aislada de la norma constitucional entra en entredicho con los valores más elementales de la democracia y los derechos del ser humano.

En el caso Lisana Puelles, Exp. N° 5854-2005-PA/TC, emitido el 08 de diciembre del 2005, el TC abordó algunos puntos relacionados con los métodos de interpretación constitucional y su objeto, en su fundamento 24 sostuvo: “los derechos fundamentales reconocidos por nuestra Constitución, deben ser obligatoriamente interpretados 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 sobre derechos humanos 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)”.

## **Los Derechos fundamentales.**

---

<sup>37</sup> Por ejemplo, el Tribunal Constitucional, en el caso Gastón Ortiz Acha (STC. N.º 3760-2004-AA/TC), emitió el precedente vinculante contraviniendo las reglas básicas para su emisión, al estar referido dicho precedente para un caso particular, es de sobra conocido que toda sentencia vinculante tiene efectos generales. Lo mismo sucedió en los casos Amado Santillán Tuesta (STC. N.º 2616-2004-AC/TC), María Elena Cotrina Aguilar (STC. N.º 0349-2004-AA/TC) y Augusto Brain Delgado (STC. N.º 3482-2005-HC/TC), donde el Alto Tribunal optó por un precedente vinculante muy genérico, al no fijar con claridad los fundamentos vinculantes.

Los derechos fundamentales se encuentran reconocidos en el derecho interno y en el derecho internacional de los derechos humanos. A nivel interno la denominación es de derechos fundamentales o constitucionales y a nivel internacional la denominación derechos humanos es utilizado con mayor frecuencia.

A lo largo de su desarrollo histórico, los derechos fundamentales han recibido diversas denominaciones: derechos humanos, derechos naturales, libertades públicas, libertades fundamentales, derechos fundamentales, entre otras.

En este trabajo utilizaremos la denominación derechos fundamentales, constitucionales y derechos humanos según el tema que corresponda. Desde el punto de vista jurisprudencial, en la Constitución de Política del Perú de 1993, los derechos fundamentales se encuentran ubicados en el artículo 1º, 2º y 3º, mientras que los derechos constitucionales aparecen en los demás artículos, tanto en la parte orgánica y dogmática, mientras que los derechos humanos parten del artículo 3º y la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución.

El TC en el caso Anciana Hernández Exp. N° 1417-2005-AA/TC, ha tenido la oportunidad de explicar sobre el concepto y la distinta eficacia de los derechos fundamentales.

En la vida real todos los derechos sean fundamentales, constitucionales o derechos humanos, gozan de la misma protección sea institucional o procesal. El ser humano es el protagonista, el eje central sobre el cual gira el mundo jurídico y como tal, requiere una protección efectiva y eficaz por parte del Estado y los poderes públicos.

MARTÍN BOROWSKI, distingue dos categorías de derechos fundamentales: a) *Derechos fundamentales internacionales*, que son derechos consagrados en los pactos y convenciones internacionales para la protección de los derechos humanos; y b) *Derechos fundamentales nacionales*, que son los derechos individuales positivizados en las Constituciones de los Estados democráticos<sup>38</sup>.

---

<sup>38</sup> BOROWSKI, Martín y BERNAL PULIDO, Carlos. (2003), La estructura de los derechos fundamentales. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, pp. 31 y 33.

El pluralismo de denominaciones encierra una problemática compleja y una historia azarosa. Se encierran en esas simples palabras significados distintos, apoyados en fundamentos ideológicos y filosóficos también diferentes<sup>39</sup>.

En el ámbito internacional en el marco del proceso de internacionalización de los derechos humanos, a partir de la Declaración de la Organización de las Naciones Unidas de 1948, y de los diversos pactos y convenciones que de ella se han derivado, el término derechos humanos ha tenido mayor aceptación y difusión en la doctrina y la legislación<sup>40</sup>. Sin embargo, se han señalado deficiencias e insuficiencias, ya sea por haber sido históricamente rebasados o por su significado restringido; postulándose el carácter más amplio, globalizador y actual el termino derechos humanos<sup>41</sup>.

### **Concepto de derechos fundamentales**

Los derechos fundamentales son las facultades inherentes al ser humano y representan a los valores superiores, se encuentran reconocidos no sólo en las constituciones de los estados, sino también en los tratados internacionales de derechos humanos. Constituyen pilares fundamentales para la existencia de una sociedad debidamente ordenada.

Los derechos fundamentales no son absolutos, tienen límites tanto interno como externo. Los límites internos son intrínsecos a su propia definición, mientras que los límites externos son más genéricos y vienen impuestos por el propio ordenamiento jurídico.

El concepto de los derechos fundamentales se desprende de las dos clásicas teorías del derecho: una iusnaturalista y otra iuspositivista. La primera considera que los derechos humanos son anteriores y superiores al Estado y no requieren positivación alguna para su validez. Contrariamente el iuspositivismo sostiene que los derechos fundamentales para tener validez requieren ser reconocidos positivamente.

---

<sup>39</sup> PECES-BARBA, Gregorio. (1980), *Derechos Fundamentales*, Cuarta edición, Latina Universitaria, Madrid. p. 13.

<sup>40</sup> GARCÍA BECERRRA, José Antonio. (1991), *Teoría de los Derechos Humanos*. Universidad Autónoma de Sinaloa. Sinaloa, México. p. 11.

<sup>41</sup> SALVADOR ALEMANY, Verdaguer. (1984), *Curso de derechos humanos*, Bosch, Barcelona, p. 11.

En la concepción iusnaturalista sobresalen los conceptos desarrollados por:

- Fernández-Galiano: son aquellos derechos de los que es titular el hombre no por concesión de normas positivas<sup>42</sup>.
- Harold J. Laski: los derechos son, en realidad, las condiciones de la vida social, sin las cuales ningún hombre puede perfeccionar y afirmar su propia personalidad. Puesto que el Estado existe para hacer esa tarea, solo manteniendo esos derechos puede conseguir su fin. Los derechos por consiguiente son anteriores a la existencia del Estado, en el sentido, reconocidos o no, son la fuente de donde derivan su validez legal<sup>43</sup>.
- En la concepción positivista, encontramos las concepciones de:
  - Gregorio Peces-Barba: facultad que la norma atribuye de protección a la persona en los referentes a su vida, a su libertad, a la igualdad, a su participación política o social, o a cualquier aspecto fundamental que afecte a su desarrollo integral como persona, en una comunidad de hombres libres, exigiendo el respeto de los demás hombres, de los grupos sociales y del Estado, y con posibilidad de poner en marcha el aparato coactivo del Estado en caso de coacción<sup>44</sup>.
  - Antonio Enrique Pérez Luño. Los derechos humanos suelen venir entendidos como un conjunto de facultades e instituciones que en cada momento histórico concretan las exigencias de la dignidad, libertad y la igualdad humana, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional<sup>45</sup>.
- En el campo jurisprudencial, el Tribunal Constitucional peruano distingue los derechos fundamentales y derechos humanos. Considera que los derechos fundamentales son “aquellos que pueden valer como anteriores y superiores al Estado, aquellos que el Estado

---

<sup>42</sup> FERNÁNDEZ-GALIANO, Antonio. (1977), *Derecho Natural: Introducción Filosófica al Derecho*. Madrid: Universidad Complutense, p. 340. Citado por PEREZ LUÑO. Antonio E. (1991), *Los Derechos Fundamentales*. Cuarta edición, Tecnos, Madrid, p. 51.

<sup>43</sup> LASKI, Harold J. (1979), *Los Derechos Humanos*. Universidad de Costa Rica, San José, p. 22. Citado por MONROY CABRA, Marco. *Los Derechos Humanos*, Temis, Bogotá, 1980, p. 189.

<sup>44</sup> PECES-BARBA, Gregorio. ob. cit. p. 66.

<sup>45</sup> PÉREZ LUÑO. Antonio E. (1991), *Los Derechos Fundamentales*. Cuarta edición, Tecnos, Madrid, p. 46.

no otorgue con arreglo a sus leyes, sino que reconoce y protege como dados antes que él, y en los que sólo cabe penetrar en una cuantía mensurable en principio, y sólo dentro de un procedimiento regulado. Y son considerados como bienes susceptibles de protección que permiten a la persona la posibilidad de desarrollar sus potencialidades en la sociedad. Esta noción tiene como contenido vinculante presupuestos éticos y componentes jurídicos que se desenvuelven en clave histórica”<sup>46</sup>.

Mientras que los derechos humanos son la expresión jurídica de un conjunto de facultades y libertades humanas que encarnan las necesidades y aspiraciones de todo ser humano, con el fin de realizar una vida digna, racional y justa. Es decir que, con independencia de las circunstancias sociales y de las diferencias accidentales entre las personas, los derechos humanos son bienes que portan todos los seres humanos por su condición de tales. Sus atributos son los principios de universalidad, imprescriptibilidad, irrenunciabilidad e inalienabilidad, inviolabilidad, eficacia, trascendencia, interdependencia y complementariedad, igualdad, progresividad e irreversibilidad y corresponsabilidad<sup>47</sup>.

Desde la vertiente de la teoría integracionista del derecho, independientemente de la posición teórica que optemos, debe ponerse mayor atención en fortalecer, reforzar y garantizar de manera real y efectiva los derechos fundamentales conforme a los principios ultrademocráticos. Para lograr estos propósitos, la estrategia es reforzar los mecanismos de tutela de los derechos fundamentales tanto en el plano institucional como en el plano procesal.

Ahora bien, una tutela efectiva de los derechos fundamentales solo podría darse en un auténtico Estado constitucional, en el que las instituciones públicas solucionen con eficiencia y eficacia los problemas públicos.

Las condiciones jurídico-políticas para la existencia de un Estado constitucional democrático serían: a) que los gobernantes provengan

---

<sup>46</sup> STC. Nº 0050-2004- AI/TC. FJ. 72.

<sup>47</sup> Idem cit. F J. 71.

de una elección popular legítima y transparente, b) sometimiento de los gobernantes y gobernados al orden jurídico constitucional, c) las funciones del poder del Estado estén claramente definidas en la Constitución, y a la vez que mantengan una interdependencia funcional, d) control constitucional por parte del Tribunal Constitucional, de las decisiones y actos de los gobernantes, e) independencia judicial en la impartición de justicia, f) igualdad de oportunidades para todos, g) reconocimiento y protección de los derechos fundamentales y, h) el pluralismo democrático. Sólo cuando se ponen en vigencia estos presupuestos se puede hablar en serio acerca de los derechos fundamentales.

La corriente del liberalismo contemporáneo representado por John Rawls, Ronald Dworkin y Ralf Dahrendorf, exige que la libertad se ejercite complementariamente con la igualdad. En el siglo XXI el rol del Estado constitucional es precisamente la inclusión social y la lucha contra la pobreza, en base a los principios de la dignidad, libertad e igualdad.

DWORKIN, profesor de Derecho de la Universidad de Yale, en su obra “La soberanía de la virtud, teoría y práctica de la igualdad” estima “No es legítimo ningún gobierno que no trate con igual consideración la suerte de todos los ciudadanos a los que gobierna y a los que exige lealtad. La igualdad de consideración y la virtud soberana de la comunidad política- sin ella el gobierno es sólo una tiranía- y cuando la riqueza de una nación está distribuida muy desigualmente, como sucede hoy en día por la riqueza incluso de las naciones más prosperas, cabe sospechar de su igualdad de consideración”<sup>48</sup>.

- **La dignidad humana como fundamento de los derechos humanos**

La dignidad humana es el principio básico que fundamenta los derechos humanos, su afirmación no sólo constituye una garantía de tipo negativo que protege a las personas contra vejámenes y ofensas

---

<sup>48</sup> DWORKIN, Ronald. (2003), *Virtud Soberana. La teoría y práctica de la igualdad*. Ediciones Paidós Ibérica. Traducción de Fernando Aguiar y de María Julia Bertomeu. Barcelona. p. 11.

de todo tipo, sino que debe también afirmar positivamente a través de los derechos el pleno desarrollo de cada ser humano y de todos los seres humanos. Constituye el fundamento de la libertad, igualdad y de los derechos<sup>49</sup>. No existe ni puede existir dignidad humana sin libertad, justicia, igualdad y pluralismo político; además estos valores serían indignos si redundasen a favor de la dignidad humana<sup>50</sup>.

El Tribunal Constitucional español ha señalado que la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentra, constituyendo en consecuencia, un minimum invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar, de manera que, unas u otras sean las limitaciones que se impongan en el disfrute de los derechos individuales, no conllevan menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona<sup>51</sup>.

Por su parte el Tribunal Constitucional peruano, identifica que la dignidad humana “se encuentra consagrada en el artículo 1° del texto de la Constitución, cuyo tenor es que la dignidad de la persona es el valor superior dentro del ordenamiento y, como tal, presupuesto ontológico de todos los derechos fundamentales, incluyendo desde luego, los derechos de contenido económico. Desde este modo, no serán constitucionalmente adecuadas la explicación y solución de la problemática económica desde una perspectiva alejada de la dignidad humana, pues la persona no puede ser un medio para alcanzar una economía estable sino, por el contrario, debe ser la que auspicie la consecución de un fin superior para el Estado y la sociedad; a saber, a la consolidación de la dignidad del hombre”<sup>52</sup>.

En esa línea de pensamiento, como define el Alto Tribunal “la dignidad de la persona humana constituye un valor y un principio constitucional portador de valores constitucionales que prohíbe, consiguientemente, que aquélla sea un mero objeto del poder del Estado o se le dé un tratamiento instrumental. Pero la dignidad también es una dínamo de los derechos fundamentales; por ello es parámetro fundamental de la

---

<sup>49</sup> NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. (2003), Teoría y Dogmática de los Derechos Fundamentales, UNAM, México, pp. 145-146.

<sup>50</sup> FERNANDEZ SEGADO, Francisco. (1992), El Sistema constitucional español, Madrid, Dykinson, p. 163.

<sup>51</sup> FERNANDEZ SEGADO, Francisco. (1993), La Teoría de los Derechos Fundamentales en la Dogmática Constitucional, Revista Española de Derecho Constitucional, España, Centro de Estudios Constitucionales, número, 39, p.202.

<sup>52</sup> STC. N° 2209-2002-AA/TC. Sentencia del 12 de mayo del 2003.

actividad del Estado y de la sociedad, así como la fuente de los derechos fundamentales. De esta forma la dignidad se proyecta no sólo defensiva o negativamente ante las autoridades y los particulares, sino también como un principio de actuaciones positivas para el libre desarrollo de la persona y de sus derechos”<sup>53</sup>.

Trae consigo una proyección universal frente a todo tipo de destinatario, respecto de los derechos fundamentales, de modo tal que no hay ámbito social exento del efecto normativo y regulador de dichos derechos pues de haber alguno, por excepcional que fuese, significaría negar el antedicho valor normativo que se sustenta en el principio de la dignidad”<sup>54</sup>.

La dignidad humana cumple una cuádruple función: como fundamentadora de las normas, orientar la interpretación de los mismos, servir como base la labor integradora en caso de lagunas y como límites a ciertas formas de ejercicio de los derechos fundamentales<sup>55</sup>. Para Enrique Pérez Luño la dignidad como el valor básico fundamentado de los derechos humanos tiene una doble dimensión: a) como garantía de un trato conforme con su naturaleza singular y b) como marco social que posibilite su desarrollo como persona. Este libre desarrollo de la persona implica por una parte, el reconocimiento de la total autodisponibilidad, sin interferencias o impedimentos y de otra, el reconocimiento de la autodeterminación que surge de la libre proyección histórica de su racionalidad.

La dignidad humana es el fundamento de los derechos fundamentales, presupuesto esencial para la existencia de una sociedad democrática, sobre ella se estructura el orden jurídico nacional e internacional. La filosofía jurídica ha logrado elevar a valor jurídico fundamental a la dignidad de la persona, la Constitución de 1979 y 1993 reconocen que la dignidad de persona es el fin supremo de la sociedad y del Estado.

---

<sup>53</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 18 días de diciembre de 2007, en el expediente N.º 10087-2005-PA/TC. Fundamento jurídico 5.

<sup>54</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 14 de octubre del 2008 en el expediente 02049-2007-AA/TC. F.J. 3.

<sup>55</sup> GONZALEZ, Pérez. (1986), La dignidad de la persona, Madrid, Civitas. pp. 87-94.

Por tanto como lo sostiene el jurista García Toma<sup>56</sup>; la dignidad deviene en el patrimonio común de toda la especie humana; la cual se configura a partir del acto de la concepción. Su respeto y promoción se infieren con prescindencia de las circunstancias particulares que tenga o cree para sí cada persona. Ergo, más allá de su imperfección, insuficiencia o degradación, nunca se pierde la condición humana; y, por tanto, jamás se carece de dignidad.

La dignidad alude a una calidad inherente a todos y cada uno de los miembros de la especie humana que no admite sustituto ni equivalente; y que por tal es el sustento de los derechos fundamentales que la Constitución y tratados internacionales protegen y auspician.

En efecto, la dignidad se esparce a lo largo y ancho del catálogo de derechos fundamentales. A guisa de ejemplo, cabe señalar que el Tribunal Constitucional ha señalado en el caso Emiliano Álvarez Lazo (Expediente N° 01429-2009-2002-HC/TC) el vínculo existente con la proscripción de los tratos inhumanos; en el caso José Loayza Supe (Expediente N° 02790-2002-A A/TC) con el honor y la buena reputación; en el caso Servicios y Productos Industriales Kernel S.A. (Expediente N° 02071-2002-A A/TC) con el derecho a la salud; en el caso Wilo Rodríguez Gutiérrez (Expediente N° 0179/-2002-HA/TC) con la información pública; en el caso Gregorio Villanueva H. (Expediente N° 00050-2001-AA/TC) con el derecho a la seguridad social; etc. En suma, la dignidad generalmente opera relacionadamente. Su tutela aparece como consecuencia de la afectación de un derecho fundamental.

- **Características de los derechos fundamentales**

Los derechos fundamentales son básicos para la existencia de la humanidad, estén reconocidos o no por el derecho, gozan de protección nacional e internacional. Se distinguen de los demás derechos por las siguientes características:

---

<sup>56</sup> GARCÍA TOMA, Vitor. *Derechos Fundamentales*, Edit. Adrus, pág. 112. Lima. 2013.

**a)** Por su universalidad, todos los seres humanos son titulares de derechos, con independencia de su raza, color, sexo, religión, ideología, nacionalidad o condición social<sup>57</sup>. La Declaración de Viena del 25 de julio de 1993, adoptado por la Conferencia Mundial de los Derechos Humanos afirma en su punto primero, que la “universalidad de los derechos humanos no admite dudas”. En el punto 5 establece que “Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso. Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales”. La Declaración Universal de los Derechos Humanos aprobado por las Naciones Unidas en el año 1948 afirma que los derechos humanos se caracterizan por ser universales, imprescriptibles, inalienables e irrenunciables.

**b)** Por su transnacionalidad, los derechos fundamentales trascienden las fronteras nacionales, no dependen de la nacionalidad ni del territorio en que la persona se encuentre. Un Estado no puede invocar su soberanía interna o el principio de la no intervención para justificar violaciones de los derechos fundamentales o para impedir su protección internacional, hacerlo significaría una violación al *ius cogens*, a las reglas del *nemo auditur turpitudinem suam allegans* (nadie puede alegar su propia torpeza en perjuicios de otros). Los estados en el mundo así como los organismos internacionales están en la obligación de intervenir en su defensa cuando consideren que un gobierno autoritario viola los derechos fundamentales de la persona o de la población.

---

<sup>57</sup> El Artículo 55º. de la Carta de las Naciones Unidas reconoce “el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la efectividad de tales derechos y libertades”.

El Tribunal Constitucional peruano refiriéndose a este tema sostiene que “es un principio general del derecho internacional el que un Estado no puede invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación para el incumplimiento de un tratado o de normas imperativas de Derecho Internacional. Este principio ha quedado establecido en los artículos 27° y 53° de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969, ratificado por el Perú mediante el Decreto Supremo N.° 029-2000-RE, de fecha 14 de septiembre de 2000”<sup>58</sup>.

En el continente americano existen organismos de promoción y protección de la democracia y los derechos fundamentales como la Organización de los Estados Americanos (OEA), cuyo objetivo es consolidar la paz, la seguridad y la democracia en el continente. Desgraciadamente este organismo paulatinamente viene debilitándose al demostrar un silencio absoluto frente a las graves convulsiones sociales que se suscitan con frecuencia en los estados miembros de la OEA, como en el caso más reciente suscitado en Venezuela, donde por protestar pacíficamente contra el gobierno autocrático de Nicolás Maduro, fueron asesinados cinco estudiantes universitarios y la Miss Carabobo Génesis Carmona, el 17,18 y 19 de febrero del 2014 por la milicia venezolana. La Organización de los Estados Americanos no intervino en nada contra estas graves violaciones de derechos humanos, pese a que estuviera en peligro el sistema democrático de un país sudamericano, a excepción de los gobiernos de Chile y Colombia que condenaron los actos del gobierno venezolano. El gobierno peruano presidido por Ollanta Humala igualmente demostró silencio absoluto frente a estas situaciones. Con estas actitudes el prestigio de la OEA se socava y se convierte en un organismo improductivo, perdiendo su prestigio y credibilidad ante la comunidad internacional por su inacción frente a la crisis regional;

c) Por su irreversibilidad, una vez reconocidos positivamente los derechos fundamentales no pueden ser restringidos ni desconocidos,

---

<sup>58</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional, emitida el 12 de agosto del 2005 en el EXP. N.° 4677-2005-PHC/TC. F.J. 12.

por tener la calidad de derechos adquiridos, su único cambio es su profundización, su fortalecimiento y su tutela preferente. El fundamento jurídico se encuentra en el art. 29º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, donde establece que “Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a. permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b. limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos estados; 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”.

d) Por su progresividad, los derechos fundamentales están en constante evolución, cada día son más. En palabras de VALLE RIESTRA, paulatinamente van perfeccionándose<sup>59</sup>. Por ejemplo, primero se reconoció las libertades individuales o derechos de primera generación, luego la humanidad conquistó los derechos sociales o de segunda generación en la Revolución mexicana, posteriormente los derechos de tercera generación y últimamente con el avance de la tecnología se viene formulando los derechos de cuarta generación, como los denominados derechos informáticos. Los derechos fundamentales han logrado reconocimiento positivo en los instrumentos internacionales de derechos humanos, desde las grandes revoluciones del Buen Pueblo de Virginia, de la Revolución Francesa, pasando por la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y

---

<sup>59</sup> VALLE- RIESTRA, Javier. (2000). La jurisdiccional supranacional. Defensa de la Competencia Contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Lima. p. 72.

Políticos, hasta llegar al Pacto de Roma instrumento constitutivo de la Corte Penal Internacional.

Tiene su fundamento en el preámbulo de la Declaración de Universal de los Derechos Humanos, en el que proclama que “todos los pueblos deben esforzarse por la educación, y la enseñanza de los derechos humanos y aseguren por medidas progresivas de carácter nacional e internacional su reconocimiento y aplicación universales y efectivos”. La más clara regulación de este principio se encuentra en el art. 26º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, donde establece que “los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”.

En virtud a esta característica el Estado peruano no puede extender la pena de muerte para otros delitos, resultaría incompatible con la Declaración de Universal de los Derechos Humanos y la Convención América sobre Derechos Humanos, tratados aprobados y ratificados por el Perú en todos sus extremos. Cualquier interpretación o reforma constitucional o legal futura debe realizarse de la manera más favorable al ejercicio, goce, promoción y protección a los derechos fundamentales.

e) Por ser derecho preferente, la tutela de los derechos fundamentales prevalece sobre los demás derechos, tienen protección especial, una tramitación preferente. Por ejemplo, en los procesos constitucionales el juez constitucional está en la obligación de resolver el caso con prontitud. El hábeas corpus, amparo, hábeas data, acción de cumplimiento tienen una tramitan preferente frente a los procesos judiciales ordinarios y se interpretan conforme al principio pro homine y pro libertatis.

El principio pro homine se fundamenta en el art. 31<sup>o</sup>.1 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, aplicable a todos los tratados de derechos humanos, impone que “un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”. Jurisprudencialmente impone que “ante eventuales diferentes interpretaciones de un dispositivo legal, se debe optar por la que conduzca una mejor protección de los derechos fundamentales, descartándose así las que restrinjan o limiten su ejercicio”<sup>60</sup>. Conduce a interpretar restrictivamente las restricciones a los derechos y a interpretar extensivamente los derechos constitucionales, para darles, por tanto, una mayor protección<sup>61</sup>.

---

<sup>60</sup> STC. N° 0729-2003.HC/TC. Emitido el 14 de abril del 2003.

<sup>61</sup> RUBIO CORREA, Marcial. (2008), La Interpretación de la Constitución Según el Tribunal Constitucional. Fondo editorial de la PUCP. Segunda Edición Lima. p. 248.

- **Tutela de los derechos fundamentales**

Los derechos fundamentales cuentan con una tutela especialísima, las cuales se encuentran establecidos en los tratados internacionales de derechos humanos y en el orden jurídico interno de cada Estado. La Constitución peruana de 1993 establece dos vías de tutela de los derechos fundamentales, una de naturaleza institucional y otra de naturaleza procesal.

- **La tutela institucional**

La Constitución vigente de 1993 reconoce instituciones de rango constitucional que protegen los derechos fundamentales, entre ellas se encuentran la Defensoría del Pueblo, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, el Ministerio de Trabajo y la Comisión de derechos humanos del Parlamento. Sobre todo, la Defensoría del Pueblo quien ejerce una importante labor en la defensa y promoción de los derechos fundamentales, así como en la supervisión del cumplimiento de los deberes de la administración estatal y de la adecuada prestación de los servicios públicos. En las últimas décadas sus aportes han sido vitales para el fortalecimiento de la democracia constitucional y la tutela de los derechos de las personas y de la comunidad. Esta institución es un organismo constitucionalmente autónomo reconocido en el art 161º de la Constitución, tiene como su representante al Defensor del Pueblo, que es elegido por el Parlamento con el voto de los dos tercios de su número legal por un periodo de cinco años. Goza de la misma inmunidad y de las mismas prerrogativas de los congresistas.

Conforme al art 162º de la Constitución corresponde a la Defensoría del Pueblo defender los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y de la comunidad; y supervisar el cumplimiento de los deberes de la administración estatal y la prestación de los servicios públicos a la ciudadanía. Por mandato de este artículo cualquier ciudadano está facultado a recurrir a la Defensoría del Pueblo a solicitar tutela de sus derechos fundamentales frente a las vulneraciones que provengan tanto de los agentes del Estado como

de los particulares. Las solicitudes (quejas) se pueden presentar individual o colectivamente, ya sea por escrito, de manera verbal o por correo electrónico ante las oficinas defensoriales que se encuentran en cada sede departamental, en caso de este último, el representante de la Defensoría (comisionado) levantará acta y de inmediato iniciará las indagaciones administrativas correspondientes.

Como afirma CESAR LANDA, la Defensoría del Pueblo tiene legitimidad para la protección de los derechos humanos, mediante su magistratura de persuasión, pero también procesalmente para interponer no sólo demandas de inconstitucionalidad de las leyes, sino también, los procesos de tutela de los derechos fundamentales y constitucionales como el hábeas corpus, amparo, hábeas data o acción de cumplimiento, entre otros<sup>62</sup>.

Para un trabajo transparente y eficiente la Defensoría del Pueblo necesita mejorar continuamente el servicio que prestan al público, realizar un trabajo más profundo con la sociedad. Por otro lado, tiene como deber mantener en todo momento su autonomía e independencia política frente a los demás órganos del poder del Estado, al mismo tiempo fortalecer la interdependencia funcional con otros organismos de promoción y defensa de los derechos fundamentales sean de carácter gubernamental y no gubernamental, nacionales e internacionales y con los representantes de la sociedad civil, a fin de prevenir posibles violaciones de los derechos humanos e identificar a tiempo focos de conflicto social, sólo así, tendremos una Defensoría del Pueblo digno de confianza.

Desde su institucionalización del año 1996 hasta el año 2015 ha dictado 173 informes defensoriales, a raíz de las quejas presentadas con más frecuencia por los ciudadanos. El último informe emitido en diciembre del 2015 fue sobre “Feminicidio Íntimo en el Perú: Análisis de Expedientes Judiciales (2012 -2015)”, en este informe tomando en cuenta la gravedad de la situación de la violencia contra las mujeres en el Perú, sostuvo que: “A fin de prevenir eficientemente la violencia

---

<sup>62</sup> LANDA ARROYO, César. (2010), Los Derechos Fundamentales en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Palestra Editores. Lima. p. 20.

contra las mujeres se debe partir del diseño e implementación de políticas públicas orientadas a abordarla de forma sistémica, de tal manera que se identifiquen sus causas y consecuencias. Enfrentar eficazmente la violencia contra las mujeres, siendo el feminicidio su manifestación más extrema, implica enmarcar la política criminal en políticas públicas que aborden el problema de manera integral y no centrándose sólo en el aspecto penal”. En otra de sus conclusiones refiere que “La incorporación del delito de feminicidio en la legislación penal constituye un avance importante en materia de prevención de esta manifestación de violencia de género. Los feminicidios son delitos pluriofensivos que afectan gravemente un conjunto de derechos fundamentales como la vida, la igualdad y no discriminación, y el libre desarrollo de la personalidad, así como la autonomía sexual y la seguridad de las mujeres”.

Los informes de la Defensoría del Pueblo constituyen base fundamental para la elaboración de políticas públicas y la realización de los cambios necesarios que requiere el ordenamiento jurídico peruano.

- **La tutela procesal**

Se ejercita a través de los procesos constitucionales de la libertad como hábeas corpus, amparo, hábeas data y acción de cumplimiento, cuya finalidad es proteger el catálogo de los derechos establecidos en el texto constitucional. Estos procesos se encuentran establecidos en el artículo 200º de la Constitución, los cuales han sido desarrollados por el Código Procesal Constitucional (Ley 28237) vigente del 01 de diciembre del año 2004. Este Código regula los procesos constitucionales de hábeas corpus, amparo, hábeas data, cumplimiento, inconstitucionalidad, acción popular y los conflictos de competencia, previstos en el artículo 200º y 202º inciso 3 de la Constitución.

Los procesos constitucionales tienen dos grandes finalidades, la protección de los derechos fundamentales y preservar la coherencia y jerarquía normativa. El primer grupo de procesos que protegen los

derechos fundamentales cuya finalidad es reponer el derecho violado al estado anterior de la violación o prevenir la amenaza de un derecho son: el hábeas corpus, el proceso de amparo, el hábeas data y el proceso de cumplimiento. El segundo grupo de procesos dirigidos a preservar la coherencia y jerarquía normativa son el proceso de inconstitucionalidad que procede cuando una norma con rango de ley contraviene la Constitución por el fondo o por la forma y el proceso de acción popular, que procede cuando una norma con rango inferior a la ley contraviene a la ley o la Constitución.

El Tribunal Constitucional cumpliendo con su rol de ser el supremo intérprete de la Constitución ha conceptualizado acerca del objeto, la naturaleza y la diferencia de los procesos constitucionales con los procesos judiciales ordinarios. Veamos.

En el caso Zanchez Lagomarcino<sup>63</sup> emitido el 27 de enero del 2006, define que el “El proceso constitucional tiene como objetivo asegurar el funcionamiento adecuado del orden constitucional y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales, tal como lo ha previsto el artículo II del Título Preliminar del CPC, el cual a la letra dice: Son fines esenciales de los procesos constitucionales garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales. De esta manera, el diseño del proceso constitucional se orienta a la tutela de dos distintos tipos de bienes jurídicos: la eficacia de los derechos fundamentales y la constitucionalidad del derecho objetivo, toda vez que, por su intermedio, se demuestra la supremacía constitucional. Y es que, gracias a ello, este Colegiado cumple sus funciones esenciales, tanto reparativas como preventivas (artículo 2° del CPCo)”.

Sobre la doble naturaleza de los procesos constitucionales el TC ha tenido la oportunidad de pronunciarse en la demanda de inconstitucionalidad interpuesto por la Defensoría del Pueblo contra el Congreso de la República, en ella afirmó que: “(...) en el estado actual de desarrollo del Derecho procesal constitucional, los procesos

---

<sup>63</sup> STC. 002877-2005-HC/TC. Fj. 5.

constitucionales persiguen no sólo la tutela subjetiva de los derechos fundamentales de las personas, sino también la comprenden la tutela objetiva de la Constitución. Pues la protección de los derechos fundamentales no sólo es de interés para el titular de ese derecho, sino también para el propio Estado y para la colectividad en general, pues su transgresión supone una afectación también al propio ordenamiento constitucional. Por ello, bien puede decirse que, detrás de la constitucionalización de procesos como el de hábeas corpus, amparo, hábeas data y de cumplimiento, nuestra Constitución ha reconocido la íntima correspondencia entre la doble naturaleza (subjetiva-objetiva) de los derechos fundamentales y la doble naturaleza (subjetiva-objetiva) de los procesos constitucionales. Siendo que las dos vocaciones del proceso constitucional son interdependientes y se hacen necesarias todas las veces en que la tutela primaria de uno de los dos intereses (subjetivo y objetivo) comporte la violación del otro” 64.

Por todo ello, la afirmación del doble carácter de los procesos constitucionales resulta ser de especial relevancia para el análisis constitucional a realizar por este Colegiado, pues este caso amerita una valoración de esta dimensión objetiva orientada a preservar el orden constitucional como una suma de bienes institucionales. En consecuencia, se hace necesaria la configuración de un proceso constitucional en el que subyace una defensa del orden público constitucional. Todo lo cual nos permite definir la jurisdicción constitucional no en el sentido de simple pacificadora de intereses de contenido y alcance subjetivos, sino del orden constitucional (normatividad) y de la realidad social (normalidad) en conjunto; pues, con relación a la Constitución, la jurisdicción constitucional no actúa ni puede actuar como un órgano neutro, sino, por el contrario, como su principal promotor<sup>65</sup>.

La distinción de los procesos constitucionales con los procesos judiciales ordinarios radica según el TC en los siguientes aspectos:

---

<sup>64</sup> STC. 00023-2005-PI/TC. Fj 11.

<sup>65</sup> Idem. cit. Fj.12.

1) Por sus fines, pues a diferencia de los procesos constitucionales, los ordinarios no tienen por objeto hacer valer el principio de supremacía constitucional ni siempre persiguen la protección de los derechos fundamentales; 2) Por el rol del juez, porque el control de la actuación de las partes por parte del juez es mayor en los procesos constitucionales; 3) Por los principios orientadores, pues si bien es cierto que estos principios, nominalmente, son compartidos por ambos tipos de procesos, es indudable que la exigencia del cumplimiento de principios como los de publicidad, gratuidad, economía procesal, socialización del proceso, impulso oficioso, elasticidad y de favor processum o pro actione, es fundamental e ineludible para el cumplimiento de los fines de los procesos constitucionales; y 4) Por su naturaleza, que es de carácter subjetivo-objetivo, pues no sólo protegen los derechos fundamentales entendidos como atributos reconocidos a favor de los individuos, sino también, en cuanto se trata de respetar los valores materiales del ordenamiento jurídico, referidos en este caso a los fines y objetivos constitucionales de tutela de urgencia<sup>66</sup>. Los procesos constitucionales en realidad son herramientas de lucha con el que cuenta el ser humano para la defensa de sus derechos fundamentales.

- **Contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales**

Los procesos constitucionales de la libertad protegen los derechos fundamentales establecidos en la Constitución. En efecto, cuando se vulnera un derecho fundamental o su contenido constitucional protegido procede interponer en su defensa. El contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales no se encuentra previsto en la Constitución, entonces la pregunta es ¿si no está regulado expresamente en la Constitución, cual es la metodología para delimitar el contenido de cada derecho?, en la vida

---

<sup>66</sup> Idem. cit. Fj.10.

real esta labor lo viene desarrollando el Tribunal Constitucional en función a cada caso particular y concreto.

El contenido constitucionalmente protegido es un tema complejo y espinoso en la dogmática constitucional, por ello en una futura reforma del Código Procesal Constitucional peruano es recomendable incluir expresamente los presupuestos para delimitar el contenido de cada derecho fundamental, recogiendo los aportes de los tratados internacionales de derechos humanos y la jurisprudencia internacional.

En Europa particularmente en Alemania se ha optado por la denominación del contenido esencial de los derechos fundamentales en lugar de contenido constitucionalmente protegido, la cual tiene su origen en el artículo 19 de la Ley Fundamental del Boon aprobada en 1949, su finalidad fue evitar restricciones a los derechos fundamentales por parte del parlamento alemán. En opinión de SAMUEL ABAD, la experiencia alemana ha servido de fuente de inspiración de otros textos constitucionales, tal como ha ocurrido con el art. 18.3 de la Constitución portuguesa de 1976, el art. 53 de la Constitución española de 1978, diversas constituciones del este y la Carta europea de derechos fundamentales<sup>67</sup>.

En la doctrina constitucional existen dos teorías que explican el contenido esencial de los derechos fundamentales, la teoría subjetiva y la teoría objetiva, según MARTÍN BOROWSKI “de acuerdo con la teoría subjetiva, el contenido esencial de los derechos fundamentales se relaciona con los derechos fundamentales como derechos subjetivos, por su parte, según la teoría objetiva, el contenido esencial se refiere a los derechos fundamentales como instituciones objetivas del sistema jurídico”<sup>68</sup>.

El Tribunal Constitucional peruano en el desarrollo de su labor jurisdiccional viene delimitando jurisprudencialmente el contenido constitucionalmente protegido de cada derecho fundamental. Por ejemplo, en el caso Anicama Hernández Hernández el Alto Tribunal

---

<sup>67</sup> ABAD YUPANQUI, Samuel. (2004), Derecho Procesal Constitucional, Gaceta Jurídica, Primera Edición, Lima. p. 120.

<sup>68</sup> BOROWSKI, Martín. (2003), La estructura de los derechos fundamentales. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. p. 97.

recurriendo al contenido esencial delimitó el contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la pensión, sostuvo que forman parte de este derecho el derecho a acceder al sistema de seguridad social, el respeto a los requisitos para obtener una pensión, el derecho a contar con una pensión mínima, el derecho a la pensión de sobrevivencia y al respeto de la igualdad material.

- **Estructura de los derechos fundamentales**

Para entender la estructura de los derechos fundamentales es importante precisar la distinción entre reglas y los principios. La más clara explicación sobre el tema ha sido desarrollada por la teoría alemana representados por Martín Borowski y Robert Alexy, este último entiende que “Las reglas son normas que solo pueden ser cumplidas o no, mientras que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas reales existentes. Por tanto los principios son mandatos de optimización, que están caracterizado por el hecho que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida posible de su cumplimiento no sólo depende las posibilidades reales sino también de las jurídicas”<sup>69</sup>.

El conflicto entre reglas dice Alexy puede ser solucionado o bien introduciendo en una de las reglas una cláusula de excepción que elimina el conflicto o declarando inválida, por lo menos una de las reglas. En cambio cuando dos principios entran en colisión uno de los principios precede al otro<sup>70</sup>.

La ponderación es un medio para resolver la colisión existente entre dos o más derechos fundamentales. Como explica Bernal Pulido se ha convertido en un criterio metodológico indispensable para el ejercicio de la función jurisdiccional, especialmente la que se desarrolla en los Tribunales Constitucionales, que se encargan de la aplicación de normas que, como los derechos fundamentales, tienen

---

<sup>69</sup>ALEXY, Robert. (2002), ob. cit. p. 88.

<sup>70</sup> Idem. cit. p. 89.

la estructura de principios<sup>71</sup>. Los elementos que conforman son el principio de idoneidad, necesidad y ponderación en sentido estricto.

### **La justicia restaurativa como medio tuitivo de derechos fundamentales<sup>72</sup>**

La justicia restaurativa como se ha puesto en relieve, es un mecanismo que necesariamente se efectiviza con la participación de un trinomio compuesto por víctima-infractor-comunidad. La justicia restaurativa pone énfasis en el elemento subjetivo, es decir en, el trinomio: *Victima-infractor-comunidad*, como el principal factor para encontrar la mejor y más efectiva solución al daño causado por la acción criminal, pues no habrá mejor solución que aquella que de mutuo propio acuerden los directamente involucrados en el conflicto, con el acompañamiento y soporte de la comunidad.

Uno de los pilares del surgimiento de la justicia restaurativa se halla en la *necesidad de tutela de la víctima*, cuyos derechos, intereses, necesidades y expectativas, por muchos años habían sido postergados a la luz del sistema penal retributivo. Con la justicia restaurativa, la víctima deja la marginación y el desamparo, pasando de ser un agente meramente espectador a un sujeto protagónico y esencial.

La justicia restaurativa halla su razón de ser en la necesidad de restituírle a la víctima todo aquello que le fue arrebatado por la acción delictiva; la víctima al formar parte de la comunidad, también refleja en ésta las consecuencias perniciosas que causó el delito.

Al respecto REYES MATE señala que, *"la justicia de la víctima supone reconocer que posee una mirada singular de la realidad y que lo que es así visto forma parte de la realidad. En concreto, ja victima ve algo que escapa al verdugo y al espectador: El significado del sufrimiento declarado insignificante para la cultura dominante"*.

La justicia restaurativa se ocupa de ver las consecuencias del delito a través de los ojos de la víctima, prioritariamente, en lugar de hacerlo a través

---

<sup>71</sup> <http://publicaciones.ua.es/filespubli/pdf/02148676rd49949854.pdf>.

<sup>72</sup> RODRIGUEZ CHAVEZ, Reyley,- Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales. En homenaje al Dr. H.c.mult. Robert Alexy. Edit. Nueva Jurídica. Noviembre 2016. Bogotá- Colombia, pág. 516.

de los ojos del infractor o del Estado, como sucede en los sistemas penales de molde retributivo.

La importancia de la víctima para la justicia restaurativa, ha llevado a desarrollar importantes *programas de asistencia a las víctimas*, que como indican PÉREZ y ZARAGOZA, están destinados a la recuperación que han sufrido por el daño causado. Estos programas se dividen en dos grandes apartados, la defensa de los derechos de las víctimas y los servicios de asistencia materiales y psicológicos. Los objetivos que persiguen estos mecanismos son los siguientes:

- a) Brindar representación legal a las víctimas del delito para que no se presente una situación de olvido por parte del sistema legal;
- b) La recuperación de las lesiones físicas y psicológicas; y,
- c) Alcanzar una reintegración en la sociedad por parte de la víctima.

Otro aspecto resaltante de la justicia restaurativa es que permite dar un trato humano a todos los intervinientes del conflicto, con la consigna de que la víctima y el infractor, bajo el aval de la comunidad, son los más interesados y directamente beneficiados con la solución efectiva del conflicto delictivo. En este escenario, lo más importante es el respeto de los derechos e intereses de las partes, lo cual resulta vital para el éxito del proceso restaurativo.

De este modo, lo que predomina para la justicia restaurativa es la humanización del proceso: Brindando un trato digno y respetuoso a la libertad y voluntad de las partes, garantizando sus derechos, intereses y necesidades.

En los sistemas penales retributivos, los excesivos procedimientos, formalidades y plazos, no hacen otra más cosa que distanciar a las partes, obstaculizando las posibilidades de resolver directamente el problema y además, despersonalizando el conflicto. Las partes intervinientes dejan de ser personas, el hombre se cosifica, se convierte en un número más en las estadísticas, en un caso más, resuelto o por resolver. Las partes a menudo se bailan privadas de sus derechos elementales.

El carácter humano de la justicia restaurativa tiene su mayor fortalecimiento en el interior del proceso restaurativo, donde las partes liberadas de las formalidades y ataduras, participan libre y voluntariamente de un

intercambio constante de información, que les permite entender los motivos y las consecuencias de la acción delictiva, la posibilidad arrepentimiento y perdón. Todas estas situaciones permiten humanizar a la víctima, al infractor y miembros de la comunidad, sensibilizándolos y concientizándolos sobre el problema, constituyendo un elemento central en la recomposición social.

Para SUBIJANA la "*comprensión de lo ocurrido*" en el proceso restaurativo ayuda en la tarea de humanización, pues permite a las partes narrar lo sucedido desde su particular situación. A las víctimas, les permite conocer quien fue su autor y por qué se le victimizó, comprendiendo las razones de ello y recuperando los márgenes de seguridad perdidos por la infracción penal. A los infractores, narrar lo ocurrido les permite percibir directamente las consecuencias que el delito ha provocado en la vida de las víctimas, favoreciendo su vinculación emocional con lo ocurrido'.

Efectivamente, la justicia restaurativa es un proceso humano que ofrece a las partes la posibilidad de resolver el conflicto delictivo pero a partir de un proceso de profunda sensibilización y concientización, donde las partes tiene la posibilidad de compartir mutuamente sus miedos, traumas, frustraciones, preocupaciones y necesidades. Ello genera mayor convicción en la tarea de reparación del daño y promueve la prevención a partir de la experiencia vivida por las partes.

Sobre este asunto, PÉREZ y ZARAGOZA señalan que la justicia restaurativa, "*representa una respuesta evolucionada al crimen, que respeta la dignidad y la equidad de cada persona, construyendo comprensión y promoviendo la armonía social, a través de un proceso de soñación de las víctimas, los ofensores y la comunidad*"<sup>73</sup>. Así pues, la justicia restaurativa genera un centro de reflexión en torno al delito y sus consecuencias, permitiendo a las partes elaborar la mejor alternativa de solución.

### **La superioridad de la persona**<sup>73</sup>

Artículo 1 ("constitución" de 1993) "La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad, son el fin supremo de la sociedad y del Estado".

---

<sup>73</sup> BOREA ODRÍA, Alberto - *Manual de la Constitución -para que sirve y como defenderte* Edit. El Búho EIRL. 1era edición 2016. Lima, pág. 57.

Artículo 1 (Constitución de 1979) "La persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado. Todos tienen la obligación de respetarla y protegerla".

Tanto la Constitución de 1979, que es la primera que lo hace en el Perú, cuanto la "constitución" de 1993 ejercen, desde la perspectiva valorativa, la opción de la superioridad de la persona sobre el Estado. Este debe de esmerarse en promoverla y protegerla. Sus normas no pueden, entonces, a partir de los referidos postulados, entenderse en el sentido de disminuir los derechos que como seres humanos, y por ser tales, les corresponde. Como hemos visto, si el Estado no los otorga, sino que los reconoce, no puede quitárselos a sus titulares.

Es más, la Constitución de 1979 no solo limita este deber al Estado, sino que señala que todos, incluidos los particulares, las personas que no tienen poder, también tienen el deber de respetarla y protegerla.

Es bueno recordar que hasta la Constitución de 1933, aquella que había precedido a la de 1979, siempre en el orden constitucional se había comenzado por consignar en los primeros artículos aquellos referidos al Estado y su configuración. Luis Alberto Sánchez, importantísima figura pública del siglo xx peruano insistió en que nuestra Constitución, como símbolo de esa preferencia, se iniciara con los artículos referidos a la persona y a sus derechos.

La dignidad del ser humano, implica que este tiene un plexo de derechos que forman parte de su propio ser. Que no pueden ser arrebatados ni, son capaces de reglamentarlos, desconocerlos. No son los pocos casos en los que el Estado, especialmente cuando los regímenes que los gobiernan son autocráticos o autoritarios, se imagina caminos para limitar estos derechos, no en razón de la vigencia cabal de los mismos derechos de otras personas, sino con el propósito de lograr un control más amplio o instrumento que le permita un campo de invasión mayor en el espacio reservado para la persona.

### **Los derechos de la persona humana**

Estos derechos son definidos en las constituciones con el propósito de lograr una clara determinación de aquellos que, en el momento en que se aprueba la misma, son los más importantes. El contribuyente hace un esfuerzo para que queden plasmados en el texto aquellos que conforman su dignidad y así la propia autoridad tenga en claro que debe respetarlos y los ciudadanos sean conscientes que tienen la capacidad y las atribuciones que allí se señala, pudiendo reclamar directamente al propio Estado por la plenitud de su vigencia a través

de las acciones de garantía o por cualquier otro medio, debiendo siempre comenzar por el medio legal o pacífico y recurriendo solo al derecho de insurgencia cuando lo que se ha transgredido es el sistema político mismo, vale decir, aquel régimen que abre el camino para tramitar en paz las disputas que se presenten.

El desarrollo de estos derechos ha ido incrementándose paulatinamente en el mundo. Conforme la persona va descubriéndose aparecen nuevos catálogos de capacidades y nuevos temas que se les considera propios. Se habla así de las diversas generaciones de derechos.

La primera de ellas fue la que comprendió a los derechos individuales, de relación y patrimoniales, vale decir, los que nacieron con el advenimiento del constitucionalismo clásico a la caída de las monarquías europeas y que insinuaron en sus obras los primeros pensadores que imaginaron una forma distinta de ordenar a la sociedad en una comunidad donde se respetara los principios de igualdad y libertad del ser humano. Como se ha dicho, Locke, Montesquieu, Rousseau, Sieyes, entre otros, sientan las bases de esos derechos.

Aquí caben, y solo a guisa de ejemplo, los derechos a la libertad personal, a la libertad de creencia y religión, a la libertad de opinión, a la libertad de expresión, a la libertad de asociación, así como a la propiedad. En todos estos casos se estimaba que el Estado debía de abstenerse violarlos para dar por cumplida así su obligación. Luego, poco a poco, se exigió que el Estado fuera desplegando sus capacidades y competencias para facilitar las condiciones sociales de cara a que las personas que se ubicaban en los sectores menos favorecidos de la sociedad pudieran tener mayor y mejor acceso a estos derechos.

Tempranamente, y de manera excepcional, con las primeras constituciones nació también el primero de los derechos sociales, el de la educación. Se reconocía que las personas debían de tener la posibilidad de ser educadas y se le encargaba al Estado que hiciera el esfuerzo para que ello fuera así. El artículo 181 de la Constitución de 1823 precisó que "La instrucción es una necesidad común, y la República la debe igualmente a todos sus ciudadanos". Luego señalaba que la garantía de este derecho se manifestaba por "(...) los establecimientos de enseñanza primaria, de

ciencias, de literatura, y artes". En el artículo 184 se estableció que "Todas las poblaciones de la República tienen derecho a los establecimientos de instrucción que sean aplicables a sus circunstancias. No puede dejar de haber universidades en las capitales de departamento, ni escuelas de instrucción primaria en los lugares más pequeños".

Entonces, el ser humano va ampliando su propio campo y con ello también acrecienta sus obligaciones para con los demás.

### **El derecho a la igualdad ante la ley**

Artículo 2 ("constitución" de 1993) "Toda persona tiene derecho: (...) 2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole".

Artículo 2 (Constitución de 1979) "Toda persona tiene derecho: (...) 2. A la igualdad ante la ley, sin discriminación alguna por razón de sexo, raza, religión, opinión p idioma. £1 varón y la mujer tienen iguales oportunidades y responsabilidades. La ley reconoce a la mujer derechos no menores que al varón".

Otra vez es bueno señalar que la clara determinación de este derecho, que constituye un elemento básico de la dignidad de la persona, fue incorporado al constitucionalismo peruano por la Constitución de 1979 y, como se ve en la comparación, copiado, felizmente, *ad pede líeraem* -por la "constitución" de 1993.

La igualdad, señalan algunos filósofos, es lo que ha llevado a las grandes revoluciones y convulsiones políticas en las sociedades. Cuando el ser humano percibe que hay quienes se sienten con derecho a una superioridad sobre el resto de la población, y ese pueblo no percibe esa diferencia, cuando la estima injusta, lucha para que se le reconozca la misma condición de aquellos que hasta ese momento la entienden exclusiva para sí o para su grupo.

La igualdad no es, sin embargo, una idea evidente. Al contrario, hay inmensas diferencias entre los seres humanos, de color, de tamaño, de peso, de inteligencia, de fuerza, etc. Lo natural al mirarse físicamente el ser humano de manera mutua es apreciar esas desigualdades.

La gran conquista ha consistido, por lo tanto, en entender que esas diferencias, que físicamente pueden parecer evidentes, no hacen a la desigualdad de la esencia del ser humano. Esas diferencias que en un momento u otro de la historia se han reputado como causa para discriminar a otras personas no se estiman más suficientes para acordarles superioridad a unos sobre los demás.

Se viene señalando recientemente que esa igualdad tiene dos componentes: la tradicionalmente entendida igualdad ante la ley por la cual a las personas no se les puede juzgar o tratar con un criterio distinto, en tanto que la ley es general y todos se presentan ante ella en idénticas condiciones; y la igualdad en la ley por la cual los legisladores no pueden hacer diferencias en razón de ninguna de estas características en el texto mismo de la ley. En la primera vertiente se presenta en concreto el ciudadano ante la autoridad y esta no puede entender que la misma norma es diferente para unos que para otros. Aquí corre perfectamente el principio que veda que los administradores del Estado -ya sea en el ramo de la justicia o en la asignación de los recursos, ya se trate de la administración central, local o regional- puedan preferir a unos frente a otros en atención a los criterios que se desarrollan como derechos en este artículo, o ja utilización de criterios diferentes que provoquen resultados diversos de manera contemporánea. Aquí las entidades públicas tienen un imperativo categórico.

Sin embargo, esta prohibición también alcanza a los particulares en tanto mantienen relaciones colectivas o expresan sus preferencias públicamente. Me explico. Si un particular desea contratar una persona para que trabaje con él como secretario, de todas formas va a preferir a quien su albedrío le diga. Él evaluará en su fuero personal a los distintos postulantes a cubrir el puesto, pero lo que no podrá hacer es colocar un aviso en el que públicamente se anuncie que quien puede presentarse para alcanzar ese empleo deba de ser de determinado color o profesar una específica religión, o impedir que se presenten quienes pertenecen a razas diferentes a la suya.

Pero la otra vertiente es la de la igualdad en la ley. En el enunciado o en la interpretación de las leyes también se tiene que reflejar el principio de igualdad. Las normas jurídicas en general deben de reflejar ese principio

y esta es una obligación que recae en quienes elaboran las normas, ya se trate de los legisladores formales o de aquellos que desde el Poder Ejecutivo u otros organismos estatales dictan dispositivos de carácter general. En principio, en ninguna de las categorías que se precisan se puede dar pie para que el Estado prefiera a unos sobre otros. No se puede legislar a favor de una determinada persona o grupo de personas debido a estas características que se señalan en la Constitución. Esa es la regla; no obstante, en el mundo moderno se ha presentado el caso de las normas que tratan de diversa manera a distintos grupos de personas para provocar que se produzca una igualdad de hecho que es esquiva en la realidad. Se trata, entonces, de avanzar en que, por lo menos en los temas de derechos fundamentales que hacen a la igualdad, se permita que se legisle haciendo distinciones que deben atender al principio de razonabilidad, para lograr que se empareje en la práctica esta situación y que los derechos fundamentales no sean solamente formales.

Esto puede enfrentar en algún momento un desafío desde el ámbito de los derechos políticos. Se viene insistiendo en algunos casos en que los hijos de extranjeros, aunque sea peruanos por nacimiento, no puedan postular a cargos públicos bajo el entendido de la falta de arraigo y de una eventual casualidad que no haya permitido una integración real del nacido en el Perú con la comunidad peruana; de esta forma, un hijo de japoneses no podría ser presidente, ni un hijo de rusos podría ser diputado o un hijo de franceses magistrado de la Corte Suprema. Tal como están hoy día redactadas las normas y, especialmente la Constitución, incluso en la versión de 1993, esa norma no sería posible porque colisionaría con el principio de igualdad recogido en la Constitución.

Lo mismo puede decirse en el caso del sexo. Ni los hombres ni las mujeres pueden ser discriminados de alcanzar alguna posición o percibir algún beneficio diferencial en razón de ser hombres o mujeres. Esta distinción, no obstante, estuvo presente hasta no hace mucho y aún lo está en una serie de países en los que a las mujeres se le impide participar de ciertas actividades o conducirse en la vida cotidiana de manera abierta, como pasa en los Estados musulmanes. Como pasaba de otra forma en nuestros países hace poco cuando a las mujeres por el mismo trabajo realizado se les pagaba

un salario inferior que al varón o cuando se señalaba, incluso en las oficinas públicas, que el hecho de ser mujer representaba un hándicap para acceder a determinadas posiciones.

Hay que recordar que es una conquista del siglo xx que las mujeres participen en la vida política a plenitud. Antes no podían ni elegir ni ser elegidas, incluso en los Estados democráticos. En el Perú el voto de la mujer se materializó en la década del cincuenta durante el gobierno del general Manuel Odría.

Hoy está claro que las mujeres tienen ante la ley los mismos derechos que los hombres, no hay empleos que se les encuentre vedado en razón de su condición. Incluso, el caso de su participación en las Fuerzas Armadas, tradicionalmente reservada para los varones; hoy las mujeres se preparan y participan en esas tareas de la defensa. Las diferencias, en todo caso, pueden venir dadas por la condición física (por ejemplo, la fuerza para empujar un cañón o para operar piezas de artillería, pero esa diferencia no es solo aplicable a las mujeres sino también a los varones que tengan menos envergadura física).

Por el contrario, en la parte final del inciso 2 del artículo 2 de la Constitución de 1979 se anuncia un principio de discriminación positiva a favor de las mujeres. Allí se señala que la ley ha de reconocer a la mujer derechos no menores que al varón, lo que puede entenderse que podría acordarle derechos mayores a la fémina que al hombre.

La "constitución" de 1993 agrega a las desigualdades catalogadas en la Constitución de 1979, la proveniente de la condición económica. Ello quiere decir que esa tampoco puede ser un pretexto para discriminar en el ejercicio de ningún derecho a las personas, ni para considerar más al que tiene mayor patrimonio y menos al más pobre, como tampoco puede plantearse el término a la inversa, creyendo que quien tiene menos es, por decir, más peruano o que tiene mayores derechos que los más afortunados.

### **Garantías en el proceso penal**

Con la intención de afianzar más el denominado "derecho constitucional aplicado", se ha planteado la tesis de despojar de todo poder oficioso al Juez, en tanto que se asume como peligrosa la proposición de conferir poderes probatorios al Juez, despreciando la idea de que el Juzgador,

recurriendo a la “prueba de oficio”, acceda supuestamente a la mítica “verdad real” y recordando además que esta tendencia se daba en los sistemas autoritarios, donde la búsqueda de la verdad material como fin del proceso llegó a justificar las torturas más grandes que ha conocido la historia<sup>74</sup>. Este garantismo procesal, se afianzara en un Estado Constitucional de Derecho, esto es la constitucionalización del proceso penal, como ya lo dijimos reflejado en el esfuerzo por parte de los Órganos Jurisdiccionales de respetar escrupulosamente los mandatos de un debido proceso constitucional, afianzado al proceso penal, sin perder la eficacia y eficiencia en la solución de los conflictos en un tiempo razonable, y sin vulnerar las garantías de los justiciables. Dicho de otro modo en respeto irrestricto de los principios procesales, propiamente dichos, siendo estos<sup>75</sup>: a) principio de igualdad de las partes litigantes; b) principio de imparcialidad del juzgador; c) principio de transitoriedad del proceso; d) principio de eficacia del proceso; e) principio de la moralidad en el debate.

De esta forma los derechos fundamentales relacionados con y derivados del debido proceso, son el derecho a la acción judicial y acceso a los tribunales como expresión de la facultad de todos a acceder a los tribunales de justicia y actuar en juicio para la tutela de sus derechos e intereses legítimos sin ninguna discriminación; el derecho a un juicio justo y público para que su asunto sea tratado, discutido y decidido equitativa y públicamente, en un plazo razonable de tiempo, frente a un juez independiente e imparcial, preconstituido por ley; el derecho de defensa y contradicción se garantiza en cualquier momento del proceso, el derecho inviolable a defenderse en el contradictorio entre las partes en condiciones de efectiva paridad; así mismo, garantiza la posibilidad de ser representado y defendido, asistido y aconsejado por un abogado, y ser asistido de ser el caso por peritos; el derecho a la prueba garantiza el derecho de valerse, en el juicio, de los medios, aún atípicos, de prueba directa o contraprueba que sean legalmente admisibles y pertinentes; el derecho a asistencia jurídica gratuita que el Estado asegura, mediante los

---

<sup>74</sup>NEYRA FLORES, José A. “Garantías en el Nuevo Proceso Penal Peruano”. [en línea]. 2010 [citado en el Vol. 4 N° 4 - 2010]. disponible en Internet: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoprocesal/article/view/2399/2350>.

<sup>75</sup>CORNEJO VALDIVIA, Oscar. “El Proceso y la Tutela de los Derechos Fundamentales”. *Revista Mundo Procesal, rinde homenaje al maestro Adolfo Alvarado Velloso*, pag. 681. [en línea]. Disponible en Internet: <http://www.adolfoalvarado.com.ar/Pdf/2012/DistRecibidas/Reconocimientos/Libro-HomenajeAAV.pdf>.

institutos pertinentes, públicos o privados<sup>76</sup>. En fin vemos que cada vez más se viene afianzando las debidas garantías en salvaguarda de un irrestricto proceso penal, ello en consonancia con la Convención Americana de Derecho Humanos, que hace expresa referencia a las garantías judiciales entre otros derechos para con las partes.

### **Características de un proceso penal basado en el sistema acusatorio<sup>77</sup>**

Creemos que resulta necesario contar con un esquema básico de las principales características que rigen el sistema penal acusatorio conforme al CPP de 2004, razón por la cual, valiéndonos del esquema elaborado por Salas Be-teta, anotamos las siguientes:

**a. El proceso como conjunto de garantías constitucionales:** el proceso penal importa un conjunto de principios y garantías constitucionales que guían y gobiernan su desenvolvimiento, así como el rol de los sujetos procesales. En un proceso basado en el sistema acusatorio la dignidad humana, como pilar del Estado Democrático de Derecho, es un derecho fundamental cuyo respeto se exige al máximo durante el desarrollo del proceso penal. Se debe entender que las garantías constitucionales también le pertenecen a la víctima, así por ejemplo la igualdad procesal, el debido proceso, la tutela jurisdiccional efectiva, el derecho de defensa procesal eficaz, entre otros. Y como bien lo indica el citado jurista Villegas Paiva, de estos derechos nos ocuparemos en la presente tesis y su respeto a favor de la víctima, que muchas veces es mancillada en sus derechos lo cual la revictimiza..

**b. El fin del proceso:** ya no consiste primordialmente en la imposición de la pena sino en solucionar de la mejor manera el conflicto originado por el delito. De modo que, la legalidad y la racionalidad dan origen a la oportunidad como posibilidad de orientar todo comportamiento humano, especialmente de las personas que ejercen autoridad, aplicando medidas alternativas al procedimiento y a la pena. La reforma procesal está orientada a la aplicación de salidas alternativas, definidas como vías de solución que permiten al

---

<sup>76</sup>Idem. pag. 683- 684.

<sup>77</sup>VILLEGAS PAIVA, Elky Alexander. "El agraviado y la reparación civil en el Nuevo Código Procesal Penal". *Gaceta Jurídica*. Edit. El Búho EIRL - primera edición febrero 2013 - Lima, pág. 22-26

Ministerio Público flexibilizar, descongestionar y economizar el proceso penal sin tener que ir a juicio oral. Por tal motivo, brinda satisfacción al ciudadano al dar soluciones prontas a los conflictos. Entre ellas tenemos el principio de oportunidad, los acuerdos reparatorios, la terminación anticipada, todas nuevas soluciones que en el proceso de reforma se van asimilando paulatinamente.

**c. Reparación integral para la víctima:** como acabamos de señalar, el moderno sistema penal abandona un modelo de justicia exclusivamente punitivo, para dar paso a una justicia reparadora, de modo tal que la víctima tendrá derecho a una reparación integral de sus derechos, es decir no se trata solo de una reparación económica. Como bien dice Bovino: “El concepto de reparación que se propone no se debe confundir con el pago de una suma de dinero. La reparación se debe entender como cualquier solución que objetiva o simbólicamente restituya la situación al estado anterior a la comisión del hecho y satisfaga a la víctima –v. gr., la devolución de la cosa hurtada, una disculpa pública o privada, la reparación monetaria, trabajo gratuito, etcétera–. (...). Ello implica que no pueden desconocerse sus derechos en el proceso penal. El reconocimiento de la víctima como sujeto procesal y la consagración de un amplio catálogo de derechos a su favor, son dos de los aspectos más relevantes del nuevo sistema de enjuiciamiento criminal. En efecto, el Código Procesal Penal y el conjunto de las normas que integran la reforma procesal permiten al ofendido por el delito ejercer importantes facultades sin necesidad de convertirse en parte acusadora. Asimismo, se impone al órgano persecutor la función de brindar protección al ofendido por el delito”.

**d. Las funciones de acusación y juzgamiento:** el sistema acusatorio se caracteriza esencialmente por la clara división de funciones que los sujetos procesales deben cumplir en el proceso penal. Tal separación implica que las dos fases fundamentales de la persecución penal que tiene a cargo el Estado sean desarrolladas por órganos diferentes. Así, el nuevo marco procesal encarga la imputación penal al Ministerio Público, órgano constitucional autónomo y el juzgamiento, al Poder Judicial, órgano jurisdiccional. Como explica Donaire: “Otro de los aspectos centrales que trae consigo el NCPP es

que se redefinen y reordenan las funciones de los operadores del Sistema de Justicia Penal: i) el juez ya no investiga el delito, sino que se dedica principalmente al juzgamiento en el juicio oral, y al control de que se respeten las garantías en la etapa de la investigación; ii) el fiscal es responsable de la investigación ante el proceso, por lo que debe conducirla y trabajar conjunta y coordinadamente con la Policía Nacional, que realiza la investigación técnico-operativa; y, iii) la defensa –pública o privada– asume un rol activo mediante su presencia y participación en todas las instancias, y de manera determinante a través del contradictorio en el juicio oral, todo ello en igualdad de armas”. La división antedicha garantiza que el juzgador –al momento de desarrollar el juicio y emitir sentencia– no se vea afectado por el prejuicio que genera la labor investigadora. Todo investigador busca hallar elementos de convicción que acrediten la responsabilidad del investigado en la comisión de los hechos. En cambio, un decidor –como lo es el juez– debe ser imparcial.

**e. El director de la investigación:** De acuerdo con la característica reseñada en el párrafo anterior, se entiende que la investigación es dirigida por el Ministerio Público, órgano constitucional autónomo que le añade una calificación jurídica y que, asimismo, cuenta con la titularidad de la acción penal pública. El fiscal ejerce la acción penal ante la existencia de elementos que demuestran como muy probables la existencia de un hecho punible y la presunta responsabilidad del investigado.

**f. Disponibilidad de la acción penal:** el principio de legalidad procesal se encuentra inspirado en los de obligatoriedad e indisponibilidad de la acción penal. Por el principio de obligatoriedad se exige al titular de la acción penal pública a ejercerla ante el conocimiento de la presencia de elementos de convicción de la comisión de un delito. En tanto que, por el principio de la indisponibilidad de la acción penal no se le permite opción distinta a la de ejercerla. No obstante, el principio de legalidad procesal encuentra una excepción en los criterios de oportunidad, los cuales tienen su justificación en el principio de disposición de la acción penal. Cuando hablamos de los criterios de oportunidad nos referimos a la facultad que tiene el titular de la acción penal para abstenerse de ejercerla, contando con el consentimiento del imputado

y presupuestos de falta de necesidad y merecimiento de pena. La aplicación del criterio de oportunidad en el Perú es reglada, ya que la ley define los límites y los controles que se aplican para su otorgamiento, conforme al artículo 2 del CPP de 2004.

**g. Intervención del juez de control de garantías:** Si bien el fiscal dirige la investigación preparatoria, cuando la formaliza se somete a la supervisión del juez de control de garantías (juez de la investigación preparatoria), a fin de que este controle la legalidad y el respeto de los derechos del imputado y también los de la víctima durante los actos de investigación del fiscal, decida acerca de los pedidos de las partes (medidas coercitivas, cesación de medidas coercitivas, autorización para actos de búsqueda de pruebas, etc.) y, posteriormente, será ese mismo juez quien controle la procedencia de la acusación o, de ser el caso, del sobreseimiento.

**h. El juicio oral:** ya en etapa de juzgamiento, la decisión acerca de la responsabilidad del acusado y la pena a imponérsele recae en el juez de conocimiento (juez penal unipersonal o colegiado). El juzgamiento constituye la fase del proceso en la que se determina la responsabilidad del acusado en atención a las pruebas que se actúen en la audiencia. El juzgamiento implica que el acusador ha realizado previamente una investigación objetiva, de modo tal que la acusación se encuentra sustentada, ello garantiza que no se la acusará de forma arbitraria e injusta. En el juicio oral se materializan los principios procesales de publicidad, oralidad, inmediación, concentración y contradicción.

## 2.3 Bases legales

### Legislación supranacional

Como lo indica Jhonn C. Medina Olivas<sup>78</sup>, al referirse a víctimas es y seguirá siendo un tema de valiosa importancia social, debido a ello son valoradas y protegidas por los Estados u organizaciones de Estados. De acuerdo a sus valores, principios, temores y pretensiones, pueden variar en comparación de un continente a otro, de una Estado a Estado: Por ello nos será de valiosa importancia incorporar algunas de las legislaciones que armonizan con nuestra legislación interna y que ha emitido con el propósito de proteger a sus ciudadanos, quienes por acción u omisión se conviertan en víctimas.

#### A. Convención Americana sobre Derechos Humanos.

“Pacto de San José de Costa Rica<sup>79</sup>”.

Artículo 24. Igualdad ante la ley y artículo 25. Protección judicial, inc. 1 y 2.

#### B. Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder<sup>80</sup>.

- Las víctimas de delitos, inc. 1,2 y 3.
- Acceso a la justicia y trato justo, inc. 4, 5,6 y 7.
- Resarcimiento, inc. 8, 9,10 y 11
- Indemnización, inc. 12 y 13.
- Asistencia. Inc. 14, 15, 16 y 17.
- Las víctimas del abuso de poder, inc. 18,19, 20 y 21.

---

<sup>78</sup> MEDINA OLIVAS, Jhonn C. *Las Víctimas y sus derechos*. Lima - Perú, Editora y Librería Jurídica Grijley EIRL. 1era. Edición, 2016, pág. 45.

<sup>79</sup> CONVENCIÓN AMERICANA, sobre Derechos Humanos. “Pacto de San José de Costa Rica”. [en línea]. 2016 [citado el 2016-12-12]. Disponible en Internet: [http://www1.hcdn.gov.ar/folio-cgi-bin/om\\_isapi.dll?hitsperheading=on&infobase=constra.nfo&record=%7b7FF67C95%7d&softpage=Document42](http://www1.hcdn.gov.ar/folio-cgi-bin/om_isapi.dll?hitsperheading=on&infobase=constra.nfo&record=%7b7FF67C95%7d&softpage=Document42).

<sup>80</sup> RECOPIACIÓN DE REGLAS Y NORMAS DE LAS NACIONES UNIDAS EN LA ESFERA DE LA PREVENCIÓN DEL DELITO Y LA JUSTICIA PENAL. “Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder”. [en línea]. 2016 [citado el 2016-03-02]. Disponible en Internet: [https://www.unodc.org/pdf/compendium/compendium\\_2006\\_es\\_part\\_03\\_02.pdf](https://www.unodc.org/pdf/compendium/compendium_2006_es_part_03_02.pdf)

**C. Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. roma, 4.xi.1950<sup>81</sup>.**

Art. 6 Derecho a un proceso equitativo.

**D. Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas<sup>82</sup>.**

Artículo 24, inc. 4 y 5.

**E. Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas<sup>83</sup>.**

Artículo 19.

**F. Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones<sup>84</sup>.**

- Víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario, inc. 8, 9.
- VI. Tratamiento de las víctimas, inc. 10.
- VII. Derecho de las víctimas a disponer de recursos, inc 11.
- VIII. Acceso a la justicia, inc. 12, 13 y 14.
- IX. Reparación de los daños sufridos, inc. 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22 y 23.
- X. Acceso a información pertinente sobre violaciones y mecanismos de reparación, inc. 24.
- XI. No discriminación, inc. 25.
- XII. Efecto no derogatorio, inc. 26.

---

<sup>81</sup> FUNDACION ACCION PRO DERECHOS HUMANOS. "Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales". [en línea]. 2016 [citado el 2016-12-12]. Disponible en Internet: <http://www.derechoshumanos.net/Convenio-Europeo-de-Derechos-Humanos-CEDH>.

<sup>82</sup> DECLARACIÓN SOBRE LA PROTECCIÓN DE TODAS LAS PERSONAS CONTRA LAS DESAPARICIONES FORZADAS. [en línea]. 2017 [citado el 2017-07-21]. Disponible en Internet: <http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/BDL/2002/1428>  
<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/ConventionCED.aspx>.

<sup>83</sup> NACIONES UNIDAS DERECHOS HUMANOS - "Oficina de alto Comisionado". [en línea]. 2017 [citado el 2017-07-21]. Disponible en Internet: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/ConventionCED.aspx>.

<sup>84</sup> NACIONES UNIDAS DERECHOS HUMANOS - "Oficina de alto Comisionado". [en línea]. 2017 [citado el 2017-07-21]. Disponible en Internet: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/RemedyAndReparation.aspx>.

### **G. El consejo de Europa y la unión europea<sup>85</sup>.**

Convenio N° 116, del 24 de noviembre de 1983, el mismo que trata sobre las indemnizaciones que le corresponden a las víctimas de delitos violentos, basados en principios de equidad y de solidaridad social.

La Recomendación R (85) 11, del Comité de Ministros, del 28 de junio de 1985, versa sobre la posición de la víctima en el marco del Derecho Penal y del Proceso Penal.

La Recomendación R (87) 21, adoptada el 17 de septiembre de 1987 busca orientar los mecanismos de asistencia para las víctimas y evitar la victimización reiterativa

Directiva 2004/80/CE el Consejo Europeo dispone la obligatoriedad del cumplimiento del Convenio Europeo N° 116. La Directiva 2004/80/CE busca que toda víctima de un delito cometido en la Unión Europea logre su derecho a ser indemnizada.

### **H. Directiva 2012/29/UE, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la decisión marco 2001/220/JAI del consejo.**

Esta norma tiene como finalidad garantizar que las víctimas de delitos reciban información, apoyo y protección adecuados, pudiendo participar en procesos penales en forma activa

- Información y apoyo.
- Derecho a entender y a ser entendido.
- Derecho a recibir información desde el primer contacto una autoridad competente.
- Derecho de las víctimas cuando interpongan una denuncia.
- Derecho a recibir información sobre su causa.
- Derecho a traducción e interpretación.
- Derecho de acceso a los servicios de apoyo a las víctimas.
- Derecho a recibir atención por el servicio de apoyo a las víctimas.

---

<sup>85</sup> MEDINA OLIVAS, Jhonn C. *Las Víctimas y sus derechos*. Lima - Perú, Editora y Librería Jurídica Grijley EIRL. 1era. Edición, 2016, pág. 55-98.

- Participación en el proceso.
  - Derecho a ser oído.
  - Derechos en casos se adopte una decisión de no continuar el procesamiento.
  - Derecho a garantías en el contexto de los servicios de justicia reparadora.
  - Derecho a la justicia gratuita.
  - Derecho al reembolso de gastos.
  - Derecho a la restitución de bienes.
  - Derecho a obtener una decisión relativa a la indemnización p parte del infractor en el curso del proceso penal.
  - Derecho de las víctimas residentes en otro estado miembro.
  - Derecho a recibir protección de las víctimas y reconocimiento i las víctimas con necesidad de protección especial.
  - Derecho a la protección.
  - Derecho a evitar el contacto entre víctima e infractor.
  - Derecho a la protección de las víctimas durante las investigaciones penales.
  - Derecho a la protección de la intimidad.
  - Evaluación individual de las víctimas a fin de determinar sus necesidades especiales.
  - Derecho a la protección de las víctimas con necesidades especiales de protección durante el proceso penal.
  - Derecho a la protección de las víctimas menores de edad durar el proceso.

#### **I. La organización de estados americanos (OEA)**

“La Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas“ de 9 de julio de 1994, la misma que se complementa con los documentos emitidos sobre el asunto por la ONU y que fueron materia de análisis supra.

#### **H. Las víctimas de violaciones del derecho internacional penal**

El Derecho Internacional Penal contempla su protección a las víctimas de los siguientes tipos delictivos:

- Crímenes de guerra;
- Crímenes contra la humanidad; y
- Genocidio.

#### **J. La corte penal internacional**

En las Reglas de Procedimiento y Prueba, U.N. Doc. PC-NICC/2000/I/Add.I (2000), en su sección III, se desarrolla el tema de víctimas y testigos. Medidas de protección y reparación en la corte penal internacional.

#### **K. Guías de Santiago, sobre protección de víctimas y testigos aprobado en la XVI asamblea general ordinaria de la asociación iberoamericana de ministerios públicos (AIAMP), dadas en República Dominicana el 9 y 10 de junio de 2008.**

- Implementación de sistemas de información para las víctimas, el derecho a la información como principio y su articulación efectiva.
- Velar por la seguridad de las víctimas: protocolos de actuación instrumentos de seguridad.
- Fomentar la formación de operadores en materia de protección de víctimas: ámbitos en los que debe incidir la labor de formación y especialización de la misma.
- Promoción del rol de la víctima durante el proceso: estatuto de víctima y pautas de actuación.
- Buscar la compensación de las víctimas: elementos a compensar, mecanismos de compensación y sistemas jurídicos.
- Especial referencia a las víctimas de los delitos de trata de personas
- Especial referencia a las víctimas de violencia familiar o doméstica
- Especial referencia a los niños y adolescentes como víctimas.

### 2.3.1.1 Legislación nacional

➤ **Constitución Política del Estado<sup>86</sup>:**

Derechos fundamentales de la persona

Artículo 2.- Toda persona tiene derecho; inc. 2.

Artículo 139. Principios de la Administración de Justicia, inc. 3, 8 y 14

➤ **Código Procesal Penal<sup>87</sup>**

Derecho de Defensa

Artículo I. Justicia Penal; inc. 3

Artículo IX. Derecho de defensa, inc. 3.

Artículo 94. Definición de agraviado.

Artículo 95. Derechos del agraviado.

Artículo 96. Deberes del agraviado.

Artículo 97. Designación de apoderado común.

Artículo 98. Constitución y derechos.

Artículo 99. Concurrencia de peticiones.

Artículo 100. Requisitos para constituirse en actor civil.

Artículo 101. Oportunidad de la constitución en actor civil.

Artículo 102. Trámite de la constitución en actor civil.

Artículo 104. Facultades del actor civil.

Artículo 105. Facultades adicionales del actor civil.

Artículo 106. Impedimento de acudir a la vía extra - penal.

## 2.4 Bases conceptuales

### La Reforma procesal peruana y el agraviado

Como bien lo indica el jurista Elky Alexander Villegas Paiva<sup>88</sup> con la reforma al sistema procesal penal es insoslayable que el operador jurídico fije su atención

---

<sup>86</sup> BERNALES BALLESTEROS. Enrique. . *La Constitución Política del Perú de 1993 – Análisis Comparado*, Lima – Perú, Editora RAO - 2000, pág. 24.

<sup>87</sup> CÓDIGO PROCESAL PENAL 2004 – Ministerio de Justicia – Lima 2011- Secretaria Técnica de Implementación del C.P.P, págs. 12-14. 40-42.

<sup>88</sup>VILLEGAS PAIVA, Elky Alexander. “El agraviado y la reparación civil en el Nuevo Código Procesal Penal”. *Gaceta Jurídica*. Edit. El Búho EIRL – primera edición febrero 2013 - Lima.

no solo en quien es sometido a la actuación procesal penal en calidad de indiciado, imputado o acusado, sino también, con igual diligencia, y en los términos de ley, en las víctimas del hecho jurídico penalmente relevante ocasionado por aquel, previniendo con ello que el proceso penal se convierta en una forma adicional de victimización, logrando por el contrario, en el contexto de las exigencias democráticas de nuestro sistema, un ambiente de participación activa de las víctimas para su beneficio.

Entonces cómo ven y cómo tratan a la víctima nuestros ordenamientos jurídicos da también la idea del propio desarrollo de los derechos y el grado de eficacia y eficiencia en su verdadera dimensión. Porque si se olvida a la víctima, por mucho que se haya castigado al delincuente el problema social indudablemente subsiste, por la insatisfacción de una de las partes, precisamente la que más sufrió con el evento delictivo. No hay que olvidar que el tribunal constitucional en la Sentencia emitida en el Exp. 00295-2012-PHC/TC – Lima. Aristóteles Román Arce Paucar<sup>89</sup>, *“El Tribunal Constitucional arriba a dicha conclusión por cuanto entiende que el derecho al plazo razonable del proceso es un derecho de naturaleza inclusiva, en la medida en que su ámbito de tutela puede alcanzar a más de un titular. Así, tratándose de un proceso penal, la cobertura constitucional puede alcanzar no sólo al procesado, sino también a la víctima o la parte civil. Por ello, es posible que, cada vez que se determine la violación del derecho al plazo razonable del proceso, se afecte también el derecho a obtener satisfacción jurídica en un tiempo razonable de la víctima o la parte civil. Y es que, una situación como la descrita, esto es, la prolongación del proceso más allá de lo razonable, podría afectar por igual a ambas partes; y si ello es así, debería considerarse también la tutela del derecho de la víctima o la parte civil...”*.

Y es que la comisión de un delito representa, antes que infracción de la ley penal, o al mismo tiempo que eso, la manifestación de un conflicto jurídico que deriva de un acto ilícito que ha podido producir un daño de diversa especie e intensidad, sea físico, psicológico, económico, etc. Este daño ilícito afecta, por encima de las demás personas o a la sociedad en su conjunto, a quien lo

---

<sup>89</sup>SENTENCIA del Tribunal Constitucional. EXP. 00295-2012-PHC/TC - LIMA. Caso Aristóteles Román Arce Paucar, de fecha 14 de mayo del 2015, fundamento 10..

padece. Por consiguiente, la respuesta que da el Estado al ilícito penal no puede desatender la doble dimensión: el conflicto entre el delincuente y la sociedad, pero también el conflicto que surge entre el agresor y el agredido<sup>90</sup>. De acuerdo con las ideas precedentes, y atendiendo a las nuevas tendencias del Derecho Procesal Penal que consideran a la víctima como un gran protagonista del proceso penal, el CPP de 2004 le reconoce ampliamente –en comparación con la normativa anterior– una serie de derechos y garantías cuyo alcance y precisión deben ser desarrollados al constituir de vital importancia para un correcto y exitoso funcionamiento del sistema procesal penal que se está implementando en nuestro ordenamiento jurídico. Y de esa forma tornar en real el cambio que se busca, llegando a una más eficiente y equilibrada resolución del conflicto penal. De tal manera que no puede desconocerse los derechos de la víctima en el proceso penal, tales como el derecho a la tutela judicial efectiva, a la verdad, a la información, protección física y jurídica, petición, participación, entre otros, procurando una reparación integral a la víctima y no solo una indemnización económica<sup>91</sup>.

### **El Agravado**<sup>92</sup>

En la historia de la persecución penal hay dos personajes que se disputan, con buenos títulos, la calidad de ofendido: la sociedad y la víctima (persona individual o jurídica) que ven dañados o puestos en peligro sus intereses y sus derechos. Son muchos más, en cambio, los que se atribuyen la condición de víctima. Unos y otros buscan, en todo caso, el castigo del culpable –autor del delito–, y también pretenden la tutela social y el resarcimiento del daño que han sufrido. Entre los datos que caracterizan al delito de siempre se hallan la identidad del agresor y del agredido, que entran en contacto personal, por el ataque que aquel emprende, por el enfrentamiento que compromete a ambos, por la malicia que alguien utiliza para obtener, de cierto individuo, determinada ventaja. En cambio, el delito moderno puede golpear a un número indeterminado de sujetos y provenir de un número también indeterminado de agentes.

---

<sup>90</sup>VILLEGAS PAIVA, Elky Alexander. “El agraviado y la reparación civil en el Nuevo Código Procesal Penal”. *Gaceta Jurídica*. Edit. El Búho EIRL – primera edición febrero 2013 – Lima, pág. 21

<sup>91</sup>Ídem pág. 22

<sup>92</sup>MACHUCA FUENTES, Carlos. “El Agravado en el Nuevo Proceso Penal Peruano”. *Gaceta Penal & Procesal*. Colección: 168 - Tomo 34 - Numero 11 - Mes-Año: 2007 - Lima.

No importa la identidad de aquellos y estos, que ni siquiera se conocen entre sí.

En contraparte a ello, luego de producido el agravio, los agraviados se armarán para ejercer el contragolpe: la reacción punitiva y reparadora enderezada contra el autor del delito y a veces contra quienes no han participado en la conducta reprobable, pero deben responder por ella, en forma lateral y subordinada. Esta se funda en el derecho de persecución. La persecución penal fue en el principio un suceso libre y colectivo, y acabó por constituir un acontecimiento regulado y concentrado, especialmente en el Estado moderno. Este desarrollo de la persecución es también, hasta cierto punto, la historia del hipotético contrato social, mediante el cual los individuos, designan por propia voluntad un ente superior, que se hará cargo de la tutela de todos ellos. Con ella la persecución dejó de ser un suceso libre, porque se pusieron linderos a la conducta y se fijó, con detalle esmerado, el derrotero de la persecución: un *iter persecuendi*, como consecuencia natural del *iter criminis* que llegó a su término.

Así, la muchedumbre, actor importante en épocas anteriores – especialmente en la *vindicta* –, desapareció de la escena, para que ingresaran a ella –y la retuvieran en lo sucesivo– solo algunos personajes con pase al proceso. Tal fue el origen de la competencia y de la legitimación. Así, devinieron competentes o legitimados el actor y el fiscal, más la sociedad, en un extremo; el reo y su defensor, en otro; el particular ofendido, en uno más, y el juzgador en el extremo restante. Ese es el esquema procesal hasta nuestros días. La sociedad, sujeto pasivo de todos los crímenes –porque de no haber una intensa lesión o un gravísimo peligro para la sociedad, no habría tampoco delito– dejó de verse y actuar como ofendido, aunque lo fuera, y asumió un papel característico en el proceso a través del fiscal, el mismo que es convertido en protagonista del debate. Sin embargo, la sociedad e incluso la víctima se ha visto desplazada del *jus puniendi* y, en seguida, del ara judicial. Quedó más allá de la barandilla, e inclusive fuera del tribunal, convertida en espectadora o en opinión pública.

De otra parte, si bien la sociedad recibió algunas compensaciones, como el Ministerio Público o fiscal, denominado con frecuencia el “defensor de la sociedad”, para recordar el origen y el sentido de su investidura, por otra parte, ciertos principios procesales como la publicidad acudieron a satisfacer la necesidad social de mirar por lo menos el desarrollo del proceso. Ya no se intervendría en él, pero se ejercería por ese medio una cierta supervisión y una innegable presión.

En los últimos tiempos, la tecnología ha simplificado y ayudado a la difusión del proceso y de otra parte el juzgador sabe de la sociedad y de sus exigencias. *Sin embargo, el ofendido no tuvo la misma suerte. Este sobrevive en forma autónoma.* Ha sufrido en carne propia el daño o el riesgo del delito: es su salud la que declina cuando hay lesiones; su patrimonio lo que disminuye cuando hay robo; su honor lo que mengua cuando hay calumnia. Este impacto directo sobre un bien jurídico personal es el título que hace del individuo un ofendido, y del ofendido una parte procesal. Sin embargo, ha sido relegado en el proceso, puesto que si la sociedad tiene en el Ministerio Público a un representante privilegiado, el ofendido no tiene esa condición, y en legislaciones como la peruana está supeditado al inicio del proceso y relegado generalmente a los resultados del mismo.

## **Víctima y Victimización<sup>93</sup>**

### **Concepto de Víctima**

Para poder tratar el papel de la víctima en el proceso penal previamente ha de definirse qué es lo que se debe entender por víctima y cuál de entre los conceptos propuestos por la doctrina y los textos internacionales puede ser más útil a los efectos del objeto de estudio de la presente investigación.

En este orden, lo primero que debemos señalar es que en el presente trabajo prescindimos del concepto de “víctima” que usa para referirse a las que se daban en sacrificio en las religiones primitivas y en algunas sectas actuales en

---

<sup>93</sup>VILLEGAS PAIVA, Elky Alexander. “El agraviado y la reparación civil en el Nuevo Código Procesal Penal”. *Gaceta Jurídica*. Edit. El Búho EIRL – primera edición febrero 2013 – Lima, pág. 55-70.

cumplimiento de alguna promesa, mito o para evitar desgracias. Lo que aquí interesa es un concepto de víctima, que partiendo de una perspectiva victimológica, sea útil para el Derecho Penal y Procesal Penal.

Acercándonos al interés antes mencionado, encontramos que a nivel doctrinario existen concepciones restrictivas y, otras que podemos llamar amplias sobre el concepto de víctima. Así, en cuanto a las primeras de las concepciones anotadas, encontramos a quienes consideran que por víctima se debe entender solamente al sujeto pasivo del delito, es decir, a la persona que goza de la titularidad del bien jurídico que ha sido vulnerado; para esta postura víctima y sujeto pasivo del delito se tratarían de expresiones sinónimas.

Igualmente se hace una distinción entre sujeto pasivo del delito y sujeto pasivo de la acción típica, siendo este segundo aquel sobre el que recae eventualmente la acción punible y, que puede ser diferente de quien ve lesionados sus intereses o bienes por el delito.

Del mismo modo es común la distinción entre ofendido y perjudicado. El concepto de ofendido o agraviado –términos que se suelen utilizar como equivalentes– se hace coincidir generalmente con el término de sujeto pasivo del delito, reservando el término perjudicado para los terceros que también soportan las consecuencias perjudiciales más o menos directas del hecho típico, cuya relevancia se conecta con el ámbito de la responsabilidad civil *ex delicto*. Por su parte los defensores de la concepción amplia del concepto de víctima, sostienen que dicho concepto debe abarcar no solo al directamente ofendido por el delito, sino también a los terceros perjudicados. Nosotros coincidimos con esta última postura por lo que el concepto de víctima del delito, sobre el cual se debe basar el contenido y tratamiento de sus derechos humanos, debe cobijar a los titulares del bien jurídico protegido por la norma, pero no exclusivamente a ellos, pues hay otras personas o grupos que se ven perjudicados directa o indirectamente con la conducta criminal y que tienen los mismos derechos de quienes han sufrido la agresión directa para ser atendidos en sus necesidades y expectativas con independencia de la relación que tengan con los victimarios y del enjuiciamiento, acusación o condena que se produzca en contra de estos últimos.

Conforme a ello, el concepto de víctima que adoptamos en el presente trabajo es desde una perspectiva amplia, de modo que son víctimas, además

del sujeto pasivo del ilícito penal (solo se requiere que la conducta del victimario sea típica y antijurídica, no siendo necesario que haya actuado culpablemente), todas las personas físicas y jurídicas que directa o indirectamente sufren un daño notable como consecuencia inmediata o mediata de la infracción, y que, en justicia, son acreedoras de importantes nuevos derechos que deben ser reconocidos, tanto formal como materialmente. Del concepto esbozado se desprende que todo sujeto pasivo de un delito es víctima, pero no toda víctima es sujeto pasivo del mismo.

Como muy bien explica Sampedro-Arrubla: “El concepto de víctimas del delito incluye al sujeto pasivo de la infracción, entendido como aquella(s) persona(s) sobre la(s) cual(es) recae la acción del delincuente; los perjudicados directos, que son quienes, sin ser los titulares del bien jurídico protegido, reciben directamente los efectos del delito, como los familiares de la persona asesinada; y los perjudicados indirectos, quienes sin ser los titulares del bien jurídico ni perjudicados directos, deben soportar las consecuencias indirectas del delito, tales como los familiares o dependientes inmediatos del sujeto pasivo que sufran daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización”.

Los instrumentos internacionales sobre la materia también acogen un criterio amplio sobre el concepto de víctima. Por ejemplo, la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas del Delito y del Abuso de Poder, define a la víctima del delito, de la siguiente manera:

**a)** Se entenderá por “víctimas” las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder.

**b)** Podrá considerarse “víctima” a una persona, con arreglo a la presente Declaración, independientemente de que se identifique, aprehenda, enjuicie o condene al perpetrador e independientemente de la relación familiar entre el perpetrador y la víctima. En la expresión “víctima” se incluye además, en su caso, a los familiares o personas a cargo que tengan relación inmediata con la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para asistir

a la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización.

De esta definición elaborada por la ONU, se puede sostener que la consideración de “víctima” a una persona podrá realizarse con independencia, por una parte, de que se identifique, aprehenda, enjuicie o condene a los victimarios, y por otra, de la relación familiar entre el perpetrador y la víctima. Esta idea resulta de particular importancia si se tiene en cuenta que hay quienes piensan que de la misma forma en que no se puede tener como autor del delito al imputado hasta que exista una sentencia que así lo declare, tampoco es posible afirmar la condición de víctima hasta la misma oportunidad procesal. Así mismo se incluye a los familiares o dependientes inmediatos de la víctima directa, y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización, dejando en claro que, además de los perjudicados directos con la comisión del hecho criminal existen otros –perjudicados indirectos– que también deben ser tenidos en cuenta a la hora de atender sus necesidades y expectativas.

Como se observa, la mencionada Declaración elabora un concepto amplio de “víctima”, que engloba tanto a los titulares de los derechos vulnerados por el ilícito penal así como a las personas que se hallen en relación de dependencia con ella. Asimismo señala que las disposiciones de la Declaración serán aplicables a todas las personas sin distinción alguna, ya sea de raza, color, sexo, edad, idioma, religión, nacionalidad, opinión política o de otra índole, creencias o prácticas culturales, situación económica, nacimiento o situación familiar, origen étnico o social, o impedimento físico.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha sostenido que también pueden ser consideradas como víctimas las personas más cercanas de la víctima directa, así por ejemplo los familiares de las víctimas de violaciones de los derechos humanos pueden ser, a su vez, víctimas. En esa perspectiva, en la sentencia del caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, se acogen los criterios de la Corte Europea de Derechos Humanos para señalar lo siguiente:

“La jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos también ha aceptado que cuando se violan derechos fundamentales de una persona humana, tales como el derecho a la vida o el derecho a la integridad física, las personas más cercanas a la víctima también pueden ser consideradas como

víctimas. Dicha Corte tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre la condición de víctima de tratos crueles, inhumanos y degradantes de una madre como resultado de la detención y desaparición de su hijo, para lo cual valoró las circunstancias del caso, la gravedad del maltrato y el hecho de no contar con información oficial para esclarecer los hechos. En razón de estas consideraciones, la Corte Europea concluyó que también esta persona había sido víctima y que el Estado era responsable de la violación del artículo 3 de la Convención Europea”.

En la citada sentencia, el juez Sergio García Ramírez emite voto razonado, mediante el cual analiza la evolución del concepto de víctima, lo que resulta fundamental para identificar al sujeto pasivo de la lesión y, por sus consecuencias procesales, para determinar la legitimación y capacidad de actuación en las diversas etapas del proceso. El juez en mención, sostiene que:

“Es probable que la Corte vuelva a examinar este tema en futuras resoluciones. Para ello podría considerar como víctima directa a la persona que sufre menoscabo de sus derechos fundamentales como efecto inmediato de la propia violación: entre esta y aquel existe una relación de causa a efecto (en el sentido jurídico del vínculo), sin intermediario ni solución de continuidad. En cambio, víctima indirecta sería quien experimenta el menoscabo en su derecho como consecuencia inmediata y necesaria, conforme a las circunstancias, del daño que sufrió la víctima directa. En tal hipótesis, la afectación ocasionada a esta última sería la fuente del menoscabo que experimenta la víctima indirecta. La distinción técnica entre ambas categorías no implica que alguna de ellas revista mayor jerarquía para los fines de la tutela jurídica. Ambas se hallan igualmente tuteladas por la Convención y pueden ser atendidas en la Sentencia, tanto para considerarlas, sustantivamente, como sujetos pasivos de una violación, acreedores a reparaciones, como para atribuirles legitimación procesal, de manera genérica e indistinta”.

### **La victimización y sus consecuencias. Especial referencia a la victimización secundaria**

La víctima de un delito padece una serie de afecciones a sus derechos que provienen directamente del hecho delictivo y otros que se derivan de su intervención en el sistema penal. Y aun puede padecer otros más que se derivan

de los anteriores. Todos estos daños son sumamente graves y es preciso que las personas que fungen como operadoras de justicia provean asistencia y atención a la víctima y se encuentren plenamente conscientes de estos efectos de generar una intervención que proteja integralmente sus derechos. En las páginas siguientes, abordaremos tales situaciones poniendo especial énfasis en la llamada victimización secundaria, por ser considerada como más negativa, ya que es producida por el propio sistema, que victimiza a quien se dirige precisamente a dicho sistema para buscar protección.

### **Victimización primaria**

Se denomina victimización primaria al resultado de la acción delictiva que, al recaer sobre una o más personas, las convierte en víctimas; es por tanto aquel efecto del delito que se produce cuando la acción delictiva afecta a alguna persona en concreto, a la cual causa una serie más o menos extensa de perjuicios, padecimientos, molestias y menoscabo o privación de derechos. Se refiere a la que se produce directamente por parte del victimario contra su víctima durante la ejecución del hecho delictivo donde resulta lesionado el bien jurídicamente protegido y por lo tanto se inflige a la persona el daño físico, psíquico, sexual o material (según sea el delito cometido), es el momento donde se registran elementos importantes de la conducta del comisor del hecho y de su víctima que pueden contribuir a la explicación de las motivaciones del autor y al esclarecimiento del hecho, así como a la prevención víctima.

### **Victimización secundaria**

La Victimológica se encargó de poner en evidencia la muy desfavorable posición en que se encontraba la víctima en el proceso penal y los escasos derechos que podía ejercer dentro de él. Las “denuncias” formuladas por la Victimología, eran fácilmente contrastables en la realidad, donde era observable que los derechos fundamentales de las víctimas se ven afectados con ocasión del proceso y no solo con la acción del imputado.

Así, la víctima, en el proceso penal, después que denunciaba el hecho, poco o nada podía hacer para intervenir en dicho proceso. Además de ello estaba desinformada en torno a su caso y a las instituciones procesales, asimismo las

actuaciones del juicio penal resultaban lentas y burocráticas, como afirma Landrove Díaz “(...) en contacto con la administración de justicia o la policía las víctimas experimentan muchas veces el sentimiento de estar perdiendo el tiempo o malgastando su dinero; otras sufren incomprendiones derivadas de la excesiva burocratización del sistema, o simplemente son ignoradas. A ello se le sumaba que la víctima se hallaba frecuentemente desamparada frente a las intimidaciones o agresiones de parte del imputado.

Cuando una víctima acude a los órganos de justicia –Policía, Fiscalía, Poder Judicial– a efectos de sentar denuncia – pese al dolor y daño sufrido, con una valiosa actitud de colaboración al esclarecimiento del delito y coadyuvar con las investigaciones–, generalmente no recibe una atención adecuada, no recibe una asistencia inmediata, no es informada debidamente sobre el proceso y pasos a seguir, no recibe un trato respetuoso y mucho menos equitativo, no cuenta con información efectiva sobre sus derechos, en suma es maltratada por el sistema legal; situación que ha sido vista en el acuerdo plenario extraordinario N° 02-2016<sup>94</sup>; que establece en el fundamento 26, párrafo cuarto lo siguiente: *“Para el caso del actor civil se requiere, desde luego, que el perjudicado por el delito, primero, sea informado por la Policía o la Fiscalía de la existencia del delito en su contra y comunicado del derecho que tiene para intervenir en las actuaciones -es lo que se denomina “ofrecimiento de acciones”- (artículo 95.2 NCPP)”...*; por lo que nos preguntaríamos *¿se realiza esto por parte de la policía o fiscal en todo caso como conductor de la investigación?*; la respuesta definitivamente no es alentadora, es decir no; por lo que ahora mínimamente el persecutor penal deberá comunicar de estos derechos al agraviado.

Este desconocimiento por falta de información, por ejemplo: sobre las instancias a dónde acudir, puede llevar también a que la víctima se vea frecuentemente rechazada por las oficinas públicas, indicándole que no es el lugar competente para presentar la denuncia. Esto la coloca en un peregrinaje de instituciones, sin que ninguna la atienda efectivamente.

La víctima muchas veces se encuentra sometida a enormes perturbaciones al interior del proceso, especialmente tratándose de delitos sexuales o ilícitos en

---

<sup>94</sup> Acuerdo Plenario Extraordinario N° 02 - 2016/CIJ- 116. II Pleno Jurisdiccional Extraordinario de las Salas Penales Permanentes y Transitorias de la Corte Suprema de la Republica, de fecha 01-06-2016, fundamento 26.

los que se le ocasiona un grave daño emocional. Las actuaciones del proceso pueden implicar exhibir al público su vida privada y presentarla como una persona poco honesta, provocadora o inmoral, lo que a veces se agudizaba por la actuación de los medios de comunicación social. Tan desfavorable ha sido la situación de la víctima, que se ha dicho: “en varios procedimientos se ha aceptado, dentro de esta constelación, tendencias casi absurdas: cuando, por ejemplo, víctimas de delitos sexuales han sido prácticamente exprimidas” como testigos, pasando, a veces, de ser víctimas del delito a ser víctimas, incluso, también del procedimiento penal, por cierto, aún queda por ser escrita una historia de la víctima del hecho como víctima del procedimiento”, es porque al respecto a través del Acuerdo Plenario N° 1-2011/CJ 116<sup>95</sup>; sobre la apreciación de la prueba en los delitos contra la libertad sexual, los jueces supremo establecieron en su fundamento 38°: *“A efectos de evitar la victimización secundaria, en especial de los menores de edad, mermando las aflicciones de quien es pasible de abuso sexual, se debe tener en cuenta las siguientes reglas: a) Reserva de las actuaciones judiciales; b) Preservación de la identidad de la víctima; c) Promover y fomentar la actuación de única declaración de la víctima. Esta regla es obligatoria en el caso de menores de edad, valiéndose para ello de las directivas establecidas por el Ministerio Público en la utilización de la Cámara Gesell, especialmente respecto a la completitud, exhaustividad y contradicción de la declaración (...)”*.

Las consecuencias negativas generadas a la víctima al entrar está en contacto con la administración de justicia, primero a nivel policial y luego a nivel fiscal y judicial, han sido tan negativas, que se le ha denominado “victimización secundaria”<sup>96</sup>, con la cual se hace referencia al impacto mayormente de carácter psicológico que sufre la víctima al entrar en contacto con dichas instancias, al hecho de que con este la vivencia criminal se actualiza y revive, con la consiguiente generación de estados de impotencia, temor, abatimiento, que pueden conducir al padecimiento de desórdenes

---

<sup>95</sup> Acuerdo Plenario Extraordinario N° 01 - 2011/CIJ- 116. VII Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanentes y Transitorias de la Corte Suprema de la Republica, de fecha 01-06-2016, fundamento 38.

<sup>96</sup> LANDROVE DÍAZ, Gerardo. *Victimología*. Ob. cit., p. 44. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. “El redescubrimiento de la víctima: victimización secundaria y programas de reparación de daño. La denominada victimización terciaria (el penado como víctima del sistema legal”. En: *Cuadernos de Derecho Judicial*, N° XV; Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, *passim*.

psíquicos, a los que sin duda también puede contribuir la estigmatización social como víctima, a lo dañino de la relación de la víctima con el sistema legal.

Se dice que esta victimización es “secundaria”, por tratarse de una segunda experiencia negativa que padece quien sufrió las consecuencias directas o indirectas de un delito, una segunda experiencia victimal que resulta con alguna frecuencia más negativa que la primera, y que lleva a incrementar el daño causado por el delito en aspectos psicológicos o patrimoniales, entre otros.

De esta forma es común que se considere que la victimización secundaria abarca las consecuencias psicológicas, sociales, jurídicas y económicas negativas que dejan las relaciones de la víctima con el sistema jurídico penal, supone, un choque frustrante entre las legítimas expectativas de la víctima y la realidad institucional, involucrando una pérdida de comprensión acerca del sufrimiento psicológico y físico que ha causado el hecho delictivo, dejándolas desoladas e inseguras y generando una pérdida de fe en la habilidad de la comunidad, los profesionales y las instituciones para dar respuestas a las necesidades de las mismas<sup>97</sup>, Así, al sufrimiento generado por el delito (victimización primaria), se añade el sufrimiento derivado de la desatención y carencia de apoyo por parte de los servidores públicos avalados por la desatención de los legisladores que no plasmaban los derechos de las víctimas en normas positivas, lo cual tornaba mucho más difícil su exigencia (victimización secundaria).

Por su parte la Suprema Corte, también analiza este tema en los delitos sexuales, como la **Evitación de la Estigmatización Secundaria**<sup>98</sup>, en su fundamento 37°, señala: *“El Estado ha de mostrar una función tuitiva respecto a la víctima que denuncia una agresión sexual, como criterio de justicia y por fines de eficacia probatoria. La victimización secundaria hace referencia a la mala o inadecuada atención que recibe una víctima por parte del sistema penal, e instituciones de salud, policía, entre otros. La revictimización también incluye la mala intervención psicológica*

---

<sup>97</sup> SORIA, Miguel Ángel. *Psicología y práctica jurídica*. Ariel, Barcelona, 1998, p. 35; LANDROVE DÍAZ, Gerardo. *Victimología*. Ob. cit., p. 44.

<sup>98</sup> Acuerdo Plenario Extraordinario N° 01 - 2011/CIJ- 116. VII Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanentes y Transitorias de la Corte Suprema de la Republica, de fecha 01-06-2016, fundamento 37.

*terapéutica o médica que brindan profesionales mal entrenados para atender situaciones que revisten características particulares. La víctima de una agresión sexual sufre por el propio hecho en sí; y por la dolorosa experiencia de repetir el suceso vivido a los profesionales de las diferentes instituciones sucesivamente: familia, pediatra, trabajadora social, médico forense, policía, psicólogo, juez, abogado del acusado. En efecto, el trauma de la víctima del abuso sexual se prolonga cuando debe enfrentarse a los interrogatorios que contempla el sistema de justicia”.*

Llarena Conde, ha reseñado los principales problemas que afronta la víctima en el proceso penal, lo que se conoce como victimización secundaria, indicando este<sup>99</sup>:

“Es total el desconocimiento de la víctima sobre el proceso al que se le llama. Desconoce su finalidad, su funcionamiento, las ventajas e inconvenientes que le puede reportar su participación en él. La víctima tiene certeza de lo ocurrido, sin que pueda entender cómo el resto de personas se toman su esfuerzo en escudriñar lo que a él le parece obvio. Ignora la razón de la investigación preliminar. Nadie le explicará la razón de una finalización anticipada del proceso (bien sea por sobreseimiento, bien por principio de oportunidad u otro modo de terminación anormal). Nunca será informado sobre el sentido o significado de las diligencias judiciales en las que interviene, ni por qué habrá de repetir ante el órgano jurisdiccional actuaciones que ya hizo ante la policía o el Ministerio Público. No le informan si su actuación procesal puede implicar un riesgo personal, ni cuáles pueden ser los mecanismos de protección o actuación si se siente perturbado. La víctima no solo está desorientada, sino que siendo consciente de que él es el eje central de una actuación estatal que ha comenzado, empieza a percibir que es tratado de forma rutinaria y sin especial atención por los distintos operadores del sistema. Comienza a creer que los encargados de gestionar su caso no trabajan para él, sino que él mismo es quien va entrando al servicio de abogados, jueces o fiscales, sufriendo además múltiples inconvenientes. Nunca se tendrá en cuenta su disponibilidad o sus necesidades para abordar una actuación judicial, y para cuando la citación no se

---

<sup>99</sup> LLARENA CONDE, Pablo. “Los derechos de protección a la víctima”. En: *Derecho Procesal Penal*. Escuela Nacional de la Judicatura, Santo Domingo (República Dominicana), 2006, pp. 314-315.

adapte a sus momentos de conveniencia, será amenazado con multas o admoniciones de arresto y procesamiento. Si cumple con su deber de colaboración deberá hacerlo en el día y hora que se han considerado oportunos en consideración (sic) a la agenda de otros, debiendo soportar él los gastos de transporte, el desorden de organización con relación al cuidado de sus hijos, familiares u obligaciones o actividades cotidianas. Habrá de asumir la pérdida de las ganancias de su trabajo o la obligación de solicitar un permiso laboral que no siempre es bien recibido. Deberá comparecer en un edificio en el que estará desorientado y donde la obtención de información no solo compromete su timidez, sino que puede ser denegada o prestada de forma agresiva o sarcástica. Se verá obligado a largas esperas para declarar, muchas de ellas rodeado de testigos o familiares del propio inculpado, cuando no por el inculpado mismo o su letrado; todo ello sin que durante la espera haya nadie que parezca estar allí para acudir en su defensa o protección. A veces su esfuerzo de acudir al juzgado y esta violenta espera puede terminar, no con la realización del acto judicial, sino con su suspensión y posposición; viéndose obligado a reiterar su perjuicio sin explicación ninguna o porque otro no ha acudido. En las declaraciones, muchas de sus acusaciones habrán de hacerse ante la persona del agresor y quienes le acompañen. Las partes se interesarán además, en público, de aspectos de su vida privada que preferiría mantener bajo reserva, y no faltarán casos en los que habrá de verse sometido a indecorosas exploraciones forenses, cuyos resultados serán además expuestos en la vista oral ante todo el público que desee asistir y antes sus familiares más íntimos. Toda esta presión resultará atroz cuando la víctima es un niño y particularmente inabordable cuando el testimonio infantil sobre una agresión sexual vaya a truncar la vida de pareja de su madre y llevar a su padre a la cárcel de forma inmediata y durante muchos años. En toda esta situación, los comentarios desconsiderados de un juez al que la víctima veía como último garante de sus derechos, pueden resultar devastadores (...). Si a todo esto se añade la necesidad de aumentar la productividad del sistema judicial ante una realidad delictiva en permanente aumento, nos encontraremos con que las exigencias de coordinación, rapidez y eficacia terminan por generar una despersonalización e *industrialización* del proceso que aleja definitivamente la

última esperanza que tiene el damnificado de que el sistema judicial pueda satisfacer su desagravio y recomponer su aflicción.

Todos estos perjuicios y esfuerzos procesales es lo que se ha venido en llamar la victimización secundaria, que presenta implicaciones perjudiciales de forma doble:

1. Con relación a la víctima, por cuanto el tratamiento descrito potencia los negativos sentimientos o el trauma sufrido por la victimización primaria y
2. Con relación al sistema punitivo, puesto que producirá reticencias en los ciudadanos a colaborar con él, perdiendo así el sistema penal parte de su eficacia”.

Sin desconocer la concurrencia de una pluralidad de factores, la principal razón, que explica el tradicional olvido –como ya ha sido expuesto– a que se ha visto relegada la víctima en el sistema procesal penal debe buscarse en que la fundamental preocupación que ha guiado a la legislación procesal penal ha sido la protección de aquel contra quien se dirige el proceso penal: el inculpado. Es por todos conocido, que desde la imputación hasta la condena, pasando por la formalización de la acusación, los desvelos del legislador, así como de la doctrina científica se han abocado en perfilar un conjunto de derechos y dotar a la legislación de los instrumentos adecuados para garantizar su respeto preferentemente en relación común con una de las partes intervinientes en el proceso penal, la acusada<sup>100</sup>.

Todo esto hace que la víctima sienta que se le ha expropiado el conflicto, y que este es gestionado por el Estado y las partes para sus propios fines, convirtiéndose él en un mero instrumento para los particulares intereses de cada uno de ellos. La persecución del autor se ha tornado prioritaria para el Estado, desapareciendo el interés por la víctima, al tiempo que resulta sustituido por un ostentoso interés por la respuesta punitiva. La herida se torna sangrante cuando la víctima contrasta la atención que él suscita, con la garantía plena e inquebrantable de los c y sin que nadie le haga ver cómo la presunción no es incompatible con unos indicios serios y firmes de responsabilidad criminal que justifican la continuación del proceso punitivo<sup>101</sup>.

---

<sup>100</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. “Víctima menor de edad y proceso penal: especialidades en la declaración testifical de menores-víctimas”. En: *Revista de Derecho Penal y Criminología*. 2ª época, Nº 16, UNED, Madrid, 2005, p. 266. SORIA, Miguel Ángel. *Psicología y práctica jurídica*. Ariel, Barcelona, 1998, p. 35.

<sup>101</sup> LLARENA CONDE, Pablo. “Los derechos de protección a la víctima”. En: *Derecho Procesal Penal*. Escuela Nacional de la Judicatura, Santo Domingo (República Dominicana), 2006, pág. 315.

Este ha sido el denominador común en muchos ordenamientos jurídicos de varios países; en el Perú, la situación ha sido bastante similar. Si bien se ha dicho, y con evidente razón, que el anterior sistema procesal penal que regía en nuestro país, y que todavía es vigente en varias regiones del Perú, no era el más adecuado para proteger los derechos del imputado, también es cierto que los derechos de la víctima estaban en igual o peor condición, por cuanto la preocupación estaba centrada en resolver de la mejor manera posible las garantías de los derechos del imputado, siendo muy pocas las voces que se interesaban en la situación de la víctima.

En el Perú es generalizado el sentimiento de desprotección y de desconfianza que sienten los ciudadanos ante las instituciones encargadas de dar protección a la población tras la comisión de un hecho delictivo. Así lo reflejan muchas de las encuestas realizadas a la población civil peruana. Sirva de ejemplo la encuesta de victimización aplicada en el año 2006 que confirma dicha desprotección, al afirmar que un amplio porcentaje de los entrevistados consideran que es probable que en los próximos doce meses sean víctimas de algún delito, llevando al cuestionamiento de la eficacia del trabajo de las fuerzas del orden público y la credibilidad de las mismas, como factores determinantes de la percepción de seguridad.

En el referido estudio se hace constar la debilidad de la cultura de la denuncia. Las tasas de delitos no denunciados superan el 50% en todas las ciudades y para todos los delitos, a excepción de algunos de ellos que nunca llegan a denunciarse (como es el caso de los delitos de robo de vehículos automotor, motocicletas o secuestro). Solo un 30% de las personas que han sido víctimas de un delito deciden presentar una denuncia a la Policía, existiendo una baja expectativa entre los entrevistados respecto a la capacidad policial para controlar el crimen local.

Existe una ruta crítica que deben transitar las víctimas de un delito en el Perú, cuyos resultados terminan afectando y victimizando su esfera personal y familiar arrastrando consecuencias desfavorables de naturaleza económica, social y psicológica. Ello conlleva a conductas de desconfianza y un sentimiento de vulnerabilidad que conduce, finalmente, a la víctima al

---

abandono de los procesos judiciales y policiales que, hipotéticamente, deberían protegerla.

### **La victimización terciaria**

La victimización terciaria –según Beristain Ipiña– procede, principalmente, de la conducta posterior de la misma víctima, a veces emerge como resultado de las vivencias y de los procesos de adscripción y etiquetamiento, como consecuencia o “valor añadido” de las victimizaciones primaria y secundaria precedentes. Cuando alguien, por ejemplo, consciente de su victimización primaria y secundaria que aboca a un resultado, en cierto sentido, paradójicamente exitoso (fama en los medios de comunicación, aplauso de grupos extremistas, etc.), deduce que le conviene aceptar esa nueva imagen de sí mismo(a), y decide, desde y a través de ese rol, vengarse de las injusticias sufridas y de sus victimarios (legales, a veces). Para vengarse, se autodefine y actúa como delincuente, como drogadicto, como prostituta, etc. Quizás tal o cual biografía de algunos mártires y santos puede ilustrar, con nuevas luces y nuevas valoraciones, la relación y el paralelismo necesitados de profunda revisión entre víctima y héroes canonizados<sup>102</sup>.

### **Concepto de víctima en el código procesal penal de 2004**

Ahora, ¿cuál es la definición dada por el Código Procesal Penal de 2004 sobre la víctima? Pues bien, el aludido código –como afirma Chinchay Castillo – adscribiéndose a un concepto que tiene mucha tradición e historia en el Derecho Procesal Penal (el de agraviado), en el Título IV (La víctima) de la sección IV (El Ministerio Público y los demás sujetos procesales) del libro primero (Disposiciones generales), no puede más que hablar del agraviado (capítulo I: artículos 94-97), el actor civil (capítulo II: que es el agraviado que actúa en el proceso penal) y del querellante particular (capítulo III: artículos 107-110; que es el agraviado de un delito de persecución privada).

Se aprecia que, para nuestro Código Procesal Penal, “agraviado es lo mismo que víctima”, y que “actor civil” y “querellante particular” son dos especies de agraviado. Si bien algunos autores, consideran que “agraviado” es un concepto

---

<sup>102</sup> BERISTAIN IPIÑA, Antonio. “El nuevo Código Penal de 1995 desde la Victimología”. Ob. cit., p. 61

más restringido que el de “víctima”, en tanto –como hemos indicado antes– se suele considerar que “agraviado es sinónimo de “sujeto pasivo del delito”, sin embargo debemos entender que de la redacción del código adjetivo penal, este le otorga un concepto amplio a la expresión “agraviado”, que podría ser equiparable a “víctima”, en tanto prescribe que se considerará agraviado a todo aquel que resulte directamente ofendido por el delito (hasta aquí sujeto pasivo del delito), pero además también podrá ser considerado agraviado, según el citado código, a aquel que resulte perjudicado por las consecuencias del mismo. Desde nuestra perspectiva resulta adecuada la definición hecha por el CPP de 2004, por cuanto al reconocer un concepto amplio de víctima (o agraviado) se busca dar una mayor protección a toda persona que sufra las consecuencias, ya sean directas o indirectas, de un ilícito penal, con lo cual a su vez sigue los lineamientos trazados a nivel supranacional.

Si bien podemos observar que el CPP de 2004 hace alusión a un ofendido por el delito (que sería equivalente al sujeto pasivo del delito) y a un perjudicado, que es aquel que también sufre las consecuencias del evento delictivo, lo cierto es que tal distinción a efectos prácticos no genera consecuencias, por cuanto a ambos lo incluye dentro del genérico término de agraviado, por lo que ambos (ofendido y perjudicado) gozan de los mismos derechos. Aunque podríamos recordar lo que ha dicho la Corte IDH sobre la existencia de una víctima directa y otra indirecta, lo que no afecta en nada los derechos de ellas.

Por último debemos señalar que el CPP de 2004 prescribe que las asociaciones en los delitos que afectan intereses colectivos o difusos, cuya titularidad lesione a un número indeterminado de personas, o en los delitos incluidos como crímenes internacionales en los Tratados Internacionales aprobados y ratificados por el Perú, podrán ejercer los derechos y facultades atribuidas a las personas directamente ofendidas por el delito, siempre que el objeto social de la misma se vincule directamente con esos intereses y haya sido reconocida e inscrita con anterioridad a la comisión del delito objeto del procedimiento.

## **El Agraviado en el título preliminar del código procesal penal de 2004<sup>103</sup>**

El artículo IX.3 del Título Preliminar del Código Procesal Penal de 2004 reconoce que: “El proceso penal garantiza, también, el ejercicio de los derechos de información y de participación procesal a la persona agraviada o perjudicada por el delito. La autoridad pública está obligada a velar por su protección y a brindarle un trato acorde con su condición”.

Un sistema procesal acusatorio-garantista a diferencia del sistema mixto, no solo debe velar por los derechos y garantías del imputado, sino que también debe extender dicha tutela a la víctima; no olvidemos que el ofendido es la persona sobre quien recaen los efectos nocivos de la acción criminal, son finalmente sus bienes jurídicos los que son lesionados o puestos en peligro. El sobredimensionamiento del interés estatal en la persecución y sanción del delito ha marginado los intereses jurídicos de la víctima del delito, los cuales no pueden limitarse a su derecho a obtener una determinada suma de dinero por concepto de reparación civil al final del procedimiento, sino que una debida tutela, implica reconocerle ciertas facultades procesales para hacer uso del derecho de defensa, y también, asistirle mediante medidas de protección en el caso de delitos graves. Lo importante a estos efectos es impedir una segunda victimización que redunde en una afectación psicosocial, de ahí que la doctrina desde una posición extraída de la victimología haga alusión al “redescubrimiento de la víctima”.

Consecuentemente, este código adjetivo debe ofrecer una panacea de garantías a todos los actores involucrados, donde la víctima ocupa un rol prevalente y fundamental.

La autoridad pública está obligada a velar por la protección de la víctima y brindarle asimismo un trato acorde a su condición. El Estado, a través de sus órganos competentes debe procurar brindar un trato digno a estas personas, no olvidemos que el ofendido ha sido

---

<sup>103</sup> PEREZ LOPEZ, Jorge A. “Los derechos del agraviado en el Código Procesal Penal del 2004”. Colección: Gaceta Penal & Procesal -tomo 57 - número 23 - Mes: 3. Año: 2014.

ya afectado en sus intereses jurídicos fundamentales y, en tal medida, merece ser tratado con respeto y dignidad tanto en su condición de persona como en su condición de agraviado. La asistencia de las víctimas debe prolongarse más allá del proceso penal propiamente dicho, amerita una protección social, psicológica y económica a efectos de reducir lo mínimo posible las repercusiones negativas del delito. La defensa de la persona humana es un deber fundamental del Estado, obligación que se hace más intensa ante personas que han sufrido injustamente una agresión criminal. Asegurar este ámbito en su núcleo elemental es la pretensión de la intangibilidad de la dignidad de la persona como norma fundamental de nuestro ordenamiento jurídico.

Para el Código Procesal Penal de 2004, víctima vendría a ser lo mismo que agraviado, y actor civil y querellante particular serían dos especies de agraviado, como veremos más adelante.

### **Las diversas denominaciones del agraviado en el código procesal penal de 2004**

Adscribiéndose a un concepto que tiene mucha tradición e historia en el Derecho, el Código Procesal Penal de 2004 en su título IV (La víctima) de la sección IV (El Ministerio Público y los demás sujetos procesales) del libro primero (Disposiciones generales), no puede más que hablar del agraviado (Capítulo I: artículos 94-97), del actor civil (Capítulo II: artículos. 98-106, que es el agraviado que actúa en el proceso penal) y del querellante particular (Capítulo III: artículos 107-110, que es el agraviado de un delito de persecución privada); todos ellos relacionados con la persona que ha sufrido algún tipo de menoscabo a raíz de un delito. Nuestro Código de Procedimientos Penales de 1940, dentro de su esquema mixto, inquisitivo reformado o acusatorio formal, no dedica un capítulo a los derechos del imputado ni a la víctima, tal como puede verse en la moderna redacción del NCPP.

El concepto base viene a ser el de agraviado y se señala textualmente en el artículo 94.1 del Código Procesal Penal de 2004 que se

considera como tal a todo aquel que resulte directamente ofendido por el delito o perjudicado por las consecuencias del mismo. El mencionado Código innova nuestro panorama normativo al hacer mención de los términos ofendido y perjudicado.

En la doctrina existe extrema confusión en la identificación práctica de cuando estamos frente a una víctima, debido a la multiplicidad de conceptos utilizados por el Derecho Penal –material y formal– (víctima, sujeto pasivo, ofendido, perjudicado, actor civil, agraviado), produciéndose una absoluta falta de definición y gran confusión.

#### **a. La víctima**

Bajo el término “víctima” se engloban los conceptos de agraviado, actor civil y querellante particular. Junto al concepto tradicional de víctima, identificado con la idea de persona que sufre el daño directo que produce el delito, se ha ido incorporando progresivamente al que sufre alguna consecuencia secundaria del ilícito penal, así como en un sentido colectivo, esto es, el conjunto de personas que pueden verse afectadas o son perjudicadas en sus intereses o bienes sociales por la comisión de un delito. Es así como han comenzado a acuñarse al término los bienes jurídicos colectivos para designar aquellos que tienen relación con el funcionamiento del sistema social, pero que están al servicio o en una relación instrumental de protección con los bienes individuales o microsociales; estamos hablando, por ejemplo, de la salud pública, la seguridad pública, etc.

La víctima es quien sufre en carne propia los embates de la conducta criminal, es quien ve afectados sus bienes jurídicos o disminuidos su capacidad de disposición de aquellos. En otras palabras, es quien lleva el drama sobre sus hombros, de haber sido objeto de una agresión a todas luces ilegítima, consecuencia de una conducta infractora de una norma jurídico-penal. En tal sentido, el Estado usurpa esta condición y ejercita la persecución penal no en su nombre, sino a nombre de la sociedad; pero esto no quiere decir que los intereses de la víctima deban quedar relegados y superpuestos por el poder punitivo del Estado.

Como víctima de un delito puede entenderse a aquella persona física o jurídica, grupo o colectividad de personas, que padece, directa o indirectamente, las consecuencias perjudiciales de la comisión de un delito. De conformidad con esta acepción, el Derecho positivo recoge una caracterización de la víctima que trasciende una descripción ontológica del ser humano, puesto que “víctima” puede serlo tanto la persona psicosomáticamente considerada, la persona jurídica como una unidad de atribuciones y derechos, así como una pluralidad de personas.

#### **b. El ofendido**

El ofendido es aquella persona que de manera inmediata sufre la comisión de una conducta criminal, es decir, aquella persona contra la que el sujeto activo dirige su conducta delictiva. Más que el daño causado (que genera la pretensión resarcitoria), la ofensa implica afectación jurídico-penal, es decir, ataque al interés penalmente tutelado. Por ello el ofendido resulta portador de la pretensión resarcitoria y de la pretensión penal conjuntamente al querellante particular, mas no así al agraviado o al actor civil, quienes son titulares únicamente de la pretensión resarcitoria, correspondiendo al Ministerio Público la pretensión penal. No siempre coincide la persona del ofendido con aquel que tiene un legítimo interés en el proceso penal para obtener una compensación económica. En delitos como el homicidio o la desaparición forzada de personas, la víctima –por cuestiones biológicas– está imposibilitada de ejercer la pretensión civil en el procedimiento, por lo cual, la persona, legitimada por el orden civil, ejerce válidamente esta pretensión.

Como bien anota Núñez, refiriéndose al ejercicio de la acción civil en el proceso penal, no todos los que tienen derecho a ser resarcidos de esos daños son titulares del ejercicio de la respectiva acción en el proceso penal. En consecuencia, no se puede transponer el concepto de víctima del Derecho Penal al Derecho Procesal Penal. El concepto de víctima en el Derecho sustantivo detenta otra connotación, pues, la víctima (agraviado) en el proceso penal puede ser no solo aquel

directamente ofendido por el delito, sino también, aquel que se perjudica indirectamente por los efectos de este.

### **c. El perjudicado**

El término perjudicado es sinónimo de agraviado, no existiendo diferencia alguna entre ambos, y si bien su origen es distinto, identificándose primigeniamente al agraviado con el sujeto que sufre el daño directo (daño emergente) y al perjudicado con el sujeto que es privado de una expectativa válida de un incremento patrimonial o una ventaja cualquiera (lucro cesante), en la actualidad, la moderna doctrina de la responsabilidad civil usa ambos términos como equivalentes. Este criterio es asumido no solo por la doctrina sino también por las legislaciones incluyendo la nuestra. Dentro de la definición de perjudicado se comprende a terceros a quienes el delito haya producido cualquier clase de perjuicio, es decir, el sujeto pasivo del daño indemnizable o el titular del interés directa o indirectamente lesionado por el delito, que deduce expresamente en el proceso penal una pretensión patrimonial causada por la comisión del ilícito penal. Perjudicado, como anota Manzini, es el que sufrió la lesión jurídica producida por el hecho constitutivo de delito y todo aquel que tenga legítimo y actual interés en obtener un resarcimiento del daño o una restitución.

En ese sentido, el término ofendido parece referirse al sujeto que sufre directamente la lesión del bien jurídico protegido por el ordenamiento, mientras que perjudicado sería aquella persona que sufre en su esfera estrictamente patrimonial, o moral, las consecuencias del ilícito penal cometido.

#### **d. El agraviado**

El agraviado es la persona que ha sufrido directamente el daño en sus bienes jurídicos o quien indirectamente hubiese sido afectado por la acción delictiva. Comprende también a los herederos en el orden sucesorio correspondiente, cuando se trate de delitos cuyo resultado sea la muerte del agraviado directo, conforme al artículo 94.2 del Código Procesal Penal de 2004. Asimismo, se otorga la calidad de agraviados a los accionistas, socios, asociados o miembros, respecto de los delitos que afectan a una persona jurídica cometidos por quienes las dirigen, administran o controlan, según el artículo 94.3 del mencionado cuerpo de leyes.

En el Código Procesal Penal de 2004, el término “agraviado” se transforma en un concepto amplio que abarca tanto al ofendido como al perjudicado, que por la sola calidad de serlo goza de derechos, sin necesidad de constituirse en parte civil, ello busca proteger su rol como sujeto procesal. La calidad de agraviado está determinada por el daño sufrido independientemente de su comparecencia en un proceso penal o de la existencia de este.

Este Código adjetivo también regula la intervención del conocido como actor social en los casos de asociaciones en los delitos que afectan intereses colectivos o difusos, cuya titularidad lesione a un número indeterminado de personas, o en los delitos incluidos como crímenes internacionales en los tratados aprobados y ratificados por el Perú, tal como señala el artículo 94.4 del Código Procesal Penal de 2004. Los primeros son aquellos delitos que lesionan bienes jurídicos macrosociales o dígase supraindividuales, en los cuales se afectan los derechos de un número indeterminado de personas (intereses difusos), como el medio ambiente y los recursos naturales, la seguridad pública o la salud pública. Asimismo, los segundos, son los delitos de lesa humanidad, trata de personas, terrorismo, lavado de dinero, falsificación de billetes y otros que posean envergadura suficiente para constituirse en mafias internacionales.

En estos casos, dichos actores podrán ejercer los derechos y facultades atribuidas a las personas directamente ofendidas por el

delito, bajo la salvedad de que esto se hará siempre que el objeto social de la asociación se vincule directamente con esos intereses y haya sido reconocida e inscrita con anterioridad a la comisión del delito objeto del procedimiento.

Estas normas suponen que la legitimación no se circunscribe a los titulares de derechos subjetivos e intereses legítimos, sino que se extiende a determinadas instituciones sociales por el mero hecho de su constitución y reconocimiento jurídico para la defensa del interés común o general, pues –como señala San Martín Castro– esta institución procesal busca una mayor dinámica de protección de los bienes jurídicos penales relacionados con los derechos fundamentales de la persona y con la protección de los intereses difusos.

Resulta nuevo en nuestro ordenamiento que se haya recogido la protección de intereses difusos, que son de todos y a la vez de nadie, por lo que el reconocimiento de las instituciones que velan por estos intereses y su participación como querellante se encuentra justificada. Al ser considerado agraviado tiene la opción a solicitar la reparación civil.

En el caso de los incapaces, la representación recaerá en los padres, tutores o curadores; en caso de las personas jurídicas, como prescribe el artículo 92, será el apoderado judicial, y, en el caso del Estado como agraviado, la representación y su defensa en juicio, la realizan los procuradores públicos según lo previsto en el Decreto Ley N° 17537.

#### **e. El actor civil**

El actor civil es una categoría procesal de larga data. Se trata del agraviado que ejercita la pretensión resarcitoria en el proceso penal, actuando con todos los derechos, facultades y obligaciones de un sujeto procesal; a diferencia del ofendido, el actor civil no ejerce ninguna pretensión penal y su interés y actuación se limita a la reparación civil, ofreciendo y presentando prueba contra el procesado o el tercero civil a fin de acreditar su pretensión, aun cuando puede

aportar prueba vinculada a la determinación de la responsabilidad penal del procesado. Asimismo, el actor civil, a diferencia del ofendido, únicamente podrá constituirse cuando haya un proceso penal (o una investigación preparatoria) en curso. La calidad de actor civil es determinada por su comparecencia en el proceso penal, no puede hablarse de actor o parte civil antes del proceso, como sí sucede con el agraviado. Para constituirse en parte o actor civil, el compareciente en el proceso penal debe cumplir ciertos requisitos de admisibilidad que de no cumplirse originaría el rechazo de su solicitud de constitución.

#### **f. El querellante particular**

El querellante particular es el ofendido que comparece ante la autoridad judicial ejercitando la acción penal por un delito de ejercicio privado de la acción. El querellante solicita el inicio del proceso penal, no necesitando de la existencia previa de un proceso o una investigación preparatoria en curso como es el caso del actor civil. Su actuación e interés están vinculados a la pretensión resarcitoria y a la pretensión penal, tal como lo señala el artículo 107 del Código Procesal Penal de 2004, pues se trata propiamente de un acusador particular.

Los poderes de acción –tanto penal como civil– quedan en manos del querellante particular, quien con su acción decidirá la persecución penal del delito (*nemo iudex sine actore*), pues, la jurisdicción penal no puede actuar de oficio. En este caso, el querellante es el titular del ejercicio de la acción penal y, en tal sentido, su decisión determina el inicio de la persecución penal, así como su paralización o extinción.

En nuestro sistema siempre se ha reconocido, como excepción al principio de oficialidad, la existencia de delitos de ejercicio de la acción penal privada en que es el ofendido quien promueve y ejerce la acción penal, estándole vedado al Ministerio Público intervenir en el procedimiento. A pesar de que en estos casos el actor privado pretende y defiende un interés público, la ley penal lo limita a la concurrencia del interés privado en perseguirlo; por ello lo dota del

poder de persecución penal, pero no de un poder público. La demostración de que ese interés preponderante es privado está en el carácter generalmente renunciable de la acción, con efectos extintivos para la persecución penal y la sanción de abandono de la acción para el caso de inactividad del querellante.

Querellante, entonces, es el acusador privado, que, sobre la base de un derecho que el orden jurídico le reconoce, impulsa la realización de un proceso penal, a efectos de solicitar a la instancia jurisdiccional la imposición de una sanción punitiva y una reparación económica proporcional al daño producido por el delito. Para Clariá Olmedo es querellante el particular que produce querrela para provocar un proceso penal; es en realidad, el particular que formula una imputación criminal, sobre un delito que solo a él le interesa su persecución y sanción. El querellante es parte procesal necesaria en el procedimiento por delitos perseguibles por acción privada (el caso de injuria, por ejemplo), en la medida que al no existir interés público, no interviene el fiscal, de manera que dicho acusador privado ocupa ahora la misma posición procesal –mutatis mutandi– que correspondería al titular de la acusación pública. El agraviado, en este caso, es el titular de la acción penal, tanto respecto de la incoación del proceso como de su sostenimiento a lo largo del proceso.

El proceso penal de un sistema acusatorio requiere para su válido funcionamiento que existan tres personas, cada una con una función en específico, defender, juzgar y acusar, así la acusación es un requisito esencial para que válidamente se constituya el proceso penal, pero esto no implica que el acusador tenga que ser siempre el Ministerio Público. En los delitos de ejercicio privado de la acción penal, conforme al numeral 2 del artículo 1 del Código Procesal Penal de 2004, el directamente ofendido por el delito podrá instar ante el órgano jurisdiccional, siempre conjuntamente, la sanción penal y pago de la reparación civil contra quien considere responsable del delito en su agravio.

Con respecto de los requisitos para constituirse en querellante particular, estos están regulados en el artículo 108 del Código

Procesal Penal de 2004, que señala que este promoverá la acción de la justicia mediante querrela y el escrito de la misma deberá contener, bajo sanción de inadmisibilidad lo siguiente:

- a) La identificación del querellante y, en su caso, de su representante, con indicación en ambos casos de su domicilio real y procesal, y de los documentos de identidad o de registro.
- b) El relato circunstanciado del hecho punible y exposición de las razones fácticas y jurídicas que justifican su pretensión, con indicación expresa de la persona o personas contra las que se dirige.
- c) La precisión de la pretensión penal y civil que deduce, con la justificación correspondiente; y
- d) El ofrecimiento de los medios de prueba correspondientes.

Dentro de las facultades del querellante particular se encuentra el participar en todas las diligencias del proceso, ofrecer prueba de cargo sobre la culpabilidad y reparación civil, interponer recursos impugnatorios referidos al objeto penal y civil del proceso, y cuantos medios de defensa y requerimientos estime necesarios en salvaguarda de su derecho<sup>44</sup> de acuerdo con el artículo 109.1 del Código Procesal Penal de 2004. Vale todo lo dicho en el caso de las facultades del actor civil, que se hacen más intensas en el caso del querellante particular, puesto que sobre él recae la carga de la prueba, en la medida que en estos procedimientos no interviene el fiscal. En tal virtud, el Derecho positivo procura conferirle todos los mecanismos procesales suficientes para poder ejercitar eficazmente su pretensión, tanto referida a la punibilidad de la conducta como a la pretensión indemnizatoria, a partir de una igualdad de armas procesal. Asimismo, el querellante particular podrá intervenir en el procedimiento a través de un apoderado designado especialmente a este efecto, esto se dará en los casos en que no estuviere en el pleno ejercicio de sus derechos civiles; sin embargo, esta designación no lo exime de declarar en el proceso.

A diferencia de los procesos para delitos perseguibles por acción penal pública, para el querellante particular existe el desistimiento regulado en el artículo 110 del Código Procesal Penal de 2004 que

señala que este podrá desistirse expresamente de la querrela en cualquier estado del procedimiento, sin perjuicio del pago de costas. Además, regula el desistimiento tácito cuando el querellante particular no concurra sin justa causa a las audiencias correspondientes, a prestar su declaración o cuando no presente sus conclusiones al final de la audiencia. Con respecto a la justa causa, esta deberá acreditarse, de ser posible, antes del inicio de la diligencia o, en caso contrario, dentro de las 48 horas siguientes a la fecha fijada para aquella, por lo que el Código da la oportunidad para poder ejercer el derecho de defensa y no se produzcan indefensiones producidas por la eventualidad.

### **Los derechos de la víctima en el código procesal penal de 2004**<sup>104</sup>

Se sostiene que el CPP de 2004, le da un adecuado lugar a la víctima dentro del proceso, ello resulta coherente si se parte de considerar que esta normativa procesal penal le da el estatus de sujeto procesal y además, le amplía el reconocimiento de derechos en contraste con la normativa adjetiva anterior, en suma se revaloriza a la víctima en el nuevo sistema procesal penal. Ya no se le considera más como un simple medio de prueba o que en el mejor de los casos solo sea pasible de indemnización económica, sino que se le reconocen una serie de derechos buscando la mejor solución al conflicto penal, de modo que todos quienes tengan legítimo interés en el proceso vean tutelados sus derechos y satisfechas sus expectativas.

Al reconocer que el papel del Estado en la administración de justicia no se concibe solo como el de un Estado que se convierte en instrumento de persecución y castigo para el delincuente, sino más bien en un Estado que debe tanto a la víctima como al delincuente un trato justo, respetuoso, seguro y solidario. Entonces, el proceso penal debe encaminarse cada vez más hacia la tutela efectiva de los derechos y libertades fundamentales de ambos. El proceso penal debe, en tal sentido, desarrollar las garantías procesales contempladas en la Constitución considerando a todas las

---

<sup>104</sup>VILLEGAS PAIVA, Elky Alexander. "El agraviado y la reparación civil en el Nuevo Código Procesal Penal". *Gaceta Jurídica*. Edit. El Búho EIRL - primera edición febrero 2013 - Lima, pág. 89-144.

partes por igual, atendiendo las particularidades de cada una de ellas dentro del juicio, bajo esos parámetros deben ser interpretadas tales garantías para incluir a todas las partes y que estas sientan que obtienen justicia del proceso penal.

Tanto en el Derecho internacional, como en el Derecho comparado, los derechos de las víctimas por un hecho punible gozan de una concepción amplia –no restringida exclusivamente a una reparación económica– fundada en los derechos que ellas tienen a ser tratadas con dignidad, a participar en las decisiones que las afecten y a obtener la tutela judicial efectiva del goce real de sus derechos, y que exige a las autoridades que orienten sus acciones hacia el establecimiento integral de sus derechos cuando hayan sido vulnerados por un hecho punible.

El sistema de garantías jurídicas genéricas, recogidas tanto en el plano internacional como interno, es bilateral, es decir, le pertenecen tanto al imputado como a la víctima o agraviado por el evento delictivo. Así, por ejemplo, la tutela judicial efectiva está hecha tanto para el acusado, como para la víctima. En este sentido, resultan equivalentes para ambas partes la igualdad ante los tribunales, el acceso a la justicia y la defensa en juicio y la imparcialidad e independencia de los jueces, entre otros tantos derechos.

#### **a. El derecho a un trato digno y respetuoso**

Brindar a la víctima un trato digno y respetuoso es esencial para evitar que caiga en la victimización secundaria y terciaria, y con ello consecuentemente evitar que se vulneren otros derechos tales como –y solo por citar algunos– a la información, a la intimidad, a su derecho de defensa, e inclusive a que no puedan ser reparados adecuadamente los daños que se le infirieron con la conducta delictiva.

Solo con un trato digno a la víctima es que se podrá avanzar en el reconocimiento, respeto y protección de sus demás derechos fundamentales, pues la dignidad de la persona es el presupuesto ontológico para la existencia y defensa de los demás derechos fundamentales, y es que los distintos derechos, aun cuando poseen un significado específico cada uno, tutelan un bien jurídico unitario: los rasgos concretos de la personalidad humana;

de suerte que aun resultando autónomamente enjuiciables, son reconducibles a la más general expresión de la dignidad humana. De este modo al atentar contra la dignidad de una persona irremediablemente a la vez se están vulnerando sus derechos.

La importancia del pleno reconocimiento de la dignidad de cualquier persona, han hecho que esta aparezca, expresa o implícitamente tanto en las legislaciones de los distintos Estados, especialmente en sus leyes fundamentales así como también en la normativa internacional sobre la materia. Nuestra Ley fundamental en el artículo 1 del Capítulo I Derechos fundamentales de la persona, y del Título I. De la persona y de la sociedad, prescribe que: “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”. Este precepto constitucional –como menciona Landa Arroyo– constituye la piedra angular de los derechos fundamentales de las personas, y por ello es el soporte estructural de todo el edificio constitucional, tanto del modelo político como del modelo económico y social. La dignidad se configura en el *minimum* inalienable que todo ordenamiento debe respetar, defender y promover.

Entonces para la Constitución Política peruana la dignidad del ser humano no solo representa el valor supremo que justifica la existencia del Estado y de los objetivos que cumple, sino que a su vez se convierte en el fundamento esencial de todos los derechos que, con la calidad de fundamentales, habilita el ordenamiento.

En ese sentido la dignidad de la persona es el punto de partida, fundamento y horizonte de nuestro sistema jurídico, puesto que se constituye en el umbral mínimo sobre lo que debe contener un ordenamiento justo, siendo su realización la aspiración máxima de los Estados constitucionales.

Por lo tanto, como acertadamente sostiene González Pérez, “La dignidad humana es una cualidad intrínseca, irrenunciable e inalienable de todo ser humano, constituyendo un elemento que cualifica al individuo en cuanto tal, siendo una cualidad integrante e irrenunciable de la condición humana. Ella es asegurada, respetada, garantizada y promovida por el orden jurídico estatal e internacional, sin que pueda ser retirada a alguna persona por el

ordenamiento jurídico, siendo inherente a su naturaleza humana; ella no desaparece por más baja y vil que sea la persona en su conducta y sus actos". En síntesis la dignidad se constituiría en un valor superior constitucional, de lo cual se deriva que tenga como funciones: i). fundamentar o dar sustento valorativo a las demás normas y a las actuaciones del poder público – incluso de la sociedad y los particulares, en general; ii) orientar los fines, alcances e interpretación de las normas y las políticas públicas, iii) frenar toda norma o actividad que los contravenga abiertamente, o que se aparte de ellos trasgrediendo su sentido, y también, iv) ser fuente de producción normativa.

Ahora bien, la realización de la dignidad humana constituye una obligación jurídica, que de ningún modo queda satisfecha con la mera técnica de positivización o declaración por el Derecho, sino que los poderes públicos y los particulares deben de garantizar el goce de garantías y niveles adecuados de protección a su ejercicio; y es que la protección de la dignidad es solo posible a través de una definición correcta del contenido de la garantía. Asimismo, la dignidad se convierte en límite infranqueable de la primacía de los intereses colectivos sobre los individuales.

El Tribunal Constitucional peruano ha formulado el criterio de entender a la dignidad humana como principio-derecho, lo cual produce las siguientes consecuencias. Primero, en tanto principio, actúa a lo largo del proceso de aplicación y ejecución de las normas por parte de los operadores constitucionales, como: a) criterio interpretativo; b) criterio para la determinación del contenido esencial constitucionalmente protegido de determinados derechos, para resolver supuestos en los que el ejercicio de los derechos deviene en una cuestión conflictiva, y c) criterio que comporta límites a las pretensiones legislativas, administrativas y judiciales, e incluso extensible a los particulares. Segundo, en tanto derecho fundamental se constituye en un ámbito de tutela y protección autónomo. En ello reside su exigibilidad y ejecutabilidad en el ordenamiento jurídico, es decir, la posibilidad de que los individuos se encuentren legitimados a exigir la intervención de los órganos jurisdiccionales para su protección, en la resolución de los conflictos sugeridos en la misma praxis intersubjetiva de las sociedades contemporáneas, donde se dan diversas formas de afectar

la esencia de la dignidad humana, ante las cuales no podemos permanecer impávidos.

En tal línea dicho artículo también se constituye en la base del sistema penal, por lo cual todas las personas que intervengan en un proceso penal deben gozar del respeto a su dignidad, pues esta forma parte de todas las personas, y no cabe hacer algún tipo de distinción sobre ello.

Entonces se puede concluir que no solo el imputado merece recibir un trato digno sino también, y en el mismo plano, la víctima del ilícito penal. Y es que es esa a la única conclusión a la que podemos llegar, pues si la dignidad es un atributo que todos y cada uno de los hombres y se pregona que el inculgado, esto es el que realizó la conducta descrita en el tipo penal respectivo, posee y debe resguardársele su dignidad al interior del proceso penal pues con mayor razón la víctima, es decir, la persona que sufrió las consecuencias del evento delictivo, también posee dignidad y debe garantizarle su protección en el proceso penal.

Por ello, debe garantizarse una efectiva protección de los derechos de la víctima, que en mucho superan al derecho de recibir una indemnización económica. Así, los Principios Fundamentales de las Naciones Unidas establecen en su apartado cuatro que “las víctimas serán tratadas con compasión y respeto a su dignidad; sin embargo, a este enunciado tan bonito no se introduce alguna especificación más concreta al respecto que enumere, ni siquiera con carácter abierto, qué actuaciones deben llevarse a cabo para hacer efectiva dicha previsión.

Sin embargo, lo concreto es que se vulneraría gravemente la dignidad de las víctimas de hechos punibles, si la única protección que se les brinda es la posibilidad de obtener una reparación de tipo económico. El principio de dignidad impide que el ser humano, y los derechos y bienes jurídicos protegidos por el Derecho Penal para promover la convivencia pacífica de personas igualmente libres y responsables, sean reducidos a una tasación económica de su valor.

El reconocimiento de una indemnización por los perjuicios derivados de un delito es una de las soluciones por las cuales ha optado el legislador ante la dificultad en materia penal de lograr el pleno restablecimiento de los derechos y bienes jurídicos violentados en razón a la comisión de un delito.

Pero no es la única alternativa ni mucho menos la que protege plenamente el valor intrínseco de cada ser humano. Por el contrario, el principio de dignidad impide que la protección a las víctimas y perjudicados por un delito sea exclusivamente de naturaleza económica.

De ello resulta que la indemnización es solo uno de los posibles elementos de la reparación a la víctima y que el restablecimiento de sus derechos supone más que la mera indemnización.

En busca de lograr ese respeto a la dignidad de las víctimas se deben adoptar las medidas necesarias para minimizar las molestias causadas a las víctimas derivadas del proceso, y proteger su intimidad, conforme lo establece la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas del Delito y del Abuso de Poder, en el principio 6, acápite c.

En ese norte resulta notable el reconocimiento que hace de este derecho el CPP de 2004, estableciendo en el acápite c) inciso 1 del artículo 95, lo siguiente:

“1. El agraviado tendrá los siguientes derechos: (...)

c) A recibir un trato digno y respetuoso por parte de las autoridades competentes”.

La expresa mención de este derecho demuestra la intención del legislador de indicarles a los organismos partícipes del proceso (Policía, Ministerio Público, Poder Judicial), eviten la victimización secundaria.

Lo que busca la reforma procesal penal, es cambiar radicalmente la situación que se acaba de describir. Asimismo, la víctima tampoco puede ser vista como un simple medio de prueba, sino que merece la mayor atención y respeto, teniendo en cuenta su condición de víctima.

La Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 25 de octubre de 2012, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo establece que:

“El delito constituye un injusto contra la sociedad y una violación de los derechos individuales de las víctimas. Por ello, las víctimas de delitos deben ser reconocidas y tratadas de manera respetuosa, sensible y profesional, sin discriminación de ningún tipo por motivos como la raza, el color, la etnia o el origen social, los rasgos genéticos, la lengua, la religión o las creencias, la opinión política o de otro tipo, la pertenencia a una

minoría nacional, la propiedad, el nacimiento, la discapacidad, la edad, el sexo, la expresión de género, la identidad de género, la orientación sexual, el estatuto de residente o la salud. En todos los contactos con una autoridad competente que actúe en el contexto de procesos penales, y cualquier servicio que entre en contacto con las víctimas, como los servicios de apoyo a las víctimas o de justicia reparadora, se deben tener en cuenta la situación personal y las necesidades inmediatas, edad, sexo, posible discapacidad y madurez de las víctimas de delitos, al mismo tiempo que se respetan plenamente su integridad física, psíquica y moral. Se ha de proteger a las víctimas de delitos frente a la victimización secundaria y reiterada, así como frente a la intimidación y las represalias; han de recibir apoyo adecuado para facilitar su recuperación y contar con un acceso suficiente a la justicia”.

El derecho a recibir un trato digno, que asiste a las víctimas en el nuevo proceso penal, proviene del deber de considerarlas como un fin en sí mismas. La normativa procesal penal anterior que la concebía poco más que un objeto de prueba, son reemplazadas por otras que la aprecian como un sujeto de derechos, capaz de participar en la resolución de su conflicto<sup>105</sup>.

La obligación de tratar con respeto a la víctima acorde con su dignidad, recae en las instituciones estatales, por lo que estas deben velar porque aquellos de sus miembros integrantes que estén en contacto directo con las víctimas reciban una formación adecuada a estos efectos y, además, deben procurar las condiciones necesarias para resguardar las situaciones de las víctimas durante las actuaciones.

Esto ha sido reconocido por la Recomendación (85), adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 28 de junio de 1985, sobre la posición de la víctima en el marco del Derecho Penal y del proceso penal, donde se recomienda la formación específica para los funcionarios de policía, con el objeto de tratar a las víctimas de modo comprensible, constructivo y tranquilizador, correspondiéndoles además a estos sujetos el deber de informar sobre la posibilidad de las víctimas de obtener

---

<sup>105</sup> PIEDRABUENA RICHARD, Guillermo. “La Constitución y los derechos de la víctima en el nuevo proceso penal chileno”, cit. pág. 23.

asistencia, consejos prácticos y jurídicos, reparación de sus perjuicios por el delincuente e indemnización por el Estado.

Igualmente la Decisión Marco del Consejo de Europa, del 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal prescribió en su artículo 11 que debe propiciarse que los Estados a través de sus servicios públicos o mediante la financiación de organizaciones de apoyo a la víctima, iniciativas en virtud de las cuales las personas que intervienen en las actuaciones o que tienen otro tipo de contacto con la víctima reciban la adecuada formación, con especial atención a las necesidades de los grupos más vulnerables, formación que debe ir dirigida con especial referencia a los agentes de la policía y profesionales del Derecho.

#### **b. Derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y al debido proceso**

Tradicionalmente el proceso penal ha sido entendido como un instrumento de realización del *ius puniendi* del Estado. Y si bien esto es así, en tanto el derecho de castigar por la comisión de un ilícito penal solo puede llevarse a cabo a través del proceso<sup>106</sup> (“no es posible la aplicación de la sanción sin previo juicio”), lo cierto es que en el contexto jurídico propio de un Estado Constitucional de Derecho, donde se toma en cuenta un importante elenco internacional de instrumentos de protección de los derechos humanos, lleva a hacer una reinterpretación de dicha finalidad, en el sentido de concebir al proceso penal como un instrumento de garantía, de salvaguarda del régimen de valores, garantías y libertades fundamentales reconocidas en el ínterin de la aplicación del *ius puniendi*<sup>107</sup>. Garantía, en primer lugar, para el imputado o acusado en una causa penal que no va a poder ser condenado sino en virtud de la destrucción del principio de presunción de inocencia a través de un proceso con todas las garantías. Garantía, en segundo lugar, para el resto de los ciudadanos que, en su caso, podrán ver realizado el derecho de castigar ante la existencia de un ilícito penal. Pero también ha de ser garantía para las víctimas de los delitos

---

<sup>106</sup> ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Traducción de Gabriela Córdoba y Daniel Pastor. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 1; BAUMANN, Jürgen. *Derecho Procesal Penal. Conceptos fundamentales y principios procesales. Introducción sobre la base de casos*. Traducción de Conrado Finzi, Depalma, Buenos Aires, 1986, p. 2; LEVENE, Ricardo (h.). *Manual de Derecho Procesal Penal*. Tomo I, 2ª edición, Depalma, Buenos Aires, 1993, p. 219; MAIER, Julio. *Derecho Procesal Penal*, Tomo I, 2ª edición, 2ª reimpresión, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2002, p. 84 y ss.; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *Tratado*. PIEDRABUENA RICHARD, Guillermo. “La Constitución y los derechos de la víctima en el nuevo proceso penal chileno”, cit. pág. 23.

<sup>107</sup> GIMENO SENDRA, Vicente. *Derecho Procesal Penal*. Colex, Madrid, 2004, p. 45; ASECIO MELLADO, José María. *Derecho Procesal Penal*. 2ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010; SOLÉ RIERA, Jaume. *La tutela de la víctima en el proceso penal*. J.M Bosch, Barcelona, 1997, p. 12.

que han de verse adecuadamente protegidas y tuteladas en sus derechos<sup>108</sup>.

Con ello –como bien dice Chocrón Giráldez– “Se trata pues de superar definitivamente una función en esencia represora –propia de una época pre constitucional– para instaurar un modelo de proceso al servicio de los derechos y libertades constitucionalmente consagrados. Por consiguiente, si el proceso es el único medio a través del cual se puede declarar la culpabilidad de una persona e imponerle una pena, y si al mismo tiempo se configura como instrumento de tutela de los derechos y garantías fundamentales, habrá que terminar aceptando un mayor protagonismo de la víctima en un contexto que hasta ahora venía siendo prácticamente acaparado por el imputado y por el catálogo de garantías jurisdiccionales derivadas de las exigencias del derecho a un proceso justo. Todo ello conduce necesariamente a una profunda reflexión y análisis del proceso penal y en particular de la función o funciones que está llamado a desempeñar en este nuevo tiempo, lo que constituye además una inmejorable ocasión para evaluar los mecanismos de respuesta de nuestro sistema judicial para hacer frente tanto a los intereses legítimos de quienes han sido víctimas de un delito como a las demandas de protección y seguridad de la sociedad en su conjunto ante nuevos ámbitos de criminalidad”<sup>109</sup>.

Precisamente, uno de los mayores problemas para las víctimas de delitos ha sido el acceso a la justicia con el objeto de lograr una tutela adecuada de sus derechos. Este problema presenta perfiles diferentes según se trate de acceder a los órganos jurisdiccionales del orden civil con el objeto de reclamar la restitución, reparación o indemnización por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia del hecho ilícito, posibilidad reconocida generalmente en los distintos ordenamientos jurídicos, o de acceder a los órganos jurisdiccionales del orden penal, bien para llevar a cabo un papel activo en las causas penales, bien simplemente para tener conocimiento del desarrollo del enjuiciamiento de los hechos delictivos de que ha sido objeto y conocer el resultado del mismo, bien para participar en el mismo en su condición de testigos pero con la seguridad

---

<sup>108</sup> SANZ HERMIDA, Ágata. *La situación jurídica de la víctima en el proceso penal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 63.

<sup>109</sup> CHOCRÓN GIRÁLDEZ, Ana María. “Tutela cautelar y protección de la víctima en el proceso penal”. En: *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*. Año 61, N° 2041, Ministerio de Justicia, Madrid, 2007, p. 2828.

de que van a recibir la adecuada protección y tutela, posibilidades no siempre reconocidas en los diversos ordenamientos y, desde luego, reguladas de forma muy diversa y con distinta extensión<sup>110</sup>.

El nuevo sistema procesal penal busca dar solución a esta problemática, para lo cual se pretende determinar cuáles son los cauces o los medios más adecuados para otorgar a las víctimas una mayor protección y, en su caso, participación en el proceso penal.

En busca de lograr ese objetivo uno de los primeros derechos que debe reconocerle, es el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, el cual según García Morillo<sup>111</sup>, es un derecho de todas las personas a tener acceso al sistema judicial y a obtener del mismo una resolución fundada en derecho –y por tanto, motivada– que pueda ser de inadmisión cuando concurre una causa legalmente prevista. A ello hay que añadir el derecho a no sufrir indefensión, eso es a poder ejercer en el proceso, en apoyo de la propia posición, todas las facultades legalmente reconocidas.

El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, reconocido en el artículo 139 inciso 3 de la Constitución Política, implica que cuando una persona pretenda la defensa de sus derechos o intereses legítimos, ella tenga la posibilidad de ser atendida por un órgano jurisdiccional, pero que además ello ocurra mediante un proceso dotado de un conjunto de garantías mínimas y efectivas para la protección de tales derechos<sup>112</sup>. En ese sentido, la tutela jurisdiccional efectiva comprende una serie de derechos, entre los que destacan el acceso a la justicia<sup>113</sup>, es decir, el derecho de cualquier persona de promover la actividad jurisdiccional del Estado, sin que le obstruya, impida o disuada irrazonablemente, y, el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales<sup>114</sup>.

La posibilidad de poder acceder a los órganos jurisdiccionales ha sido entendida como el derecho que tiene toda persona a un recurso sencillo y rápido

---

<sup>110</sup> SANZ HERMIDA, Ágata. *La situación jurídica de la víctima en el proceso penal*. Ob. cit., pp. 63-64.

<sup>111</sup> GARCÍA MORILLO, Joaquín, en AA.VV. *Derecho Constitucional*. Vol. I, 3ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 324.

<sup>112</sup> ÁLVAREZ PÉREZ, Víctor. “Debido proceso y tutela jurisdiccional”. En: *Gaceta Constitucional*. Tomo 54, Gaceta Jurídica, Lima, junio de 2012, p. 368, sostiene que: “El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva presenta una doble dimensión: por un lado, la posibilidad de acceder a los órganos jurisdiccionales para la protección de los derechos para hacer valer una pretensión, y, por el otro, como un conjunto de reglas dirigidas a cautelar que toda persona, en el ejercicio o defensa de sus derechos e intereses ante los órganos jurisdiccionales, cuente con garantías mínimas y efectivas para su realización. En otras palabras, es el derecho a la justicia, el cual solo será posible a través de un procedimiento eficaz, con las debidas garantías”.

<sup>113</sup> Véase la STC Exp. N° 04080-2004-AC/TC, f. j. 14.

<sup>114</sup> Véase la STC Exp. N° 015-2001/TC, f. j. 16.

ante los jueces o tribunales competentes, el cual debe sustanciarse de acuerdo a las normas del debido proceso. Cuando se hace uso del término “recurso”, este debe ser entendido en un sentido amplio y no limitado al significado que esta palabra tiene en la terminología jurídica de las legislaciones procesales de los diversos países, debe entenderse como “acceder al tribunal”, sinónimo de vía judicial o proceso<sup>115</sup>.

Ahora bien, el citado derecho no se agota en el libre acceso a ese recurso, es decir en la mera posibilidad de acceder al tribunal, sino que requiere que el órgano interviniente produzca una conclusión razonada sobre los méritos del reclamo, en que establezca la procedencia o improcedencia de la pretensión jurídica que le da origen, y también que se garantice el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso. El recurso debe ser efectivo, por lo que no alcanza su mera existencia formal, pues la efectividad exige que sea adecuado (que la función del recurso en el sistema de derecho interno sea idónea para proteger la situación jurídica infringida) y eficaz (capaz de producir el resultado para el que ha sido concebido) <sup>116</sup>.

Como se observa el derecho a la tutela jurisdiccional guarda una íntima relación con el debido proceso, en tanto si se obtiene acceso al proceso, pero este resulta arbitrario por vulneración de las garantías constitucionales, no podrá decirse que la tutela jurisdiccional ha sido efectiva, al menos no en términos de justicia. Y es que el derecho al debido proceso es la base para la protección de cualquier otro derecho. En este norte, los Estados tienen la obligación de suministrar recursos judiciales que deben ser adecuados y efectivos a las personas que son víctimas de algún delito, siendo sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal.

Tal es la relación entre ambos derechos que nuestro Tribunal Constitucional al referirse a tal circunstancia ha señalado que la tutela judicial efectiva es el marco y el debido proceso una expresión específica, por lo que:

“La tutela judicial efectiva supone tanto el derecho de acceso a los órganos de justicia como la eficacia de lo decidido en la sentencia; es decir, una concepción

---

<sup>115</sup> BIDART CAMPOS, Germán. *Tratado elemental de Derecho Constitucional argentino*. Tomo III, Ediar, Buenos Aires, 1995, pp. 517 y 526.

<sup>116</sup> CAFFERATA NORES, José. *Derecho de la víctima a la tutela judicial efectiva*. Astrea, Buenos Aires, 2004, p. 2. Disponible en: [www.astrea.com.ar](http://www.astrea.com.ar).

garantista y tutelar que encierra todo lo concerniente al derecho de acción frente al poder de la jurisdicción; el derecho al debido proceso, en cambio, significa la observancia de los derechos fundamentales esenciales del procesado, principios y reglas esenciales exigibles dentro del proceso como instrumento de tutela de los derechos subjetivos”<sup>117</sup>.

Tomando como base lo dicho (toda persona debe tener acceso a la administración de justicia cualquiera sea la situación jurídica en que se encuentre) y recordando la construcción bilateral de las garantías, la tutela judicial efectiva y su correlato lógico de acceso a la administración de justicia implican, para el procesado, la posibilidad efectiva de ejercer su derecho de defensa obligatorio, incluso con la intervención estatal que deben proveer los medios para que el acusado se defienda adecuadamente. En el mismo sentido, para la víctima el fundamento de igualdad implica que el acceso a la justicia supere el plano formal y se le permita una intervención efectiva en el proceso, el cual debe presentar toda una serie de garantías en tanto que debe tratarse de un debido proceso, al mismo tiempo que una representación gratuita, asesoramiento y patrocinio<sup>118</sup>. Bajo esta línea argumentativa, la titularidad del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva de la que goza la víctima se traduce para las víctimas en su efectividad entendida como su “posibilidad práctica”. Es decir, la víctima espera del proceso penal no una efectividad abstracta sino una eficacia referida a su problemática concreta, aquella que permita comprobar si la tutela judicial ha cumplido o no con su función. En este sentido, los operadores del sistema de justicia penal deben aplicar, de manera creativa y efectiva las garantías, de modo que dejen de ser postulados abstractos o teóricos para convertirse en realidades de obligado acatamiento.

El derecho a la tutela judicial efectiva de la víctima comprende la facultad de deducir una acción o pretensión penal (querrela) o civil, en su caso, en contra del supuesto responsable del ilícito, el deber de los órganos jurisdiccionales de resolver la pretensión formulada, la facultad de recurrir en contra de la decisión y, por último, la facultad de solicitar la ejecución de la resolución. Lo anterior podría resumirse como el *derecho a activar el proceso*.

---

<sup>117</sup> Véase la STC Exp. N° 08123-2005-PHC/TC, f. j. 6.

<sup>118</sup> GUERRERO PERALTA, Óscar Julián. “Las víctimas en el contexto del Derecho Procesal Penal colombiano (perfiles comparativos)”. En: *Anuario de Derecho Penal 2004: la reforma del proceso penal peruano*. Universidad de Friburgo-Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 2004, p. 433.

Esto ha sido tomado en cuenta por el legislador nacional, así en el artículo IX.3 del Código Procesal Penal de 2004 establece como principio rector que el proceso penal garantiza, también, el ejercicio de los derechos de información y de participación procesal a la persona agraviada o perjudicada por el delito. Igualmente la autoridad pública está obligada a velar por su protección y a brindarle un trato acorde a su condición.

El CPP de 2004 en aras de tornar en verdaderamente efectiva la tutela jurisdiccional y la participación de la víctima en un proceso, con todas las garantías, que tiene la víctima o agraviado (ya señalamos que para nuestro código adjetivo son lo mismo) ha ampliado la participación de la misma al interior del proceso regulando una serie de derechos que puede ejercer en cada etapa del proceso.

### **c. Derecho a la intimidad**

El reconocimiento del derecho a la intimidad supone que el Estado se comprometa a adoptar medidas tendientes a minimizar las molestias causadas a las víctimas y proteger su intimidad, de tal forma que en todas las fases del proceso (etapa preparatoria –diligencias preliminares e investigación preparatoria propiamente dicha–, etapa intermedia y juicio oral) las relaciones con el público se desarrollen con la máxima consideración por las víctimas, garantizando la protección contra cualquier información que atente contra su vida privada o su dignidad. De esta forma se puede apreciar la íntima relación existente entre el derecho a la intimidad y el derecho a la dignidad de las personas, en específico de las víctimas, de acuerdo al objeto de nuestro estudio.

En tal sentido, un primer aspecto a tomar en cuenta para el resguardo de este derecho, es que se deben adoptar las medidas necesarias para restringir la publicidad que los medios de comunicación dan de los distintos asuntos penales cuando se entienda que puede afectar la vida privada o dignidad de la víctima y/o su familia.

Entre las medidas que adopta el CPP de 2004, para resguardar la intimidad de las víctimas, podemos hacer mención a las siguientes:

- En el artículo 95.1.c se prescribe que en los procesos por delitos contra la libertad sexual se preservará su identidad, bajo responsabilidad de quien

conduzca la investigación o el proceso.

- En la misma dirección, se apunta en el artículo 139.2 que está prohibida la publicación de las generales de ley y de imágenes de testigos o víctimas menores de edad, salvo que el juez, en interés exclusivo del menor permita la publicación.
- En el artículo 171.3 se señala que cuando deba recibir testimonio de menores y de personas que hayan resultado víctimas de hechos que las han afectado psicológicamente, se podrá disponer su recepción en privado.

Ahora bien, el derecho a la intimidad de la víctima no solo puede ser vulnerado por dar a conocer cierta información de carácter personalísimo de la víctima al público, si no que tal afección también se puede dar en el mismo seno del proceso penal, por ejemplo, en el marco de la investigación penal es frecuente la realización de una serie de diligencias de investigación que pueden afectar el aludido derecho; por ejemplo, el personal médico puede requerir información de carácter confidencial e inclusive hacer investigaciones de carácter intrusivo en el cuerpo de la víctima.

En este punto, si bien es cada fiscal quien tiene la obligación de esclarecer el hecho delictivo, también tiene la obligación a ponderar el impacto que las diligencias de investigación ocasionarán en la víctima y, por lo que debe tomar las medidas adecuadas para minimizar las molestias y las repercusiones que pueda tener la diligencia de investigación en la integridad física, y/o mental, en la intimidad o en la vida privada de la víctima. En especial, cuando las víctimas son menores de edad, el fiscal tendrá que tener presente las disposiciones contenidas en la Convención sobre los Derechos del Niño y lo prescrito en nuestro Código de Niños y Adolescentes.

Para la realización de los actos de investigación cada fiscal tiene un poder coactivo, el cual encuentra algunas limitaciones: cuando se requiere la vulneración de derechos constitucionales debe acudir al juez para que autorice la diligencia, siendo este último un juez de garantías, por cuanto controla las actividades de investigación.

Es común que la víctima sea objeto de prueba, realizándose sobre ella inspecciones, pericias diversas, como una identificación del cadáver,

exámenes médicos sobre el cuerpo, verificación de edad, etc.

Entre las principales diligencias que la defensa del imputado suele pedir, o que igualmente el fiscal solicita que se efectúe sobre las víctimas, se encuentran exámenes a las partes íntimas de las víctimas de delitos sexuales, extracciones de sangre, tomas de muestras de piel para pruebas de ADN, extracciones de cabellos y vellos, etc. La defensa también puede solicitar que se proceda a hacer una investigación sobre el pasado de la víctima, su vida privada y otros aspectos que afectan su intimidad.

Las Oficinas de Atención a la Víctimas y Testigos juegan un valioso papel en este punto, dado que son las encargadas de ganar la confianza de la víctima, persuadiendo la de la necesidad de realizar la diligencia y garantizándole que este se efectuará con el respeto inherente a su dignidad, contando para ello con personal médico y de apoyo psicológico adecuado.

#### **d. Derecho a la información veraz.**

Como una manifestación de los mecanismos que posibilitan un verdadero acceso a la administración de justicia, en un sistema penal enmarcado dentro de un Estado Constitucional de Derecho, tenemos el derecho a recibir una información veraz. Y es de suma importancia, si tenemos en cuenta que en gran parte el debido ejercicio de los derechos de las víctimas en el proceso penal, dependerá de la información que a ella se le brinde sobre el rol que pueden desempeñar en el proceso, del desarrollo del mismo, del contenido y alcance de las decisiones fiscales y judiciales que se tomen sobre el proceso.

Ahora bien, la información y las orientaciones brindadas por las autoridades competentes, los servicios de apoyo a las víctimas y de justicia reparadora deben ofrecerse, en la medida de lo posible, a través de una diversidad de medios y de forma que pueda ser entendida por la víctima. La información y las orientaciones deben proporcionarse en términos sencillos y en un lenguaje accesible. Asimismo, debe garantizarse que la víctima pueda ser entendida durante las actuaciones. A este respecto, debe tenerse en cuenta el conocimiento que tenga la víctima de la lengua utilizada para facilitar información, su edad, madurez, capacidad intelectual y emocional, alfabetización y cualquier incapacidad mental o física. Deben tenerse en cuenta, en

particular, las dificultades de comprensión o de comunicación que puedan ser debidas a algún tipo de discapacidad, como las limitaciones auditivas o de expresión oral. Del mismo modo, durante los procesos penales deben tenerse en cuenta las limitaciones de la capacidad de la víctima para comunicar información.

El artículo 6 de la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder impone la necesidad de que las leyes nacionales adecuen los procedimientos judiciales y administrativos a las necesidades de las víctimas, incluyendo en esa adecuación la necesidad de que las víctimas sean informadas de cuál es su papel y el alcance del mismo, así como del desarrollo cronológico de las actuaciones, de su marcha concreta y particularmente de la decisión de sus causas.

El CPP de 2004, en coherencia con la normativa supranacional, en su artículo IX prescribe que el proceso penal garantiza el ejercicio de los derechos de información y de participación procesal de la persona agraviada o perjudicada por el delito, en suma de la víctima del ilícito penal, según el concepto que hemos adoptado sobre “víctima” en este trabajo.

Asimismo en el artículo 95, inciso 2, el legislador ha dejado señalado que el agraviado será informado sobre sus derechos cuando interponga la denuncia, al declarar preventivamente o en su primera intervención en la causa.

Al prescribir el CPP de 2004 que la víctima debe ser informada de sus derechos cuando interponga la denuncia o en su primera intervención en la causa, debemos entender que con ello se quiere decir que a la víctima se le debe brindar toda la información que necesita desde el primer momento que entra en contacto con las autoridades. Este aspecto resulta esencial, si consideramos que el primer aspecto que abarca el derecho a una información veraz para la víctima –generalmente lega en Derecho– es el relativo a que se le informe de los derechos que tiene al interior del proceso, pues de muy poco sirve que tenga tales derechos si no sabe que los tiene, ni cuáles son las garantías que existen para proteger tales derechos.

La Corte Constitucional colombiana, sobre este aspecto, sostiene que no se precisa de una intervención en sentido procesal para que las autoridades de investigación asuman los deberes que imponen la garantía de comunicación (entiéndase, para nosotros, información) que se proyecta en dos ámbitos: (i)

información acerca de los derechos que el orden jurídico establece para garantizar sus intereses en el proceso penal, y (ii) acceso a la información acerca de las circunstancias en que se cometió el delito, que forma parte del derecho, que forma parte del derecho “a saber”, el cual se materializa con la posibilidad de acceso al expediente o a las diligencias desde sus primeros desarrollos. La interconexión e interdependencia que existe entre los derechos a la verdad, a la justicia, y a la reparación exige que la garantía de comunicación se satisfaga desde el primer momento en que las víctimas entran en contacto con los órganos de investigación. Los derechos a la justicia y a la reparación pueden verse menguados si se obstruye a las víctimas las posibilidades de acceso a la información desde el comienzo de la investigación a efectos de que pueden contribuir activamente con el aporte de pruebas e información relevante sobre los hechos<sup>119</sup>.

Asimismo, en el artículo 95, inciso 1, literal a) del CPP de 2004 se afirma que el agraviado debe ser informado de los resultados de las actuaciones en que haya intervenido, así como del resultado del procedimiento, aun cuando no haya intervenido en él, siempre que lo solicite.

Las víctimas deben ser informadas oportunamente y detalladamente<sup>120</sup> sobre las principales etapas del proceso. Como se ha indicado, la falta de información sobre el progreso del caso es uno de los aspectos que causa mayor frustración e insatisfacción a las víctimas. Es deber de quienes fungen como miembros de la Policía, fiscales y jueces mantener un contacto permanente con las víctimas e informarles inmediatamente de las actuaciones procesales que se piensa tomar incluyendo, especialmente, las decisiones negativas para las víctimas, como pueden ser las decisiones de archivo, peticiones de sobreseimiento, entre otros. Consideramos que la víctima debe ser informada, aun cuando no lo haya solicitado, sobre cualquier resolución judicial, sobre el cual se configure el menor indicio de que la seguridad de las víctimas o sus allegados pueda verse afectada por el contenido de la resolución. Por ejemplo en el caso que se resuelva por el cese de la prisión preventiva, lo cual podría ocasionar que el

---

<sup>119</sup> Cfr. Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-1154 de 2005.

<sup>120</sup> En esta perspectiva en la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 25 de octubre de 2012 se ha señalado que: “Cuando se facilite información, se debe ofrecer el grado de detalle suficiente para garantizar que se trata a las víctimas de manera respetuosa y permitirles adoptar decisiones con conocimiento de causa sobre su participación en los procesos. A este respecto, es especialmente importante la información que permite a la víctima conocer la situación en que se encuentra cualquier procedimiento, así como la información que permita a la víctima decidir si solicitará la revisión de una decisión de no formular acusación. A menos que se exija de otro modo, la información comunicada a la víctima debe poder facilitarse verbalmente o por escrito, incluso por medios electrónicos”.

imputado al estar libre busque acercarse a la víctima para intimidarla, amenazarla, etc<sup>121</sup>.

En esta perspectiva cuando en el CPP de 2004 se establece que el agraviado debe ser informado de los resultados de las actuaciones en que haya intervenido, y del resultado del procedimiento aun cuando no haya intervenido, siempre que lo solicite, debe ser entendido como la obligación que tienen las autoridades que administran justicia de comunicarles a las víctimas, cuando ellas lo pidan, sobre la inadmisión de la denuncia, el archivo de las diligencias<sup>122</sup>, el sobreseimiento de la causa, el fallo de la sentencia, etc. Es más, tratándose del pedido de sobreseimiento, consideramos que el juez debe ordenar que tal requerimiento sea comunicado a la víctima, aun cuando ella no lo haya solicitado, esto con la finalidad de que ella pueda objetar tal pedido del fiscal. Y en todo caso, aun si no es solicitado, se le debe comunicar sobre el sobreseimiento otorgado y la resolución del fallo de la sentencia, para que de esa manera al ser de su conocimiento pueda ejercer su derecho a impugnar el sobreseimiento y la sentencia absolutoria, derecho reconocido en el artículo 95.1.d del CPP de 2004.

Ahora, si bien es cierto que el CPP de 2004 refiere que el resultado del procedimiento debe ser informado solo si la víctima lo solicita, entonces creemos que una forma de compatibilizar esto con lo dicho en las últimas líneas del párrafo anterior, sería el de determinar un momento procesal en el que la víctima sea ilustrada de cuál es el alcance de su derecho a la información, preguntándole además para que indique si en el futuro quiere ser informada o no de aquellos extremos del proceso que el CPP de 2004 le reconoce tal facultad de opción (v. gr. decidir si es informada o no del resultado del procedimiento).

Otra manera por la cual pueda garantizarse el derecho a una información

---

<sup>121</sup> Esto ha sido reconocido ya en la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 25 de octubre de 2012 al señalarse que: “Es preciso facilitar a las víctimas información específica sobre la puesta en libertad o la fuga del infractor si lo solicitan, al menos en los casos en que exista un peligro o un riesgo concreto de daños para las víctimas, a no ser que exista un riesgo concreto de daños para el infractor que pudiera resultar de la notificación. Cuando no exista un riesgo concreto de perjuicios para el infractor que pudiera resultar de la notificación, la autoridad competente deberá tener en cuenta todos los riesgos a la hora de determinar la acción apropiada. La referencia a ‘riesgo concreto de daños para las víctimas’ debe incluir factores como el carácter o la gravedad del delito y el riesgo de represalias. Por tanto, no debe aplicarse a las situaciones de infracciones leves, en las que, por lo tanto, existe un mínimo riesgo de daños para la víctima”.

<sup>122</sup> Al respecto la Corte Constitucional colombiana en la Sentencia C-1154 de 2005 ha dicho: “La decisión de archivo puede tener incidencia sobre los derechos de las víctimas. En efecto, a ellas les interesa que se adelante una investigación previa para que se esclarezca la verdad y se evite la impunidad. Por lo tanto, como la decisión de archivo de una diligencia afecta de manera directa a las víctimas, dicha decisión debe ser motivada para que estas puedan expresar su inconformidad a partir de fundamentos objetivos y para que las víctimas puedan conocer dicha decisión. Para garantizar sus derechos la Corte encuentra que la orden de archivo de las diligencias debe estar sujeta a su efectiva comunicación a las víctimas, para el ejercicio de sus derechos”.

veraz a favor de la víctima es que, tanto desde las diligencias preliminares, como en la investigación preparatoria, pueda tener acceso a la carpeta fiscal de modo que ella misma o a través de su abogado pueda acceder a los actuados del proceso, siendo esta una de las mejores formas de estar informada sobre el mismo.

Abona a favor de esta idea lo prescrito en el inciso 1 del artículo 324 del CPP de 2004, cuando señala que solo podrán enterarse del contenido de la investigación las partes de manera directa o a través de sus abogados debidamente acreditados en autos. Si bien podría decirse contra ello, que el citado código hace alusión a las “partes” del proceso, lo que se podría entender tanto al imputado, y en todo caso al agraviado pero únicamente cuando se haya constituido en actor civil, sin embargo, consideramos que atender a este último supuesto, significaría restringir demasiado el derecho a la información que tiene la víctima, derecho que le asiste por el solo hecho de ser tal, al margen de su participación en el proceso o de su constitución en actor civil.

#### **e. Derecho a ser escuchado en el proceso**

Es imprescindible que los puntos de vista de la víctima sean tomados en cuenta en el transcurso del proceso, dado que no es simplemente un objeto de protección, sino un ser humano que tiene derecho a expresar sus sufrimientos, ansiedades, emociones, intereses y expectativas.

Por tal razón se ha reconocido el derecho de la víctima a ser escuchado u oído, el cual viene a concretizar la posibilidad de acceder a un tribunal de justicia<sup>123</sup>, pues si una persona reclama que se le permita acceder a los órganos jurisdiccionales, es precisamente para que sea escuchada, para que manifieste preocupaciones, las afecciones que viene sufriendo y solicite la tutela de sus derechos que se encuentran siendo vulnerados, asimismo sustentar la reparación que pretende como resarcimiento a los daños causados a sus bienes jurídicos.

Ello determina que la Declaración de la ONU sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder recoja que las

---

<sup>123</sup> En este sentido, la Corte IDH ha conceptualizado el derecho a ser oído o escuchado como aquel que exige que toda persona pueda tener acceso al tribunal u órgano estatal encargado de determinar sus derechos y obligaciones. Cf. Corte IDH. Caso Apitz Barbera y otros vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 5 de agosto de 2008, párrafo 72; Caso Bayarri vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 30 de octubre de 2008, párrafo 101; y Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 26 de noviembre de 2010, párrafo 140.

opiniones y preocupaciones de las víctimas deban ser presentadas y examinadas en las etapas apropiadas de las actuaciones, siempre que estén en juego sus intereses, y siempre y cuando se hagan con el debido respeto al resto de partes procesales. El proceso debe dejar cabida a que la víctima manifieste su opinión en consideración a su vivencia personal y única del delito cometido, de las consecuencias que reportarán en su futuro y de la satisfacción que pueda brindarle o no la respuesta procesal iniciada. El juez podrá después desatender tal consideración, si bien sobre la base de un juicio exteriorizarle que ponga en evidencia su legalidad y conveniencia.

En el ámbito europeo la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo del 25 de octubre de 2012, señala que: “No se puede hacer justicia si no se permite a las víctimas explicar las circunstancias del delito y aportar pruebas de forma comprensible para las autoridades competentes. Es igualmente importante garantizar que se trata a la víctima con respeto y que pueda ejercer sus derechos. Por lo tanto, siempre debe proporcionarse a la víctima un servicio de interpretación gratuito, durante el interrogatorio y para facilitarle su participación activa en las vistas judiciales, de acuerdo con el estatuto de la víctima en el sistema judicial penal pertinente. Para otros aspectos del proceso penal, la necesidad de interpretación y traducción puede variar en función de cuestiones específicas, del estatuto de la víctima en el sistema judicial penal pertinente y su implicación en las actuaciones, y de los derechos específicos que la asistan. Solo es preciso ofrecer interpretación y traducción para estos otros casos en la medida necesaria para que las víctimas ejerzan sus derechos”.

Por su parte el CPP de 2004, prescribe que en la etapa preparatoria la víctima debe ser escuchada en las audiencias de los medios de defensa técnicos en donde se pueda resolver sobre la suspensión y extinción de la acción penal, siempre y cuando lo solicite (artículo 95.1.b). Igualmente en la etapa intermedia deberá ser escuchado en la audiencia de control de requerimiento fiscal de sobreseimiento, siempre que lo solicite (artículo 95.1.b). Asimismo, y sin perjuicio de poder ser citado e interrogado en el juicio oral, el agraviado tiene derecho a exponer sus alegatos finales, así no haya intervenido en el proceso y sin haberse constituido en actor civil (artículo 386.3).

Sobre el derecho de la víctima a ser escuchado en el proceso, la Corte IDH ha manifestado este derecho no solo exige que la víctima sea oída por un juez o tribunal, sino que pueda participar ampliamente del proceso. Así, en el Caso Tribunal Constitucional vs. Perú, la Corte señaló que, debido a una serie de vicios apuntados, no se permitió a los magistrados contar con un proceso que reuniera las garantías mínimas del debido proceso, y se limitó el derecho de las víctimas a ser oídas por el órgano que emitió la decisión y, además, se restringió su derecho a participar en el proceso<sup>124</sup>.

Además, la citada Corte, a través de su jurisprudencia, ha establecido que el derecho a ser oído se relaciona con otros derechos de la Convención Americana, tales como el derecho de defensa y el deber de motivación de las decisiones, por ejemplo. De esta manera, la Corte ha establecido que el deber de motivación constituye una prueba de que las partes han sido oídas. Así, en el Caso Tristán Donoso vs. Panamá, afirmó que la ausencia de una debida fundamentación origina decisiones arbitrarias. Por tanto, la argumentación de un fallo debe mostrar que han sido debidamente tomados en cuenta los alegatos de las partes y que el conjunto de pruebas ha sido analizado. En esa línea, la Corte ha indicado que en los casos en los que las decisiones son recurribles se ofrece a dichas partes la posibilidad de criticar la resolución y examinar la cuestión ante instancias superiores<sup>125</sup>. Resulta importante el razonamiento que ha elaborado la Corte pues esta interrelación propuesta entre los derechos mencionados corrobora que el deber de motivación es intrínseco al artículo 8.1; y que en los casos en los que dicho deber no haya sido garantizado por el Estado, las víctimas podrán ofrecer como prueba una decisión carente de una debida motivación y así demostrar que el derecho a ser oído fue violado.

Por otro lado, la Corte IDH en el Caso Barbani Duarte y otros vs. Uruguay señaló que el derecho a ser oído consagrado en el artículo 8.1 presenta dos ámbitos: "(...) 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

---

<sup>124</sup> Cf. Corte IDH. Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 31 de enero de 2001, párr. 81.

<sup>125</sup> Cf. Corte IDH. Caso Tristán Donoso vs. Panamá. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 27 de enero de 2009, párrafo 153. Tales criterios ha sido acogidos igualmente en los casos Chocrón Chocrón vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 1 de julio de 2011, párrafo 118 y Caso López Mendoza vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 1 de septiembre de 2011, párrafo 148.

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”

126.

#### **f. Derecho a la defensa**

Si una persona tiene el derecho de acceder a los tribunales de justicia, es para que esta en defensa de sus derechos pida protección para los mismos, y si el desarrollo del proceso al que se ha accedido debe ser uno con todas las garantías donde se tutele adecuadamente sus derechos vulnerados, entonces es una necesidad imperiosa que ella misma pueda ejercer la defensa de sus derechos en el proceso. Es desde esta perspectiva que se entiende que las víctimas también gozan del derecho de defensa.

Si bien desde un enfoque tradicional, en el ámbito del proceso penal, el derecho de defensa generalmente es entendido como solamente uno que le asiste al imputado al interior del proceso, consideramos que ello no es correcto, pues este derecho es uno de carácter fundamental que le pertenece a toda persona sin excepción –y no solo a aquella que se le atribuya la comisión de un hecho punible– que acude (voluntariamente u obligatoriamente) ante el Estado, para la tutela de sus intereses y pretensiones.

Como dice Maier “el derecho de defensa no solo se limita a la protección del imputado, sino también a otras personas que pueden intervenir en el proceso, como el actor civil o el tercero<sup>127</sup>. A lo dicho por el citado autor nosotros agregaríamos, que no es necesario que la víctima se constituya en actor civil para que pueda ejercer el derecho de defensa, pues ella por el solo hecho de ser víctima tiene una serie de derechos al interior del proceso penal que deben ser debidamente resguardados, por lo que se hace patente que pueda ejercitar el derecho de defensa.

---

<sup>126</sup> Cf. Corte IDH. Caso Barbani Duarte y otros vs. Uruguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 13 de octubre de 2011, párrafo 136.

<sup>127</sup> MAIER, Julio. *Derecho Procesal Penal argentino*. Tomo I, Vol. B, 2ª edición, AFA editores, Buenos Aires, 2001, p. 307.

En ese sentido, el derecho de defensa es aquel derecho fundamental<sup>128</sup> atribuido a todas las partes del proceso y que debe ser respetado por el tribunal que conoce del mismo, y tiene como presupuesto mínimo la necesidad de que estas sean oídas, en el sentido de que puedan alegar y demostrar para conformar la resolución judicial, y que se conozcan y puedan rebatir sobre los materiales de hecho y de derecho que puedan influir en la resolución judicial.

Como se sabe este derecho de defensa comprende dos aspectos: por un lado, una defensa material, que en el caso en específico de la víctima se dará cuando sea ella misma la que ejerza su defensa, ya sea declarando la forma en que ocurrieron los hechos, o sustente la pretensión de la reparación, y por otro lado, una defensa técnica, lo que implica que deba ser asesorada por un abogado, el mismo que debería proveerle el Estado, por ello se ha implementado por el Ministerio Público –dentro de su Unidad de Asistencia a Víctimas y Testigos– a unos profesionales del Derecho que deberían asesorarlos en todo lo que las víctimas necesiten, sin embargo, ello hasta el día de hoy se ha mostrado muy tímidamente, debiendo los abogados ejercer más activamente estas funciones asignadas.

Y es que si sostenemos que los derechos de la víctima deben ser equivalentes a los del inculpado, quien desde la averiguación previa tiene derecho a asistencia jurídica, entonces la víctima también debe contar con un verdadero asistente legal, que le ilustre, le aconseje, y le patrocine gratuitamente, pues de lo que se trata es de una defensa procesal eficaz.

El encargado de asesorar a las víctimas del delito –que en nuestro medio, tal como acabamos de señalar, lo hace el Ministerio Público a través de los abogados pertenecientes a la Unidad de Asistencia a Víctimas y Testigos– no solo les debe informar sobre sus derechos, sino que también debe explicar las formas y mecanismos para que los mismos se hagan efectivos y de proceder, lo gestione como corresponda. La asesoría jurídica debe implicar comunicación constante entre víctima y Ministerio Público, quien deberá mantenerles informados en todo momento de las actuaciones y sus alcances dentro del procedimiento; en suma, tenerles al tanto de los pormenores del procedimiento penal.

---

<sup>128</sup> El derecho a la defensa se encuentra en el artículo 139, inciso 14 de la Constitución Política de 1993, igualmente se halla regulado en el artículo 11, inciso 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; el artículo 14, inciso 3, parágrafo d) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el artículo 8, inciso 2, parágrafo d) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Igualmente a las víctimas que por carencias económicas no puedan pagar un abogado particular, podrán acceder a uno a través de la Defensoría Pública, ello dado que el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos ha creado recientemente la Dirección de Asistencia Legal y Defensa de Víctimas. Sin embargo, dado el corto tiempo de su creación aún no existen informes sobre su rendimiento.

Por otro lado, como manifestaciones del derecho de defensa, tenemos que el CPP de 2004, prevé que la víctima, aun cuando no se hayan constituido en actor civil, podrá:

- 1.- Interponer recurso de queja contra la disposición fiscal que archiva la investigación, solicitando se eleve al superior jerárquico para su revisión (artículo 334.5).
- 2.- Solicitarle al fiscal requiera al imputado señalar bienes libres susceptibles de ser embargados (artículo 302).
- 3.- Ni bien se formalice la investigación, puede solicitar al juez de la investigación preparatoria que se le constituya como actor civil (artículos 98 y 100).
- 4.- Impugnar las resoluciones que sobresean el proceso (artículo 95.1.d).
- 5.- En los delitos de usurpación, a solicitar el desalojo preventivo (artículo 311).

#### **g. Derecho a la verdad**

El derecho a la verdad versa sobre la posibilidad de que las víctimas puedan saber lo que realmente sucedió en un acontecimiento criminal, cualquiera sea la naturaleza delictiva de los hechos ocurridos.

A decir de Castillo Alva, en opinión que suscribimos: “El derecho a la verdad tiene su fundamento en el respeto a la dignidad de la persona humana (artículo 1) y la justicia, elemento esencial de un Estado Constitucional y Democrático (artículo 43). La búsqueda de la verdad es un fin de la administración de justicia. No es posible que en un Estado de Derecho la investigación, procesamiento y juicio por delitos, cualquiera sea su naturaleza, se realice sin aspirar a encontrar la verdad o se efectúe de espaldas o en contra de ellas. Justicia y verdad, verdad y justicia, son dos caras de una misma moneda<sup>129</sup>.”

---

<sup>129</sup> CASTILLO ALVA, José Luis. “La validez de una sentencia penal. Acerca de la calificación de un hecho como grave violación a los derechos humanos: Entre el respeto a las normas internas y el cumplimiento de la jurisprudencia de la Corte IDH. A propósito de la sentencia del caso Barrios Altos (Primera parte)”. En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Tomo 39, Gaceta Jurídica, Lima, setiembre de 2012, p. 80.

La no búsqueda de la verdad en el proceso penal no solo lo priva de un sustento racional, político y epistemológico, sino que termina por configurar un sistema legal de injusticia, dado que la verdad está ligada históricamente y de manera profunda a la idea misma de justicia. Basta observar que no puede haber sentencia justa que se levante sobre hechos falsos, en una valoración arbitraria de las pruebas o que no haya cubierto los aspectos relevantes del supuesto de hecho materia del proceso. Sin verdad no hay forma de justicia posible. Como señala Ferrajoli: “Si una justicia penal completamente con verdad constituye una utopía, una justicia penal completamente sin verdad equivale a un sistema de arbitrariedad”<sup>130</sup>.

Por ello se sostiene que el Estado no solo tiene la obligación de investigar los hechos, sino también de garantizar que la víctima conozca la verdad de los hechos. De modo que la ausencia de la participación activa de esta en la investigación lo priva de conocer la verdad de lo sucedido<sup>131</sup>.

La Corte IDH<sup>132</sup>, considera que este derecho a la verdad ha venido siendo desarrollado por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; al ser reconocido y ejercido en una situación concreta, ello constituye un medio importante de reparación. Por lo tanto, da lugar a una expectativa que el Estado debe satisfacer a los familiares de la víctima.

“El derecho a la verdad –sostiene la citada Corte– se encuentra subsumido en el derecho de la víctima o sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado *el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento* que previenen los artículos 8 y 25 de la Convención”<sup>133</sup>.

En tal sentido se afirma que el núcleo del derecho a la verdad exige que el Estado, cuando tiene la noticia o información de la comisión de un delito, más aún si constituye una grave violación a los derechos humanos, deba desarrollar un conjunto de acciones positivas tendientes a la averiguación del hecho y de las circunstancias de su comisión. Existe en este ámbito un auténtico deber de

---

<sup>130</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y otros, Trotta, Madrid, 1995, p. 45.

<sup>131</sup> MACHUCA FUENTES, Carlos. “El agraviado en el nuevo proceso penal peruano”. En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 168, Gaceta Jurídica, Lima, 2007, p. 120 y ss.

<sup>132</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Gómez Paquiyauri vs. Perú. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 8 de julio de 2004, párr. 230.

<sup>133</sup> Corte IDH. Caso “Barrios Altos” (“Chumbipuma Aguirre y otros vs. Perú”), sentencia del 14 de marzo de 2001, párrs. 47-49; Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, y Reparaciones.

esclarecimiento dirigido a los órganos del Estado encargados de la investigación y persecución del delito (Ministerio Público y Policía Nacional). El deber de esclarecimiento o de averiguación implica que las agencias estatales correspondientes utilicen todos los medios posibles, necesarios y disponibles, de tal manera que ejecuten todas las acciones pertinentes con el fin de averiguar la comisión o no de un delito y de identificar, de ser el caso, a sus autores, fijando su nivel de intervención con base en la evidencia acopiada, y postulando su procesamiento y, de ser el caso, su condena.

Por lo tanto, dicho deber de investigar no consiste en una mera formalidad, sino que debe ser asumida de manera completa, con “seriedad”. La Corte IDH sostiene que la obligación de investigar:

*“(…) debe emprenderse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa. Debe tener un sentido y ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad”.*

Es así, que este deber de investigar debe cumplirse de manera adecuada y suficiente (lo que no sucede, por ejemplo, si no se identifican a los responsables o estos no son sometidos a proceso o no son sancionados). La Corte IDH exige que como parte de la reparación integral y del deber de prevenir, se cumpla con esta obligación. Por esta razón es que la Corte conduce y lleva a cabo la supervisión del cumplimiento de este mandato de investigación, sometimiento a juicio y sanción con base en parámetros desarrollados por su jurisprudencia”<sup>134</sup>.

Asimismo ha afirmado que:

“La ausencia de una investigación completa y efectiva sobre los hechos constituye una fuente de sufrimiento y angustia adicional para las víctimas y sus familiares, quienes tienen el derecho de conocer la verdad de lo ocurrido. Dicho derecho a la verdad exige la determinación procesal de la más completa verdad histórica posible, lo cual incluye la determinación judicial de los patrones de actuación conjunta y de todas las personas que de diversas formas

---

<sup>134</sup> Cfr. AYALA CORAO, Carlos. “La ejecución de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. En: *Estudios Constitucionales*. Año 5, N° 1, Centro de Estudios Constitucionales-Universidad de Talca, Talca, enero-junio de 2007, p. 153.

participaron en dichas violaciones y sus correspondientes responsabilidades”<sup>135</sup>.

Adicionalmente, se enfatiza el papel democratizador de la investigación que no solo tiene una manifestación individual, sino social, al considerarse que:

“El derecho a conocer la verdad tiene como efecto necesario que en una sociedad democrática se conozca la verdad sobre los hechos de graves violaciones de derechos humanos. Esta es una justa expectativa que el Estado debe satisfacer, por un lado, mediante la obligación de investigar las violaciones de derechos humanos y, por el otro, con la divulgación pública de los resultados de los procesos penales e investigativos. Esto exige del Estado la determinación procesal de los patrones de actuación conjunta y de todas las personas que de diversas formas participaron en dichas violaciones y sus correspondientes responsabilidades. Además, en cumplimiento de sus obligaciones de garantizar el derecho a conocer la verdad, los Estados pueden establecer comisiones de la verdad, las que contribuyen a la construcción y preservación de la memoria histórica, el esclarecimiento de hechos y la determinación de responsabilidades institucionales, sociales y políticas en determinados periodos históricos de una sociedad”<sup>136</sup>.

El Tribunal Constitucional peruano también ha reconocido el derecho a la verdad, manifestando que este derecho se encuentra implícitamente reconocido en nuestra Constitución Política, derivado del principio-derecho de dignidad humana (artículo 1), del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva (artículo 139, inciso 3) y del deber primordial del Estado de garantizar la plena vigencia de los derechos humanos (artículo 44)<sup>137</sup>. Asimismo, ya con anterioridad, ha dejado sentado que el derecho a la verdad tiene dos dimensiones:

- **Dimensión colectiva**, por la cual la nación tiene el derecho de conocer la verdad sobre los hechos o acontecimientos injustos y dolorosos provocados por las múltiples formas de violencia estatal y no estatal. Tal derecho se traduce en la posibilidad de conocer las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las cuales ellos ocurrieron, así como los motivos

---

<sup>135</sup> Corte IDH. Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 27 de noviembre de 2008, párr. 102.

<sup>136</sup> Corte IDH. Caso Anzualdo Castro vs. Perú. Excepción Preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 22 de setiembre de 2009, párr. 119.

<sup>137</sup> STC Exp. N° 0024-2010-PI/TC, f. j. 58.

que impulsaron a sus autores. El derecho a la verdad es, en ese sentido, un bien jurídico colectivo e inalienable.

- **Dimensión individual**, cuyos titulares son las víctimas, sus familias y sus allegados. El conocimiento de las circunstancias en que se cometieron las violaciones de los derechos humanos y, en caso de fallecimiento o desaparición, del destino que corrió la víctima por su propia naturaleza, es de carácter imprescriptible. Las personas, directa o indirectamente afectadas por un crimen de esa magnitud, tienen derecho a saber siempre, aunque haya transcurrido mucho tiempo desde la fecha en la cual se cometió el ilícito, quién fue su autor, en qué fecha y lugar se perpetró, cómo se produjo, por qué se le ejecutó, dónde se hallan sus restos, entre otras cosas<sup>138</sup>.

El derecho a la verdad no solo deriva de las obligaciones internacionales contraídas por el Estado peruano, sino también de la propia Constitución Política, la cual, en su artículo 44, establece la obligación estatal de cautelar todos los derechos y, especialmente, aquellos que afectan la dignidad del hombre, pues se trata de una circunstancia histórica que, si no es esclarecida debidamente, puede afectar la vida misma de las instituciones.

Para Huerta Guerrero, el reconocimiento del derecho a la verdad como un nuevo derecho fundamental resulta particularmente relevante y oportuno para reforzar el trabajo de los jueces y fiscales en la investigación de casos de violación de los derechos humanos, en especial de los ocurridos durante el conflicto armado interno que vivió el país en las últimas décadas. A partir de este reconocimiento, el Poder Judicial y el Ministerio Público del Perú cuentan con una herramienta que les permite hacer frente a cualquier norma o decisión política orientada a evitar la identificación y sanción de los responsables de violaciones a los derechos humanos, no solo en casos de desaparición forzada, sino también para casos de asesinatos y masacres, ejecuciones extrajudiciales, tortura, entre otros crímenes<sup>139</sup>.

La Corte Constitucional colombiana ha dicho que:

---

<sup>138</sup> STC Exp. N° 2488-2002HC/TC, f. j. 8 y 9.

<sup>139</sup> HUERTA GUERRERO, Luis Alberto. "El derecho a la verdad: fundamento de la jurisprudencia constitucional en materia de violaciones a los derechos humanos". En: SAÉNZ DÁVALOS, Luis (coordinador). *Derechos constitucionales no escritos reconocidos por el Tribunal Constitucional*. Gaceta Jurídica, Lima, 2009, p. 162.

“4.5.10. El derecho a la verdad implica que en cabeza de las víctimas existe un derecho a conocer lo sucedido, a saber quiénes fueron los agentes del daño, a que los hechos se investiguen seriamente y se sancionen por el Estado, y a que se prevenga la impunidad.

4.5.11.El derecho a la verdad implica para los familiares de la víctima la posibilidad de conocer lo sucedido a esta y, en su caso de atentados contra el derecho a la vida, en derecho a saber dónde se encuentran sus restos; en estos supuestos, este conocimiento constituye un medio de reparación y, por tanto, una expectativa que el Estado debe satisfacer a los familiares de la víctima y a la sociedad como un todo.

4.5.12.La sociedad también tiene un derecho a conocer la verdad, que implica la divulgación pública de los resultados de las investigaciones sobre graves violaciones de derechos humanos”.

En fin, para las víctimas, la satisfacción del derecho a la verdad contribuye a la recuperación de la dignidad, al alivio del sufrimiento y a la reparación.

Es individual el derecho que tiene el familiar a saber dónde está su pariente desaparecido, dónde están enterrados sus muertos, así como saber quiénes han sido sus victimarios. Este es un interés particular, divisible, identificable y separable de otros intereses.

La verdad es una condición necesaria, indivisible e interdependiente junto con la justicia y la reparación para evitar que haya impunidad en materia de violaciones sistemáticas a los Derechos Humanos. Así ha sido reconocido internacionalmente y así lo impone el objetivo último de este derecho inalienable que se articula con las necesidades de acceso a la justicia de todos, la prohibición de impunidad, la dignificación de las víctimas y la universalidad del daño que conlleva su violación<sup>140</sup>.

Ahora bien, al margen de lo señalado debe tenerse en cuenta que el derecho a la verdad no supone que en todo tiempo y momento el resultado de las averiguaciones será necesariamente exitoso, alcanzará el efecto esperado por las víctimas del delito o cubrirá las expectativas de determinados sectores de la sociedad. El derecho a la verdad y el respectivo deber de esclarecimiento si bien tienden a lograr la verdad histórica no significa que siempre dicho

---

<sup>140</sup> NEWMAN-PONT, Vivian. “Falso o verdadero (¿El derecho a la verdad es norma imperativa internacional?)”. En: *International Law. Revista Colombiana de Derecho Internacional*. N° 14, enero-junio de 2009, p. 52.

resultado se podrá alcanzar o el alcance será de tal magnitud que cubra las reales expectativas de las partes. El deber de esclarecimiento busca como fin determinar la verdad de los hechos, pero puede ocurrir que en algunos casos dicha finalidad no se cubra. Por ello, debe entenderse que el deber de esclarecimiento es una obligación de medios y no de resultados, en la medida que es posible que la verdad acerca de la comisión del delito o de sus presuntos autores no llegue nunca a saberse, pese a que se han desplegado una serie de medios, recursos y técnicas tendientes a su descubrimiento<sup>141</sup>.

El derecho a la verdad y, su consecuencia, el deber de esclarecimiento de los hechos no implica que toda investigación debiera terminar irremediablemente en el procesamiento de una persona. El derecho a la verdad no es sinónimo de derecho al procesamiento penal, ya que puede que no exista el mínimo de evidencia necesaria para procesar penalmente a una persona, según los estándares locales o internacionales. Si bien la regla es que dentro del derecho de investigar se insuma el derecho a que se procese a una persona judicialmente con las debidas garantías, es posible que por la escasa o nula evidencia acopiada o la absoluta indeterminación del hecho, no existan condiciones jurídicas objetivas para el procesamiento penal.

Se respeta también su contenido si luego de las indagaciones idóneas y adecuadas la investigación termina con el archivamiento del caso en atención a que la sospecha se desvaneció o, en su defecto, resulta insuficiente para llevar a juicio a una persona. Con todo, no puede dejar de observarse que cuando se llega a pronunciar una sentencia en un caso, más aún si es condenatoria, la satisfacción del derecho a la verdad puede formar parte de las reparaciones de las víctimas.

En igual sentido, el derecho a la verdad no debe comprenderse como un derecho de condena, ya sea del Ministerio Público o de la parte civil. Ningún derecho previsto en el ámbito interno o internacional reconoce a las víctimas o a las agencias estatales de persecución del delito un derecho a lograr una condena en todo tiempo y a toda costa, al margen de las reglas probatorias y de los estándares probatorios comúnmente aceptados por la comunidad

---

<sup>141</sup> CASTILLO ALVA, José Luis. "La validez de una sentencia penal. Acerca de la calificación de un hecho como grave violación a los derechos humanos: Entre el respeto a las normas internas y el cumplimiento de la jurisprudencia de la Corte IDH. A propósito de la sentencia del caso Barrios Altos (Primera parte)". Ob. cit., p. 82.

internacional.

El derecho a la verdad en el momento de la decisión final del proceso no tiene un valor más alto que otros derechos fundamentales, como el respeto a la dignidad de la persona imputada, o que otros principios constitucionales de carácter penal, como el principio de culpabilidad, el derecho a un juicio imparcial y con todas las garantías, el cual tiene como uno de sus principios más importantes la presunción de inocencia, que actúa como una garantía de juicio y de tratamiento de la administración de justicia penal.

Por último, el derecho a la verdad no tiene como contenido o como elemento configurador el derecho a lograr una condena en la que se impongan penas exacerbadas, de extrema gravedad y de duración indeterminada al individuo. El derecho a la verdad no confiere a las víctimas un derecho a lograr una condena dura y severa. El derecho a la verdad no exige penas de larga duración o de excesivo rigor y menos la imposición extrema, por ejemplo, de una cadena perpetua. En este ámbito, el derecho a la verdad debe armonizarse también con el principio de proporcionalidad en su vertiente de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Asimismo, la gravedad de la pena debe estar en correlación con la gravedad del delito (injusto), las circunstancias personales de su comisión (culpabilidad) y ciertos factores procesales que pueden actuar en sentido agravatorio como también benigno. El derecho a la verdad no tiene que ver con la magnitud de las penas, ni con su severidad, ni con su posible lenidad<sup>142</sup>.

#### **h. Derecho a la protección integral**

La Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas del Delito y del Abuso de Poder prescribe en el principio 6.d que en caso necesario se deberán adoptar las medidas que eliminen las molestias causadas a las víctimas, así como la de sus familiares y la de los testigos en su favor, contra todo acto de intimidación y represalia.

En conformidad con ello, el Código Procesal Penal ha regulado su reconocimiento de forma amplia, estableciendo una serie de medidas de protección para

---

<sup>142</sup> CASTILLO ALVA, José Luis. "La validez de una sentencia penal. Acerca de la calificación de un hecho como grave violación a los derechos humanos: Entre el respeto a las normas internas y el cumplimiento de la jurisprudencia de la Corte IDH. A propósito de la sentencia del caso Barrios Altos (Primera parte)". Ob. cit., p. 82.

quienes tengan la calidad de testigos, peritos, agraviados o colaboradores (artículo 247). En tal sentido el fiscal o el juez, según el caso, de oficio o a instancia de las partes, adoptará las medidas necesarias para preservar la identidad del protegido, su domicilio, profesión y lugar de trabajo, sin perjuicio de la acción de contradicción que asista al imputado (artículo 248.1).

El artículo 248.2 prescribe que las medidas de protección pasibles de ser adoptadas son:

- Protección policial.
- Cambio de residencia.
- Ocultación de su paradero
- Reserva de su identidad y demás datos personales en las diligencias que se practiquen, y cualquier otro dato que pueda servir para su identificación, pudiéndose utilizar para esta un número o cualquier otra clave.
- Utilización de cualquier procedimiento que imposibilite su identificación visual normal en las diligencias que se practiquen.
- Fijación como domicilio, a efectos de citaciones y notificaciones, la sede de la Fiscalía competente, a la cual se las hará llegar reservadamente a su destinatario.
- Utilización de procedimientos tecnológicos, tales como videoconferencias u otros adecuados, siempre que se cuenten con los recursos necesarios para su implementación. Esta medida se adoptará para evitar que se ponga en peligro la seguridad del protegido una vez desvelada su identidad y siempre que lo requiera la preservación del derecho de defensa de las partes.

Como medidas adicionales que pueden adoptarse, el artículo 249 del CPP de 2004, señala que la Fiscalía y la Policía encargada cuidarán de evitar que a los agraviados, testigos, peritos y colaboradores objeto de protección se les hagan fotografías o se tome su imagen por cualquier otro procedimiento, debiéndose proceder a retirar dicho material y devuelto inmediatamente a su titular una vez comprobado que no existen vestigios de tomas en las que aparezcan los protegidos de forma tal que pudieran ser identificados. Se les facilitará, asimismo, traslados en vehículos adecuados para las diligencias y un ambiente

reservado para su exclusivo uso, convenientemente custodiado, cuando sea del caso permanecer en las dependencias judiciales para su declaración.

Todo este marco de protección a la víctima surge del entendimiento de que la sola activación del proceso penal no es suficiente para hacer cesar el conflicto que le subyace, como también es claro que la efectiva participación de la víctima en dicho proceso requiere de la creación de cierto espacio de protección dentro del cual se pueda desarrollar la confianza necesaria para ejercer los derechos que le confieren las leyes y colaborar en la producción de los objetivos sociales perseguidos. El reconocimiento de un papel a cumplir dentro del proceso penal carecería de sentido sin el establecimiento de mecanismos que procuren proteger la seguridad de la víctima<sup>143</sup>.

Es necesario considerar que *la víctima no es un objeto de protección, sino que lo protegido es el derecho de la víctima y su familia a la vida, integridad, seguridad, intimidad y honor*, por lo que se trata de la protección de algunos derechos que pueden verse en riesgo como consecuencia del hecho de que una persona haya sido víctima de delito o de su participación como interviniente o testigo en el proceso penal. Lo señalado resulta relevante, puesto que al tratarse de protección de derechos, aún en el escenario de existir un riesgo, la persona es considerada como tal, esto es, como un sujeto de derechos capaz, por tanto, de decidir si acepta o no que se adopte una medida de protección en su favor.

#### **i. Derecho a la asistencia**

Muy ligado al derecho a la protección de la víctima, se halla el derecho a que sea asistido integralmente: social, médica y psicológica, también consideramos que debiera tener una asistencia legal –conforme lo hemos señalado al referirnos al derecho de defensa–, que le permite conocer sus derechos en el proceso y cómo hacerlos valer.

Al respecto la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas del Delito y del Abuso de Poder sostiene que las víctimas deben recibir la asistencia material, médica, psicológica y social que sea necesaria, por conducto de los medios gubernamentales, voluntarios, comunitarios y

---

<sup>143</sup> DIVISIÓN DE ATENCIÓN A LAS VÍCTIMAS Y TESTIGOS DEL MINISTERIO PÚBLICO. “La víctima en el nuevo proceso penal”. En: *La víctima y el testigo en la reforma procesal penal*; Ministerio Público-Editorial Fallos del Mes, Santiago, 2003. p. 56.

autóctonos. Igualmente se señala que se deberá informar a las víctimas de la disponibilidad de servicios sanitarios y sociales y demás asistencia pertinente, y se facilitará su acceso a ellos. Por otro lado se proporcionará al personal policial, de justicia, de salud, de servicios sociales y demás personal interesado capacitación que lo haga receptivo a las necesidades de las víctimas y directrices que garanticen una ayuda apropiada y rápida.

Conforme a ello, y siguiendo lo ya trazado en otros países a raíz de la reforma procesal penal que se viene dando en América Latina, el Ministerio Público de nuestro país viene implementando Unidades de Asistencia a Víctimas y Testigos, encargadas de velar por asistir a las víctimas y a los testigos en las necesidades que ellas presenten.

Con la implementación de tales oficinas se busca hacer efectivo el derecho de las víctimas a ser asistidas desde el primer momento en que se presentan frente al sistema penal, la que trabaja con la perspectiva de una atención personalizada que involucre integralmente aspectos tales como defensa civil, información jurídica, orientación a nivel psicológico, así como también el trabajo social.

Según el Reglamento del Programa de Asistencia a Víctimas y Testigos (aprobado por Resolución Fiscal N° 729-2006-MP-FN del 15 de junio de 2006), el Programa de Asistencia a Víctimas y Testigos tiene por finalidad establecer y ejecutar las medidas asistenciales consistentes en servicios médicos, psicológicos, sociales y legales que brinda el Ministerio Público a las víctimas y testigos relacionados con todo tipo de investigaciones y procesos penales, previniendo que sus testimonios no sufran interferencias por factores de riesgo ajenos a su voluntad.

Entre las principales finalidades de este programa tenemos:

- Ejecutar las políticas y directrices técnicas para el funcionamiento del Programa de Asistencia de Víctimas y Testigos.
- Formular el proyecto del Plan de Trabajo Institucional y presupuesto anual de la unidad orgánica, de acuerdo a los dispositivos correspondientes y en coordinación con la Oficina Central de Planificación y Presupuesto.
- Velar por que se garantice la reserva y confidencialidad de la información.
- Controlar la ejecución del Programa de Asistencia de Víctimas y Testigos

de las oficinas de apoyo a nivel nacional.

- Efectuar el informe anual al Despacho de la Fiscalía de la Nación sobre el funcionamiento del Programa.
- Instruir a las víctimas y/o testigos sobre los derechos que les asiste durante la investigación y el proceso judicial.
- Verificar el cumplimiento de la asistencia.
- Orientar respecto a las medidas de protección que pueda recibir de las entidades e instituciones correspondientes.
- Proporcionar el soporte profesional necesario para que el testigo y la víctima cuenten con el apoyo y tratamiento psicológico que les permita rehabilitarse cuando el caso lo requiera, y que posibilite contar con un testimonio idóneo durante la investigación y el proceso judicial.
- Evaluar la situación familiar y socioeconómica de la víctima y el testigo.
- Orientar su reinserción social, brindándole la información necesaria que posibilite dicho objetivo ante las entidades e instituciones correspondientes.
- Las demás que le asigne el Fiscal de la Nación de acuerdo a su ámbito funcional y las que le corresponda según los dispositivos legales vigentes.

El Programa Nacional de Asistencia a Víctimas y Testigos, reglamentado por Resolución de la Fiscalía de la Nación N° 1558-2008-MP-FN del 12 de noviembre de 2008, en donde se precisa que este programa consiste en “un diseño desarrollado e implementado por la Fiscalía de la Nación, cuya finalidad esencial es apoyar la labor fiscal, adoptando las medidas de asistencia legal, psicológica y social a favor de las víctimas y testigos que intervengan en la investigación o en los procesos penales, cautelando que sus testimonios o aportes no sufran interferencia o se desvanezcan por factores de riesgo ajenos a su voluntad; así como supervisar la ejecución de las medidas de protección que eventualmente se dispongan”.

El mencionado programa cuenta con diversas oficinas para el cumplimiento de los objetivos antedichos. Así tenemos, en primer lugar, a la Unidad Central de Asistencia a Víctimas y Testigos (UCAVIT), como órgano de apoyo de la Fiscalía de la Nación, que entre otras funciones, supervisa el cumplimiento del

programa a nivel nacional.

Igualmente el diseño del programa contempla la existencia las Unidades Distritales de Asistencia a Víctimas y Testigos (UDAVYT), las que deberían funcionar en cada uno de los distritos judiciales existentes en el país, todo ello, con el propósito de brindar asistencia urgente, brindar asistencia de psicoterapia breve y tratamiento de emergencia, así como atención en casos de trauma o shock emocional.

De igual modo y debido a la lejanía de algunos poblados de nuestra nación se ha previsto la existencia y funcionamiento de las Unidades de Asistencia Inmediata a Víctimas y Testigos (UDAIVT), las que tendrán la importantísima misión de brindarle asistencia urgente, habiéndose privilegiado la asistencia médica y psicológica. En caso de que se requiera de una mayor asistencia facultativa se derivará el caso a la Oficina de Apoyo de la sede respectiva.

Las oficinas (UDAYT y UDAI-VT) antes indicadas, están facultadas a brindar tres clases de asistencia en las investigaciones y procesos penales en los que se requiera:

- Asistencia legal: consistente en instruir a las víctimas y/o testigos de los derechos que les asisten durante la investigación y el proceso penal, otorgarle capacitación y orientación que facilite y promueva su participación en las diligencias judiciales (información amplia, asesoría, coordinación con las autoridades y probable acompañamiento en diligencias).
- Asistencia psicológica: proporciona el soporte profesional necesario para que el testigo y la víctima cuenten con el apoyo y tratamiento psicológico, así como consejería (ayuda a la víctima a enfrentar los efectos del delito y minimizar su impacto; en cuanto al testigo, coadyuva a que entienda y asuma el rol que le corresponde a favor de la sociedad), evitando por todos los medios la revictimización de la víctima, así como la posible victimización del testigo, estimulándolos para que su aporte sea decisivo en el proceso penal.
- Asistencia social: encargada de evaluar la situación familiar y socio-económica de la víctima y/o testigo que permitirá establecer la veracidad e idoneidad del testimonio.

El 13 de febrero de 2010, fue publicado el Reglamento del Programa Integral Protección a Testigos, Peritos, Agraviados o Colaboradores que intervienen en el proceso penal, aprobado mediante Decreto Supremo N° 003-2010-JUS. Dicho reglamento constituye un gran avance normativo en la materia que, de algún modo, se complementó con el reglamento anterior citado, precisándose que su objetivo consiste en: “establecer las normas, procesamientos, pautas y requisitos relacionados con las medidas de protección que se concedan a los testigos, peritos, agraviados o colaboradores que se encuentren en riesgo con ocasión de su participación en el proceso penal, dictadas al amparo de los establecido en el NCPP”.

Por otro lado actualmente, la víctima puede acudir a la Defensoría Pública – adscrita al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos– a solicitar un abogado, ello conforme a la Directiva N° 03-2012-JUS/DGDP, cuya finalidad ha sido implementar los procedimientos que deben seguir los defensores públicos responsables de la atención de personas en calidad de víctimas del delito o vulneración de sus derechos en cualquiera de sus formas. En la citada Directiva se ha considerado como uno de los derechos de las víctimas a que se le restituya o repare los derechos vulnerados, a través de un proceso judicial o a que recurra a los mecanismos alternativos de solución de conflictos, si redundan en interés de la víctima y se basan en el consentimiento libre e informado de aquella, ya que el defensor consignado tiene el deber de hacer respetar en todo momento y ante cualquier autoridad estatal o funcionario, servidor público o institución privada los derechos de la víctima, interponiendo, de ser el caso, la denuncia penal, la queja, el reclamo o el recurso que sea pertinente, de manera inmediata oportuna y eficiente, bajo responsabilidad.

Esta directiva ya se está aplicando en los diversos distritos judiciales en los que está vigente el Código Procesal Penal de 2004 y ha sido aprobada mediante Resolución Administrativa N° 049-2012-JUS/DGDP, dado el nuevo Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, D.S. N° 11-2012, publicado en el diario oficial *El Peruano*, el 20 de abril de 2012, que aprueba la creación de la Dirección de Asistencia Legal y Defensa de Víctimas.

#### **j. Derecho a la reparación integral**

El nuevo papel que se le debe dar a la víctima, y la protección de sus derechos, busca también establecer procedimientos que permitan satisfacer los intereses afectados de la víctima, incluyendo los supuestos en los que si bien el autor no es sancionado penalmente pero aquella igualmente haya sufrido un daño atribuible a este.

Tales orientaciones de alguna forma pretenden dirigir –aunque de forma limitada– al Derecho Penal y al Derecho Procesal Penal hacia un sistema con componentes transaccionales en que la víctima pueda arribar con el delincuente a mecanismos de acuerdo, de manera tal que no sea necesario, en algunos casos, imponer sanciones penales, en tanto lo principal será buscar una adecuada reparación del daño para la víctima, entendiéndose a este tipo de reparación como una tercera vía en el Derecho Penal.

En ese sentido la orientación victimológica ha fijado preferentemente su atención a los actos de reparación o compensación a la víctima como medio para lograr la satisfacción de sus intereses<sup>144</sup>, y con ello a su vez propiciar una reconciliación entre el autor y la víctima.

Con la reparación, la actuación de la víctima como parte en el proceso se hace más palpable, por cuanto ella formará parte del debate sobre los términos del acuerdo, su voz será escuchada, y atendida en el proceso. Asimismo con esta figura se muestra que el proceso penal ya no consiste en una relación bilateral (fiscal-autor) sino trilateral (fiscal-autor-víctima).

Ahora bien, las propuestas que se hacen para alcanzar un acuerdo de compensación entre autor y víctima son muy diversos en los detalles, pero la idea fundamental es la misma: se debe llegar a una atenuación de la pena, o a una suspensión condicional a prueba de la pena, o, incluso, a una renuncia a la pena, si el autor repara los daños producidos y se esfuerza por alcanzar una reconciliación con la víctima<sup>145</sup>.

El profesor alemán Claus Roxin ha señalado los beneficios que, a su criterio, traería aparejada la reparación del delito<sup>146</sup>:

---

<sup>144</sup> Cfr. HIRSCH, Hans Joachim. "La reparación del daño en el marco del Derecho penal material". Traducción de Elena Carranza. En: MAIER, Julio. (Comp.). *De los delitos y de las víctimas*; Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992, pp. 56-57. LARRAURI PIOJÁN, Elena. "La reparación". En: CID MOLINÉ, José y LARRAURI PIOJÁN, Elena. (Coordinadores). *Penas alternativas a la prisión*. J.M. Bosch, Barcelona, 1997, p. 177 y ss.

<sup>145</sup> ROXIN, Claus. "Pena y reparación". En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Vol. LII-1999, Ministerio de Justicia, Madrid, 2002, p. 6.

<sup>146</sup> Véase ROXIN, Claus. "Pena y reparación". En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Vol. LII-1999, Ministerio de Justicia, Madrid, 2002, p. 7 y ss.

- i) Ventajas para la víctima:** Afirma –el jurista alemán– que, mediante los mecanismos de la reparación, la víctima resulta indemnizada rápidamente sin ningún costo ni esfuerzo propio. Mientras que en otros sistemas penales, el proceso penal impedía que la víctima pudiera obtener alguna vez una indemnización efectiva, o que en otros casos debiera acudir al Derecho Civil y a su proceso para una indemnización por daños.
- ii) Ventajas para el autor:** El interviniente (autor o partícipe) del ilícito penal tiene la posibilidad, mediante una reparación rápida y voluntaria, de salir librado con una importante atenuación de la pena, o, incluso, y tal vez, con una suspensión condicional a prueba de la misma. Tanto desde un punto de vista social como personal, ahí se encuentra una gran oportunidad de que se motive al autor para emplear todas sus fuerzas, a fin de alcanzar un acuerdo de compensación que satisfaga a la víctima. Estamos aquí, por consiguiente, ante la situación poco común en la que convergen los intereses de la víctima y del autor, y precisamente ahí reside la gran fuerza de fascinación de este modelo y la perspectiva de que supere la prueba de la práctica.
- iii) Ventajas para la administración de justicia:** La administración de justicia se ahorra un proceso civil o, por lo menos, esfuerzos inútiles de ejecución de sentencias. Pues la *action civile* o la *compensation order*, solo proporcionan a la víctima un título ejecutivo que carece de cualquier valor cuando el autor, como suele suceder, o bien no posee nada o bien se sustrae a la ejecución. Este gasto inútil de energía en el proceso y en la ejecución desaparece, en cambio, cuando el autor, tal como prevé el modelo propuesto, presta por sí mismo la indemnización de perjuicios. Además, en la administración de justicia penal se evita practicar pruebas costosas y que exigen mucho tiempo, si el autor y la víctima se ponen de acuerdo y los hechos sometidos a enjuiciamiento están fuera de discusión. Por consiguiente, cualquier acuerdo de compensación autor-víctima vinculado con la indemnización tiene que ser bienvenido por la administración de justicia.

## **Tutela de derechos<sup>147</sup>**

La Tutela de Derechos, como está planteada y desarrollada a la fecha, es un mecanismo de defensa de derechos que goza el imputado, solamente en la investigación preliminar y preparatoria, ya que por la experiencia hemos encontrado casos en los cuales se han interpuesto la misma en Juicio, ello a través de los incidentes que prevé el art. 362 del NCPP, lo cual evidencia una desnaturalización de la misma, así como se pretende confundir y equiparar a esta novísima figura procesal a una Garantía Constitucional que prevé el art. 200 de nuestra Carta Magna. Sin embargo como lo señala Villarroel Quinde Carlos Abel<sup>148</sup>, el máximo intérprete de la Constitución en el Exp. N° 03631-2011-PA/TC, ha dado a entender que es posible que el agraviado también pueda recurrir a dicha figura, porque, de lo contrario, se podría vulnerar el principio de igualdad de armas que debe regir en el proceso penal, y como consecuencia a ello el derecho de defensa.

## **Definición**

La Tutela de Derechos, es una nueva institución procesal, que busca garantizar los derechos del imputado, en la secuela de un proceso entendiéndose desde la investigación preliminar, siendo que la ley brinda a toda persona procesada la protección judicial de sus derechos fundamentales a través de un recurso efectivo esto es cuando resulten vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública (básicamente por las actuaciones realizadas por el Ministerio Público y la Policía Nacional), esta protección lógicamente va a versar sobre el irrestricto derecho al debido proceso y derecho de defensa que asiste a todo acusado, ello entendido a lo prescrito en el art. 71 de NCPP.

Así mismo Cesar Alva Florián<sup>149</sup> establece que: “la tutela de derechos es una institución procesal consagrada de manera expresa en el NCPP, que permiten que dentro del mismo proceso penal se controle judicialmente la

---

<sup>147</sup> MENDOZA CALDERÓN, Galileo “La Tutela de Derechos como doctrina jurisprudencial en el proceso penal peruano”. *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Tomo 50 - Agosto 2013- Lima, pag. 275.

<sup>148</sup> VILLARROEL QUINDE, Carlos Abel “¿Procede la tutela de derechos cuando es solicitada por el agraviado?”. *Gaceta Constitucional*. Tomo 67 - julio 2013- Lima, pág. 139.

<sup>149</sup> ALVA FLORIAN, César A. “La Tutela de Derechos en el Código Procesal Penal de 2004”. *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Tomo 11 - Mayo 2010- Lima, pág. 15.

constitucionalidad de los actos de investigación practicados por el Ministerio Público (en algunos casos con el auxilio de la Policía Nacional), sin necesidad de recurrir a un “Juez Constitucional”, con lo que se dota al proceso penal de un carácter garantista, respecto al cual hay un actor siempre vigilante de su constitucionalidad: el Juez Penal de Garantías (Juez de Investigación Preparatoria)”.

Por su parte Somocurcio Quiñones<sup>150</sup> la define como: “la Tutela de Derechos es un instrumento idóneo para salvaguardar el principio de legalidad, las garantías del imputado y, a su vez, mitigar las desigualdades entre perseguidor y perseguido. Esta institución procesal penal se constituye en uno de los principales retos para la defensa técnica, así como la investigación preparatoria es el principal reto del fiscal, donde ha de diseñar su estrategia persecutoria; y para el Juez Penal es el juicio oral, el lugar en el que debe preservar la igualdad de partes y valorar la prueba, con apego a las máximas de la experiencia, la ciencia y las reglas de la lógica; el principal reto del abogado en tanto garante de la presunción de inocencia de su patrocinado, será proveer una defensa eficaz. Para tal cometido, el abogado tendrá un instrumento: la tutela de derechos; en el sistema, un sismógrafo el derecho de defensa”.

En ese orden de ideas podemos señalar que la Tutela de Derechos es una garantía del derecho que tiene toda persona a la protección judicial de sus derechos fundamentales a través de un recurso efectivo, entendido este al restablecimiento del *statu quo* de los derechos vulnerados, que encuentra una regulación expresa en el NCPP del 2004<sup>151</sup>, (solo en cuanto a los parámetros establecidos en el art. 71 en cuanto al imputado) y 95 (en cuanto al agraviado) del NCPP), y que debe utilizarse única y exclusivamente cuando haya una infracción (ya consumada), de los derechos que le asiste tanto al imputado, como al agraviado, ello como respuesta al derecho de igualdad. Como puede apreciarse, es un mecanismo (más que procesal), de índole constitucional, que se constituye en la mejor vía reparadora del menoscabo sufrido, que incluso

---

<sup>150</sup> SOMOCURCIO QUIÑONES, Vladimir. “Tutela de Derechos en el Código Procesal Penal de 2004”. ¿Sismógrafo del derecho de defensa?. *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Tomo 6, Diciembre 2009 -Lima, pag. 290.

<sup>151</sup> ALVA FLORIÁN, César A. “Cuestiones referidas a la Tutela de Derechos y al Control de Plazos en el Nuevo Código Procesal Penal”. *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Manual 1 - Investigación Preparatoria y Etapa Intermedia Noviembre 2010- Lima, pag. 43.

puede funcionar con mayor eficiencia y eficacia que un proceso constitucional de habeas corpus<sup>152</sup>, siendo que el Juez de Investigación Preparatoria controlara la constitucionalidad de los actos de investigación practicados por el Ministerio Público (entendida con el apoyo de la Policía Nacional).

### **Marco legal**

El marco legal de la tutela de derechos la encontramos en el art. IX del T.P, y art. 95° del NCPP del 2004, en consonancia con el art. 139° inc. 3 de la Constitución Política del Estado, art. 2° y 14°, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 25° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes / Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura: ambos instrumentos internacionales, respecto a las víctimas de tortura, establecen el derecho al acceso a la justicia (nacional e internacional) y al resarcimiento e indemnización respectivos; art. 39° de la Convención sobre los Derechos del Niño; art. 7° y 8° de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer; Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delito y del Abuso de Poder: señala los derechos de las víctimas y la necesidad de brindar una protección especial; Directrices para los Niños Víctimas y Testigos de Delitos: Señala diez derechos que deben ser respetados en el tratamiento con víctimas y testigos menores de edad.

### **Objeto y finalidad**

Considero que si bien es cierto el imputado tendrá derecho a la tutela de derechos para reclamar ante el Juez de Garantías (Juez de Investigación Preparatoria), solamente en la investigación preliminar y preparatoria, mediante este procedimiento preferente y sumario, por sí mismo o por quien actúe a su nombre, (abogado defensor), la protección inmediata de sus derechos, cuando quieran que estos resulten vulnerados por la acción

---

<sup>152</sup> Idem pag. 44

u omisión de cualquier autoridad pública (entendida al Fiscal o Policía); en base al derecho de igualdad, el agraviado también puede accionar ante el Juez de garantías a fin de que su derecho sea respetado, siendo que en un primer momento, deberá acudir al propio fiscal para solicitar las subsanaciones correspondientes en orden a la precisión de los hechos atribuidos, y solo ante la desestimación del fiscal, o ante la reiterada falta de respuesta de aquel, y siempre frente a una vulneración patente de su derecho.<sup>153</sup> Siendo entonces la finalidad esencial de la Tutela, a través de la Audiencia es la protección, reguardo y consiguiente efectividad de los derechos del agraviado reconocidos por la Constitución y las Leyes, dictándose pues la medida de tutela correctiva, (que ponga fin al agravio), o reparadora (que lo repare), por ejemplo, subsanando una omisión, o protectora<sup>154</sup>.

### **Efectos de la tutela de derechos**

Los posibles efectos jurídicos según Cupe Calcina,<sup>155</sup> a los que la defensa puede aspirar vía tutela de derechos y que conforme al artículo 95 del NCPP, delimitan el marco de actuación del Juez de Investigación Preparatoria, son:

- a. Subsanan la omisión,
- b. Dictar las medidas de corrección, y
- c. Dictar las medidas de protección, según corresponda.

Es decir, el marco de actuación del Juez de Investigación Preparatoria en términos de tutela de derechos se circunscribe a subsanar -disculpar o excusar-, corregir -enmendar lo errado- y proteger -amparar, favorecer, defender-; de ninguna forma los términos antes citados implican la posibilidad de declarar nulo un acto procesal o sin efecto un elemento de convicción<sup>156</sup>.

---

<sup>153</sup>VILLEGAS PAIVA, Elky Alexander. "El agraviado y la audiencia para tutelar sus derechos en el proceso penal desde un enfoque constitucional y convencional. A propósito de la RTC. EXpx. N° 03631-2011-PA/TC". *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Tomo 74, Agosto 2015 - Lima, pag. 280.

<sup>154</sup> Acuerdo Plenario N° 04 - 2010/CJ- 116. VI Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanentes y Transitorias de la Corte Suprema de la República, de fecha 16-11-2010, fundamento 11.

<sup>155</sup>CUPE CALCINA, Eloy Marcelo "Tutela de Derechos: Una aproximación a su ámbito de Aplicación". *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Tomo 11, Mayo 2010 - Lima, pag. 53.

<sup>156</sup> SALAZAR ARAUJO, Rodolfo A. "La Tutela de Derechos y sus modalidades en el Nuevo Sistema Procesal Penal Peruano". *Alerta Informativa. Loza Ávalos - Abogados*. pág. 12. [en línea]. Disponible en Internet: [www.lozaavalos.com.pe/alertainformativa](http://www.lozaavalos.com.pe/alertainformativa).

## Características

La Tutela de Derechos, tomando como referencia la acción de tutela<sup>157</sup>, establecida en la doctrina colombiana presenta las siguientes características:

- a. **Subsidiaria o Residual;** porque solo procede cuando no se dispone de otro medio de defensa judicial, efectivamente ante la vulneración flagrante de los derechos del agraviado.
- b. **Inmediata;** porque su propósito es otorgar sin dilaciones la protección que solicita.
- c. **Sencilla o informal;** porque no ofrece dificultades para su servicio, entendida que debe ser formulada ante el Juez de Garantías, sin mayor requisito de procedibilidad, salvo que previamente se pida la subsanación al fiscal, y este renuente no la realice.
- d. **Específica;** porque se contrae a la protección exclusiva de los derechos fundamentales, del agraviado advertida en el art. 95 del NCPP.
- e. **Eficaz;** porque en todo caso exige al juez un pronunciamiento de fondo para conceder o negar el amparo del derecho petitionado.
- f. **Preferente;** porque el juez la tramitara con prelación a otros asuntos.
- g. **Sumaria;** porque es breve en sus formas y procedimientos; asimismo hay que tener en cuenta que esta procede ante un hecho presente de que la violación sea producido al momento de invocar la tutela.

## Derechos protegidos

Garantiza los derechos que han sido recogidos por nuestra norma adjetiva en el art. 95 del NCPP<sup>158</sup>, siendo estos:

- a. A ser informado de los resultados de la actuación en que haya intervenido, así como del resultado del procedimiento, aun cuando no haya intervenido en él, siempre que lo solicite;

---

<sup>157</sup> PITU. "Acción de Tutela". *El Rincón del Vago* [en línea]. [2002-05-22]. Disponible en Internet: <http://html.rincóndelvago.com/accion-d-tutela.html>

<sup>158</sup> CÓDIGO PROCESAL PENAL 2004 - Ministerio de Justicia - Lima 2011- Secretaria Técnica de Implementación del C.P.P. pag. 30.

- b.** A ser escuchado antes de cada decisión que implique la extinción o suspensión de la acción penal, siempre que lo solicite;
  - c.** A recibir un trato digno y respetuoso por parte de las autoridades competentes, y a la protección de su integridad, incluyendo la de su familia. En los procesos por delitos contra la libertad sexual se preservará su identidad, bajo responsabilidad de quien conduzca la investigación o el proceso.
  - d.** A impugnar el sobreseimiento y la sentencia absolutoria.
- 2.** El agraviado será informado sobre sus derechos cuando interponga la denuncia, al declarar preventivamente o en su primera intervención en la causa.
  - 3.** Si el agraviado fuera menor o incapaz tendrá derecho a que durante las actuaciones en las que intervenga, sea acompañado por persona de su confianza.

### **Plazo**

Si bien es cierto la norma procesal no establece un plazo para su interposición, pero haciendo una interpretación sistemática de la norma podemos indicar que tendrá hasta 120 días, esto es hasta antes de la conclusión de la investigación preparatoria, siempre y cuando se establezca la vulneración de los derechos que goza el agraviado, considerando que comúnmente esta vulneración a sus derechos se realiza en las Diligencias Preliminares de investigación, (la misma que dura 60 días), siendo que un pedido tardío, podría implicar que haya cesado la amenaza o violación de un derecho constitucional o ésta se haya convertido en irreparable, conforme a lo previsto por el art. 5.5 del C.P.Const.; aplicable supletoriamente al caso.

### **Competencia para la tutela de derechos**

Serán competentes para conocer la tutela el juez de investigación preparatoria con jurisdicción en el lugar donde ocurriere la violación que motive la presentación de la solicitud. Cuando en un lugar sean varios los jueces competentes el solicitante podrá presentar la demanda ante cualquiera de ellos (ello lógicamente al azar de acuerdo al sistema de

ingresos de causa del sistema integral judicial). Por lo que queda descartada toda posibilidad que esta pueda presentarse ante el Juez de Fallo, ya que habría precluido el estadio siendo que pudiese invocarse otros medios técnicos.

### **Legitimidad e interés**

No cabe duda que quienes están legitimados para accionar en busca de garantizar su irrestricto derecho de defensa será el investigado como el agraviado, ello en base al derecho a la igualdad, esto es desde que son comprendidos en una investigación penal; así como también podrá accionar su abogado defensor (en su nombre), en salvaguarda a su derecho fundamental.

### **Actuación temeraria**

Podría ocurrir cuando sin motivo expresamente justificado la misma tutela de derechos sea presentada por la misma persona o su abogado ante varios jueces, se rechazará o decidirán desfavorablemente todas las solicitudes, sin perjuicio de las sanciones establecidas en la Ley Orgánica del Poder Judicial; y en el Código Procesal Civil, aplicable supletoriamente al caso.

### **Inhibición y recusación**

Podemos considerar que si podría darse esta siempre y cuando se den los presupuestos que establece nuestra norma procesal adjetiva en sus artículos 53° y 54° del NCPP.

### **Requisitos de la solicitud de tutela**

Tomando como referencia la doctrina colombiana la solicitud de tutela se presentará por **escrito**, ante el Juzgado de Investigación Preparatoria, si bien la norma no ha especificado en los casos en que el solicitante no sepa escribir o sea menor de edad o cuando exista urgencia<sup>159</sup>, **la tutela podría invocarse verbalmente**, ello en aplicación a los derechos

---

<sup>159</sup> PITU. "Acción de Tutela". *El Rincón del Vago*. [en línea]. [2002-05-22]. Disponible en Internet: <http://html.rincóndelvago.com/accion-d-tutela.html>

fundamentales (derechos humanos) que se manifiestan y del cual innegablemente goza el agraviado entendiéndose: el derecho de defensa; derecho a la igualdad; las garantías del debido proceso y la protección judicial; establecidos en nuestra carta magna y en los organismos supranacionales del sistema universal del cual el estado forma parte. La solicitud contendrá:

- a. El nombre y generales de ley del solicitante;
- b. El derecho que sea vulnerado;
- c. El nombre de la autoridad, si fuere posible, o del órgano autor del agravio (Fiscalía o Comisaría),
- d. La acción que la motiva,
- e. Las medidas que se deban adoptar para la protección del derecho.
- f. Las demás circunstancias relevantes para decidir la tutela.

Es necesario dejar en claro que tanto el requerimiento escrito como verbal de la tutela de derechos debe guardar un mínimo de verosimilitud para su admisión traducida en una sucinta descripción de los hechos, siendo que estos deben tener conexión con el derecho fundamental invocado, de lo contrario cabría la posibilidad de declararla inadmisibile para su subsanación, sin perjuicio lógicamente que al no gozar de estos presupuestos declararla improcedente de plano.

### **Trámite de la tutela**

Presentada la solicitud al Juez de la Investigación Preparatoria, éste, en forma inmediata, debe realizar:

- a. Ponderación del derecho fundamental invocado (verificando *a priori*, los presupuestos de admisibilidad, esto es que el agraviado halla requerido una respuesta al fiscal, y ante su rechazo, o ante la reiterada falta, contrario sensu se declarara improcedente de plano),
- b. Una constatación en el lugar donde se encontrarían los recaudos vinculados a la afectación del derecho afectado<sup>160</sup> (ejemplo constituirse en la Fiscalía y/o Comisaría si es que al favorecido no se le quiere prestar el expediente, u obtener copias, o no se le ha explicado los resultados del

---

<sup>160</sup> AQUARA. "Tutela de Derechos". *Slideshare*. [en línea]. [2012-10-15]. Disponible en Internet: <http://www.slideshare.net/aquara/tutela-de-derechos#13540411398281&hideSpinner>

proceso, siendo que esta constatación debe ser efectuada en torno al derecho invocado en la tutela de derechos, ello en cada caso en concreto); y

**c.** Efectuada la constatación, debe citar en el mismo acto a las partes para la audiencia correspondiente, (si el juez declara infundada la tutela de derechos, el caso concluye).

Si el juez declara fundada la tutela de derechos, debe disponer la corrección o la forma de protección del derecho del imputado afectado.

### **Tutela derechos: “principio de celeridad-tiempo”<sup>161</sup>**

Tomando en cuenta la doctrina, y adecuándola a la Tutela de Derechos establecida en el NCPP, se tiene que esta es preferente y sumaria:

**a. Todos los días y horas son hábiles para proponerla;** efectivamente en la Corte Superior de Justicia de Piura, a través de la Resolución Administrativa N° 067-2011-CED-CSJPI/PJ, se aprobó la Directiva N° 01-2011-CSJP-CMICPP-P/PJ<sup>162</sup>, en la que se estableció en el punto V Materias que serán Recepcionadas durante el Turno, en el cuarto párrafo establece al Requerimiento de Tutela de Derechos cuando exista una afectación inminente a la libertad del imputado, sin embargo en base al derecho a la igualdad, considero que la víctima, también podría requerir tutela inmediata cuando el hecho sea flagrante y se vulnere su derecho, sobre todo a participar de los actos de investigación, que también pueda requerir.

**b. Trámite preferencial;** ante la interposición el Juez de Garantías deberá darle preferencia (excepto habeas corpus).

**c. Los plazos son perentorios e improrrogables;** ello en base a que mayormente se interpondrá está en la investigación preliminar (no descartando la preparatoria), cuando se avizora la vulneración del derecho fundamental del agraviado.

**d. Las notificaciones son inmediatas y por el medio más expedito;** esto conforme lo establece el art. 129°.2, del NCPP, esto quiere

---

<sup>161</sup> PITU. “Acción de Tutela”. *El Rincón del Vago* [en línea]. [2002-05-22]. Disponible en Internet: <http://html.rincóndelvago.com/accion-d-tutela.html>

<sup>162</sup> RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA N° 067-2011-CED-CSJPI/PJ, emitida por el Consejo Ejecutivo Distrital de la Corte Superior de Justicia de Piura, de fecha 12 de diciembre 2011.

decir por teléfono, correo electrónico, fax, etc, o cualquier otro medio de comunicación, de lo que se hará constar en autos, y de lo establecido en los arts. 18 y 19 del Reglamento de Notificaciones, Citaciones y Comunicaciones bajo las Normas del Código Procesal Penal.

**e. Se puede prescindir de todo conocimiento para conceder la tutela;** solamente en el caso en que la vulneración al derecho fundamental del agraviado es incuestionable e innegable.

**f. Presunción de veracidad;** todo agraviado que recurra al órgano jurisdiccional, tendrá que hacerlo en base a los principios procesales de veracidad, probidad, lealtad y buena fe en todos sus actos e intervenciones en el proceso; ello en base a su Deber de Garante, para con el proceso, caso contrario podría estar sometido a las sanciones que establece la ley.

### **Causales de procedencia de la tutela**

Al respecto Verapinto Márquez<sup>163</sup>, establece 04 causales de procedencia:

**a. Cuando no se ha dado cumplimiento a las disposiciones contenidas en el artículo 71° numerales 1** (derechos del imputado reconocidos en la Constitución y en la ley), **y 2** (los derechos que deben ser informados de manera inmediata y directa al imputado por los jueces, fiscales y la policía), en ese mismo sentido también de acuerdo al derecho de igualdad, el agraviado también podría recurrir al Juez cuando no se da cumplimiento a lo establecido en el art. 95° del NCPP.

**b. Cuando los derechos del imputado no son respetados**, en ese mismo sentido a los derechos que también le asiste al agraviado, regulados en la Constitución Política y dispersos en el NCPP, con excepción de aquellos para cuya tutela existan mecanismos procesales específicos. Así tenemos por ejemplo, el caso del derecho a un plazo razonable en este caso no procede la tutela de derechos, pues el NCPP ha diseñado la figura del “Control de Plazos”, previstos en los artículos 334°.2 y 343°.3. En todos los demás casos en que no se respeten los

---

<sup>163</sup> VERAPINTO MARQUEZ, Otto S. “La Tutela de Derechos del Imputado en el Nuevo Código Procesal Penal” - *Gaceta Penal & Procesal Penal* -Tomo 11- Mayo 2010 - Lima pag. 35-37.

derechos del agraviado, procede la tutela de derechos, teniendo como límite estacional la conclusión de la investigación preparatoria.

**c. Cuando el agraviado es objeto de medidas limitativas de derechos indebidas,** en este ámbito es relevante precisar que las medidas que limitan derechos fundamentales (bloqueo de cuentas, control de comunicaciones, etc), salvo las excepciones previstas en la Constitución, solo pueden dictarse por la autoridad judicial, en el modo, forma y con las garantías previstas por la ley, y mediante resolución debidamente motivada, a instancia de la parte procesal legitimada. La orden judicial, por su parte, debe sustentarse en suficientes elementos de convicción, en atención a la naturaleza y finalidad de la medida y al derecho fundamental objeto de limitación, así como respetar el principio de proporcionalidad, conforme lo señala el artículo VI del Título Preliminar del NCPP.

**d. Requerimientos ilegales;** es el Ministerio Público el director de la investigación, pero bajo las limitaciones y contrapesos que el nuevo sistema procesal penal supone. Así, asume el rol de titular de la acción penal, de conductor de la investigación, de acusador, así como un rol dispositivo, de parte y requirente. El fiscal, mediante requerimientos, insta al Juez de la Investigación Preparatoria, incluyendo los actos preliminares de la investigación, el dictado de actos jurisdiccionales (por ejemplo, constitución de partes, limitación de derechos, etc.), o la autorización para realizar determinados actos restrictivos de derechos (incautación de bienes, control de comunicaciones y de documentos, etc.). Estos supuestos se refieren a los requerimientos ilegales que formula el Ministerio Público como conductor de la investigación preparatoria, al practicar los actos de investigación regulados en los artículos 64, 122, 322.2 y 323 NCPP.

Siendo que estos actos de investigación podrán quedar viciados o excluidos, según sea el caso siempre y cuando vulneren los derechos establecidos en el art. 95 del NCPP.

Por nuestra parte podemos advertir adicionalmente, según la doctrina jurisprudencial:

**e. Cuando se actúe prueba ilegítima;** efectivamente como ya lo estableció el legislador todo medio de prueba debe ser valorado solo si ha sido obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo, esto como lo estatuye el art. VIII del T.P. del NCPP, esto quiere decir que se podrá solicitar la exclusión del material probatorio, (esta es la base de sucesivas medidas o diligencias), siempre que no exista una vía propia para alcanzar este propósito, conforme lo recoge el **Acuerdo Plenario N° 04-2010/CJ-116**<sup>164</sup>, en consonancia con los derechos reconocidos al imputado en el art. 95° del NCPP.

**f. Cuando la disposición de formalización de la investigación preparatoria, tiene omisiones en la imputación fáctica y jurídica;** con ello se garantizara que no solo el imputado tenga un mínimo nivel de detalle que le permita saber el suceso histórico que se le atribuye y la forma, y circunstancia en que pudo tener lugar, sino que también la víctima pueda tener un control sobre el mismo, esto es que no se le tome en cuenta el hecho histórico del cual, esta habría sido perjudicado por el delito, (esto es no se le considera agraviado de un hecho o la clasificación jurídica, del hecho es en desmedro de la víctima), siendo que en ambos casos, en primer orden deber acudir al propio fiscal para solicitar las subsanaciones, conforme quedo establecido en el **Acuerdo Plenario N° 02 – 2012/CJ- 116, I Pleno Jurisdiccional Extraordinario** de las Salas Penales Permanentes y Transitorias de la Corte Suprema de la Republica<sup>165</sup>, (véase que este pleno solo toma en cuenta al imputado, lo cual consideramos un trato desigual a la víctima), y ante la desestimación o ante la reiterada falta de respuesta de este, al Juez de Investigación Preparatoria (requisito de admisibilidad), para que se le emplace y requiera al Fiscal la corrección del mismo.

### **Causales de improcedencia**

Por otro lado conforme lo determina el **Acuerdo Plenario N° 04-2010/CJ-116**, de fecha 16 de noviembre del 2010, emitido en el VI Pleno

---

<sup>164</sup> **Acuerdo Plenario N° 04 – 2010/CJ- 116.** VI Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanentes y Transitorias de la Corte Suprema de la Republica, de fecha 16-11-2010, fundamento 17.

<sup>165</sup> **DIARIO OFICIAL EL PERUANO. Normas Legales.** Pag. 471452. Acuerdo Plenario N° 02 – 2012/CJ- 116. I Pleno Jurisdiccional Extraordinario de las Salas Penales Permanentes y Transitorias de la Corte Suprema de la Republica. 26-07-2012. Fundamento 10.

Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, el mismo que es de observancia obligatoria para todos los jueces de la República, señala que el ...*Juez está habilitado para realizar un control de admisibilidad de la petición respectiva y, en su caso, disponer el rechazo liminar...*; pero véase que dicho acuerdo solo está referido para el imputado, sin embargo podríamos ver que también esta situación análoga, puede ser para el agraviado. Así, los jueces de garantías podrán rechazar liminarmente una solicitud de Tutela de Derechos cuando<sup>166</sup>:

- Se cuestione requerimientos o disposiciones fiscales, que vulneran derechos fundamentales constitucionales, pero que tiene una vía propia para la denuncia o control respectivo.
- La admisión de diligencias sumariales solicitadas por la defensa durante la investigación, puesto que para ello rige lo establecido en el art. 337.4 del NCPP.
- No se vulnere derechos fundamentales relacionados con los enunciados en el art. 95 del NCPP, esto en función al trato igual de las partes.
- Se cuestiona la Formalización de la Investigación Preparatoria, por parte del Ministerio Público, ello en el entendido que se pretenda el archivo de las investigaciones, por parte de la víctima, manifestándose la aplicación de un criterio de oportunidad, sin que esta sea sometida al control del Juez de Garantías.

### **Convocatoria audiencia de tutela**

Siendo ello así podemos advertir que el Juez de Garantías (Juez de Investigación Preparatoria), no se encuentra obligado a convocar a la Audiencia de Tutela, sino que puede rechazar este pedido, en base a la calificación *a priori*, del requerimiento, lo cual significa que puede declararla improcedente, cuando no se advierta la vulneración de un derecho fundamental, del agraviado, ceñido a lo que establece básicamente el art. 95 del NCPP, siendo que si se advirtiese una conducta

---

<sup>166</sup> Acuerdo Plenario N° 04 - 2010/CJ- 116. VI Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanentes y Transitorias de la Corte Suprema de la República, de fecha 16-11-2010. pág. 5 y 6.

maliciosa del agraviado o su abogado, el juzgador podría imponerle algún tipo de sanción disciplinaria, que establezca la ley, contrario sensu el Juez de Garantías, tendrá la obligación de convocar a la Audiencia de Tutela con la presencia obligatoria del Requirente (solicitante, afectado, etc), y del representante del Ministerio Público, siendo que ante la incomparecencia injustificada a la Audiencia por parte del abogado del solicitante, esta deberá ser declarada inadmisibles y disponer el archivo definitivo de los actuados, conforme se aprecia del art. 423°. 3 del NCPP, y del art. 41.3 del Reglamento General de Audiencias bajo las normas del Código Procesal Penal, aprobado mediante Resolución Administrativa N° 096 - 2006 - CE – PJ, de fecha 28 de junio del 2006, aplicable al caso, debiéndose emitir en dicho acto la resolución que corresponda.

### **Protección del derecho tutelado**

Es necesario tomar como referencia la acción de tutela<sup>167</sup>, que es vista como una garantía constitucional en el ordenamiento colombiano, pero adecuándola en lo pertinente a esta novísima institución procesal diríamos que cuando esta solicitud se dirija contra una acción de la autoridad el fallo que conceda la tutela tendrá por objeto garantizar al agraviado el pleno goce de su derecho, y volver al estado anterior de la violación, cuando fuere posible.

Cuando lo impugnado hubiere sido la denegación de un acto o una omisión, (que podría advertirse eventualmente), el fallo ordenara realizarlo o desarrollar la acción adecuada, para lo cual se otorgara un plazo prudencial perentorio (considerando que este procedimiento es sumarísimo, el plazo no debe exceder de 24 horas). Si la autoridad es renuente a lo ordenado, y no expide el acto requerido, el juez previa constatación podrá disponer lo necesario para que el derecho sea libremente ejercido sin más requisitos. Ordenándose su inmediata cesación, así como evitar una nueva violación o amenaza, perturbación o restricción<sup>168</sup>, a la víctima (por ejemplo no se le informa del proceso, no

---

<sup>167</sup> PITU. "Acción de Tutela". *El Rincon del Vago*. [en línea]. [2002-05-22]. Disponible en Internet: <http://html.rincóndelvago.com/accion-d-tutela.html>

<sup>168</sup> Idem.

se le quiere brindar copias de los actuados, o no se realiza una actuación requerida, esto un acto de investigación), debiéndose tomar las medidas correctivas que corresponda, siendo que si bien es cierto ello no se encuentra establecido en nuestra norma adjetiva, se deberá tener en cuenta la ponderación de los derechos fundamentales del agraviado, entendiéndose, el respeto al derecho de defensa, al derecho de igualdad o trato igualitario; las garantías del debido proceso y la protección judicial; establecidos en nuestra carta magna.

### **Cumplimiento del fallo**

Preferido el fallo que concede la tutela, la autoridad responsable del agravio deberá cumplirla sin demora. Si no lo hiciere el juez, a nuestro criterio (ya no está previsto en la norma adjetiva, y teniendo el deber de administrar justicia), podrá tomar dos opciones:

- a. Remitir copia al Ministerio Público, para la denuncia, por un presunto delito de Desobediencia a la Autoridad.
- b. Se dirigirá al superior del responsable, y le requerirá para que lo haga cumplir y abra el correspondiente procedimiento disciplinario contra aquel<sup>169</sup>.

En todo caso, el juez establecerá los demás efectos del fallo para el caso concreto y mantendrá la competencia hasta que esté completamente restablecido el derecho, ello en atribución a que se es un Juez de Garantías.

### **Alcances del fallo**

El cumplimiento del fallo de la tutela de derechos no impedirá que se proceda contra la autoridad pública, si las acciones u omisiones en que incurrió generaren responsabilidad, tanto administrativa como penal.

### **Contenido del fallo**

Si bien es cierto como ya lo citamos supra no existe un procedimiento establecido, pero advertimos que el Juez, debe dictar fallo

---

<sup>169</sup> Idem.

inmediatamente luego de culminada la audiencia de tutela y en base a la intermediación que pueda tener de los elementos de convicción que se actúen en la misma, y de constatar la vulneración de los derechos del agraviado (en lo referido a lo establecido en el art. 95 del NCPP), este deberá contener:

- a. La identificación del sujeto o sujetos de los cuales provenga la amenaza o vulneración<sup>170</sup>.
- b. Hechos materia de agravio o de imputación.
- c. La determinación del derecho tutelado.
- d. Pretensión de la conducta a cumplir con el fin de que sea efectiva la tutela.
- e. El plazo perentorio para el cumplimiento de lo resuelto.
- f. El apercibimiento ante el incumplimiento de lo resuelto.
- g. Entre otras, que establezca el Juez de Garantías, con el fin de reestablecer el derecho vulnerado del imputado.

### **Notificación del fallo**

Las partes quedaran debidamente notificadas en el mismo acto luego de emitirse el Fallo, y de culminada la Audiencia de Tutela, conforme a lo prescrito en el art. 16.1 que prevé: “Las resoluciones que se dicten en el curso de una audiencia o diligencia serán notificadas en forma oral”; del Reglamento de Notificaciones, Citaciones y Comunicaciones bajo las Normas del Código Procesal Penal<sup>171</sup>, o a través de cualquier otro medio de comunicación, de lo que se hará constar en autos, conforme lo establece el art. 129°.2, del NCPP.

### **Impugnación de la tutela**

En el presente caso advertiríamos hasta tres escenarios distintos:

- a. Improcedencia liminar de la tutela,
- b. Infundado el pedido, por parte del solicitante, y
- c. Fundado el requerimiento.

---

<sup>170</sup> Idem.

<sup>171</sup> RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA N° 096 - 2006 - CE - PJ. *Reglamento de Notificaciones, Citaciones y Comunicaciones bajo las Normas del Código Procesal Penal*. 28 de junio del 2006.

Siendo ello así en este procedimiento novísimo el legislador no ha establecido regulación alguna a fin de regular la interposición de los recursos impugnatorios contra la resolución judicial de tutela de derechos (estimatoria o desestimatoria). Por lo que recurriendo a lo establecido en la Constitución Política del Perú, en el art. 139 inc. 6. *La pluralidad de la instancia*. (Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos - Caso Castillo Petrucci y otros Vs. Perú - Sentencia de Fondo, reparaciones y costas, Capítulo XI, párrafo 161), establece un principio y derecho de la función jurisdiccional, el de la doble instancia, y la recurribilidad de los fallos, por toda persona sometida a proceso. Por su parte el NCPP, ha establecido en el art. 413°. 2 al recurso de apelación, concordado con el art. 414°.1 párrafo c) *tres días para el recurso de apelación contra autos interlocutorios...*, así mismo el art. 416°.1, párrafo e) *Los autos expresamente declarados apelables o que causen gravamen irreparable*. Por lo que, considerando los tres escenarios descritos *supra*, y más aún que se causaría un gravamen irreparable, para el requirente, consideramos que dicha resolución judicial es susceptible de ser apelada, la cual debe ser elevada al Superior Jerárquico con efecto devolutivo. Siendo que el *Ad quem* conferirá traslado del escrito de fundamentación del recurso de apelación al Ministerio Público y a los demás sujetos procesales por el plazo de cinco días. Absuelto el traslado o vencido el plazo para hacerlo, si la Sala Penal Superior estima inadmisibles los recursos podrá rechazarlos de plano. En caso contrario, la causa queda expedita para ser resuelta, y se señalará día y hora para la audiencia de apelación, conforme se infiere de lo señalado en el art. 420°.1 y 2 del NCPP.

### **Tutela de derechos para la víctima**

No cabe duda que la víctima en este nuevo sistema procesal, ha ganado un rol protagónico, esto no solo en el derecho a la información, y participación del proceso penal, tanto más aún que nuestra norma adjetiva en el art. 95° del NCPP, le confiere al agraviado una serie de derechos, sino que para la acción reparatoria del delito, la norma procesal le a conferido ciertas facultades, ello lógicamente cuando está constituido en

actor civil, conforme se infiere del art. 104° del NCPP, consecuentemente cesara la legitimidad del Ministerio Publico para poder intervenir en el objeto civil del proceso.

Para Alva Florián<sup>172</sup>, señala la posibilidad de que la víctima recurra a través de la tutela de derechos, es válida y tiene su fundamento jurídico y dogmático, a partir de una interpretación sistemática y armónica con los principios constitucionales, siendo que solo podría recurrir a la acción de tutela para cuestionar o proteger los derechos que le asisten, así como por ejemplo el de información y el de participación en el proceso, siendo básicamente el sustento jurídico lo normado en el numeral 3 del art. I del TP, del NCPP del 2004, el cual sostiene que las partes intervendrán en el proceso penal con “iguales posibilidades de ejercer las facultades y derechos previstos en la Constitución y en este código”, y que los jueces preservaran el principio de igualdad procesal, debiendo allanar todos los obstáculos que impidan o dificulten su vigencia.

Por otro lado Juan H. Sánchez Córdova<sup>173</sup>, citando a Juan Montero Aroca, señala que si bien es cierto el derecho de defensa no es exclusivo del imputado, sino que es un derecho fundamental atribuido a las partes de todo el proceso, que consiste básicamente en la necesidad de que estas sean oídas para que puedan alegar y probar, y de que conozcan y puedan rebatir todos los materiales de hecho y derecho que influyan en la resolución judicial.

Es por ello que antes de la dación del **Acuerdo Plenario N° 04-2010/CJ-116**, de fecha 16 de noviembre del 2010, emitido en el VI Pleno Jurisdiccional; y del **Acuerdo Plenario N° 02 – 2012/CJ- 116**, de fecha 26 de marzo del 2011, emitido en el I Pleno Jurisdiccional Extraordinario ambos de las Salas Penales Permanentes y Transitorias de la Corte Suprema de la Republica, en la cual se observó que algunos órganos jurisdiccionales, advertían ciertos inconvenientes en que si la tutela de derechos, también podía ser utilizada, por la parte agraviada, durante el proceso penal (básicamente en la investigación preparatoria), esto

---

<sup>172</sup> ALVA FLORIÁN, César A. “Cuestiones referidas a la Tutela de Derechos y al Control de Plazos en el Nuevo Código Procesal Penal”, *Gaceta Penal & Procesal Penal. Manual 1 - Investigación Preparatoria y Etapa Intermedia* Noviembre 2010- Lima, pág. 48 -.

<sup>173</sup> SÁNCHEZ CORDOVA, Juan H. “La Tutela de Derechos en la Investigación Preparatoria”. *el & Procesal Penal. Manual 1 - Investigación Preparatoria y Etapa Intermedia* Noviembre 2010- Lima, pág. 81.

lógicamente con el único fin de podersele garantizar sus derechos fundamentales reconocidos, si bien es cierto el art. 337 numeral 4 del NCPP, establece que: *“Durante la investigación, tanto el imputado como los demás intervinientes podrán solicitar al Fiscal todas aquellas diligencias que consideraren pertinentes y útiles para el esclarecimiento de los hechos. El Fiscal ordenará que se lleven a efecto aquellas que estimare conducentes”*, pero si el Fiscal no apreciara los actos de investigación que le solicitara el agraviado, podrá instar al Juez de Garantías un pronunciamiento judicial, y no como erróneamente se hacía en vía de tutela de derechos, (lógicamente que este derecho no tendría forma de ser amparado vía tutela), hecho efectivamente reafirmado por el Acuerdo Plenario N° 04-2010/CJ-116, de fecha 16 de noviembre del 2010, el mismo que es de observancia obligatoria para todos los jueces de la República; en consecuencia ante la inacción, archivo u otra forma que agravie a la víctima en uso a sus derechos por parte del Fiscal, se tendrá que agotar los mecanismos que la ley le franquea, (lógico como requisito previo ante el mismo órgano), siendo que considero errónea que solamente sea el imputado que goce del monopolio de la tutela de derechos, situación que va en contra no solo de nuestro ordenamiento nacional citado supra, sino también en los diversos pactos, declaraciones, tratados, en la cual se garantiza el derecho del agraviado, sobre todo a gozar de un derecho a un trato igual en el proceso (lógico solo en lo que corresponda), siendo que el mismo puede ejercerlo, por sí mismo o través de su abogado defensor, haciendo valer los derechos que la Constitución Política y las leyes le conceden, conforme a los derechos supra ya citados.

### **Tutela de derechos vs garantías constitucionales**

Algunos sostienen que la Tutela de Derechos, es una nueva Garantía Constitucional, establecida en la ley, y que inclusive de mayor efectividad que el Habeas Corpus, en ese sentido la doctrina establece que las garantías constitucionales<sup>174</sup>, son todas aquellas instituciones que en

---

<sup>174</sup> VIPOGO. “Garantías Constitucionales en el Perú”. *ClubEnsayos*. [en línea]. [2011-10-04]. Disponible en Internet: <http://clubensayos.com/Religi%C3%B3n/Garantias-Constitucionales-En-El-Peru/78662.html>

forma expresa o implícita están establecidas por la Ley Fundamental para la salvaguarda de los derechos constitucionales y del sistema constitucional. Si bien en el lenguaje corriente los vocablos derechos y garantías son empleados como sinónimos, sus significados difieren completamente en el lenguaje jurídico. Los derechos son las regulaciones jurídicas de las libertades del hombre. Son la esencia jurídica de la libertad, mientras que las garantías son los instrumentos jurídicos establecidos para hacer efectivos los derechos del hombre. En el marco constitucional, las garantías son los medios que la Ley Fundamental pone a disposición de los hombres para sostener y defender sus derechos frente a las autoridades, los individuos y los grupos sociales, y sin las cuales el reconocimiento de estos últimos será un simple catálogo de buenas intenciones.

La garantía es el instrumento que la ley otorga al individuo para que, por su intermedio, pueda hacer efectivo cualquiera de los derechos que esa misma ley le reconoce, y el Instrumento que tiene el sistema constitucional para asegurar su subsistencia. Dicho de otro modo la garantía constitucional es el instrumento procesal protector de la constitución, esto de los derechos fundamentales que goza toda persona, la misma que se encuentra dentro del amplio concepto de proceso constitucional<sup>175</sup>. Siendo que la Constitución Política del Perú, a establecido en el Título V de las Garantías Constitucionales, en el art. 200º, a las siguientes: La Acción de Habeas Corpus, La Acción de Amparo, La Acción de Habeas Data, La Acción de Inconstitucionalidad, La Acción Popular y La Acción de Cumplimiento; teniendo todas estas una naturaleza distinta a la tutela, viendo por ejemplo que el Hábeas Corpus<sup>176</sup>, es una institución jurídica que persigue "evitar los arrestos y detenciones arbitrarias". Se basa en la obligación de presentar a todo detenido en un plazo perentorio ante el juez, que podría ordenar la libertad inmediata del detenido si no encontrara motivo suficiente de arresto; siendo esto un imposible jurídico con la Tutela de Derechos, ya que de ninguna manera podría ordenar una

---

<sup>175</sup> GARCIA BELAUNDE, Domingo. "Notas sobre las Garantías Constitucionales en el Perú". [en línea]. [Lima. Marzo 1989]. Disponible en Internet: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/iidh/cont/10/dtr/dtr1.pdf>

<sup>176</sup> WIKIPEDIA. "Habeas Corpus". *Wikipedia la enciclopedia libre*. [en línea]. [2013-05-12]. Disponible en Internet: [http://es.wikipedia.org/wiki/H%C3%A1beas\\_corpus](http://es.wikipedia.org/wiki/H%C3%A1beas_corpus)

la libertad, ya que solamente podrá ordenar la protección, corrección o subsanación del derecho fundamental vulnerado por la Policía o el Fiscal, en cuanto a los derechos de la víctima.

Entiéndase así que la Tutela de Derechos es una garantía constitucional de las partes en el proceso penal, institución procedimental de seguridad y de protección creado a favor de las personas que enfrentan un proceso penal para que dispongan de medios que hacen efectivo el goce de los derechos frente al peligro o riesgo de que sean desconocidos<sup>177</sup>. Como puede apreciarse, la Tutela de Derechos es un mecanismo del derecho que tiene toda persona a la protección judicial de sus derechos fundamentales a través de un recurso efectivo, entendido este al restablecimiento del *statuo quo* de los derechos vulnerados, que encuentra una regulación expresa en el NCPP del 2004<sup>178</sup>, (solo en cuanto a los parámetros establecidos en el art. 95 del NCPP), y que debe utilizarse única y exclusivamente cuando haya una infracción de los derechos que le asiste a la ofendido por el delito.

## **2.3 Bases Epistemológicas**

### **Teoría de los derechos fundamentales<sup>179</sup>**

#### **El concepto de una teoría jurídica general de los derechos fundamentales de la ley fundamental**

Es posible formular teorías de tipos muy distintos sobre los derechos fundamentales. Las teorías históricas que explican el surgimiento de los derechos fundamentales, las teorías filosóficas que se ocupan de su fundamentación, y las teorías sociológicas acerca de la función de los derechos fundamentales en el sistema social, son sólo tres ejemplos. No existe casi ninguna disciplina en el ámbito de las ciencias sociales que no esté en

---

<sup>177</sup> QUISBERT, Ermo. "Garantías Constitucionales del Individuo en el Proceso Penal". [en línea]. [2006-04-07. Apunte 5]. Disponible en Internet: <http://www.oocities.org/penalprocesal/gc.pdf>

<sup>178</sup> ALVA FLORIÁN, César A. "Cuestiones referidas a la Tutela de Derechos y al Control de Plazos en el Nuevo Código Procesal Penal". *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Manual 1 - Investigación Preparatoria y Etapa Intermedia Noviembre 2010- Lima, pág. 43.

<sup>179</sup> ALEXY, Robert - *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Edit. Sociedad Anónima de Fotocomposición. Reimpresión 2012. Madrid, pág. 11.

condiciones de aportar algo a la problemática de los derechos fundamentales desde su punto de vista y con sus métodos.

De lo que aquí se trata es de una teoría jurídica general de los derechos fundamentales. El objeto y el carácter de esta teoría resultan de las tres características ya indicadas: primero, es una teoría de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental; segundo, es una teoría jurídica y tercero, una teoría general.

**a) Una teoría de los derechos fundamentales de la ley fundamental.**

Una teoría de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental es una teoría de determinados derechos fundamentales que tienen validez positiva. Esto te distingue de las teorías de los derechos fundamentales que han tenido validez en el pasado (teorías histórico-jurídicas), así como de las teorías sobre los derechos fundamentales en general (teorías teórico-jurídicas) y de teorías sobre los derechos fundamentales que no son los de la Ley Fundamental, por ejemplo, teorías sobre los derechos fundamentales de otros Estados o teorías de los derechos fundamentales de los Estados federados que integran la República Federal de Alemania. El hecho de que deba distinguirse entre estas teorías no significa que no existan conexiones entre ellas. Las teorías histórico-jurídicas y las teorías de los derechos fundamentales de otros Estados pueden, dentro del marco de la interpretación histórica y de la interpretación comparativa, respectivamente, jugar un papel importante en la interpretación de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental. Una conexión con las teorías teórico-jurídicas se produce, por ejemplo, del hecho de que en ellas de lo que se trata es, entre otras cosas, de las estructuras de los derechos fundamentales que resultan posibles y necesarias, es decir, de una teoría general de las formas de los derechos fundamentales. El hecho de que determinados derechos fundamentales tengan validez significa que todas las estructuras necesarias, y algunas de las posibles, de los derechos fundamentales han cobrado realidad. Como consecuencia, por una parte, una teoría sobre determinados derechos fundamentales válidos puede beneficiarse de las perspectivas teórico-jurídicas, y por otra, puede contribuir a ellas por medio del análisis de su materia.

Justamente para comprender este tipo de conexiones es importante diferenciar lo conectado.

**b) Una teoría jurídica de los derechos fundamentales de la ley fundamental.**

Una teoría jurídica de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental es, en tanto teoría del derecho positivo de un determinado orden jurídico, una teoría dogmática. Dista mucho de ser claro qué es lo que convierte a una teoría en una teoría dogmática y, por lo tanto, en jurídica. Parece obvio orientarse, ante todo, por aquello que realmente se practica como ciencia del derecho y se denomina «dogmática jurídica» o «jurisprudencia», es decir, por la ciencia del derecho en sentido estricto y propio. Si se sigue esta vía, es posible diferenciar entre tres dimensiones de la dogmática jurídica: la analítica, la empírica y la normativa. Dicho brevemente, la dimensión *analítica* nace de la exploración conceptual y sistemática del derecho válido. El espectro de tareas se extiende aquí desde el análisis de los conceptos fundamentales (por ejemplo, el concepto de norma, de derecho subjetivo, de libertad y de igualdad), pasando por la construcción jurídica (por ejemplo, la de la relación entre el supuesto de hecho y los límites a los derechos fundamentales y la del efecto entre terceros), hasta la investigación de la estructura del sistema jurídico (por ejemplo, el llamado efecto de irradiación de los derechos fundamentales) y del fundamento de los derechos fundamentales (por ejemplo, de la ponderación).

De una dimensión *empírica* de la dogmática jurídica se puede hablar en un doble sentido: primero, en relación con el conocimiento del derecho positivo válido y, segundo, en relación con la utilización de premisas empíricas en la argumentación jurídica, por ejemplo, en el marco de argumentos consecuencialistas. Aquí habrá de interesar sólo lo primero.

Quien considere que el objeto de la dimensión empírica es el conocimiento del derecho positivo válido tendrá que presuponer un amplio y polifacético concepto del derecho y de la validez. En la dimensión empírica no se trata tan sólo de la descripción del derecho legislado sino también de la descripción y el pronóstico de la praxis judicial, es decir, no sólo del derecho legislado sino también del derecho judicial. Además, en la medida en que es condición de la validez

positiva del derecho legislado y judicial", la eficacia del derecho es también objeto de la dimensión empírica. Por lo tanto, el objeto de la dimensión empírica se extiende más allá de los conceptos de derecho y de validez del positivismo legislativo. Las razones para que ello sea así pueden apreciarse fácilmente, sobre todo en el ámbito de los derechos fundamentales. Debido a la textura abierta de las disposiciones que los establecen, poco es lo que se gana si sólo se conoce el derecho legislado. Incluso quien sostiene una concepción del concepto y de la validez del derecho acorde con el positivismo legislativo, cuando, como jurista, escribe un comentario sobre los derechos fundamentales o cuando, como abogado, asesora a un cliente en asuntos de derechos fundamentales o, como juez constitucional, fundamenta una decisión, no puede renunciar al conocimiento y a la consideración de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal. Aquí puede dejarse sin responder la pregunta de cómo ha de construirse esto en cada caso, desde el punto de vista de las teorías de la validez y de las fuentes del derecho". Basta constatar que existe un concepto amplio del conocimiento del derecho positivo válido, que no puede ser ignorado por nadie que desee satisfacer las exigencias de las profesiones jurídicas.

La caracterización de la segunda dimensión como «empírica» no implica que el conocimiento del derecho positivo válido se agote en el conocimiento de los hechos observables o que pueda ser reducido a ellos. Es un lugar común afirmar que *sólo* a partir de constataciones como aquella, en la que un número de personas reunidas en una sala, primero hablan y luego levantan la mano, no puede siempre inferirse la existencia de un derecho válido, cualquiera que sea el sentido que se dé a esta expresión. Quien, 'sobre la base de estos hechos, quiera formular enunciados sobre el derecho válido, tiene que interpretarlos a la luz de suposiciones que son las que hacen que estos hechos sean fuente de derecho. Los detalles de este pro-ceso de interpretación son objeto de discusión. Lo único que aquí interesa es que su punto de partida son siempre hechos en un sentido empírico estricto. Esto justifica hablar de una «dimensión empírica».

En la tercera dimensión, en la *normativa*, se va más allá de la simple narración de aquello que puede identificarse en la dimensión empírica como derecho positivo válido, para llegar a la orientación y crítica de la praxis jurídica, sobre todo de la praxis de la actividad judicial. Para ella; es constitutiva la pregunta de

cuál es, en el caso concreto y sobre la base del derecho positivo válido, la decisión correcta. En todos los casos discutidos, la respuesta a esta pregunta incluye las valoraciones de quien da la respuesta. En gran medida, la dogmática jurídica es un intento de dar una respuesta racionalmente fundamentada a problemas valorativos que han quedado sin resolver en el material autoritativo que ya existe. Esto confronta a la dogmática jurídica con el problema de la posibilidad de fundamentar racionalmente los juicios de valor. Más adelante se mostrará que, en principio, ello es posible.

El problema de la valoración se plantea, sobre todo, en la interpretación del material autoritativo, verificable de manera empírica, y cuando se trata de llenar sus lagunas. En esta medida, se puede hablar de un «*problema de complementación*». Al problema de la complementación se añade el *problema de la fundamentación*, en la medida en que para identificar el material autoritativo sea indispensable llevar a cabo valoraciones. En el ámbito del derecho constitucional, el problema de la fundamentación puede ser importante, por ejemplo, en el marco del problema de las llamadas normas constitucionales inconstitucionales o al responder la pregunta atinente a la fuerza vinculante de los precedentes del Tribunal Constitucional Federal. En última instancia, el problema de la fundamentación está también vinculado con la pregunta de por qué se debe obedecer la Constitución, aun cuando en relación con este aspecto no juegue casi ningún papel en la dogmática de los derechos fundamentales.

En la historia de la ciencia del derecho —y, más aún, en la de las teorías sobre la ciencia del derecho—, suele variar la importancia de las tres dimensiones. Un ejemplo bien claro al respecto es el paso de la jurisprudencia de conceptos a la jurisprudencia de intereses para llegar a la jurisprudencia de valores. De cómo se determine la relación de las tres dimensiones depende lo que en cada caso se conciba como jurídico en sentido estricto y propiamente dicho. Para conseguir determinar esta relación, es necesario recurrir a un punto de vista comprensivo de las tres dimensiones. Un criterio de esta naturaleza es el carácter de la ciencia del derecho en tanto disciplina *práctica*. La ciencia del derecho, tal como se cultiva en la actualidad, es, ante todo, una disciplina práctica porque su

pregunta central es: ¿qué es lo debido en los casos reales o imaginarios? Esta pregunta se plantea en la ciencia del derecho desde una perspectiva que coincide con la del juez.

Esto no significa que la ciencia del derecho no pueda adoptar, además, otras perspectivas, ni que en ella se trate siempre directamente de la solución de casos concretos. Lo que significa es que la perspectiva del juez es la que caracteriza primariamente a la ciencia del derecho y que, por mas abstractos que puedan ser, los enunciados y teorías que se exponen en ella desde esta perspectiva, están siempre referidos a la solución de casos, es decir, a la fundamentación de juicios jurídicos concretos relativos al deber ser".

Frente a las tres dimensiones, el carácter de la ciencia del derecho como disciplina práctica resulta ser un principio unificador. Si la ciencia del derecho ha de cumplir racionalmente su tarea práctica, tiene entonces que vincular a las tres dimensiones entre sí. Tiene que ser una disciplina integradora multidimensional: la vinculación de las tres dimensiones es una condición necesaria de la racionalidad de la ciencia del derecho como disciplina práctica.

Es fácil reconocer cuáles son las razones por las cuales ello es así. Para poder dar una respuesta a la pregunta de qué es lo jurídicamente debido, hay que conocer el derecho positivo válido. El conocimiento del derecho positivo válido es una tarea de la dimensión empírica. El material autoritativo que puede recogerse en la dimensión empírica no es suficiente para fundamentar de una forma vinculante el juicio jurídico concreto de deber ser en todos los casos más o menos problemáticos. Ello hace necesario recurrir a valoraciones adicionales y, así, a la dimensión normativa. La claridad conceptual, la no contradicción y la coherencia son presupuestos de la racionalidad de toda ciencia. Los numerosos problemas sistemático-conceptuales de los derechos fundamentales muestran cuan importante es el papel de la dimensión analítica dentro del marco de una ciencia práctica de los derechos fundamentales que desee asumir su tarea de una manera racional.

La vinculación de las tres dimensiones en la orientación de la tarea práctica de la ciencia del derecho, constituye lo dogmático y, con ello, lo jurídico en sentido estricto. Si, sobre esta base, ¿se define el concepto de teoría jurídica? entonces una teoría jurídica de los derechos fundamentales de la Ley

Fundamental es una teoría adscrita al contexto de las tres dimensiones y orientada a la tarea práctica de la ciencia del derecho.

### **c) Una teoría jurídica general de los derechos fundamentales de la ley fundamental**

Una teoría general de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental es una teoría en la que se abordan los problemas que se plantean en todos los derechos fundamentales o en todos los derechos fundamentales de un determinado tipo, por ejemplo, en todos los derechos de libertad, de igualdad o de prestación. Su contrapartida es una teoría particular, que trata los problemas especiales de los derechos fundamentales singulares. Esta distinción apunta al alcance de la teoría. El alcance de una teoría es un asunto de diferentes grados. De este modo, una teoría que se centra en los problemas comunes a todos los derechos de libertad es desde luego una teoría general pero es menos general que una teoría que trata los problemas que afectan a todos los derechos fundamentales.

Es difícil distinguir entre teorías generales y particulares cuando se trata de los derechos fundamentales que tienen el carácter de derechos fundamentales generales, es decir, el derecho general de libertad y el derecho general de igualdad. En estos casos, ya el objeto mismo reviste generalidad. Con todo, también aquí puede distinguirse entre una teoría general de estos derechos, en cuanto derechos fundamentales de un determinado tipo, y una teoría particular que se ocupa de ciertos problemas singulares relativos a la interpretación de estos derechos.

### **El derecho general de igualdad<sup>180</sup>**

#### **a) Igualdad en la aplicación y en la creación del derecho**

Al igual que en el caso de los derechos de libertad, también en los derechos de igualdad hay que distinguir entre el derecho general de igualdad y los derechos especiales de igualdad. Los derechos especiales de igualdad son los estatuidos, por ejemplo, por los artículos 3 párrafo 2 y 3, 6 párrafo 5, 33 párrafos

---

<sup>180</sup> Ídem pág. 347.

1-3, 38 párrafo 1 LF y el artículo 136 párrafos 1 y 2 de la Constitución de Weimar en vinculación con el artículo 140 LF; el derecho general de igualdad es estatuido por el artículo 3 párrafo 1 LF. Aquí habrá de considerarse sólo este último. El artículo 3 párrafo 1 LF: «Todas las personas son iguales ante la ley», se formula con la ayuda de la fórmula tradicional «ante la ley». Como lo sugiere su texto, esta fórmula se ha interpretado durante largo tiempo exclusivamente en el sentido de un mandato de *igualdad en la aplicación del derecho*. De esta manera, por definición, el mandato de igualdad en la aplicación del derecho puede vincular sólo a los órganos que aplican el derecho pero no al legislador. Anschütz;" formula brevemente su sentido de la siguiente manera: "Las leyes deben aplicarse sin tomar en cuenta la persona". En sus detalles, el mandato de igualdad en la aplicación del derecho presenta una estructura complicada, por ejemplo, cuando para la precisión de conceptos vagos, ambiguos y valorativamente abiertos, así como para el ejercicio de competencias discrecionales, exige reglas referidas a casos concretos. Sin embargo, el núcleo es simple. Exige que toda norma jurídica sea aplicada a *todo* caso que cae bajo su supuesto de hecho y a *ningún* caso que no caiga bajo dicho supuesto, es decir, que las normas jurídicas tienen que ser obedecidas. Sin embargo, que las normas jurídicas deban ser obedecidas, es algo que ellas mismas ya establecen, al expresar un deber ser. En esta medida, el mandato de igualdad en la aplicación del derecho exige tan sólo aquello que, de todas maneras, es válido si las normas jurídicas son válidas. Este mandato refuerza la vinculación de los órganos de aplicación del derecho a las normas dictadas por el legislador, sin establecer exigencias con respecto al contenido de estas normas, es decir, sin vincular al legislador. El legislador puede discriminar como quiera, y en la medida en que sus normas discriminatorias se apliquen en todos los casos, se cumple con el mandato de igualdad en la aplicación del derecho.

En contra de la limitación del significado del artículo 3 párrafo 1 LF al mandato de igualdad en la aplicación del derecho, puede aducirse argumentos fuertes. El artículo 3 párrafo 1 LF sería una disposición de derecho fundamental que no podría vincular al legislador y, por lo tanto, tampoco lo vincularía. Esto contradiría, primero, el artículo 1 párrafo 3 LF que vincula a los tres poderes, es decir, también al legislador, a los «derechos fundamentales subsiguientes».

Segundo, contradiría la voluntad del Constituyente que habría formulado la vinculación del legislador justamente al principio de igualdad y que habría renunciado a una formulación semejante, sólo porque ella era superflua desde el punto de vista del artículo 1 párrafo 3 LF. Tercero, contradiría la idea de los derechos fundamentales que expresan una desconfianza frente al legislador, lo que implica que las leyes por él dictadas —cuando ello es posible de manera racional— deben ser sometidas a un control de derecho fundamental. Habrá que exponer que es posible un **control racional sobre la base del principio de igualdad**.

Justo en este sentido, el Tribunal Constitucional Federal consideró en sus primeras decisiones, como algo evidente, **la vinculación del legislador al principio de igualdad**, es decir, la interpretación del artículo 3 párrafo 1 LF, no sólo como mandato de igualdad en la aplicación del derecho sino también como mandato de *igualdad en la creación del derecho*. En puntos esenciales podía apoyarse aquí en algunos trabajos previos de la época de Weimar, sobre todo en los de Leibholz. Con la excepción de unas pocas opiniones", en lo que concierne a los lineamientos generales, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal ha encontrado consenso o ha sido simplemente aceptada. Ella será el objeto central de las reflexiones siguientes acerca de la estructura del derecho general de igualdad.

#### **b) La estructura del mandato de igualdad en la creación del derecho**

El mandato de igualdad en la creación del derecho exige que todos sean tratados igual por el legislador. Pero, ¿qué significa esto?

Es fácil de oír qué es lo que esto no puede significar. No puede significar ni que el legislador tiene que poner a todos en las mismas posiciones jurídicas ni que tenga que procurar que todos presenten las mismas propiedades naturales y se encuentren en las mismas situaciones fácticas. El legislador no sólo puede establecer el servicio militar sólo para los adultos, penas sólo para los delincuentes, impuestos según el monto de los ingresos, ayuda social sólo para los necesitados y condecoraciones sólo para ciudadanos distinguidos, sin violar el principio de igualdad; tiene también que hacerlo si no quiere dictar normas no funcionales (por ejemplo, una obligación de prestar el servicio militar dirigida a los niños), disparatadas (por ejemplo, penas para todos) e

injustas normas (por ejemplo, de pago de impuestos *per cápita*). La igualdad de todos con respecto a todas las posiciones jurídicas conduciría no sólo a normas no funcionales, disparatadas e injustas, sino que también eliminaría los presupuestos para el ejercicio de competencias. Todo elector debería ser también elegido y todo subordinado debería ser también jefe. Todo vendedor tendría no sólo el derecho a que se le pague el precio de venta sino también el deber de pagarlo, etc. Igualmente claro es que el principio de igualdad no puede exigir la igualdad en todas las propiedades naturales y en todas las situaciones fácticas en las que se encuentran los individuos. Quizás las diferencias en la salud, la inteligencia, la belleza, pueden hasta cierto punto ser reducidas o compensadas pero, su eliminación tropieza con límites naturales. A ello se agrega que la creación de una coincidencia de todos, desde todos los puntos de vista, aun cuando fuera posible, no sería deseable. La coincidencia de todos, desde todos los puntos de vista, tendría como consecuencia que todos querrían hacer lo mismo. Sin embargo, si todos hacen lo mismo, sólo es posible lograr un nivel intelectual, cultural y económico muy limitado.

Por lo tanto, el principio general de igualdad dirigido al legislador no puede exigir que todos deban ser tratados exactamente de la misma manera y tampoco que todos deban ser iguales, desde todos los puntos de vista. Por otra parte, si ha de tener algún contenido, no puede permitir todas las diferenciaciones y todas las distinciones. Cabe preguntarse si, y cómo puede encontrarse una vía intermedia entre estos extremos. Una clave al respecto la ofrece la fórmula clásica: «Hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual», que —en múltiples variaciones y complementaciones— constituye la columna vertebral de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal sobre el artículo 3 párrafo 1 LF.

La fórmula “Hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual”, puede interpretarse de dos maneras totalmente distintas. La primera interpretación la limita al postulado de una práctica de decisión universalista. Para el legislador, esto significa que las normas por él dictadas tienen que tener la forma de normas universales condicionadas, es decir, la forma: «Para todo  $x$  es válido que si  $x$  tiene las propiedades  $P_1, P_2, \dots, P_n$ , entonces está ordenado que para  $x$  valga la consecuencia jurídica  $C$ ».

Las normas de esta forma tratan a todas las  $x$  igual en la medida en que para todas las  $x$ , si son iguales con relación a  $P_1, P_2, \dots, P_n$ , prevén la misma consecuencia jurídica. No puede haber ninguna duda de que un postulado de este tipo, que corresponde al principio de universalidad de Haré, y al principio de la justicia formal de Perelman, formula un postulado básico de la racionalidad práctica que es válido tanto para el legislador como para quien aplica el derecho; pero, tampoco puede haber ninguna duda de que con este postulado no se ha ganado mucho. Este postulado no dice nada acerca de cómo deben ser tratados qué individuos con qué propiedades. Si el principio general de igualdad se limitara a una práctica universalista de decisión, el legislador podría llevar a cabo cualquier discriminación sin violarlo, siempre que lo presentara bajo la forma de normas universales, algo que siempre es posible. Bajo esta interpretación, la legislación nacionalsocialista contra los judíos no vulnera la fórmula «Hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual».

Se logra una vinculación material del legislador, sólo si la fórmula «Hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual» no se interpreta como una exigencia relativa a la forma lógica de las normas, sino como una exigencia relativa a su contenido, es decir, no en el sentido de un mandato de *igualdad formal* sino *material*. Los problemas de una interpretación semejante resultan de que —como lo observa correctamente el Tribunal Constitucional Federal—, nunca dos personas o dos situaciones vitales personales son iguales desde todos los puntos de vista. Las relaciones humanas, siempre es igualdad y desigualdad con respecto a determinadas propiedades. Los juicios de igualdad que constatan la igualdad con respecto a determinadas propiedades, son juicios sobre relaciones tríadicas,  $a$  es igual a  $b$  con respecto a la propiedad  $P$  (propiedades  $P_1, P_2, \dots, P_n$ ). Este tipo de juicios son juicios de igualdad *parcial*, es decir, juicios acerca de una igualdad  *fáctica* referida sólo a algunas y no a todas las propiedades del par de comparación. Tales juicios son verdaderos si tanto  $a$  como  $b$  poseen la propiedad  $P$  (las propiedades  $P_1, P_2, \dots, P_n$ ). Lo mismo es válido en relación con los juicios de desigualdad.

Los juicios de igualdad fáctica parcial no dicen todavía nada acerca de si está ordenado un trato igual o uno desigual. La igualdad fáctica parcial es conciliable con un trato desigual y la desigualdad fáctica parcial, con un trato igual. Que  $a$  sea un marinero al igual que  $b$  no excluye la posibilidad de que  $a$  sea penado

por cometer hurto pero *b* no. Que *a* sea un marinero y *b* un empleado de banco no excluye la posibilidad de que ambos sean penados por cometer hurto. Por lo tanto, «igual» y «desigual» en la fórmula «Hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual» deben ser entendidos de una manera diferente a una igualdad o desigualdad fácticas, desde algún punto de vista. Dado que no existen dos personas o dos situaciones humanas entre las cuales no exista tanto una igualdad fáctica parcial como una desigualdad fáctica parcial, todo tendría que tratarse siempre, al mismo tiempo, como igual y como desigual, si la fórmula se refiriese a la igualdad y desigualdad fáctica parcial, desde algún punto de vista.

Dado que no existe tanto una igualdad como una desigualdad, desde todos los puntos de vista (igualdad/desigualdad fáctica universal) entre los individuos y las situaciones humanas y, dado que la igualdad (desigualdad) fáctica parcial, desde algún punto de vista, no basta como condición de aplicación de la fórmula, ésta puede referirse sólo a una cosa: la igualdad y la desigualdad *valorativa*. Si ha de ser posible un orden jurídico diferenciado, la igualdad (desigualdad) valorativa tiene que relativizarse de dos maneras. Ella tiene que ser una igualdad valorativa *relativa a igualdades (desigualdades) fácticas parciales* pues si se agotara en una igualdad valorativa sin más de los individuos, no podría contribuir en absoluto a la fundamentación de tratos diferenciados. Tiene que ser, además, una igualdad valorativa *relativa a determinados tratos*, pues, si no lo fuera, no podría explicarse por qué dos personas que, desde un punto de vista, tienen que ser tratadas igualmente, no han de ser tratadas igualmente, desde todos los puntos de vista. A estas dos relativizaciones, que son las condiciones para que un trato diferenciado sea posible, se agrega una tercera, la *relativización* con respecto a un *criterio de valoración* que permite decir qué es valorativamente igual y desigual. La frase «Hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual» no contiene un criterio semejante sino que su aplicación lo presupone. La igualdad material conduce, entonces, necesariamente al asunto de la valoración correcta y, con ello, a la pregunta de qué es una legislación correcta, razonable o justa. Esto pone claramente de manifiesto el problema capital del principio general de igualdad. Es posible formularlo en dos preguntas, estrechamente vinculadas entre sí, es decir, primero, si y en qué medida es posible fundamentar racionalmente los

juicios de valor que es necesario llevar a cabo dentro del marco del principio de igualdad y, segundo, quién ha de tener en el sistema jurídico la competencia para formular, en última instancia y con carácter vinculante, aquellos juicios de valor: el legislador o el Tribunal Constitucional. Con estas preguntas queda delimitado el campo de los problemas en el que tiene que moverse toda interpretación del artículo 3 párrafo 1 LF, en cuanto norma que vincula materialmente al legislador.

## **Trato igual y desigual**

### **El mandato de trato igual**

De acuerdo con la jurisprudencia permanente del Tribunal Constitucional Federal, existe una diferenciación arbitraria «cuando para la diferenciación legal no es posible encontrar [...] una razón razonable, que surja de la naturaleza de la cosa o que, de alguna forma, sea concretamente comprensible». Por lo tanto, una diferenciación es arbitraria y, por ello, está prohibida, cuando no es posible encontrar una *razón* a favor de ella, que esté calificada de una determinada manera. La calificación de esta razón se describe de varias maneras. En la cita que se acaba de mencionar se exige que se trate de una razón razonable o que surja de la naturaleza de la cosa o que, de alguna otra manera, sea concretamente comprensible. En otras formulaciones se exige que la falta de objetividad de la razón de la diferenciación no puede ser «evidente» y, en otras, simplemente, que la razón hace que la diferenciación esté «justificada». El trasfondo de estas fórmulas está constituido por el postulado de «una forma de consideración orientada por la idea de la justicia».

De todo esto se infiere que tiene que haber una razón *suficiente* para las diferenciaciones, que las justifique y que la cualificación de la razón como suficiente es un *problema de valoración*. Aquí habrá de interesar sólo lo primero. Que para la admisibilidad de las diferenciaciones tiene que haber una razón suficiente que las justifique significa que, cuando no existe una razón semejante, está ordenada la igualdad de trato. Esto puede formularse con el siguiente enunciado, que constituye una precisión de la versión débil del principio general de igualdad antes mencionado: (7) “**Si no hay ninguna razón**

**suficiente para permitir un trato desigual, entonces está ordenado un trato igual”.**

No existe ninguna razón suficiente para permitir una diferenciación si todas las razones que hay que tener en cuenta tienen que considerarse como insuficientes. Esto es justo lo que ocurre cuando no se consigue una fundamentación para permitir la diferenciación. Como se ha observado reiteradamente, el principio general de igualdad establece así la carga de la argumentación para los tratos desiguales.

### **El mandato de trato desigual**

La segunda parte del enunciado «Hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual», constituye una piedra de toque para esta tesis y también un instrumento para su explicación. La simetría de esta formulación sugiere interpretar el mandato de trato desigual de la misma manera que el de trato igual, es decir, explicitarlo con la siguiente norma de trato desigual que estructuralmente coincide con (7): (8) **“Si no hay ninguna razón suficiente para permitir un trato igual, entonces está ordenado un trato desigual”.**

Sin embargo, esto tendría como consecuencia que se establecería una carga de argumentación tanto para los tratos iguales como para los desiguales, lo que eliminaría toda ventaja del trato igual y, como lo ha señalado Podlech, conduciría al mandato de fundamentar «que la regulación jurídica tendría que ser así y *no de otra manera*». El principio de igualdad se convertiría, entonces, en una simple exigencia de fundamentación de las normas. Perdería toda orientación hacia la igualdad. Por ello, Podlech propone prescindir de la segunda parte de la fórmula, es decir, adscribir al artículo 3 párrafo 1 LF sólo una norma de igualdad de trato y no también una norma de trato desigual.

Una solución tan radical sería sólo recomendable si fuera inevitable. Sin embargo, no lo es. Se puede perfectamente tener ambas cosas: una orientación hacia la igualdad y, tanto una norma de trato igual como una de trato desigual. Naturalmente, para ello, la norma de trato desigual no puede tener, como en (8), la misma estructura que la norma de trato igual (7). Más bien, tiene que tener la siguiente forma: (9) **“Si hay una razón suficiente para ordenar un trato desigual, entonces está ordenado un trato desigual”.**

Esta fórmula se diferencia de la norma de igualdad de trato expresada en (7) porque para el mandato de un trato desigual exige que se logre una fundamentación, justo de este mandato<sup>45</sup>, mientras que la norma de igualdad de trato deja que sea suficiente para el mandato de igualdad de trato el que no se haya logrado una fundamentación del permiso (admisibilidad) de una diferenciación. Justo en esta asimetría consiste la carga de la argumentación a favor del trato igual.

La asimetría entre la norma de igualdad de trato y la norma de desigualdad de trato tiene como consecuencia que el principio general de igualdad puede ser interpretado en el sentido de un *principio de igualdad* (\*) que, *prima facie*, exige un trato igual y sólo permite un trato desigual si puede ser justificado con razones contrapuestas.

### **El principio de igualdad y la valoración**

La interpretación del principio de igualdad como regla de la carga de la argumentación puede estructurar un poco más el problema de la valoración, pero no solucionarlo. El principio de igualdad no da respuesta a la pregunta de qué es una razón suficiente para permitir u ordenar una diferenciación. Para ello, son indispensables otros puntos de vista, cierta-menté valorativos. Justo aquí es relevante la crítica fundamental a una sujeción del legislador al principio general de igualdad, que aduce que una sujeción semejante tendría como consecuencia que el Tribunal Constitucional Federal pudiera imponer sus concepciones acerca de una legislación correcta, razonable o justa y desplazar las del legislador, lo que significaría «un desplazamiento de competencias en contra del sistema constitucional a favor de la jurisprudencia judicial y en contra del Poder legislativo». Sin embargo, esta objeción—que, en última instancia, señala que el Tribunal Constitucional Federal se convierte, en virtud del principio general de igualdad, en un Tribunal de la Justicia con competencias ilimitadas— puede refutarse.

Por lo pronto, hay que tener en cuenta que el principio general de igualdad es *lex generalis*, frente a las normas especiales de igualdad. Esto conduce aun considerable debilitamiento del problema. Las «decisiones materiales de igualdad», adoptadas en las normas especiales de igualdad, por ejemplo, en el artículo 3 párrafos 2 y 3 LF, vuelven superflua, en los numerosos casos

comprendidos por ellas, la solución de un problema valorativo dentro del marco del principio general de igualdad.

Además, el principio general de igualdad —cuando se interpreta en el sentido débil aquí propugnado— deja un amplio margen de acción al legislador. Por ello, la tesis según la cual el Tribunal Constitucional Federal, es puesto en el lugar del legislador tiene que ser restringida considerablemente. El margen de acción del legislador, reiteradamente subrayado por el Tribunal Constitucional Federal, resulta de dos cosas: de la estructura de las normas de trato igual y desigual [(7), (9)] y del concepto de arbitrariedad.

Según (7), en caso de que existan razones suficientes para permitir un trato desigual, no está ordenado un trato igual. Sin embargo, bajo esta condición, tampoco está ordenado un trato desigual, pues, para ello, (9) exige razones suficientes no sólo para permitir sino también para ordenar un trato desigual. Si hay casos en los que hay razones suficientes para permitir pero no para ordenar un trato desigual, también hay casos en los cuales el principio general de igualdad no ordena ni un trato igual ni uno desigual sino que permite tanto un trato igual como uno desigual, es decir, confiere al legislador un margen de acción.

La interpretación del concepto de razón suficiente, con la ayuda del concepto de arbitrariedad, procura que haya casos en los cuales ciertas razones suficientes jueguen a favor de permitir pero no de ordenar un trato desigual. Una razón es suficiente para permitir un trato desigual si, en virtud de esta razón, el trato desigual no es arbitrario. Como lo ha expuesto Leibholz, la arbitrariedad es una versión aumentada de la incorrección. Por lo tanto, un trato desigual no es arbitrario no sólo cuando es la mejor solución o la más justa, sino también cuando existen razones plausibles para permitirlo. Que existen diferencias entre la razón plausible y la mejor razón relevante, es algo que se reconoce en que un tribunal puede, sin más, sostener que la mejor razón juega en contra de permitir un trato desigual y admitir que existe una razón plausible a su favor. Sin embargo, una razón plausible a favor de permitir un trato desigual, no es todavía una razón suficiente para la obligatoriedad de un trato desigual. Por lo tanto, que un trato desigual no sea arbitrario no implica que un trato igual sea arbitrario. Por cierto, con todo esto no se ha dicho qué márgenes de acción

tiene el legislador, pero sí se ha expuesto *que* el legislador tiene ciertos márgenes de acción.

Así, pues, en contra de la sujeción del legislador al principio de igualdad, no puede aducirse que ella trae como consecuencia que el Tribunal Constitucional Federal adquiera la competencia para hacer valer irrestrictamente sus valoraciones en lugar de las del legislador. Lo que se aduce es tan sólo que, en virtud del principio general de igualdad, adquiere determinadas competencias para fijar límites a la competencia del legislador. Esto significa también que, en cierta medida, las valoraciones del Tribunal se ponen por encima de las del legislador. Sin embargo, ello no basta para fundamentar una objeción.

Todo control del legislador por parte de un Tribunal Constitucional implica que, en una cierta medida, se da preferencia a las valoraciones del Tribunal frente a las del Legislador. En una variedad de casos, lo que las normas constitucionales ordenan no se infiere lógicamente sólo del texto literal de las disposiciones constitucionales; tampoco, con la ayuda de reglas metodológicas, es posible fundamentarlo necesariamente a partir de ellas y de otros datos jurídicamente relevantes. El enunciado según el cual toda interpretación de la Constitución incluye valoraciones del intérprete es tan trivial como fundamental. Por ello, si con la vinculación al principio de igualdad no ha de renunciarse a toda jurisprudencia constitucional, para la fundamentación de la tesis de que este principio conduce a una ampliación inadmisibles de la competencia del Tribunal Constitucional, no puede recurrirse simplemente al hecho de que su aplicación presupone valoraciones. Lo que habría que exponer es que, dentro del marco de la aplicación del principio general de igualdad; es indispensable una medida semejante de valoraciones subjetivas o incontrolables que, en lo que se refiere a la vinculación del legislador, obligaría a tratar al principio general de igualdad de una manera diferente a las otras normas de derecho fundamental. Sin embargo, no existe ningún motivo para ello. En la aplicación de todas las normas de derecho fundamental hay que solucionar problemas valorativos básicos. También en su interpretación existe la posibilidad de que el Tribunal reduzca, de una manera injustificable, el margen de acción que le corresponde al legislador en virtud de la Ley Fundamental.

Ciertamente, se podría intentar reducir, en alguna medida, el peligro de que el Tribunal Constitucional restrinja injustificablemente las com-

petencias del legislador, eliminando la vinculación—controlable por el Tribunal Constitucional—del legislador a determinadas normas de derecho fundamental como la del artículo 3 párrafo 1 LF; sin embargo, el precio que por ello se pagaría sería demasiado alto. Todas las posibilidades de discriminación distan mucho de estar comprendidas por las normas especiales de igualdad. No puede excluirse la posibilidad de que una mayoría parlamentaria lleve a cabo una discriminación no contemplada por las normas especiales de igualdad y que, desde el punto de vista del derecho constitucional, tendría que calificarse como inadmisibles. En todo caso, la no extensión de la protección iusfundamental a este tipo de discriminaciones podría estar justificada, si los juicios sobre la admisibilidad o inadmisibilidad inconstitucional fueran necesariamente juicios puramente subjetivos. Sin embargo, este no es el caso. También sin necesidad de entrar en la teoría de la fundamentación jurídica racional, puede decirse que existe una pluralidad de posibilidades de fundamentación racional de los juicios iusfundamentales de igualdad y desigualdad. Puede pensarse, por ejemplo, dentro del marco de aplicación del principio general de igualdad, en la posibilidad de apoyar los juicios valorativos necesarios en otras normas constitucionales (argumentación sistemática), en las posibilidades de la argumentación basada en precedentes, fundada en la—con el paso del tiempo, cada vez más rica—jurisprudencia constitucional, así como en idea de la justicia sistémica.

### **Igualdad jurídica e igualdad de hecho**

Hasta ahora, de lo que se trataba era primordialmente de los presupuestos para la obligatoriedad, prohibición y permisión de un trato igual y de un trato desigual. No se ha prestado ninguna atención a la pregunta de qué es un trato igual y qué es un trato desigual. Sin embargo, hay motivos suficientes para plantearla. Ella conduce al problema de si la fórmula «Hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual» implica o no que el Estado está obligado a la creación de la igualdad fáctica.

### **Acerca de los conceptos de trato igual jurídico y de hecho**

Los conceptos de trato igual y desigual tienen una ambigüedad básica. Pueden ser interpretados como referidos a los actos y como referidos a las consecuencias. La interpretación referida a los actos apunta exclusivamente a la acción estatal en sí, que hay que juzgar. En cambio, para la interpretación *referida a las consecuencias*, lo decisivo son las consecuencias prácticas de la acción estatal. Para aclarar esta distinción es idónea la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal sobre el derecho al amparo de pobreza. En una decisión de hace ya varios años, de lo que se trataba era de si el no otorgamiento del derecho al amparo de pobreza para iniciar un proceso judicial, a pesar de la obligación de tener un abogado, vulneraba el artículo 3 párrafo 1 LF. Según la interpretación del concepto de trato referido al acto, las personas con recursos y las que carecen de ellos, no se tratan de una manera desigual, sino igual, por cuanto las ventajas del derecho al amparo de pobreza se otorgan a ambas clases de personas de la misma manera. Siguiendo una difundida terminología, habrá que decir que ambas reciben un trato jurídico igual. Sin embargo, según la interpretación del concepto de trato referido a las consecuencias, las personas que tienen recursos y las que carecen de ellos, no son tratadas igual sino desigualmente, pues el no otorgamiento del derecho de amparo de pobreza impide a quien carece de recursos, pero no a quien los posee, «recorrer una vía judicial prevista por la ley, tan sólo por carecer de los medios económicos necesarios». Una vez más, siguiendo una difundida terminología, habrá que decir que ambas personas reciben un trato *fáctico* desigual. Debido a la desigualdad de hecho en el trato, el Tribunal Constitucional Federal supone una vulneración del enunciada “Hay que tratar igual lo igual” y lo fundamenta en el sentido de lo expuesto más arriba, sosteniendo que no existe ninguna razón suficiente que justifique el trato (fáctico) desigual. La distinción entre trato igual y desigual, jurídico y fáctico, puede refinarse considerablemente. Para los fines que aquí se persiguen, basta lo dicho.

### **Los principios de igualdad jurídica e igualdad de hecho**

Aquella decisión sobre el derecho de amparo de pobreza, a la que siguieron muchas otras más<sup>61</sup> y que en su estructura muestra fuertes similitudes con

decisiones sobre la igualdad de oportunidades de los partidos políticos, permite reconocer un problema fundamental de toda interpretación del principio general de igualdad en el sentido de un mandato de creación de igualdad de hecho. El Tribunal Constitucional Federal lo expresa con las siguientes palabras: «la promoción de determinados grupos significa tratar a otros desigualmente». Quien desee crear igualdad de hecho tiene que aceptar una desigualdad jurídica. Por otra parte, debido a la desigualdad fáctica de las personas, la igualdad jurídica deja siempre que existan algunas desigualdades de hecho y, a menudo, hasta las refuerza. Si se adscribe al artículo 3 párrafo 1 LF tanto un *principio de igualdad jurídica* como un *principio de igualdad de hecho*, se produce dentro del marco del principio de igualdad una colisión fundamental: lo que según uno de los principios es un trato igual es, según el otro, un trato desigual y viceversa. Por ello, si se unen ambos principios en un principio superior de igualdad, puede decirse que este principio omnicomprendivo de la igualdad implica una «paradoja de la igualdad». Quien parte de un principio omnicomprendivo de igualdad, semejante, se enfrenta no sólo con el problema, muchas veces estudiado, de la relación entre la libertad y la igualdad, sino que tiene que solucionar una parte considerable de los problemas de la igualdad, incluso dentro del marco del principio de igualdad. La paradoja de la igualdad puede evitarse fácilmente cuando es posible renunciar totalmente al principio de la igualdad jurídica o al principio de la igualdad de hecho. Desde el punto de vista del derecho constitucional, hay que excluir la posibilidad de renunciar al principio de igualdad jurídica porque no puede haber ninguna duda de que este principio es un elemento del derecho constitucional vigente. Quien tenga alguna duda al respecto puede superarla echando una mirada a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal. A este argumento jurisprudencial se suman argumentos prácticos generales. La igualdad jurídica es un valor en sí mismo. De dos situaciones que son iguales desde todos los puntos de vista menos en uno, de tal manera que, en la primera existe una desigualdad jurídica y en la segunda no, hay que preferir la primera. En este sentido, existe un paralelismo entre la igualdad jurídica y la libertad negativa. Además, como ya se señalara más arriba, la carga de la argumentación para los tratos desiguales es un postulado básico de la racionalidad práctica. Este postulado es válido, en todo caso, para el trato

desigual en el sentido que se refiere a los actos. A esto se suma un argumento que, sólo a primera vista, es exclusivamente pragmático. El principio de la igualdad jurídica —como sólo apunta al acto de trato como tal y no tiene que considerar sus múltiples efectos— puede aplicarse con mucha mayor facilidad y certeza que el de la igualdad de hecho. Un padre que regala a sus dos hijos dos balones iguales, satisface plenamente —sin mayor reflexión y con certeza— la igualdad referida al acto. En cambio, es un asunto muy difícil e inseguro de juzgar, si de esta manera crea igualdad en lo que se refiere a las consecuencias. Si uno de los hijos está feliz con el regalo y el otro se siente triste, no se ha creado, desde el punto de vista del criterio de la igualdad de felicidad, ninguna igualdad en relación con las consecuencias. Desde luego, el criterio de igualdad en la felicidad es uno de los criterios más inseguros de la igualdad fáctica. Sin embargo, pone claramente de manifiesto un problema central de la creación de la igualdad táctica, es decir, el que consiste en que quien actúa puede controlar y percibir el proceso de creación de la igualdad sólo de una manera muy imperfecta. Por lo tanto, no puede haber ninguna duda de que el principio de la igualdad jurídica no puede sacrificarse en aras de la igualdad de hecho.

### **Acerca del papel del principio de la igualdad de hecho**

Así pues, para evitar una colisión dentro del principio de igualdad, en el marco del artículo 3 párrafo 1 LF, quedaría sólo la posibilidad de renunciar a la adscripción del principio de la igualdad de hecho al artículo 3 párrafo 1 LF en cuanto principio jurídicamente vinculante y que confiere derechos subjetivos exigibles judicialmente. Para tal fin, no es necesaria su exclusión del ordenamiento jurídico. Este principio puede ser interpretado como una norma que, si bien no puede ser impuesta judicialmente, vincula, sin embargo, al legislador y, como tal, permanece adscrita al artículo 3 párrafo 1 LF o se adscribe a la cláusula del Estado social del artículo 20 párrafo 1 LF. También desde el punto de vista de esta interpretación puede tener una vinculación con los derechos subjetivos. En este caso, no como una norma que fundamenta derechos subjetivos pero sí como una norma que justifica la introducción de ciertas restricciones a este tipo de derechos. No obstante, todo esto es secundario.

La primera pregunta es, si se puede llevar a cabo o hay que renunciar a la adscripción del principio de la igualdad de hecho al artículo 3, párrafo 1 LF en cuanto principio que, básicamente, también puede fundamentar derechos subjetivos y cuyo respeto está sometido al control del Tribunal Constitucional Federal.

Las opiniones están divididas y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal es ambigua. Por una parte, se dice que el principio de igualdad no ordena al legislador «dictar una regulación que impida que estados de cosas desiguales, *de acuerdo con la desigualdad existente*, conduzcan a diferentes consecuencias jurídicas». Por otra, con respecto al artículo 3 párrafo 1 LF, se observa que «el legislador, en principio, no puede conformarse con aceptar, sin más, las diferencias de hecho existentes; si son incompatibles con las exigencias de la justicia, tiene que eliminarlas». Esto último puede interpretarse en el sentido del enunciado, muchas veces citado, que aparece en la Sentencia sobre el Partido Comunista de Alemania, según el cual el principio del Estado social exige «realizar progresivamente la igualdad hasta la medida razonablemente exigible».

Scholler ha observado que la «concreción del principio de igualdad [...] depende del concepto y de la imagen del Estado». Sin embargo, con respecto al concepto y la imagen del Estado, puede decirse que ellos expresan siempre una filosofía del Estado y del derecho más o menos desarrollado. Por ello, siguiendo a Dreier, puede decirse: la interpretación del principio de igualdad que se elija depende de la filosofía del derecho y del Estado que se tenga. Esta afirmación puede referirse a toda disposición de derecho fundamental, pero tiene una importancia mayor para el principio de igualdad, por cuanto las preguntas de filosofía del derecho y filosofía del Estado, vinculadas con la igualdad, son muy controvertidas. Se discute no sólo cuál es el contenido justificado de las exigencias de la igualdad, sino también si es posible dar respuestas racionalmente fundamentadas a las preguntas de la igualdad y, si no se trata, más bien, de un conflicto entre ideologías y concepciones del mundo que no puede decidirse racionalmente. Parecería, pues, que en el problema acerca de si hay que adscribir al artículo 3 párrafo 1 LF también el principio de igualdad de hecho, de lo que se trata es de una pregunta que

puede responderse adecuadamente sólo dentro del marco de una discusión básica de teoría jurídica, teoría del Estado y epistemología.

Sin embargo, sería apresurado —siguiendo esta impresión— comenzar con una discusión de asuntos normativos y epistemológicos básicos. Se dejaría entonces de lado una vía de solución que exige mucho menos esfuerzo y tiene muchas más perspectivas de éxito que un ingreso directo en el análisis de asuntos básicos: la vía del análisis dogmático basado en la teoría de las normas. Un análisis semejante, muestra que existe un modelo de solución que toma en cuenta tanto la igualdad jurídica como la igualdad de hecho y, al mismo tiempo, deja espacio para un amplio espectro de diferentes concepciones sobre el peso de ambos principios. Habrá de mostrarse que este modelo basta para la aclaración de los problemas aquí relevantes. Por lo pronto, se presentará el modelo. A continuación, sobre su base, habrán de discutirse algunas objeciones en contra de la adscripción del principio de igualdad de hecho al artículo 3, párrafo 1 LF.

La base del modelo está constituida por la fórmula clásica: «Hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual». De acuerdo con lo expuesto más arriba, la primera parte debe interpretarse mediante la norma de trato igual: (7) Si no hay ninguna razón suficiente para permitir un trato desigual, entonces está ordenado un trato igual y su segunda parte, mediante la norma de trato desigual:

(9) Si hay una razón suficiente para ordenar un trato desigual, entonces está ordenado un trato desigual.

El paso decisivo hacia el modelo de solución que se pretende consiste en que, en *ambas* normas, el concepto de trato se interpreta en el sentido *referido al acto*. De esta manera, ambas normas sólo son válidas, directamente, en relación con la igualdad jurídica. Tomadas conjuntamente, expresan una preferencia básica a favor del principio de igualdad jurídica. El segundo paso consiste en que, en el modelo de solución, el principio de igualdad de hecho se hace valer en la aplicación de ambas normas dentro del marco del concepto de razón suficiente. Puede ser tanto una razón suficiente para permitir un trato desigual como una razón suficiente para su imposición. En el primer caso, es la razón para un no derecho definitivo, a un determinado trato jurídico igual; en el segundo, es la razón

para un derecho definitivo a un determinado trato jurídico desigual, que sirve para la creación de una igualdad de hecho. El primer caso es bien conocido. El principio de igualdad de hecho juega en él —a menudo bajo el nombre de «principio del Estado social»— el papel de una razón para la restricción con respecto al derecho general a la igualdad jurídica. El segundo caso es más interesante. En él, el principio de igualdad de hecho juega el papel de una razón para un derecho a un determinado trato jurídico desigual, es decir, aquél que sirve para la creación de una igualdad de hecho. Se fundamenta en él un derecho subjetivo a la creación de una parte de igualdad fáctica.

Esto último es el punto crítico. Para poder evaluarlo correctamente, es indispensable tener en cuenta qué significa que la igualdad de hecho sea objeto de *un principio*. Tal como se expusiera más arriba, los principios no son razones definitivas sino *prima facie*. Pueden ser desplazados por principios contrapuestos. El principio de igualdad de hecho es, por lo tanto, una razón suficiente para un derecho subjetivo definitivo a un trato jurídico desigual que sirve para la creación de la igualdad de hecho, sólo si desplaza a todos los otros principios contrapuestos que estén en juego. Hay que tomar en cuenta todo un conjunto de principios contrapuestos. Uno de ellos es siempre la igualdad jurídica, pues todo trato jurídico desigual para la creación de la igualdad de hecho es una restricción para la realización del principio de la igualdad jurídica. Además, siempre hay que tener en cuenta los principios que tienen como objeto la distribución de competencias entre el Tribunal Constitucional Federal y el legislador. , Con la constatación de derechos a la creación de la igualdad de hecho, un Tribunal Constitucional limita sensiblemente la libertad de configuración del legislador, sobre todo porque no sólo le quita la libertad de conferir o no este derecho, sino porque el otorgamiento de este tipo de derechos incluye, por lo general, el mandato al legislador de facilitar considerables fondos financieros y ello lo priva de la posibilidad de tomar otras medidas. Por eso, el principio formal de la libertad de configuración del legislador, democráticamente legitimado para la configuración social, es un segundo competidor principal del principio de igualdad de hecho. A estos dos principios, que siempre son relevantes, se suman muchos otros que pueden entrar en colisión con la igualdad de hecho,

sobre todo aquellos que apuntan a las libertades negativas. Todo esto pone de manifiesto que la clasificación del principio de la igualdad fáctica como una posible razón suficiente para la obligatoriedad de un trato jurídico desigual, que sirva para la creación de una igualdad de hecho, no implica que la igualdad jurídica o la libertad negativa se desplace injustificadamente por la igualdad de hecho, ni que la competencia para la configuración del orden social se desplace inadmisiblemente del legislador al Tribunal Constitucional Federal. Más bien, se crea así un modelo que permite adscribir también al artículo 3 párrafo 1 LF el principio de igualdad de hecho y, con ello, concebir esta disposición como una expresión de una concepción amplia de la igualdad, sin que por ello se prejuzgue acerca de una determinada concepción de la igualdad. La clave teórico-normativa y metodológica al respecto, es la teoría de los principios.

En contra de este modelo podría objetarse que es vacío y, por lo tanto, un mero juego intelectual, dado que los principios contrapuestos —sobre todo el de la libertad del legislador para la configuración de un orden social— tienen en *todos* los casos concebibles una relevancia tal que *siempre* el Tribunal Constitucional Federal ha de dejar de lado el reconocimiento de un derecho definitivo concreto a la creación de la igualdad de hecho, a partir directamente del artículo 3 párrafo 1 LF. Esto mostraría que el principio de igualdad de hecho no puede adscribirse al artículo 3 párrafo 1 LF como un principio de derecho fundamental en sentido pleno, ya que para ser tal tendría que tener la fuerza para fundamentar, por lo menos en *algún caso*, un derecho definitivo concreto.

Esta objeción puede apoyarse, sobre todo, en principios formales. Así, el argumento central en contra de los derechos originarios, a la igualdad de hecho, es decir, aquellos que están basados directamente en el artículo 3 párrafo 1 LF, afirma que la idea de la igualdad de hecho es una base demasiado insegura para un reconocimiento judicial de derechos concretos a la igualdad de hecho. El Tribunal debería incursionar en asuntos que no son exigibles judicialmente y llevar a cabo una política social. Si así lo hiciera, necesariamente rebasaría sus competencias. La intervención en las competencias del legislador sería tanto más intensa, cuanto más la jurisprudencia que apunta a la igualdad de hecho, intervenga, no sólo en el

margen de acción jurídico del legislador, sino directamente y, en considerable medida, en su margen de acción financiero.

Estos argumentos tienen algo de razón. El concepto de igualdad de hecho es especialmente apto para ser interpretado de diversas maneras. Ello se debe a que, con respecto a la igualdad o desigualdad de hecho, puede hacerse valer criterios muy diferentes, por ejemplo, dinero, educación, influencia política, capacidad de autodeterminación, desarrollo de dones y talentos, reconocimiento social, posibilidades de ascenso en los diferentes ámbitos sociales, auto respeto, realización de los planes de vida y satisfacción personal. Esto pone de manifiesto que es posible que existan numerosas teorías de la igualdad de hecho recíprocamente incompatibles. Sin embargo, toda teoría de la igualdad fáctica es un programa para la distribución de los bienes distribuibles en una sociedad. No son sólo razones metodológicas las que excluyen la posibilidad de extraer de la Ley Fundamental exactamente un programa de distribución, sino también razones sistemático-constitucionales. Los asuntos distributivos constituyen un objeto central de la polémica de los partidos que compiten por la mayoría en el Parlamento. Esto excluye la posibilidad de partir —en una Constitución que se ha decidido por la democracia parlamentaria— de una sola teoría omnicomprensiva de la igualdad de hecho que subyaciera a la Constitución, y con la que toda decisión del Parlamento, relacionada con una distribución, estaría de acuerdo o no.

Sin embargo, con esto se ha aclarado sólo una cara de la moneda. La otra cara es que se trata de la existencia de derechos y que el mero hecho de que su conocimiento sea inseguro y su reconocimiento por parte del Tribunal Constitucional Federal reduzca el margen de acción del legislador, no es ningún argumento que tuerce a reconocer su inexistencia. El sentido de los derechos fundamentales consiste, justamente, en no dejar en manos de la mayoría parlamentaria la decisión sobre determinadas posiciones del individuo, es decir, en delimitar el margen de decisión de dicha mayoría, y es propio de las posiciones iusfundamentales el que pueda haber desacuerdo sobre su contenido. Si se considera que no es imposible decidir este desacuerdo con argumentos racionales y, si no se quiere que la mayoría parlamentaria decida ella misma sobre su propio margen de acción —lo que vulneraría la máxima de que nadie puede ser juez en su propia causa— queda entonces sólo la vía de

dejar que el Tribunal Constitucional decida<sup>82</sup>. Por lo tanto, la pregunta ha de consistir en si las peculiaridades vinculadas con la igualdad fáctica, la especialmente alta inseguridad (pluralidad de las teorías de la distribución) y la especialmente intensa restricción del margen de acción del legislador (medios financieros) confieren al principio de la libertad de la configuración social del legislador un peso tal que simplemente tiene que ser dejada de lado la aceptación de derechos concretos a la igualdad de hecho, sometidos al control del Tribunal Constitucional. Ya este cuestionamiento pone de manifiesto que de lo que se trata no es de saber si el Tribunal Constitucional puede o no imponer su teoría de la distribución justa frente al legislador. Se trata más bien de saber si en algunos casos, puede limitar la libertad del legislador para la configuración social desde el punto de vista de la igualdad de hecho. Aquí hay que tener en cuenta la asimetría contenida en el modelo del principio general de igualdad entre la igualdad jurídica y la igualdad de hecho. A favor de la igualdad jurídica existe una carga de la argumentación; a favor de la igualdad de hecho, no existe una carga semejante. Por lo tanto, la creación de una diferenciación que sirva para la igualdad de hecho está ordenada sólo si a favor de este mandato puede aducirse razones suficientes.

Ejemplos de los casos en los cuales el principio de la igualdad de hecho tiene prioridad frente a principios contrapuestos los ofrecen las ya mencionadas decisiones del Tribunal Constitucional Federal sobre el derecho al amparo de pobreza. Se podría objetar que estos casos no demuestran mucho, por cuanto presentan peculiaridades que prohíben una generalización. Así, se ha señalado, que en estos casos se agrega como punto de vista rector la garantía de protección jurídica del artículo 19 párrafo 4 LF, y que en ellos —a diferencia de lo que sucede en otros casos en donde se trata de la igualdad de hecho— es posible una decisión judicial acerca del asunto de la igualdad. Ya más arriba se señaló que uno de los problemas principales de la igualdad de hecho consiste en determinar el punto de vista en el que debe existir la igualdad de hecho. Que en los casos del derecho de amparo de pobreza se sume el principio de la protección jurídica al principio de la igualdad de hecho, significa que se determina el punto de vista en el que debe existir la igualdad de hecho. Sin embargo, esto no modifica en nada el hecho de que los casos del derecho al amparo de pobreza sean casos de igualdad de hecho, y no dice nada acerca

de si desde otros puntos de vista, la Constitución ordena también la creación de la igualdad de hecho. Es, además, correcto que en el caso del derecho al amparo de pobreza, la decisión resulta relativamente fácil; por ello, los casos del derecho al amparo de pobreza son, en cierto modo, casos seguros de la prioridad del principio de igualdad de hecho. Sin embargo, esto no excluye su aplicación en otros casos. Todo esto enseña que los casos del derecho al amparo de pobreza son sólo limitadamente adecuados como base inductiva para otros casos, pero que tienen que ser considerados como casos de aplicación del principio de la igualdad de hecho y que de sus peculiaridades no puede inferirse la inaplicabilidad del principio de la igualdad de hecho a otros casos.

Como toda tesis relativa a una inexistencia, la tesis según la cual, no existen otros casos en los que la igualdad de hecho tenga prioridad frente a todos los demás principios contrapuestos relevantes, es difícil de fundamentar. Para su fundamentación no bastaría la demostración de que, habida cuenta de la actual situación de la legislación, no existe ningún caso en el que el Tribunal Constitucional Federal pueda conferir un derecho originario a la igualdad de hecho. La situación de la legislación puede cambiar y la Constitución no sólo es válida para la situación actual de la legislación. Como no es posible tener una visión de todos los casos posibles, la tesis de la inexistencia puede considerarse sólo como una suposición que queda refutada tan pronto se expone un caso en el que el principio de igualdad de hecho es aplicable y tiene prioridad sobre otros principios.

Como un caso semejante puede considerarse el del "mínimo vital". Sin una comparación no es posible determinar qué es lo que pertenece al mínimo vital constitucionalmente garantizado. Tal como lo enseña una mirada a la historia, y a lo que ocurre en otros países, el mínimo vital absoluto puede ser fijado a un nivel muy bajo. De lo que se trata según la Ley Fundamental, es el del mínimo vital relativo, es decir, de aquello que debe considerarse como tal, bajo las condiciones imperantes en la República Federal de Alemania. Tomar como marco de referencia aquello que el legislador garantiza en cada caso, significaría renunciar a la existencia de una medida o una pauta de derecho constitucional de aquello que el legislador tiene que garantizar. En estos casos, el concepto de la dignidad humana no ofrece una pauta racionalmente controlable. Sin

embargo, el principio de igualdad de hecho ofrece una pauta de rango constitucional que además resulta racionalmente controlable. Exige una orientación por el nivel de vida efectivamente existente y permite quedarse debajo de éste a la luz de los principios contrapuestos. Ciertamente, de esta manera, todo se convierte en un asunto de ponderación. Sin embargo, esto no es, en primer lugar, algo insólito en el ámbito de los derechos fundamentales y, en segundo lugar, las ponderaciones pueden llevarse a cabo racionalmente. Por ello., el principio de igualdad, que incluye la igualdad de hecho, puede fundamentar, en casos referidos al mínimo vital, derechos concretos definitivos a la creación de la igualdad de hecho.

Podría objetarse que justamente este ejemplo muestra que es mejor adscribir la igualdad de hecho al principio del Estado social que al principio general de la igualdad. A favor de ello habla el hecho de que el principio de igualdad de hecho puede, sin duda, considerarse también como un sub principio del principio del Estado social. Sin embargo, el punto decisivo es que, a diferencia del principio de igualdad de hecho, la cláusula del Estado social no es una disposición de derecho fundamental. Por ello, una adscripción exclusiva al principio del Estado social no ofrecería ni siquiera la posibilidad de fundamentar, desde el punto de vista de los derechos fundamentales, derechos subjetivos concretos a la igualdad de hecho cualquiera que sea su delimitación. Sin embargo, por el contrario, como se ha expuesto, no existe ningún motivo para renunciar a esta posibilidad.

Si se sigue el modelo aquí presentado, es posible, por una parte, mantener la división de competencias entre el Tribunal Constitucional y el legislador, prevista por la Ley Fundamental, y tener en cuenta los numerosos principios que se contraponen a la igualdad de hecho (especialmente la libertad negativa/igualdad jurídica). Por otra parte, en los casos en los que la relevancia de la igualdad de hecho es tan grande que todas las razones contrapuestas quedan desplazadas, es posible otorgar un derecho definitivo concreto a la creación de una determinada igualdad de hecho. Todo esto encaja sin contradicción en un modelo de un grado de complejidad relativamente reducido que, además, deja espacio para valoraciones bien diferentes.

### **La estructura de los derechos de igualdad como derechos subjetivos**

Según Leibholz, los derechos subjetivos que resultan del principio general de igualdad, así como ocurre con los derechos de defensa, son derechos a omisiones, es decir, “a omisiones de perturbaciones arbitrarias de la igualdad jurídica”. Por ello, el principio general de igualdad es de «naturaleza negativa». En contra de este paralelismo de los derechos de igualdad y libertad puede objetarse que al principio general de igualdad pueden adscribirse derechos que obviamente son derechos pertenecientes al status positivo. Un ejemplo al respecto lo ofrece la decisión sobre el dinero para la vivienda por parte de quienes reciben ayuda social. Esto amerita preguntarse acerca de la estructura de los derechos de igualdad como derechos subjetivos:

Es posible distinguir tres tipos de derechos que resultan del principio general de igualdad: los derechos de igualdad definitivos abstractos, los derechos de igualdad definitivos concretos y los derechos de igualdad *prima facie* abstractos.

Dos son los *derechos de igualdad definitivos abstractos*: el derecho a la igualdad de trato, cuando no existe ninguna razón suficiente para permitir un trato desigual, y el derecho a ser tratado desigualmente cuando existe una razón suficiente para que esté ordenado un trato desigual. A estos dos derechos corresponden las normas de trato igual y desigual antes presentadas: a) Si no hay ninguna razón suficiente para permitir un trato desigual, entonces está ordenado un trato igual. b) Si hay una razón suficiente para ordenar un trato desigual, entonces está ordenado un trato desigual.

### 2.3.1 Bases Filosóficas

#### Historia de la victimología en el derecho penal clásico<sup>181</sup>

En 1764, César Bonesana, marqués de Beccaria, publicó *Del Delito y de la Pena*. Con ello, marco el derecho penal para siempre.

Desde el título, la obra nos advierte que la infracción penal y la reacción social serán los únicos pilares sobre los que se levantará el edificio del derecho punitivo. En otros términos, la escuela clásica se consagró exclusivamente al estudio del delito y de la pena, a los que calificó de fenómenos jurídicos, excluyendo inconcebiblemente al factor humano.

---

<sup>181</sup>DÍAZ BAZAN, Ricardo - MENDIZABAL ANTICONA, Walter - *Victimología - Enfoque desde el derecho penal y procesal penal*.. Edit. Grijley 2018. Lima. Perú, pág. 19.

Cuando nació el derecho penal, empezó a mantenerse acrítico y esterilizado, encapsulado en sus fórmulas lógico-abstractas y a espaldas del drama social y personal del criminal y la víctima, contradiciendo el inmerecido calificativo que por casi dos siglos y medio lo ha acompañado: "humanitario y científico/" En resumen, a la escuela clásica únicamente le interesó la cantidad y calidad de la pena que debía recibir el delincuente por el mal causado con su acción. En cuanto a la víctima, el clasicismo guardó y guarda aún el más absoluto silencio.

La marginación del delincuente por la víctima era propia de los vientos que corrían en el siglo XVIII, tiempos en los que prevalecían los principios liberales proclamados por la Ilustración, según los que el hombre, como en la filosofía de la antigua Grecia, era "la medida de todas las cosas", tal como lo sostuvo Protágoras. Las teorías contractualistas diseñaron una sociedad igualitaria en la que el hombre según "el contrato social" renunció a una parte de su libertad en pro de una libertad general y del bien común. Por lo tanto, el hombre del siglo XVIII, el "nuevo hombre", a diferencia de su antecesor -el hombre del absolutismo y del antiguo régimen- gozaban, por supuesto, en teoría, de igualdad de derechos, de la fraternidad de sus semejantes y de la libertad más absoluta tanto para contratar como para delinquir. Amo y señor de sus decisiones, agraciado con el don divino del libre albedrío, cuando un individuo se volvía criminal -igual que los pecadores para la Iglesia- lo hacía por su propia voluntad. Es más, se consideraba que quien ejecutaba un delito había desaprovechado las excelentes oportunidades que la sociedad le brindaba, amén de traicionar la confianza depositada por los asociados.

Entendemos así que la sociedad y el Estado quedaban exonerados de toda responsabilidad en el origen de la criminalidad, y consecuentemente, no era de su incumbencia interesarse por el delincuente al que bastaba aplicarle una sanción.

Si al derecho penal no le interesaba el criminal, menos le preocupaba la víctima, reducida al triste papel que patéticamente Rodríguez Manzanera resume así: "La víctima quedó marginada del drama penal, para ser tan solo un testigo silencioso. La ley penal apenas la menciona, la literatura científica la ignora, y por lo general, queda en el más completo desamparo".

Interesarse por las víctimas hubiese significado para el derecho penal, reconocer la corresponsabilidad de la sociedad y el Estado en la gestación y producción del crimen, cuestión absolutamente inadmisibles para una sociedad política y económicamente estructurada sobre la base del más acendrado individualismo.

También debemos analizar la formulación del concepto de "bien jurídico", el cual contribuyó aún más a la marginación de la víctima. El "bien jurídico" despersonalizó al delito al que mágicamente convirtió en un ataque, no contra las personas, sino contra valores impersonales como la propiedad, el honor, la libertad sexual, etc. Es decir, cuando el delincuente cometía una infracción, jurídicamente agredía fórmulas abstrusas y no a seres humanos; lo cual era una conveniente posición, si tenemos en cuenta que la protección de estas corresponde al Estado.

### **Los postulados filosóficos sobre la estructuración de las penas y el derecho de la víctima**

Debo destacar que los postulados del filósofo Rousseau fueron los que de manera categórica empezaron a servir de fundamento a la nueva forma de organización, que está sustentada en el contrato social. Es así como partiendo del estado natural, observamos que los hombres gozan de libertad e igualdad, la cual se pierde por dicho contrato social, pero al hacerlo, ganan su libertad civil y la propiedad de todo lo que poseen.

Es así como la génesis de una convivencia organizada da origen al Estado derivado, un Estado secundario que consagra los derechos naturales del hombre con la única limitante del respeto a los derechos de terceros, todo ello con una primordial finalidad: posibilitar la convivencia social.

Esto se comenzó a transformar en una fórmula de la modernidad, la misma que debió hacer posible la convivencia humana, además de crear las condiciones para que cada quien alcance sus expectativas de vida. Para que tales objetivos se cumplan, el estado cuenta con su principal instrumento que es el Derecho, dentro del cual las normas penales se evidencian como aquellas en que la fuerza estatal está en pro de la preservación del propio Derecho. Es así como, en la modernidad, el derecho penal surge al amparo de estos postulados, y con la misma finalidad propia del Derecho en sí, ya que desea hacer posible la convivencia social. Por ello, se alude al derecho penal en sus

orígenes como un derecho de defensa social, puesto que busca preservar la vida al resocializar al individuo.

Entonces, podemos decir que el derecho penal moderno no fue estructurado para proteger a las víctimas, sino para proteger a la sociedad organizada al amparo del Estado moderno, y lo hace evitando la venganza de la víctima y depositando tal facultad en el propio Estado, posibilitando así la estabilidad de la sociedad organizada, ya que su estructura para tutelar bienes jurídicos en pro de la organización social y no del propio titular de aquel derecho, son más que notables. Una razón más para observar que la influencia de la filosofía contractualista de Rousseau, los postulados de Bonesano, marqués de Beccaria, sin duda, marcaron la pauta de las tendencias del derecho penal, postulando por un derecho penal más humanitario en que las prácticas del antiguo régimen quedasen de lado, pues tal como lo expresa Beccaria, vemos que el derecho penal se sustenta en principios como eje, a través de lo cual notamos que la medida de la pena debe ser el mínimo sacrificio necesario de la libertad individual que ella implica, y el de legalidad, al negar la justicia de gabinete, propia de sistemas inquisitivos y las prácticas de tortura, así como la idea de salvaguardar los derechos del inculcado por medio de la actuación de un juez que recurre a la ley para sentenciar con justicia y criterio. Y aunque el derecho penal moderno logró avanzar y poseer cierta autonomía para el campo de la victimología, no debemos olvidar que aún se sigue trabajando en ello, precisamente para mejorar la efectividad de su estudio.

### **La corriente victimológica de Von Hentig**

Mucho antes de que se estableciera una definición seria en el campo Victimológico, existieron algunos tratadistas que empezaron a estudiar esta figura, gracias a ello, empezaron a nacer algunas corrientes. Sin embargo, antes de analizar cómo Von Hentig ve el estudio de la víctima, debemos recalcar que la importancia que adquiere la víctima y su interacción con el delincuente obedece a la preocupación de connotados científicos, quienes comienzan a estudiar esta relación a nivel criminológico. Así, encontramos a los precursores de esta iniciativa, quienes aportan valiosos estudios a favor de la víctima.

La historia está vinculada a la importancia de la víctima y en relación con el elemento referencial más próximo, esto es, de acuerdo a su interacción inmediata con la figura del delincuente. En este sentido, la más temprana aproximación, desde esta particular óptica, creemos la inicia Hans von Hentig, quien en los EE.UU., publica en la Universidad de Yale, un texto que titula *El criminal y sus víctimas*, en el que hace un intento de clasificación de la víctima, que posteriormente ampliará y especificará en un estudio que sobre la estafa realizara en 1957, siendo este uno de los textos del derecho penal que dinamiza la pareja delincuente-víctima para el estudio de este tipo penal.

En 1948, Von Hentig había empleado la palabra "victimogénesis" en *El criminal y su víctima*, pero formalmente se ha impuesto la voz "victimología", y así se la ha aceptado sin objeción alguna.

Lo anterior, a pesar de la censura que hiciera, en cuanto a la acuñación del término, el profesor Jiménez de Asúa, quien le censuraba el haberse atribuido la condición de creador de la disciplina, desconociendo los aportes que en este sentido ya había hecho Von Hentig, en épocas precedentes al israelí,

Hans Von Hentig, que había emigrado hacia los Estados Unidos de Norteamérica, llega a publicar en 1948 en la Universidad de Yale, el estudio denominado *The criminal and his victims*, donde esboza una clasificación de la víctima que posteriormente subrayará en un estudio sobre la estafa (1957).

Es así como en *La estafa*, en "Estudios de psicología criminal", sostiene: "el individuo débil en el reino animal y entre hombres es aquel que posiblemente será la víctima de un ataque. Algunos, como los menores y los ancianos, son débiles de cuerpo; algunos pertenecen al sexo débil, otros son débiles de espíritu. La debilidad puede consistir también en la fuerza excesiva de una impulsión vital, lo que entorpece los mecanismos ordinarios de precaución y prevención". En principio, otorga relieve a la víctima por su juventud, sexo, edad y también por las deficiencias mentales. Luego las engloba en ciertos grupos que no clasifica de una manera precisa y considera que coadyuvan al delito, con lo que se constituyen en elementos causales. Habla de víctimas deprimidas, adquisitivas, desenfrenadas y libertinas, solitarias, acongojadas, atormentadas,

bloqueadas, luchadoras, etc. La clasificación es sumamente amplia, como punto decisivo para la acción del delincuente.

Cuando Von Henting trata específicamente de la estafa, divide a las víctimas en resistentes y cooperadoras. Observando con el lente actual, el estudio aparece como premonitorio respecto de muchas de sus conclusiones. Fundamentalmente porque va más allá de la victimología, que se limita a las relaciones entre individuos por hechos penales que lesionan simplemente la norma. Se refiere, por ejemplo, al caso de alta traición en que la víctima no es un ser humano, sino la propia comunidad. Según su estudio, vemos que la víctima o sujeto pasivo es estudiado directamente desde la conducta desplegada por el victimario, constituyéndose así en un sujeto corresponsable y apetecible para el delincuente, por lo que es visto como un débil ante su adversario. Esta debilidad es vista desde la óptica del sexo, la edad, el temor o bien la incapacidad que presente ante el agresor y la amenaza que de él se desprenda.

Siguiendo con el vocablo de la victimología, el mismo fue refrendado por el israelí Benjamín Mendelsohn, toda vez que venía realizando estudios con relación al tema, constituyéndose así en el precursor más reconocido en el ámbito de la disciplina de la victimología; la misma que hoy en día, se ha ido perfeccionando de acuerdo a las necesidades de la sociedad y de los avances tan profesionales en que ha llegado a constituirse el delito, independientemente de cualquiera que sea la causa de su situación.

Por ello, al hablar de victimología, el término abarca todos aquellos fenómenos que provoquen con su accionar, la existencia de víctimas y la relación que tenga con la sociedad, siendo su objetivo fundamental, el de coadyuvar en forma integral y científica, en la investigación de todos aquellos casos donde haya víctima y, a la vez, minimizar a través de políticas criminales bien fundamentadas, los incrementos de la delincuencia según sea la necesidad de la sociedad y el interés que esta tenga, como lo señala Landrove Díaz: "ya que el hombre representa la fuerza creadora de la sociedad, la reducción del número de víctimas contribuirá al progreso social".

Vemos pues que la victimología, derivada del inglés *victimology*, es una disciplina cuyo origen se sitúa a mediados del siglo XX, concretamente en el trabajo de

Hans von Hentig *The criminal and his victim*, en el que trataba de poner de relieve la figura de la víctima, habitualmente olvidada por la criminología tradicional. Surge por tanto como una rama de la criminología y dedicada al estudio de la víctima.

Von Hentig sostuvo que, para la ley penal, la víctima es un blanco fijo al que el autor dirige sus disparos. Ella sufre, puede defenderse, pero su resistencia es vencida, en casos graves, mediante la fuerza y la amenaza. Según la dogmática, el ofendido, como objeto de ataque, es casi siempre arcilla blanda, que se acomoda a la mano del alfarero, pasivamente, sin vida propia y su resistencia es solo reacción a un mal sufrido o que amenaza. El que la víctima se haya colocado antes es una situación de peligro, que en el hurto del carterista no haya tenido cuidado, que en la estafa no haya estado atenta.

Ya en 1948 Von Hentig describió trece tipos de víctimas en su obra *The Criminal and his Victim*, constituyendo una tipología muy amplia, en la que se aprecian factores psicológicos, sociales y biológicos. En su obra *Crime: Causes and Conditions* divide a las víctimas según cuatro criterios: la situación, los impulsos y la eliminación de inhibiciones, la capacidad de resistencia y la propensión a ser víctima.

- Situaciones de la víctima. Se subdivide, a su vez, en víctima aislada (se aparta de las normales relaciones sociales y se torna solitaria) y la víctima por proximidad (distingue entre proximidad familiar y profesional).
- Impulsos y eliminaciones de inhibiciones de la víctima. Por lo que debemos hablar de cuatro tipos: víctima con ánimo de lucro (es aquella que por codicia por deseo de enriquecimiento fácil cae en manos de estafadores), víctima con ansias de vivir {aquella que se ha privado de las cosas que la mayoría ha gozado y trata de recuperar el tiempo perdido, de vivir lo que no ha vivido), víctimas agresivas (aquellas que han torturado a su familia, a sus amigos, a su amante o subordinados, los que llegado el momento, y por un mecanismo de saturación, se convierten de víctimas en victimarios) y víctimas sin valor (parece ser un sentimiento arraigado en algunas personas que determinados individuos inútiles son víctimas de menor valor).
- Víctimas con resistencia reducida. Esta tipología abarca seis tipos: víctima por estados emocionales, víctima por transiciones normales en el curso de

la vida, víctima perversa, víctima bebedora, víctima depresiva y víctima voluntaria.

- Víctima propensa. También se divide en seis tipos: víctima indefensa, víctima falsa, víctima inmune, víctima hereditaria, víctima reincidente y víctima que se convierte en autor.

### **La victimología en el pensamiento de Mendelsohn**

Se atribuye a Mendelsohn, el acuñar la expresión *victimología*. En este sentido también se expresa Neuman, de quien sostiene, venía trabajando en estas temáticas desde la década de los 40. Es Neuman, en rescate del buen nombre del abogado israelí, quien califica de injustas las expresiones de censura de Jiménez Asúa, en cuanto haberse atribuido tal paternidad. Así, Neuman sostiene: "Desde que conocí a Mendelsohn en 1973 y, mucho más, tras leer sus trabajos, persuade de lo inmerecido de la imputación". Es un precursor que, incluso un año antes de que apareciera el libro de Von Hentig, habló públicamente por vez primera en una conferencia sobre "victimología", Ello ocurrió el 29 de marzo de 1947, invitado por la Sociedad de Psiquiatría de Bucarest (Rumania). En 1940 había publicado sus estudios sobre violación (Giustizia Pénale) y, en 1946, New Biopsychosocial Horizons: Victimology.

Pero el pensamiento de Mendelsohn va mucho más allá que el del criminólogo alemán. En efecto, habla de toda víctima y de todos los factores que provocan su existencia. Su pensamiento se ha ido perfeccionando en el tiempo y con el aporte, que él reconoce, de otros autores y de las jornadas victimológicas a que Juego aludiremos. Pero desde un principio el investigador israelí definía a la victimología como "la ciencia sobre víctimas y victimidad". Y explica: "Entendemos el término 'victimidad' como un concepto general, un fenómeno específico común que caracteriza todas las categorías de víctimas cualquiera que sea la causa de su situación. De esa manera, la victimología satisface por completo las necesidades de la sociedad, y su definición como ciencia de las víctimas resulta ser la más adecuada; por eso deberá tomar en consideración todos los fenómenos que provocan la existencia de víctimas, en la medida en que tienen alguna relación con la sociedad". Y

agrega seguidamente: "Sí limitamos la Victimología únicamente a un factor -el delictivo- la denominación 'victimología', o sea, la ciencia sobre las víctimas, ya no corresponderá al concepto de víctimas en general".

Con todo y ello, creemos que es en 1956, cuando puede afirmarse que formalmente empieza la victimología, pues fue en este año cuando Benjamín Mendelsohn, en un artículo publicado en inglés y en francés, en revistas internacionales, como ya se dijo, habla con propiedad de la victimología y señala el ámbito de esta, que, sostiene él con entusiasmo, debe ser una nueva ciencia. En 1959, publica otro artículo que lleva por nombre "La victimología, ciencia actual" y convoca a un congreso sobre la materia en la ciudad santa de Jerusalén, donde confluían profesionales de diversas ciencias que se relacionan con esta novísima rama.

El mérito de Benjamín Mendelsohn es inmenso, aunque algunos autores le nieguen la paternidad de la victimología. Gracias a sus llamados y a partir de su primer artículo, científicos de diversas partes del mundo occidental empiezan a ocuparse de la víctima como un objeto digno de tomarse en cuenta y los trabajos de investigación se suceden periódicamente desde entonces.

Es importante rescatar que el vocablo "victimología" fue utilizado por el israelí Benjamín Mendelsohn, el cual venía trabajando en ello desde la década de los cuarenta. Desde un principio, este autor trató a la victimología como el estudio de la víctima y victimidad, en donde se dejaba entender que el concepto era general para todas aquellas personas que habían tenido una situación determinada en donde hubiera un agresor, por lo que toma rumbo hacia una sociedad victimizada, dándole la opción para que desde esta perspectiva se estudiara la causa de un acto que atentara contra ella.

Por lo que Mendelsohn, a través de sus conocimientos y definición, amplió el concepto y lo pasó del sujeto propiamente a la colectividad, al determinar la existencia de factores que afectan a las personas en general, entre los que se encuentran los físicos, psíquicos, políticos y sociales.

A pesar de que Mendelsohn, entrevió a la victimología como una ciencia autónoma y bregó para que así se le considere, hoy en día esta concepción ha variado, pues se considera a la victimología una rama de la criminología, según la consagra la inmensa mayoría de autores e investigadores.

Mendelsohn no identifica a la víctima con una persona, sino como un carácter. Así, víctima es la personalidad del individuo o de la colectividad en la medida en que está afectada por las consecuencias sociales de su sufrimiento, determinado por factores de origen físico, psíquico, económico, político o social. Considera que en la víctima potencial, lo que importa es su sufrimiento, independientemente de los factores que lo producen.

Según Mendelsohn, la victimidad es una serie de características socio biosociológicas comunes a todas las víctimas, que la sociedad debe prevenir y combatir sin importar cuáles sean sus determinantes (criminales u otros). Por su parte, Fattah la define como los factores que predisponen a una persona a ser víctima.

Mendelsohn fue el primer autor en realizar una propuesta completa sobre el alcance de la victimología, haciendo referencia a todos los tipos de víctimas.

Las cataloga de la siguiente manera:

- Enteramente inocente. La persona que no ha hecho nada y se convierte en víctima.
- Provocadora. Incita al hecho criminal mediante su conducta.
- Por ignorancia. Sin desearlo impulsa deliberadamente a otro al crimen.
- Voluntaria. Provoca su propia victimización.
- Agresora. No es en realidad víctima. Puede serlo de manera imaginaria o simulada.

Además, vemos que fundamenta su clasificación en la correlación de culpabilidad entre víctima y el infractor. Es el único que llega a relacionar la pena con la actitud victimal. Sostiene que hay una relación inversa entre la culpabilidad del agresor y la del ofendido: a mayor culpabilidad del uno, menor la culpabilidad del otro.

Víctima completamente inocente o víctima ideal, es la víctima inconsciente que se ubicaría en el 0% absoluto de la escala de Mendelsohn. Es la que nada ha hecho o nada ha aportado para desencadenar la situación criminal por la que se ve damnificada. Ej.: arrebatado.

Víctima de culpabilidad menor o víctima por ignorancia: en este caso, se da un cierto impulso no voluntario al delito. El sujeto por cierto grado de culpa o por medio de un acto poco reflexivo causa su propia victimización. Ej.: una mujer que se provoca un aborto por medios impropios, pagando con

su vida por su ignorancia.

Víctima tan culpable como el infractor o víctima voluntaria:

- Aquellas que cometen suicidio tentando a la suerte (Ej.: ruleta rusa).
- Suicidio por adhesión.

La víctima que sufre de una enfermedad incurable y que pide que la maten, no pudiendo soportar el dolor (eutanasia).

La pareja que pacta el suicidio (íncubo y súcubo), los amantes desesperados, o el esposo que mata a la mujer enferma y se suicida.

Víctima más culpable que el infractor:

- **Víctima provocadora:** aquella que por su propia conducta, incita al infractor a cometer la infracción. Tal incitación crea y favorece la explosión previa a la descarga que significa el crimen.
- **Víctima por imprudencia:** es la que determina el accidente por falta de control. Ej.: quien deja el automóvil mal cerrado o con las llaves puestas.

Víctima más culpable o víctima únicamente culpable:

- **Víctima infractora:** cometiendo una infracción, el agresor cae víctima (exclusivamente culpable o ideal), se trata del caso de legítima defensa, en que el acusado debe ser absuelto.
- **Víctima simuladora;** el acusador que premeditada e irresponsablemente inculpa al acusado, recurriendo a cualquier maniobra con tal de hacer que la justicia caiga en un error.
- **Víctima imaginaria:** se trata generalmente de individuos con serias psicopatías de carácter y conducta. Es el caso del paranoico reivindicador litigioso, interpretativo, perseguidor-perseguido, histérico, mitómano, demente senil, o niño púber. Solo sirve para señalar a un autor imaginario ante la justicia penal y habrá que evitar que se cometan errores judiciales.

## **CAPÍTULO III**

### **METODOLOGÍA**

#### **3.1 Ámbito**

La presente investigación se llevó a cabo en el Módulo Penal de la Corte Superior de Justicia de Huaura, sito en la Av. Tambo Blanco N° 1139 del Distrito de Hualmay, Provincia de Huaura y Departamento de Lima, lugar en donde quedan ubicados los Juzgados de Investigación Preparatoria de la sede judicial de la Corte Superior de Justicia de Huaura.

#### **3.2 Población**

Para el desarrollo de la presente investigación sea determinado, que la unidad de análisis de la investigación fue el distrito judicial de Huaura – Huacho, que debe estar conformado por el análisis de 40 operadores de justicia, relacionados con la actividad judicial penal.

#### **3.3 Muestra**

El estudio proyectado tuvo dos muestras, conformado por:

- **Personal jurisdiccional;** para estimar el tamaño muestra se a utilizó el paquete estadístico Statts V2 que nos calculó una muestra de 20 trabajadores con nivel de confianza del 95%.
- **Operadores de justicia:** Siendo así también se evaluó 20 usuarios de esa forma se normalizó el tamaño muestral.

#### **3.4 Nivel y tipo de estudio.**

##### **Nivel de la Investigación**

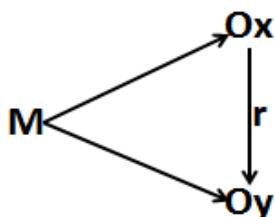
La presente investigación fue explicativa, porque se intentó explicar la vulneración de las garantías penales mediante la tutela de derechos para el agraviado en su incoación.

### Tipo de la Investigación

El presente trabajo es una investigación de carácter observacional y prospectivo, porque los datos fueron recogidos tal como se presentaron en el tiempo de su recolección en el tiempo, no fueron sometidos a la manipulación; en cuanto a la recolección de datos fue transversal porque los datos fueron recogidos en un solo momento; así mismo, fue analítico porque se analizaron diferentes variables de estudio.

### 3.5 Diseño de investigación

El diseño que se utilizó fue el siguiente:



M: Muestra de estudio

Ox: Observación de la tutela de derechos

Oy: Observación de las garantías penales

r: Relación de la protección judicial en las variables

### 3.6 Técnicas e instrumentos

#### Técnicas

- Encuesta; esta técnica se usó para abarcar a un mayor número de personas en un solo momento (operadores de justicia involucrados fiscales, jueces, defensores y personal jurisdiccional), y aprovechar la oportunidad de tiempo para identificar los problemas, se usó el criterio de priorización.
- Análisis documental; ello sobre los expedientes en la cual se postula la tutela de derechos en diversos ilícitos penales.

#### Instrumentos

- Cuestionario; Las preguntas utilizadas fueron estructuradas y con alternativas de respuestas cerradas.
- Guía de análisis documental, esto sobre los expedientes como han sido resueltos.

### **3.7 Validación y confiabilidad del instrumento**

#### **Validación**

Los instrumentos (cuestionario de Tutela de derechos y cuestionario Garantías penales) fueron validados por los siguientes doctores en derecho:

- Williams Humberto Vásquez Limo
- Walter Sánchez Sánchez
- German Guzmán Ostos Luis
- Jorge Hernán Nieves Chen y
- Juan Miguel Juárez Martínez

#### **Confiabilidad**

La confiabilidad se analizó después de aplicar la prueba piloto mediante el coeficiente Alfa Cronbach, por lo que el cuestionario de Tutela de derechos fue 0,656; mientras que el cuestionario Garantías penales fue 0,774. Los instrumentos tienen moderada confiabilidad para recoger los datos de investigación.

### **3.8 Procedimiento**

Después de haber planteado las bases teóricas dentro del método, se procedió a la aplicación de dichas técnicas de forma contextual al caso a investigar, esto es se comenzó por señalar los pasos a seguir en cada una de las técnicas, de cómo se va hacer, como se va a trabajar y con quienes, así como el planeamiento de los instrumentos de medición, esto es los cuestionarios y guía de análisis documental, ello en base al tratamiento de nuestra variable independiente.

### **3.9 Plan de tabulación y análisis de datos**

Para aplicar los instrumentos a las muestras en estudio se procedió a realizar la coordinación con el administrador de la Sede del Módulo Penal de la Corte Superior de Justicia de Huaura, a fin de evaluar las unidades de análisis.

La recolección de datos, se realizó en el ambiente de la Sede del Módulo Penal de la Corte Superior de Justicia de Huaura, así como en la Sede Principal de la Corte Superior de Justicia de Huaura.

Luego de aplicar los instrumentos se verificó la información para prevenir falta de datos con la ayuda de colaboradores.

Posterior a la aplicación de los instrumentos de información se construyó la base de datos en el programa SPSS, para luego realizar el procesamiento de los datos de cada uno de los instrumentos aplicados.

Luego de procesar la información se procedió a realizar el análisis e interpretación de los resultados y se aplicó la prueba de contraste de hipótesis.

Luego se elaboró el informe final para su presentación, sustentación respectiva y posterior publicación.

Los datos obtenidos se analizaron mediante el estadístico descriptivo, es decir las variables categóricas; y análisis estadístico inferencial se realizó para contrastar las hipótesis de investigación.

## CAPÍTULO IV

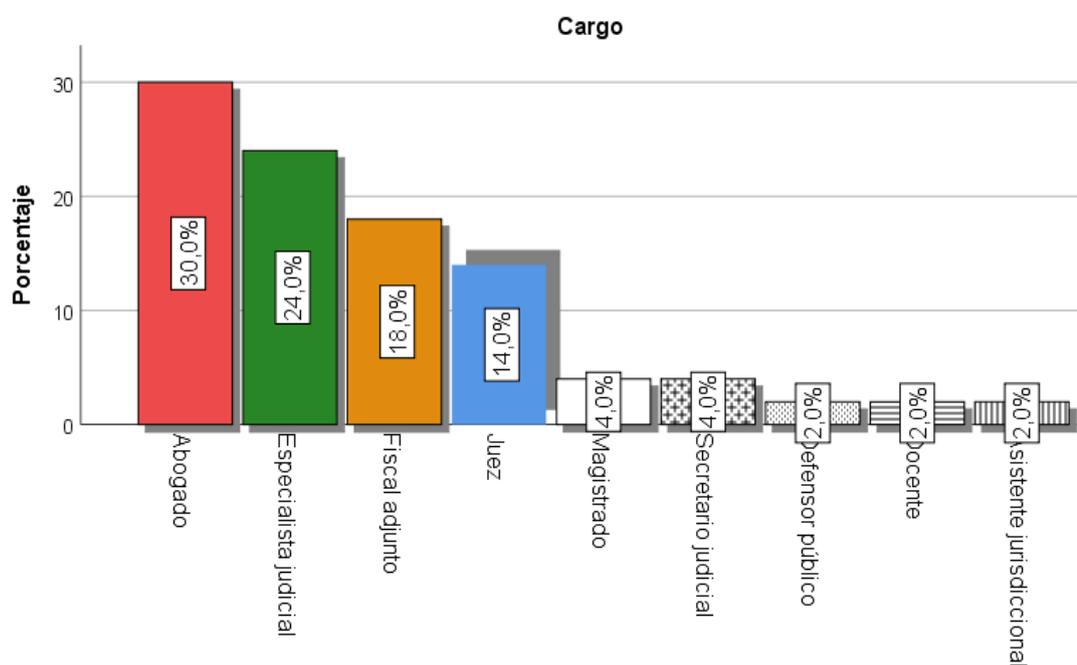
### RESULTADOS Y DISCUSIÓN

#### 4.1 Análisis descriptivo

**Tabla 01.** Cargo que ostentan los operadores de justicia del distrito judicial de Huaura – Huacho.

Cargo	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje acumulado
Abogado	15	30.0	30.0
Especialista judicial	12	24.0	54.0
Fiscal adjunto	9	18.0	72.0
Juez	7	14.0	86.0
Magistrado	2	4.0	90.0
Secretario judicial	2	4.0	94.0
Defensor público	1	2.0	96.0
Docente	1	2.0	98.0
Asistente jurisdiccional	1	2.0	100.0
Total	50	100.0	

**Fuente:** cuestionario de tutela de derechos y garantías penales.



**Figura 01.** Diagrama de barras de los cargos que ostentan los operadores de justicia del distrito judicial de Huaura – Huacho.

### **Análisis**

En la tabla 1, se aprecia el cargo de los operadores de justicia, el 30,0% (15) son abogados; el 24,4% (12) laboran como especialista judicial; el 18,0 (9) ejercen como fiscal adjunto, y 14,0 (7) como juez, entre principales cargos.

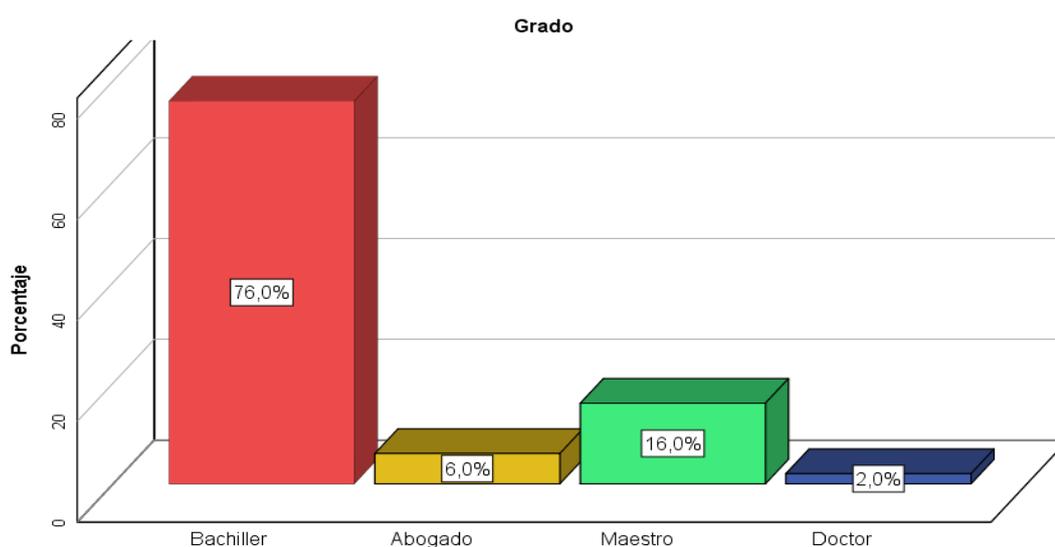
### **Interpretación**

Entre los principales cargos que ostentan los operadores de justicia del distrito judicial de Huaura, el 86,0 % están conformados por abogado, especialista judicial, fiscal adjunto y juez.

**Tabla 02.** Grados que ostentan los operadores de justicia del distrito judicial de Huaura – Huacho.

Grado	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje acumulado
Bachiller	38	76.0	76.0
Abogado	3	6.0	82.0
Maestro	8	16.0	98.0
Doctor	1	2.0	100.0
Total	50	100.0	

**Fuente:** cuestionario de tutela de derechos y garantías penales.



**Figura 02.** Diagrama de barras de los grados que ostentan los operadores de justicia del distrito judicial de Huaura – Huacho.

### Análisis

En la tabla 2, se observa el grado de estudios de los operadores de justicia, el 76,0% (38) son bachilleres; el 16,0% (8) tienen el grado de maestro; 6,0% (3) son abogados y, 2,0% (1) doctor.

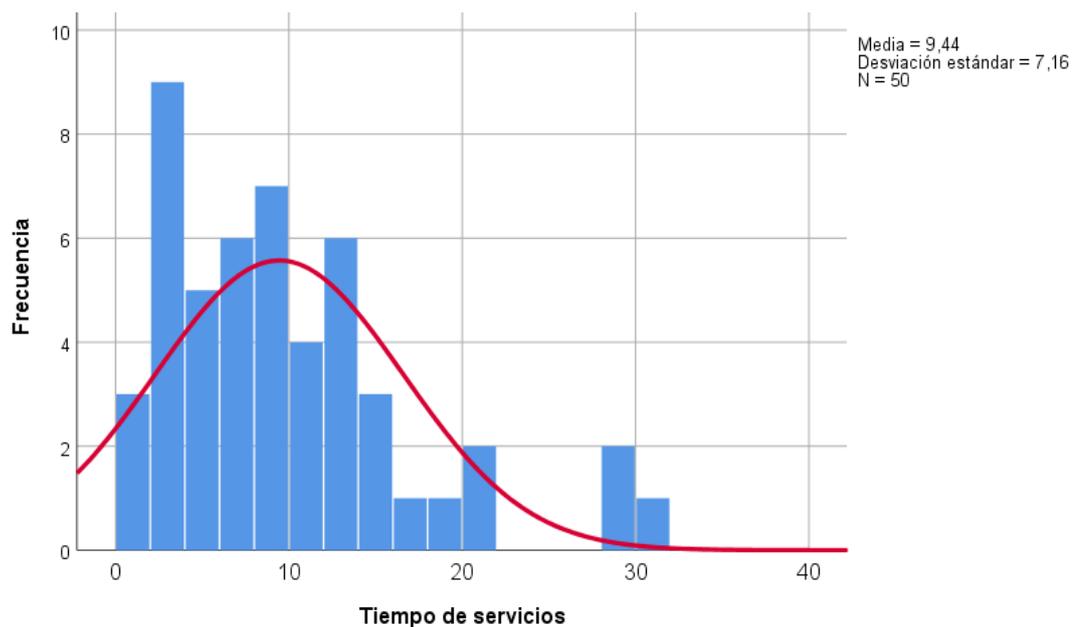
### Interpretación

Entre los principales grados de estudio, los operadores de justicia del distrito judicial de Huaura, más de tres cuartas partes son bachilleres; resultado que indican que los profesionales descuidaron realizar estudios de posgrado.

**Tabla 03.** Estadísticos del tiempo de servicio de los operadores de justicia del distrito judicial de Huaura – Huacho.

Estadísticos	Valores
Media	9.44
Mediana	8.00
Desviación estándar	7.2
Rango	29

**Fuente:** cuestionario de tutela de derechos y garantías penales.



**Figura 03.** Histograma del tiempo de servicios de los operadores de justicia del distrito judicial de Huaura – Huacho.

### Análisis

En la tabla 3, el tiempo promedio de servicio de los operadores de justicia, fue 9,44 + 7,2 años; el percentil 50 indica que fue 8 años de servicio; y el rango fue 29 años de servicio.

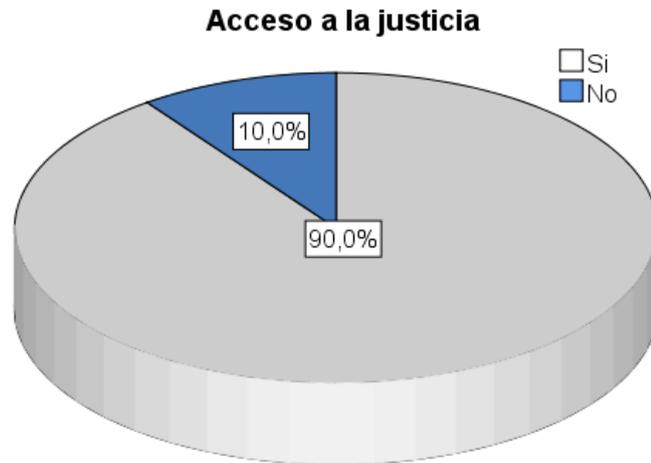
### Interpretación

Los operadores de justicia del distrito judicial de Huaura, respecto al tiempo de servicio, tienen casi 10 años de servicio, dato considerable; por lo que los datos emitidos son fruto de una considerable experiencia judicial.

**Tabla 04.** Acceso a la justicia según los operadores de justicia del distrito judicial de Huaura – Huacho.

Acceso a la justicia	Frecuencia	Porcentaje
Si	45	90.0
No	5	10.0
Total	50	100.0

**Fuente:** cuestionario de tutela de derechos.



**Figura 04.** Diagrama de sectores de acceso a la justicia según los operadores de justicia del distrito judicial de Huaura – Huacho.

### **Análisis**

En la tabla 4, el 90,0% (45) de los operadores de justicia indican que las personas tienen acceso a la justicia; pero el 10,0% (5) indican que las personas no tienen ese acceso.

### **Interpretación**

La novena parte de los operadores de justicia del distrito judicial de Huaura, indican que las personas tienen acceso a la justicia; es decir de 10 operadores de justicia, 9 indican así.

**Tabla 05.** Igualdad ante la ley según los operadores de justicia del distrito judicial de Huaura – Huacho.

Igualdad ante la ley	Frecuencia	Porcentaje
Si	36	72.0
No	14	28.0
Total	50	100.0

**Fuente:** cuestionario de tutela de derechos.



**Figura 05.** Diagrama de sectores de igualdad ante la ley según los operadores de justicia del distrito judicial de Huaura – Huacho.

### **Análisis**

En la tabla 5, el 72,0% (36) de los operadores de justicia indican que las personas son iguales ante la ley; pero el 28,0% (14) opinan lo contrario.

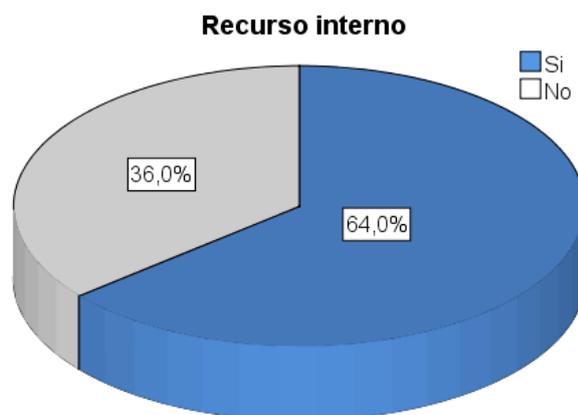
### **Interpretación**

La tercera parte de los operadores de justicia del distrito judicial de Huaura, indican que las personas son iguales ante la ley; es preocupante que no todos piensan así.

**Tabla 06.** Recurso interno según los operadores de justicia del distrito judicial de Huaura – Huacho.

Recurso interno	Frecuencia	Porcentaje
Si	32	64.0
No	18	36.0
Total	50	100.0

**Fuente:** cuestionario de tutela de derechos.



**Figura 06.** Diagrama de sectores de recurso interno según los operadores de justicia del distrito judicial de Huaura – Huacho.

### **Análisis**

En la tabla 6, el 64,0% (32) de los operadores de justicia indican que las personas tienen acceso al recurso interno; mientras que el 36,0% (18) manifiestan que no.

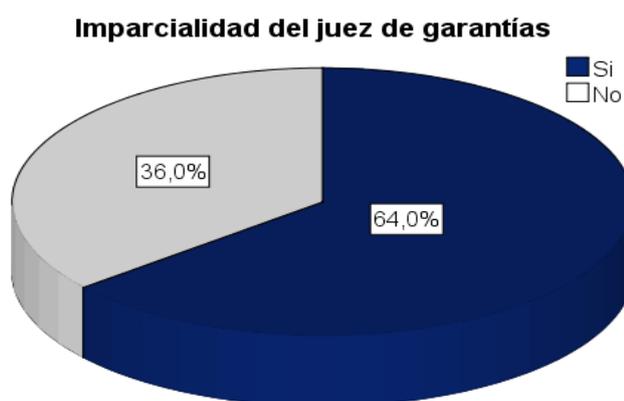
### **Interpretación**

Aproximadamente dos tercios de los operadores de justicia del distrito judicial de Huaura, indican que las personas tienen acceso al recurso interno; es preocupante que no todos piensan así.

**Tabla 07.** Imparcialidad del juez de garantías según los operadores de justicia del distrito judicial de Huaura – Huacho.

<b>Imparcialidad del juez de garantías</b>	<b>Frecuencia</b>	<b>Porcentaje</b>
Si	32	64.0
No	18	36.0
Total	50	100.0

**Fuente:** cuestionario de garantías penales.



**Figura 07.** Diagrama de sectores de imparcialidad del juez de garantías según los operadores de justicia del distrito judicial de Huaura – Huacho.

### **Análisis**

En la tabla 7, el 64,0% (32) de los operadores de justicia indican que los agraviados gozan de imparcialidad del juez de garantías; mientras que el 36,0% (18) indican que no es así.

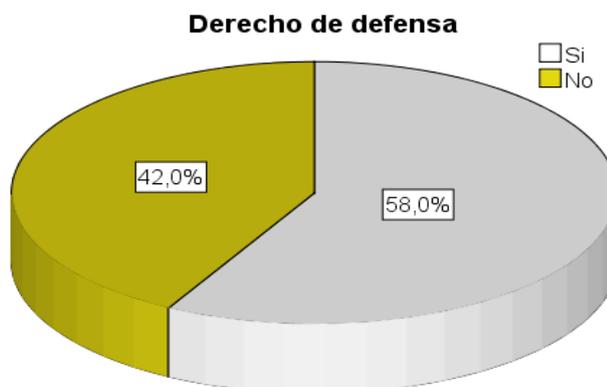
### **Interpretación**

Aproximadamente dos tercios de los operadores de justicia del distrito judicial de Huaura, indican que los agraviados gozan de imparcialidad del juez de garantías; es alarmante que no todos opinan de igual forma.

**Tabla 08.** Derecho de defensa según los operadores de justicia del distrito judicial de Huaura – Huacho.

Derecho de defensa	Frecuencia	Porcentaje
Si	29	58.0
No	21	42.0
Total	50	100.0

**Fuente:** cuestionario de garantías penales.



**Figura 08.** Diagrama de sectores de derecho de defensa según los operadores de justicia del distrito judicial de Huaura – Huacho.

### **Análisis**

En la tabla 8, el 58,0% (29) de los operadores de justicia indican que los agraviados tienen derecho de defensa; mientras que el 42,0% (21) manifiestan que no lo tienen.

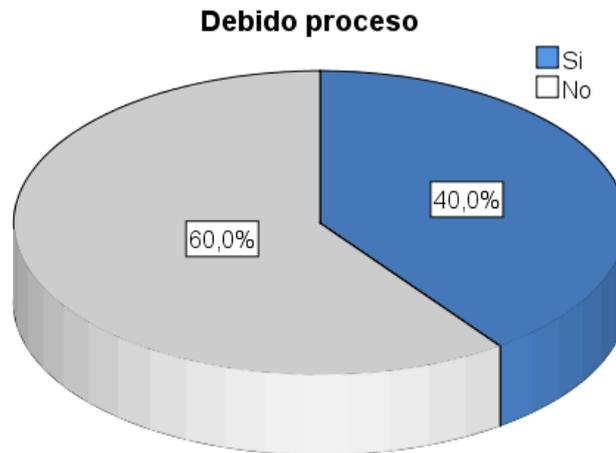
### **Interpretación**

Aproximadamente casi tres quintas partes de los operadores de justicia del distrito judicial de Huaura, indican que los agraviados gozan de derecho de defensa; es impresionante que no todos los operadores de justicia opinan así.

**Tabla 09.** Debido proceso según los operadores de justicia del distrito judicial de Huaura – Huacho.

Debido proceso	Frecuencia	Porcentaje
Si	20	40.0
No	30	60.0
Total	50	100.0

**Fuente:** cuestionario de garantías penales.



**Figura 09.** Diagrama de sectores de debido proceso según los operadores de justicia del distrito judicial de Huaura – Huacho.

### **Análisis**

En la tabla 9, el 60,0% (30) de los operadores de justicia indican que los agraviados no tienen debido proceso; mientras que el 40,0% (20) manifiestan que si tienen.

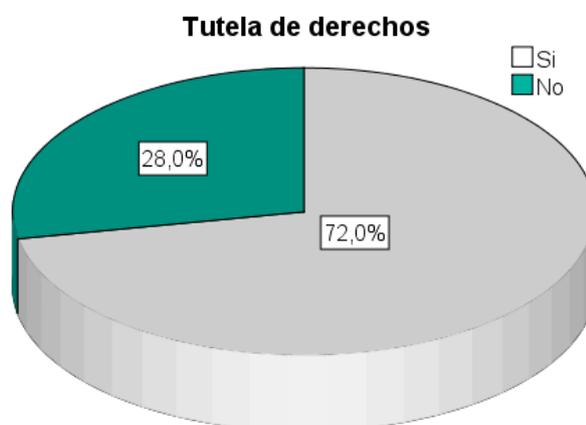
### **Interpretación**

Las tres quintas partes de los operadores de justicia del distrito judicial de Huaura, indican que los agraviados no gozan de debido proceso; es preocupante esta situación, es un factor que podría ser parte de la no administración adecuada de justicia.

**Tabla 10.** Tutela de derechos según los operadores de justicia del distrito judicial de Huaura – Huacho.

Tutela de derechos	Frecuencia	Porcentaje
Si	36	72.0
No	14	28.0
Total	50	100.0

Fuente: cuestionario de garantías penales.



**Figura 10.** Diagrama de sectores de tutela de derechos según los operadores de justicia del distrito judicial de Huaura – Huacho.

### **Análisis**

En la tabla 10, el 72,0% (36) de los operadores de justicia indican que los agraviados poseen tutela de derechos; en tanto que el 28,0% (14) declaran que no tienen.

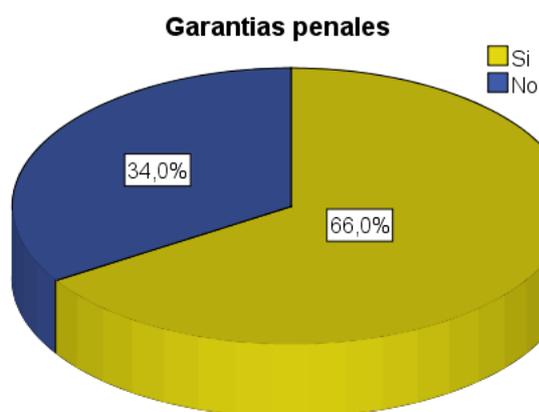
### **Interpretación**

Casi tres cuartas partes de los operadores de justicia del distrito judicial de Huaura, revelan que los agraviados poseen tutela de derechos; es alarmante una cuarta parte de los agraviados no lo tienen.

**Tabla 11.** Garantías penales según los operadores de justicia del distrito judicial de Huaura – Huacho.

<b>Garantías penales</b>	<b>Frecuencia</b>	<b>Porcentaje</b>
Si	33	66.0
No	17	34.0
Total	50	100.0

**Fuente:** cuestionario de garantías penales.



**Figura 11.** Diagrama de sectores de garantías penales según los operadores de justicia del distrito judicial de Huaura – Huacho.

### **Análisis**

En la tabla 11, el 66,0% (33) de los operadores de justicia indican que los agraviados tienen garantías penales; mientras que el 34,0% (17) dicen que no tienen.

### **Interpretación**

Dos tercios de los operadores de justicia del distrito judicial de Huaura, manifiestan que los agraviados ostentan garantías penales; es sorprendente que no todos los agraviados gozan de tal derecho.

## 4.2 Análisis inferencial y contrastación de hipótesis

### Hipótesis específicas

**Tabla 12.** Tutela de derechos e imparcialidad del juez de garantías según los operadores de justicia del distrito judicial de Huaura – Huacho.

	Tutela de derechos	Imparcialidad del juez de garantías		Total	Chi <sup>2</sup>	Gl	p valor
		Si	No				
Si	N°	21	9	30			
	%	42.0%	18.0%	60.0%			
No	N°	11	9	20	1,17	1	0,279
	%	22.0%	18.0%	40.0%			
Total	N°	32	18	50			
	%	64.0%	36.0%	100.0%			

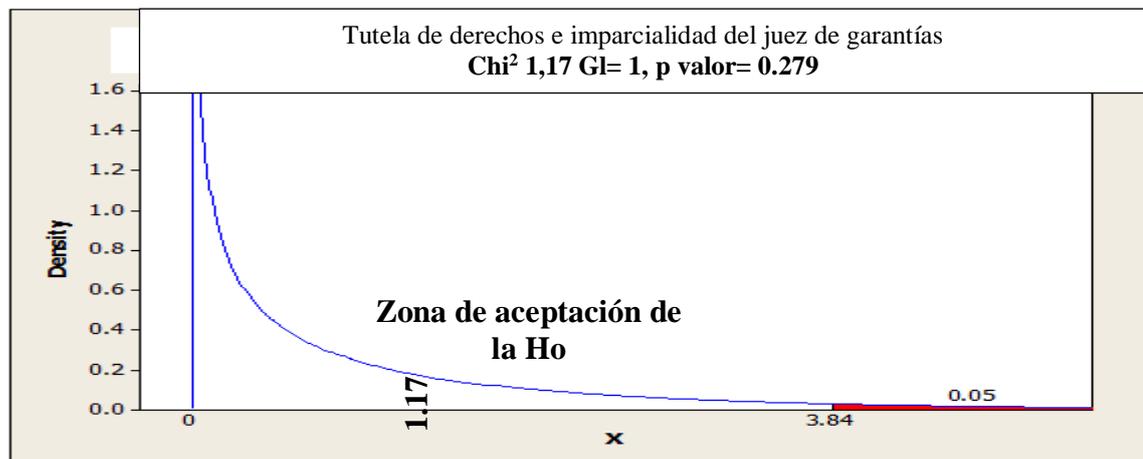
**Fuente:** cuestionario de tutela de derechos y garantías penales.

### Análisis

En la tabla 12, se analiza la tutela de derechos e imparcialidad del juez de garantías según los operadores de justicia del distrito judicial de Huaura, aprecia que el 42,0% (21) de los agraviados gozan de tutela de derechos e imparcialidad del juez de garantías; mientras que el 18,0% (9) no lo hacen.

### Interpretación

El estadístico de prueba Chi<sup>2</sup> calculado 1,17 y p valor 0,279 ( $p > 0,05$ ), indica que con una probabilidad de error de 27,9% la tutela de derechos para el agraviado se relaciona con la imparcialidad del juez de garantías; sin embargo, el error es demasiado alto al alfa establecido para aceptar la relación, por lo que se acepta la primera hipótesis específica nula ( $H_{01}$ ) que niega esa relación.



**Figura 12.** Relación entre Tutela de derechos e imparcialidad del juez de garantías según los operadores de justicia del distrito judicial de Huaura.

**Tabla 13.** Tutela de derechos y derecho de defensa según los operadores de justicia del distrito judicial de Huaura – Huacho.

Tutela de derechos		Derecho de defensa		Total	Chi <sup>2</sup>	Gl	p valor
		Si	No				
		Si	N°				
	%	44.0%	16.0%	60.0%			
No	N°	7	13	20	7,24	1	0,007
	%	14.0%	26.0%	40.0%			
Total	N°	29	21	50			
	%	58.0%	42.0%	100.0%			

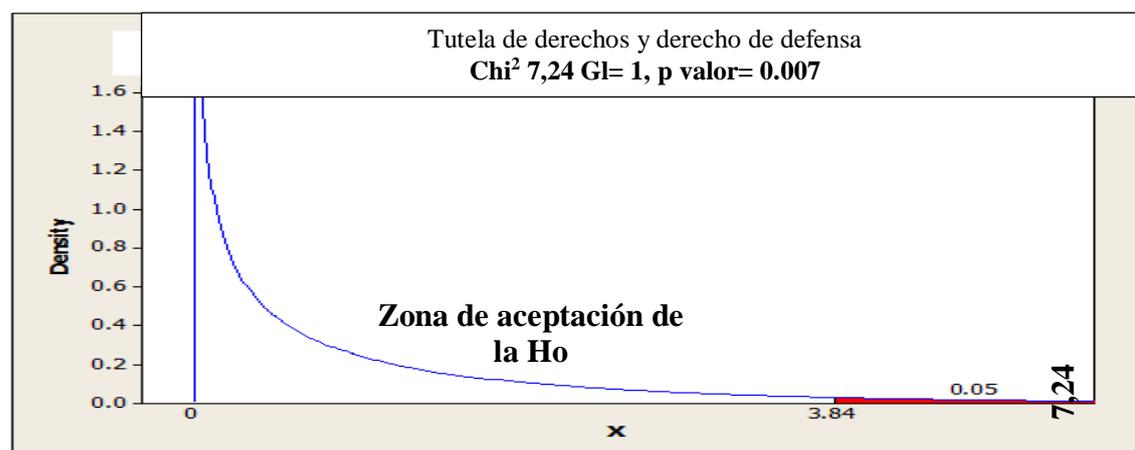
**Fuente:** cuestionario de tutela de derechos y garantías penales.

### Análisis

En la tabla 13, se analiza la tutela de derechos y derecho de defensa según los operadores de justicia del distrito judicial de Huaura, en ella se estima que el 44,0% (22) indican que los agraviados gozan de tutela de derechos y derecho de defensa; mientras que el 26,0% (9) afirman lo contrario.

### Interpretación

El estadístico de prueba Chi<sup>2</sup> calculado 7,24 y p valor 0,007 ( $p < 0,05$ ), indica que con una probabilidad de error de 0,07% tutela de derechos para el agraviado se relaciona con los derechos de defensa; por lo que se acepta la segunda hipótesis específica (Ho<sub>2</sub>) afirma que la tutela de derechos para el agraviado se relaciona con los derechos de defensa de los casos implicados en los expedientes judiciales.



**Figura 13.** Relación entre Tutela de derechos y derecho de defensa según los operadores de justicia del distrito judicial de Huaura.

**Tabla 14.** Tutela de derechos y debido proceso según los operadores de justicia del distrito judicial de Huaura – Huacho.

	Tutela de derechos	Debido proceso		Total	Chi <sup>2</sup>	Gl	p valor
		Si	No				
Si	N°	11	19	30	0,35	1	0,556
	%	22.0%	38.0%	60.0%			
No	N°	9	11	20	0,35	1	0,556
	%	18.0%	22.0%	40.0%			
Total	N°	20	30	50	0,35	1	0,556
	%	40.0%	60.0%	100.0%			

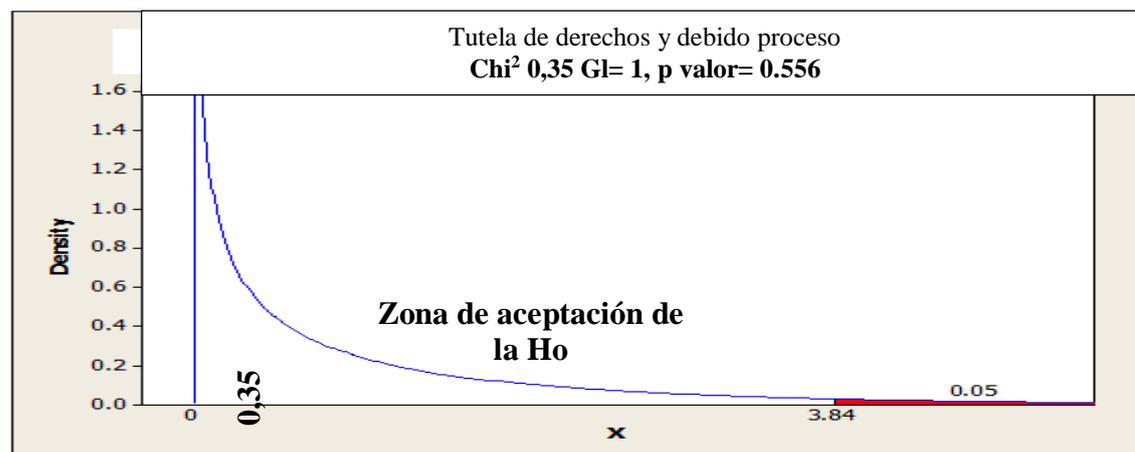
**Fuente:** cuestionario de tutela de derechos y garantías penales.

### Análisis

En la tabla 14, se analiza la tutela de derechos y debido proceso según los operadores de justicia del distrito judicial de Huaura, en ella se aprecia que el 22,0% (11) indican que los agraviados gozan de tutela de derechos y debido proceso; mientras que el 22,0% (11) indican que no es así.

### Interpretación

El estadístico de prueba Chi<sup>2</sup> calculado 0,35 y p valor 0,556 ( $p > 0,05$ ), indican que con una probabilidad de error de 55,6% la tutela de derechos para el agraviado se relaciona con el debido proceso; sin embargo, el error es demasiado alto al alfa establecido para aceptar la relación, por lo que se acepta la tercera hipótesis específica nula ( $H_{03}$ ) que afirma que la tutela de derechos para el agraviado no se relaciona con el debido proceso de los casos implicados en los expedientes judiciales.



**Figura 14.** Relación entre Tutela de derechos y debido proceso según los operadores de justicia del distrito judicial de Huaura.

**Tabla 15.** Garantías penales y acceso a la justicia según los operadores de justicia del distrito judicial de Huaura – Huacho.

	Garantías penales	Acceso a la justicia		Total	Chi <sup>2</sup>	GI	p valor
		Si	No				
Si	N°	31	2	33	1,67	1	0,196
	%	62.0%	4.0%	66.0%			
No	N°	14	3	17	1,67	1	0,196
	%	28.0%	6.0%	34.0%			
Total	N°	45	5	50	1,67	1	0,196
	%	90.0%	10.0%	100.0%			

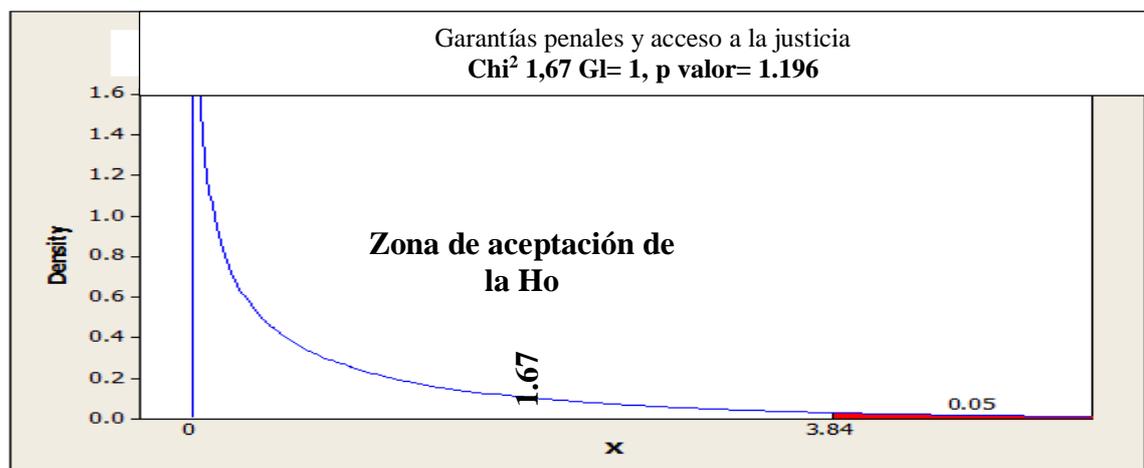
**Fuente:** cuestionario de tutela de derechos y garantías penales.

### Análisis

En la tabla 15, se analiza las garantías penales y acceso a la justicia según los operadores de justicia del distrito judicial de Huaura, en ella se aprecia que el 62,0% (31) indican que los agraviados gozan de garantías penales y acceso a la justicia; mientras que el 6,0% (3) indican que no es así.

### Interpretación

El estadístico de prueba Chi<sup>2</sup> calculado 1,67 y p valor 0,196 ( $p > 0,05$ ), indican que con una probabilidad de error de 19,6% las garantías penales para el agraviado se relaciona con el acceso a la justicia; sin embargo, el error es demasiado alto al alfa establecido para aceptar la relación, por lo que se acepta la cuarta hipótesis específica nula ( $H_{04}$ ) que afirma que las garantías penales para el agraviado no se relacionan con el acceso a la justicia de los casos implicados en los expedientes judiciales.



**Figura 15.** Relación entre garantías penales y acceso a la justicia según los operadores de justicia del distrito judicial de Huaura.

**Tabla 16.** Garantías penales e igualdad ante la ley según los operadores de justicia del distrito judicial de Huaura – Huacho.

	Garantías penales	Igualdad ante la ley		Total	Chi <sup>2</sup>	GI	p valor
		Si	No				
Si	N°	26	7	33	2,218	1	0,136
	%	52.0%	14.0%	66.0%			
No	N°	10	7	17	2,218	1	0,136
	%	20.0%	14.0%	34.0%			
Total	N°	36	14	50			
	%	72.0%	28.0%	100.0%			

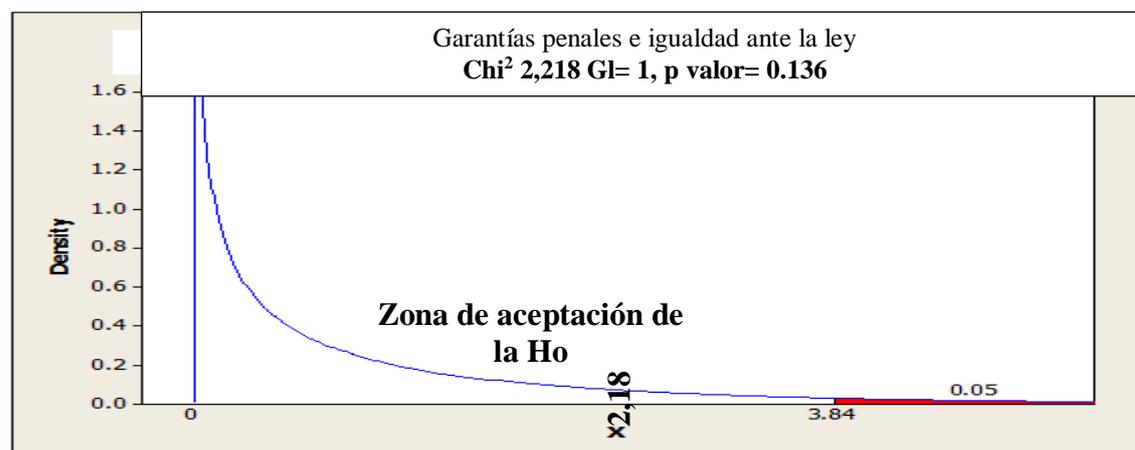
**Fuente:** cuestionario de tutela de derechos y garantías penales.

### Análisis

En la tabla 16, se analiza las garantías penales e igualdad ante la ley según los operadores de justicia del distrito judicial de Huaura, en ella se aprecia que el 52,0% (26) indican que los agraviados gozan de garantías penales e igualdad ante la ley; mientras que el 14,0% (7) indican que no es así.

### Interpretación

El estadístico de prueba Chi<sup>2</sup> calculado 2,218 y p valor 0,136 ( $p > 0,05$ ), indican que con una probabilidad de error de 13,6% las garantías penales para el agraviado se relaciona con igualdad ante la ley; sin embargo, el error es demasiado alto al alfa establecido para aceptar la relación, por lo que se acepta la quinta hipótesis específica nula ( $H_{05}$ ) que afirma que las garantías penales para el agraviado no se relacionan con la igualdad ante la ley de los casos implicados en los expedientes judiciales.



**Figura 16.** Relación entre garantías penales e igualdad ante la ley según los operadores de justicia del distrito judicial de Huaura.

**Tabla 17.** Garantías penales y recurso interno según los operadores de justicia del distrito judicial de Huaura – Huacho.

	Garantías penales	Recurso interno		Total	Chi <sup>2</sup>	Gl	p valor
		Si	No				
Si	N°	25	8	33	5,824	1	0,016
	%	50.0%	16.0%	66.0%			
No	N°	7	10	17	5,824	1	0,016
	%	14.0%	20.0%	34.0%			
Total	N°	32	18	50	5,824	1	0,016
	%	64.0%	36.0%	100.0%			

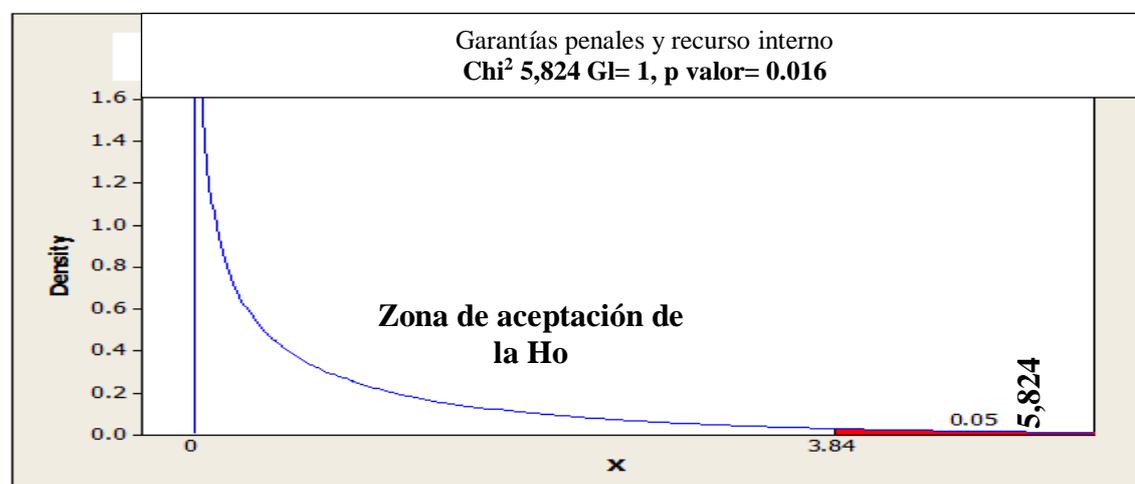
**Fuente:** cuestionario de tutela de derechos y garantías penales.

### Análisis

En la tabla 17, se analiza las garantías penales y recurso interno según los operadores de justicia del distrito judicial de Huaura, en ella se estima que el 50,0% (25) indican que los agraviados gozan de garantías penales y recurso interno; mientras que el 20,0% (10) no lo hacen.

### Interpretación

El estadístico de prueba Chi<sup>2</sup> calculado 5,824 y p valor 0,016 ( $p < 0,05$ ), indica que con una probabilidad de error de 1,6% las garantías penales para el agraviado se relacionan con el recurso interno; por lo que se acepta la sexta hipótesis específica (Ho<sub>6</sub>) afirma que las garantías penales para el agraviado se relacionan con el recurso interno de los casos implicados en los expedientes judiciales.



**Figura 17.** Relación entre garantías penales y recurso interno según los operadores de justicia del distrito judicial de Huaura.

**Tabla 18.** Tutela de derechos y Garantías penales según los operadores de justicia del distrito judicial de Huaura – Huacho.

Tutela de derechos		Garantías penales		Total	Chi <sup>2</sup>	Gl	p valor
		Si	No				
		Si	N°				
	%	48.0%	12.0%	60.0%			
No	N°	9	11	20	6,551	1	0,010
	%	18.0%	22.0%	40.0%			
Total	N°	33	17	50			
	%	66.0%	34.0%	100.0%			

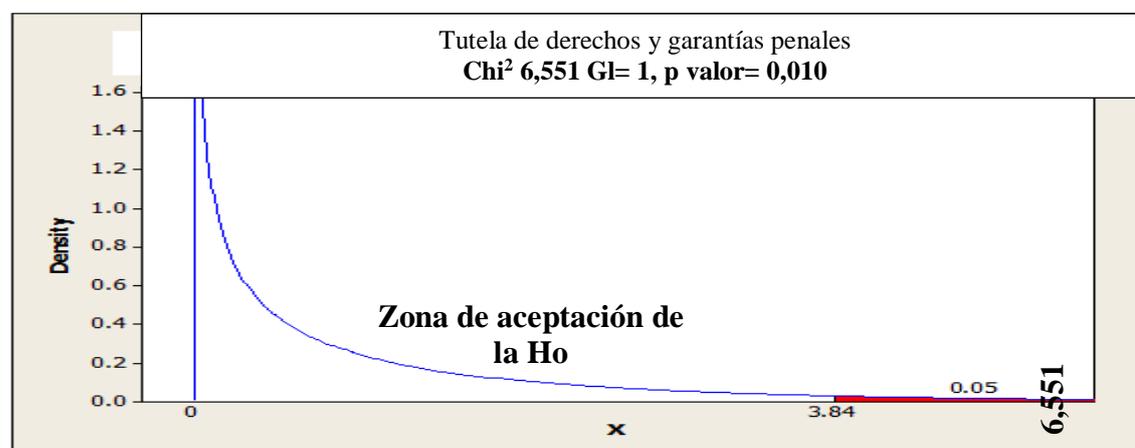
**Fuente:** cuestionario de tutela de derechos y garantías penales.

### Análisis

En la tabla 18, se analiza la tutela de derechos y garantías penales según los operadores de justicia del distrito judicial de Huaura, en ella se aprecia que el 48,0% (24) manifiestan que los agraviados gozan de tutela de derechos y garantías penales; mientras que el 22,0% (11) indican que no es así.

### Interpretación

El estadístico de prueba Chi<sup>2</sup> calculado 6,551 y p valor 0,010 ( $p < 0,05$ ), indica que con una probabilidad de error de 1,0% la tutela de derechos se relaciona con las garantías penales; por lo que se rechaza la hipótesis nula y se acepta la hipótesis de investigación (Hi) que afirma que la tutela de derechos se relaciona con las garantías penales de los casos implicados en los expedientes judiciales.



**Figura 18.** Relación entre tutela de derechos y garantías penales interno según los operadores de justicia del distrito judicial de Huaura.

### 4.3 Discusión de resultados

El proceso penal a través de la entrada en vigencia del nuevo Código Procesal Penal, se ha constitucionalizado, esto quiere decir que para la tramitación de cualquier procedimiento en la búsqueda de la verdad material del hecho delictuoso, irrestrictamente tienen que respetarse los derechos fundamentales de las partes sometidas a él, esto quiere decir no solamente los derechos del imputado, sino también la del agraviado, ello en aplicación al debido proceso penal (garantías penales, derecho de defensa, igualdad de las partes, etc.).

En el estudio efectuado sobre la Tutela de derechos para el agraviado, en su incoación vulneración de las garantías penales en el Distrito Judicial de Huaura, en el Módulo Penal, de los Juzgados de Investigación Preparatoria de Huaura (expedientes, tramite y ejecución), sobre todo de las encuestas realizadas (en número de 100 encuestas hechas a diversos operadores de justicia, jueces, fiscales, abogados libres, abogados públicos y personal jurisdiccional), se ha llegado a determinar según el análisis inferencial y contrastación de hipótesis, se analiza la tutela de derechos y garantías penales según los operadores de justicia del distrito judicial de Huaura, en ella se aprecia que el 48,0% (24) manifiestan que los agraviados gozan de tutela de derechos y garantías penales; mientras que el 22,0% (11) indican que no es así. Se utilizó el estadístico de prueba  $\chi^2$  calculado 6,551 y p valor 0,010 ( $p < 0,05$ ), indica que con una probabilidad de error de 1,0% la tutela de derechos se relaciona con las garantías penales; por lo que se rechaza la hipótesis nula y se acepta la hipótesis de investigación ( $H_i$ ) que afirma que la tutela de derechos se relaciona con las garantías penales de los casos implicados en los expedientes judiciales. Ver tabla 18. Así mismo del análisis inferencial y contrastación de hipótesis, que se realiza, se analiza la tutela de derechos y derecho de defensa según los operadores de justicia del distrito judicial de Huaura, en ella se estima que el 44,0% (22) indican que los agraviados gozan de tutela de derechos y derecho de defensa; mientras que el 26,0% (9) afirman lo contrario. Se utilizó estadístico de prueba  $\chi^2$  calculado 7,24 y p valor 0,007 ( $p < 0,05$ ), indica que con una probabilidad de error

de 0,07% tutela de derechos para el agraviado se relaciona con los derechos de defensa; por lo que se acepta la segunda hipótesis específica (Ho<sub>2</sub>) afirma que la tutela de derechos para el agraviado se relaciona con los derechos de defensa de los casos implicados en los expedientes judiciales. Ver tabla 13. Por otro lado del análisis inferencial y contrastación de hipótesis, que se realiza, se analiza las garantías penales y recurso interno según los operadores de justicia del distrito judicial de Huaura, en ella se estima que el 50,0% (25) indican que los agraviados gozan de garantías penales y recurso interno; mientras que el 20,0% (10) no lo hacen. Se utilizó el estadístico de prueba Chi<sup>2</sup> calculado 5,824 y p valor 0,016 (p < 0,05), indica que con una probabilidad de error de 1,6% las garantías penales para el agraviado se relacionan con el recurso interno; por lo que se acepta la sexta hipótesis específica (Ho<sub>6</sub>) afirma que las garantías penales para el agraviado se relacionan con el recurso interno de los casos implicados en los expedientes judiciales. Ver tabla 17. Lo cual nos indica que actualmente de no incoar la tutela de derechos para el agraviado se vulneraría ciertas garantías penales, como el derecho de defensa, el de contar con un recurso efectivo para la defensa de sus intereses como parte legitimada en el desarrollo del procedimiento penal (investigación preliminar y preparatoria), ello conforme al análisis de las encuestas realizadas y de los expedientes judiciales advertidos de los órganos jurisdiccionales citados supra.

Como lo venimos sosteniendo la presente investigación es inédita, es así que son muy pocos los autores que tocan este tema siendo uno de ellos es el jurista Alva Florián<sup>182</sup>, señala la posibilidad de que la víctima recurra a través de la tutela de derechos, es válida y tiene su fundamento jurídico y dogmático, a partir de una interpretación sistemática y armónica con los principios constitucionales, siendo que solo podría recurrir a la acción de tutela para cuestionar o proteger los derechos que le asisten, así como por ejemplo el de información y el de participación en el proceso, siendo básicamente el sustento jurídico lo normado en el numeral 3 del art. I del TP, del NCPP del 2004, el cual sostiene que las partes intervendrán en el

---

<sup>182</sup> ALVA FLORIÁN, César A. "Cuestiones referidas a la Tutela de Derechos y al Control de Plazos en el Nuevo Código Procesal Penal", *Gaceta Penal & Procesal Penal. Manual 1 - Investigación Preparatoria y Etapa Intermedia* noviembre 2010- Lima, pág. 48 -.

proceso penal con “iguales posibilidades de ejercer las facultades y derechos previstos en la Constitución y en este código”, y que los jueces preservaran el principio de igualdad procesal, debiendo allanar todos los obstáculos que impidan o dificulten su vigencia; si bien es cierto el autor la define, anuncia su fuente, características, siendo que definitivamente solo da grandes rasgos del mismo, pero no se aborda la problemática que se advertiría en cuanto a la vulneración de las garantías penales en este procedimiento, en cuanto a la limitación y prohibición que tendría la víctima para la defensa de sus derechos a través de esta acción de tutela, por otro lado en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Escuela de Postgrado; se encontró la tesis: El Derecho fundamental del acceso a la justicia y las barreras de acceso en poblaciones urbanas pobres en el Perú; para optar el grado académico de magíster en derecho constitucional, presenta por John Iván Ortiz Sánchez, principalmente concluye: 1. El Acceso a la justicia, constituye un derecho fundamental en nuestro ordenamiento jurídico constitucional peruano que nuestra jurisprudencia constitucional y una parte de la doctrina nacional entiende como acceso a la jurisdicción limitando su ejercicio y alcance. Proponemos definir el acceso a la justicia como un derecho fundamental por el cual los ciudadanos pueden satisfacer su necesidad de justicia con todo instrumento o mecanismo ya sea auto compositivo (negociación o conciliación) o heterocompositivo a través del Estado (judicial o administrativo) o a través de instancias privadas (arbitraje) o colectivas y comunitarias (justicia comunal y mecanismos de resolución de conflictos en asentamientos humanos). De esta propuesta de definición del acceso a la justicia podemos desprender las siguientes ideas centrales: - Es un derecho fundamental de todo ciudadano. - Los ciudadanos son beneficiarios de este derecho en forma individual o colectiva. - Los ciudadanos pueden usar cualquier forma de resolución de conflictos sea auto compositiva o heterocompositiva, sea pública o privada, sea individual o colectiva. - El Estado y la sociedad están obligados a satisfacer a través de este derecho la necesidad de justicia de todo ciudadano. - El valor justicia es el principio que trasciende este derecho. Así mismo en la Universidad Nacional de Trujillo. Unidad de Postgrado,

se halla la tesis: La Vigencia efectiva del principio de igualdad procesal y los derechos del agraviado. Tesis para optar el grado de maestra en derecho mención en Derecho Penal y Ciencias Criminológicas. Autora: Karina Delgado Nicolás, la cual concluye principalmente: 1. La regulación de las atribuciones del agraviado en el sistema procesal penal garantizan mínimamente la vigencia efectiva del Principio de Igualdad Procesal por cuanto el sistema de justicia no le provee al agraviado los mecanismos idóneos (de goce y tutela) para ejercerlos tales como: la asistencia letrada de un abogado para que le informe sobre dichos derechos desde la interposición de su denuncia, y así los efectivice dentro del proceso penal, especialmente en los casos en que las víctimas sean menores de edad, así como profesionales idóneos que propicien la efectivización del derecho del agraviado a recibir un trato digno y respetuoso por parte de las autoridades competentes y a la protección de su integridad física y psicológica sea evitando la doble victimización ocasionada por el mismo proceso en sí y la implementación de las medidas de protección; asimismo por la falta de instrumentos procesales que garanticen dichos derechos tales como la tutela de derechos que actualmente es ejercido solo por el imputado. Se plantea la necesidad de establecer un punto de equilibrio en esta nueva relación, a manera de triada, formada entre los intereses de la sociedad (representada por el Estado), los intereses del ofensor y los intereses de la víctima. Esta relación viene a reemplazar la hasta entonces dominante relación estado-ofensor. Por otro lado en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Facultad de Derecho; se encontró la tesis: La Dimensión objetiva de los procesos constitucionales de tutela de derechos fundamentales. Tesis para optar por el título de licenciada en derecho. Presentada por: Liliana María Salomé Resurrección; en la que concluye principalmente: 1. La acción de tutela es el mecanismo procesal más expeditivo para lograr la protección de los derechos fundamentales y, adicionalmente, ha hecho posible que, a partir de la resolución de casos concretos, la Corte Constitucional ponga fin a situaciones manifiestamente contrarias a la Constitución. Una novedosa técnica para lograr este propósito es el denominado “estado de cosas inconstitucional” que ha permitido, por mencionar un ejemplo, que a partir de una acción

de tutela referida a las condiciones de hacinamiento e insalubridad que presentaban dos cárceles colombianas (Modelo y Bellavista), la Corte Constitucional llame la atención sobre un problema generalizado en todos los centros de reclusión de dicho país. En consecuencia, la Corte dirigió un conjunto de órdenes a las autoridades pertinentes para que, en un plazo determinado, elaboren un plan de construcción y refacción carcelaria. Asimismo, ordenó que se adopten las medidas necesarias para garantizar condiciones de vida dignas para los reclusos.

Del análisis realizado se concluye que actualmente el restringir e impedir a la víctima, que pueda recurrir a este procedimiento de Tutela de Derechos para el agraviado, determina que no se están desarrollando las garantías de un debido proceso penal, esto quiere decir que se advierte, *i) vulneración al acceso a la justicia al no contar con recurso efectivo; ii) vulneración al derecho de derecho de defensa, en uso a sus interese en el mismo y iii) vulneración al principio de igualdad de las partes en la tramitación de un proceso penal*, esto es como lo señala el jurista Juan H. Sánchez Córdova<sup>183</sup>, citando a Juan Montero Aroca, señala que si bien es cierto el derecho de defensa no es exclusivo del imputado, sino que es un derecho fundamental atribuido a las partes de todo el proceso, que consiste básicamente en la necesidad de que estas sean oídas para que puedan alegar y probar, y de que conozcan y puedan rebatir todos los materiales de hecho y derecho que influyan en la resolución judicial, y que si bien es cierto la participación del agraviado al constituirse como actor civil, la ley le da ciertas facultades, sin embargo de igual forma son limitadas, sobre todo al inicio del procedimiento penal, en donde esta tendría la legitimidad para obrar, y buscar así el control, por parte del Juez de garantías, ante la inoperancia, dejadez o limitación de sus derechos, por parte del ente persecutor del delito, ello lógicamente en cuando le correspondan de la lista cerrada establecida en el artículo 95 del Nuevo Código Procesal Penal.

---

<sup>183</sup> SÁNCHEZ CORDOVA, Juan H. "La Tutela de Derechos en la Investigación Preparatoria". *el & Procesal Penal*. Manual 1 - Investigación Preparatoria y Etapa Intermedia Noviembre 2010- Lima, pág. 81.

#### 4.4 Aporte de la investigación

Definitivamente el aporte a la presente investigación es de vital importancia, a fin de que los operadores de justicia tenga una mirada diversa en cuanto a la participación del agraviado en la secuela de un procedimiento, y esto en relación de que el derecho internacional y sobre todo a los diversos organismos internacionales del cual el Perú, ha ratificado, diversos tratados, pactos y convenios, los cuales brindan una protección a los diversos derechos que las víctimas, poseen, en la tramitación de cualquier procedimiento, en la que el afectado vea mellado y vulnerado el bien jurídico tutelado (esto de acuerdo al delito cometido en su contra), es por ello que a nivel internacional se le brinda una especial protección, y esto por cuando sobre el descansa las consecuencia del ilícito penal, situación que en la actualidad en nuestro ordenamiento procesal penal, no se ve reflejada, y esto obedece en parte a que mucha importancia se le da al tratamiento y procesamiento del imputado (quien comete el delito), esto es si bien es cierto el derecho penal esta constitucionalizado, y que como consecuencia de ello, refleja la aplicación de diversas garantías procesales, sin embargo a pesar de que el afectado es parte procesal, contra esté se limita a que tenga una participación pasiva y limitada de sus derechos, por ello que se debe propiciar la correcta defensa de sus intereses en la tramitación de un proceso penal que respete igual de condiciones a las partes procesales, por lo que si se considera que las partes gozan de igual posibilidades en un proceso penal, y prima el principio de igualdad se deberá de adecuar nuestro actual procedimiento penal a los estándares internacionales señalados en las bases legales (legislación supranacional página 68), concerniente como por ejemplo: i) Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder<sup>184</sup>; a) Las víctimas de delitos, inc. 1, 2 y 3, b) Acceso a la justicia y trato justo, inc. 4, 5, 6 y 7, c) Resarcimiento, inc. 8, 9, 10 y 11, d) Indemnización, inc. 12 y 13, e) Asistencia. Inc. 14, 15, 16 y 17, y f) Las víctimas del abuso de poder, inc. 18, 19, 20 y 21, entre otros

---

<sup>184</sup> RECOPIACIÓN DE REGLAS Y NORMAS DE LAS NACIONES UNIDAS EN LA ESFERA DE LA PREVENCIÓN DEL DELITO Y LA JUSTICIA PENAL. "Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder". [en línea]. 2016 [citado el 2016-03-02]. Disponible en Internet: [https://www.unodc.org/pdf/compendium/compendium\\_2006\\_es\\_part\\_03\\_02.pdf](https://www.unodc.org/pdf/compendium/compendium_2006_es_part_03_02.pdf)

derechos de amparo que posee la víctima a nivel supra nacional; siendo que como lo indica Jhonn C. Medina Olivas<sup>185</sup>, al referirse a víctimas es y seguirá siendo un tema de valiosa importancia social, debido a ello son valoradas y protegidas por los Estados u organizaciones de Estados. De acuerdo a sus valores, principios, temores y pretensiones, pueden variar en comparación de un continente a otro, de una Estado a Estado: Por ello nos será de valiosa importancia incorporar algunas de las legislaciones que armonizan con nuestra legislación interna y que ha emitido con el propósito de proteger a sus ciudadanos, quienes por acción u omisión se conviertan en víctimas; es por ello que el enfoque que se buscara con la presente será de tratar de establecer un cambio legislativo, o en todo caso un cambio de percepción de los operadores judiciales (establecer un acuerdo plenario en la que se establezca el procedimiento de la tutela de derechos para el agraviado).

---

<sup>185</sup> MEDINA OLIVAS, Jhonn C. *Las Víctimas y sus derechos*. Lima - Perú, Editora y Librería Jurídica Grijley EIRL. 1era. Edición, 2016, pág. 45.

## CONCLUSIONES

- a. Conforme quedo establecido en el análisis inferencial y contrastación de hipótesis, se analiza la tutela de derechos y garantías penales según los operadores de justicia del distrito judicial de Huaura, en ella se aprecia que el 48,0% (24) manifiestan que los agraviados gozan de tutela de derechos y garantías penales; mientras que el 22,0% (11) indican que no es así. Se utilizó el estadístico de prueba Chi<sup>2</sup> calculado 6,551 y p valor 0,010 ( $p < 0,05$ ), indica que con una probabilidad de error de 1,0% la tutela de derechos se relaciona con las garantías penales; por lo que se rechaza la hipótesis nula y se acepta la hipótesis de investigación (Hi) que afirma que la tutela de derechos se relaciona con las garantías penales de los casos implicados en los expedientes judiciales. Ver tabla 18. Lo cual nos indica que actualmente de no incoar la tutela de derechos para el agraviado se vulnera las garantías penales, como el derecho de defensa, el de contar con un recurso efectivo para la defensa de sus intereses como parte legitimada en el desarrollo del procedimiento penal (investigación preliminar y preparatoria).
- b. En ese sentido debemos enfatizar que la víctima o directamente el ofendido por el hecho delictivo, tiene posibilidad de recurrir, a través de una tutela de derechos, ante el Juez de Investigación o de Garantías, para poner fin a la vulneración de algunos de sus derechos procesales fundamentales<sup>186</sup>; (lógico en el alcance de los establecidos en el art. 95 del código procesal penal) si más aun el art. IX. del Título Preliminar, referido al Derecho de Defensa; en su inc. 3 establece: *“El proceso penal garantiza, también, el ejercicio de los derechos de información y de participación procesal a la persona agraviada o perjudicada por el delito. La autoridad pública está obligada a velar por su protección y a brindarle un trato acorde con su condición.”* En ese sentido podríamos advertir que la interpretación que el Juez deba realizar a este novísimo procedimiento no solo deberá estar enfocada a un análisis constitucional, sino también al ámbito supranacional, norma que tiene supremacía ante otras de nivel jerárquico, a fin de que este último como juez

---

<sup>186</sup> FUSTAMANTE RAFAEL, José Willan “Tiene Legitimidad el Agraviado para solicitar Tutela de Derechos en Sistema Procesal”. [en línea]. 2015 [citado el 2014-10-21]. disponible en Internet: <http://www.lozavalos.com.pe/alertainformativa/index.php?mod=portada&com=portada&opcID=39>.

de garantías sea imparcial no solo en el procedimiento (pudiendo hacer un control de convencionalidad), sino además en el tratamiento de los derechos de las partes, en especial a la del agraviado.

- c. Queda claro que en la presente investigación se ha llegado a determinar que la Tutela de Derechos, también puede ser incoada, requerida o solicitada por el agraviado cuando se advierta la inobservancia del contenido esencial de los derechos y garantías previstos en la constitución, básicamente el derecho de defensa que goza la víctima en la secuela de este procedimiento esto como ya hemos advertido; *i) El principio de igualdad, acceso a la justicia, protección judicial, recurso efectivo, entre otros son vulnerados;* *ii) No se propicia las garantías del sistema procesal penal acusatorio, para el agraviado;* *iii) Las Resoluciones emitidas por el juez de garantías, deberán realizar control difuso, para incoar este procedimiento, o apartarse de la doctrina jurisprudencial, establecida que señala que el mismo es procedente sola par el imputado.*
- d. No cabe duda que el hecho de no respetar el procedimiento penal para el agraviado en cuanto a sus garantías penales, trae como consecuencia que el ofendido pueda establecer una tutela de derechos, para que se respete el debido proceso, ya que si bien es cierto algunos consideran que no procede este instituto procesal de la tutela de derechos para el agraviado y otros por el contrario como el suscrito consideran lo contrario, ya como se ha visto ante la vulneración de los derechos fundamentales del ofendido, los mismos que se encuentran consagrados en el artículo 2 inciso 2 de nuestra Constitución Política que prescribe: *“toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen... o de cualquier otra índole”*; siendo que los jueces en un proceso penal deben preservar el principio de igualdad procesal (igualdad ante la ley), debiendo en todo caso allanar todos los obstáculos que impidan o dificulten su vigencia.
- e. El acceso a la justicia, es una derecho fundamental de todo justiciable, en un estado constitucional de derecho, y esto se efectiviza a través de la tutela procesal efectiva; hemos llegado a establecer que hay diversos organismos internacionales del cual el Perú, ha ratificado, diversos tratados, pactos y convenios, los cuales brindan una protección a los diversos derechos que las víctimas, que poseen, en la tramitación de cualquier procedimiento, en la

que el afectado vea mellado y vulnerado el bien jurídico tutelado (esto de acuerdo al delito cometido en su contra), es por ello que a nivel internacional se le brinda una especial protección, y esto por cuando sobre el descansa las consecuencia del ilícito penal, situación que en la actualidad en nuestro ordenamiento procesal penal, no se ve reflejada, y esto obedece en parte a que mucha importancia se le da al tratamiento y procesamiento del imputado (quien comete el delito), esto es si bien es cierto el derecho penal esta constitucionalizado, y que como consecuencia de ello, refleja la aplicación de diversas garantías procesales, sin embargo a pesar de que el afectado es parte procesal, contra éste se limita a que tenga una participación pasiva y limitada de sus derechos, por lo que la incoación, aplicación y tramitación de este procedimiento novedoso, (este instituto procesal solo se aplica al imputado), siendo que como está estructurado el mismo se advierte flagrantemente un desmedro a los derechos fundamentales de las partes, básicamente del agraviado, en atención a ello, si bien es cierto un proceso penal debe ser eficaz, justo y tramitado en un plazo razonable ello como principal anhelo de la sociedad, más aún cuando se restringe la libertad personal, pero ello no significa atentar flagrantemente al principio constitucional de acceso a la justicia. Así, a decir de Asencio Mellado: *“El proceso no es otra cosa que un método de determinación de hechos y responsabilidades y para la consecución de este fin ha de permanecer en la más absoluta neutralidad (...)”*.<sup>187</sup> Entendiéndose en ese mismo orden de ideas que también debe darse para la víctima.

- f. El actual procedimiento de tutela de derechos, a favor solo del imputado afecta como ya se viene afirmando las garantías penales, y como consecuencia de ello, el derecho y principio constitucional de igualdad ante la ley del agraviado, más aun que de acuerdo a lo establecido en el art. IX. del Título Preliminar, del Código Procesal Penal, establece en el *inc. 3* *“el proceso penal garantiza, también, el ejercicio de los derechos de información y de participación procesal a la persona agraviada o perjudicada por el delito. La autoridad pública está obligada a velar por su protección y a brindarle un trato acorde con su condición”*; y que si bien es cierto se parte que esta

---

<sup>187</sup> CUBAS VILLANUEVA, Víctor, DOIG DIAZ, Yolanda y QUISPE FARFAN, Fanny Soledad. *El nuevo proceso penal: Estudios fundamentales*. Lima: Palestra, 2005, p.493.

afectación, va a estar determinada solo para el imputado en lo establecido en el art. 71 del Nuevo Código Procesal Penal, (lista de derechos cerrada), esta circunstancia no es tan cierta, ya que como hemos visto el perjudicado por el delito tiene también la posibilidad de recurrir ante el Juez de Garantías, para hacer valer sus derechos cuando estos se vean menoscabados en la instauración del procedimiento penal, básicamente en la Investigación Preliminar y Preparatoria; encontrando el fundamento jurídico y dogmático, a partir de una interpretación sistemática y armónica con los principios constitucionales. Es así que, de una parte, el artículo 2 inciso 2 de nuestra Constitución Política numera que “toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen... o de cualquier otra índole”; por otro lado, en el numeral 3 del artículo I del Título Preliminar del NCPP, se señala que “las partes intervendrán en el proceso con iguales posibilidades de ejercer las facultades y derechos previstos en la Constitución y en este Código, y los jueces preservarán el principio de igualdad procesal, debiendo allanar todos los obstáculos que impidan o dificulten su vigencia<sup>188</sup>; no hay que dejar pasar por alto que también tenemos un derecho supranacional, en cuanto a las garantías procesales para la víctima<sup>189</sup>, que reconocen derechos explícitos a favor de las víctimas en el proceso, el más importante es la Declaración sobre Principios Fundamentales de la Justicia para las Víctimas de Delitos y Abuso de Poder, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el año 1985, en correlación con el art. 25° del Pacto de San José de Costa Rica que reconoce como una obligación del estado proveer de una debida protección judicial a sus ciudadanos cuando alguno de sus derechos constitucionalmente reconocidos ha sido lesionado; siendo que en los artículos 95 y 104 del Nuevo Código Procesal Penal, les reconoce derechos y facultades las cuales deben ser interpretadas sistemáticamente con el único fin de que al ofendido por el delito se le pueda resarcir en el menoscabo del hecho cometido en su contra, alcanzando así justicia a su pretensión, y evitar una doble revictimización por parte de la inoperancia del Estado.

---

<sup>188</sup> FUSTAMANTE RAFAEL, José Willan “Tiene Legitimidad el Agraviado para solicitar Tutela de Derechos en Sistema Procesal”. [en línea]. 2015 [citado el 2014-10-21]. disponible en Internet: <http://www.lozavalos.com.pe/alertainformativa/index.php?mod=portada&com=portada&opcID=39>.

<sup>189</sup> NEYRA FLORES, José A. “Garantías en el Nuevo Proceso Penal Peruano”. [en línea]. 2010 [citado en el Vol. 4 N°.4 - 2010]. disponible en Internet: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoprocesal/article/view/2399/2350>.

g. No cabe duda que la víctima en este nuevo sistema procesal, ha ganado un rol protagónico, esto no solo en el derecho a la información, y participación del proceso penal, tanto más aún que nuestra norma adjetiva en el art. 95° del NCPP, le confiere al agraviado una serie de derechos, sino que para la acción reparatoria del delito, la norma procesal le ha conferido ciertas facultades, sin embargo como lo señala Alva Florián<sup>190</sup>, indica que la posibilidad de que la víctima recurra a través de la tutela de derechos, es válida y tiene su fundamento jurídico y dogmático, para poder requerir al Juez de Garantías la acción de tutela para cuestionar o proteger los derechos que le asisten, así como por ejemplo el de información y el de participación en el proceso, siendo básicamente el sustento jurídico lo normado en el numeral 3 del art. I del TP, del NCPP del 2004, el cual sostiene que las partes intervendrán en el proceso penal con “iguales posibilidades de ejercer las facultades y derechos previstos en la Constitución y en este código”, y que los jueces preservaran el principio de igualdad procesal, debiendo allanar todos los obstáculos que impidan o dificulten su vigencia. En ese orden de ideas podemos señalar que la Tutela de Derechos es una garantía del derecho que tiene toda persona a la protección judicial de sus derechos fundamentales a través de un recurso interno y efectivo, entendido este al restablecimiento del *statu quo* de los derechos vulnerados, que encuentra una regulación expresa en el NCPP del 2004<sup>191</sup>, (solo en cuanto a los parámetros establecidos en el art. 71 en cuanto al imputado) y 95 (en cuanto al agraviado) del NCPP), y que debe utilizarse única y exclusivamente cuando haya una infracción (ya consumada), de los derechos que le asiste tanto al imputado, como al agraviado, ello como respuesta al derecho de igualdad. Como puede apreciarse, es un mecanismo (más que procesal), de índole constitucional, que se constituye en la mejor vía reparatoria del menoscabo sufrido, que incluso puede funcionar con mayor eficiencia y eficacia que un proceso constitucional de *habeas corpus*<sup>192</sup>, siendo que el Juez de Investigación Preparatoria controlara la constitucionalidad de los actos de

---

<sup>190</sup> ALVA FLORIÁN, César A. “Cuestiones referidas a la Tutela de Derechos y al Control de Plazos en el Nuevo Código Procesal Penal”, *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Manual 1 - Investigación Preparatoria y Etapa Intermedia Noviembre 2010- Lima, pág. 48 -.

<sup>191</sup> ALVA FLORIÁN, César A. “Cuestiones referidas a la Tutela de Derechos y al Control de Plazos en el Nuevo Código Procesal Penal”. *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Manual 1 - Investigación Preparatoria y Etapa Intermedia Noviembre 2010- Lima, pag. 43.

<sup>192</sup> *Idem* pag. 44

investigación practicados por el Ministerio Público (entendida con el apoyo de la Policía Nacional).

## RECOMENDACIONES O SUGERENCIAS

- a. Al haberse comprobado efectivamente según los resultados que se han obtenido en la presente investigación la vulneración de las garantías penales, al no permitir al agraviado que este pueda incoar la tutela de derechos, esto es al ver el agraviado mellado el derecho de defensa, igualdad ante la ley, acceso a la justicia, el de contar con un recurso efectivo para la defensa de sus intereses como parte legitimada en el desarrollo del procedimiento penal (investigación preliminar y preparatoria), entre otros que le confiere la ley, se sugiere una mejora legislativa, para lo tomaremos como antecedente lo establecido en el art. 71 Código Procesal Penal, solo en su numeral 4, apartado que desarrolla la Tutela de derechos para el imputado.
- b. Al poder legislativo se sugiere que de manera inmediata se realice una modificatoria legislativa y se incorpore dentro del art. 95 del Código Procesal Penal, esto en cuando a la los requisitos, aplicación, tramite y incoación de la tutela de derechos para el agraviado, conforme a los mismo parámetros utilizados para el imputado, para lo cual proponemos la siguiente modificatoria legislativa: **DICE: art. 95 Derechos del agraviado; inc 1.** *El agraviado tendrá los siguientes derechos: a) A ser informado de los resultados de la actuación en que haya intervenido, así como del resultado del procedimiento, aun cuando no haya intervenido en él, siempre que lo solicite; b) A ser escuchado antes de cada decisión que implique la extinción o suspensión de la acción penal, siempre que lo solicite; c) A recibir un trato digno y respetuoso por parte de las autoridades competentes, y a la protección de su integridad, incluyendo la de su familia. En los procesos por delitos contra la libertad sexual se preservará su identidad, bajo responsabilidad de quien conduzca la investigación o el proceso. d) A impugnar el sobreseimiento y la sentencia absolutoria. Inc. 2. El agraviado será informado sobre sus derechos cuando interponga la denuncia, al declarar preventivamente o en su primera intervención en la causa. Inc 3. Si el agraviado fuera menor o incapaz tendrá derecho a que durante las actuaciones en las que intervenga, sea acompañado por persona de su confianza.* **DEBE DECIR: 95 Derechos del agraviado; inc 1.** *El agraviado*

*tendrá los siguientes derechos: a) A ser informado de los resultados de la actuación en que haya intervenido, así como del resultado del procedimiento, aun cuando no haya intervenido en él, siempre que lo solicite; b) A ser escuchado antes de cada decisión que implique la extinción o suspensión de la acción penal, siempre que lo solicite; c) A recibir un trato digno y respetuoso por parte de las autoridades competentes, y a la protección de su integridad, incluyendo la de su familia. En los procesos por delitos contra la libertad sexual se preservará su identidad, bajo responsabilidad de quien conduzca la investigación o el proceso. d) A impugnar el sobreseimiento y la sentencia absolutoria. Inc. 2. El agraviado será informado sobre sus derechos cuando interponga la denuncia, al declarar preventivamente o en su primera intervención en la causa. Inc 3. Si el agraviado fuera menor o incapaz tendrá derecho a que durante las actuaciones en las que intervenga, sea acompañado por persona de su confianza. Esta parte del **párrafo se adicionara** al texto, inc 4. Cuando el agraviado 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 agraviado se resolverá inmediatamente, previa constatación de los hechos y realización de una audiencia con intervención de las partes.*

- c. A la Corte Suprema de Justicia de la Republica, y en atribución a lo dispuesto por el art. 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en caso de demora en la modificación de los artículos citados supra, se lleve a cabo un Pleno Jurisdiccional Extraordinario de las Salas Penales Permanente y Transitoria, a fin de que dicha instancia judicial uniformice estos criterios, en base a la aplicación, tramite y resolución de la Tutela de Derechos para el agraviado, esto vía de interpretación supranacional de los múltiples dispositivos citados supra, y en vía de integración de la norma establezca los criterios que señalamos supra, a fin de se establezca doctrina legal, esto para que sean invocados por todos los jueces de las instancias judiciales en la cual se lleva a cabo este procedimiento especial, debiéndose

de incluir según la modificatoria normativa citada, vía Foro de Participación Ciudadana, esto es a través del tesista quien sostendrá dicho pedido ante la máxima instancia suprema, con el fin de concordar la jurisprudencia penal.

- d. En el hipotético caso de que dicha modificación legislativa demore, así como al señalamiento del Pleno Jurisdiccional Extraordinario de las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia, se deberá enviar un proyecto con los alcances conferidos en el presente tesis a la Unidad de Equipo Técnico Institucional del Código Procesal Penal (UETI-CPP), organismo que depende del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, a fin de que pueda instaurar ante los órganos competentes del Poder Judicial, la convocatoria de una Sala Plena, a fin de que los jueces penales (jueces de garantías), puedan instaurar la aplicación de este mecanismo, y evitar algún tipo de sanción administrativa (Ocma), ya que a la fecha este procedimiento solo está permitido para el imputado, de acuerdo a los acuerdos plenarios señalados supra.
- e. Por último, se difundirá a través de foros, seminarios y conferencias este mecanismo de salvaguarda de derechos del agraviado a fin de que los jueces de la república vía control de convencionalidad, apliquen la norma supranacional, más aun cuando un Estado es parte de un tratado internacional como la Convención Americana, (como lo es el Perú), todos sus órganos, incluidos sus jueces, están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, por lo que los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, deben tener en cuenta no solo el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

## REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

1. **ABAD YUPANQUI**, Samuel. (2004), Derecho Procesal Constitucional, Gaceta Jurídica, Primera Edición, Lima. pág. 120.
2. **ALEXY**, Robert – *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Edit. Sociedad Anónima de Fotocomposición. Reimpresión 2012. Madrid, pág. 11.
3. **ALVA FLORIÁN**, César A. “Cuestiones referidas a la Tutela de Derechos y al Control de Plazos en el Nuevo Código Procesal Penal”. *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Manual 1 – Investigación Preparatoria y Etapa Intermedia Noviembre 2010- Lima, pág. 43.
4. **ALVA FLORIAN**, César A. “La Tutela de Derechos en el Código Procesal Penal de 2004”. *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Tomo 11 - Mayo 2010- Lima, pág. 15.
5. **ÁLVAREZ PÉREZ**, Víctor. “Debido proceso y tutela jurisdiccional”. En: *Gaceta Constitucional*. Tomo 54, Gaceta Jurídica, Lima, junio de 2012, pág. 368.
6. **AYALA CORAO**, Carlos. “La ejecución de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. En: *Estudios Constitucionales*. Año 5, Nº 1, Centro de Estudios Constitucionales-Universidad de Talca, Talca, enero-junio de 2007, pág. 153.
7. **ACUERDO PLENARIO EXTRAORDINARIO N° 01 – 2011/CIJ- 116**. VII Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanentes y Transitorias de la Corte Suprema de la Republica, de fecha 01-06-2016, fundamento 37.
8. **ACUERDO PLENARIO EXTRAORDINARIO N° 02 – 2016/CIJ- 116**. II Pleno Jurisdiccional Extraordinario de las Salas Penales Permanentes y Transitorias de la Corte Suprema de la Republica, de fecha 01-06-2016, fundamento 26.
9. **ACUERDO PLENARIO N° 04 – 2010/CJ- 116**. VI Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanentes y Transitorias de la Corte Suprema de la Republica, de fecha 16-11-2010. pág. 5 y 6.
10. **BALAGUER CALLEJON**, Francisco, (1992). Fuentes del Derecho, Tomo. II. Madrid Tecnos, pág. 28.

11. **BERISTAIN IPIÑA**, Antonio. “El nuevo Código Penal de 1995 desde la Victimología”. Ob. cit., pág. 61
12. **BERNALES BALLESTEROS**, Enrique. . *La Constitución Política del Perú de 1993 – Análisis Comparado*, Lima – Perú, Editora RAO - 2000, pág. 24.
13. **BOBBIO**, Norberto. “*En el Prólogo de la Razón y el Derecho de Luigi Ferrajoli*”. Ferrajoli, Luigi. “*Derecho y Razon*”. Editorial Trotta. 1995. pág. 209.
14. **BOROWSKI**, Martín. (2003), La estructura de los derechos fundamentales. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. pág. 97.
15. **BOROWSKI**, Martín y **BERNAL PULIDO**, Carlos. (2003), La estructura de los derechos fundamentales. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, pág. 31 y 33.
16. **BOREA ODRÍA, Alberto** – *Manual de la Constitución –para que sirve y como defenderte* Edit. El Búho EIRL. 1era edición 2016. Lima, pág. 57.
17. **BIDART CAMPOS**, Germán. *Tratado elemental de Derecho Constitucional argentino*. Tomo III, Ediar, Buenos Aires, 1995, pág. 517 y 526.
18. **CÁCERES** Roberto y **IPARRAGUIRRE**, Ronald. “*Derecho Procesal Penal Comentado*”. Editores Jurista.Lima-Perú. . 2005. Página 497.
19. **CASTILLO ALVA**, José Luis. “La validez de una sentencia penal. Acerca de la calificación de un hecho como grave violación a los derechos humanos: Entre el respeto a las normas internas y el cumplimiento de la jurisprudencia de la Corte IDH. A propósito de la sentencia del caso Barrios Altos (Primera parte)”. En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Tomo 39, Gaceta Jurídica, Lima, setiembre de 2012, pág. 80.
20. **CÓDIGO PROCESAL PENAL** 2004 – Ministerio de Justicia – Lima 2011- Secretaria Técnica de Implementación del C.P.P, págs. 12-14. 40-42.
21. **CORTE IDH. CASO “BARRIOS ALTOS”** (“Chumbipuma Aguirre y otros vs. Perú”), sentencia del 14 de marzo de 2001, párrs. 47-49; Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, y Reparaciones.
22. **CORTE IDH. CASO VALLE JARAMILLO Y OTROS VS. COLOMBIA**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 27 de noviembre de 2008, párr. 102.

- 23. CORTE IDH. CASO ANZUALDO CASTRO VS. PERÚ.** Excepción Preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 22 de setiembre de 2009, párr. 119.
- 24. CORTE IDH. CASO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL VS. PERÚ.** Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 31 de enero de 2001, párr. 81.
- 25. CORTE IDH. CASO TRISTÁN DONOSO VS. PANAMÁ.** Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 27 de enero de 2009, párrafo 153. Tales criterios ha sido acogidos igualmente en los casos Chocrón Chocrón vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 1 de julio de 2011, párrafo 118 y Caso López Mendoza vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 1 de septiembre de 2011, párrafo 148.
- 26. CORTE IDH. CASO BARBANI DUARTE Y OTROS VS. URUGUAY.** Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 13 de octubre de 2011, párrafo 136.
- 27. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Gómez Paquiyauri vs. Perú.** Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 8 de julio de 2004, párr. 230.
- 28. CUPE CALCINA,** Eloy Marcelo “Tutela de Derechos: Una aproximación a su ámbito de Aplicación”. *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Tomo 11, Mayo 2010 - Lima, pág. 53.
- 29. CHOCRÓN GIRÁLDEZ,** Ana María. “Tutela cautelar y protección de la víctima en el proceso penal”. En: *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*. Año 61, N° 2041, Ministerio de Justicia, Madrid, 2007, pág. 2828.
- 30. DIVISIÓN DE ATENCIÓN A LAS VÍCTIMAS Y TESTIGOS DEL MINISTERIO PÚBLICO.** “La víctima en el nuevo proceso penal”. En: *La víctima y el testigo en la reforma procesal penal*; Ministerio Público-Editorial Fallos del Mes, Santiago, 2003. pág. 56.
- 31. DIARIO OFICIAL EL PERUANO.** *Normas Legales*. pág. 471452. Acuerdo Plenario N° 02 – 2012/CJ- 116. I Pleno Jurisdiccional Extraordinario de las Salas Penales Permanentes y Transitorias de la Corte Suprema de la Republica. 26-07-2012. Fundamento 10.

- 32. DIAZ BAZAN, Ricardo – MENDIZABAL ANTICONA, Walter –** *Victimología – Enfoque desde el derecho penal y procesal penal..* Edit. Grijley 2018. Lima. Perú, pág. 19.
- 33. DWORKIN, Ronald.** (2003), *Virtud Soberana. La teoría y práctica de la igualdad.* Ediciones Paidós Ibérica. Traducción de Fernando Aguiar y de María Julia Bertomeu. Barcelona. pág. 11.
- 34. FERNÁNDEZ-GALIANO, Antonio.** (1977), *Derecho Natural: Introducción Filosófica al Derecho.* Madrid: Universidad Complutense, p. 340. Citado por PEREZ LUÑO. Antonio E. (1991), *Los Derechos Fundamentales.* Cuarta edición, Tecnos, Madrid, pág. 51.
- 35. FERNADEZ SEGADO, Francisco.** (1992), *El Sistema constitucional español,* Madrid, Dykinson, pág. 163.
- 36. FERNADEZ SEGADO, Francisco.** (1993), *La Teoría de los Derechos Fundamentales en la Dogmática Constitucional,* Revista Española de Derecho Constitucional, España, Centro de Estudios Constitucionales, número, 39, pág. 202.
- 37. FERRAJOLI, Luigi.** *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal.* Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y otros, Trotta, Madrid, 1995, pág. 45.
- 38. GARCÍA BECERRRA, José Antonio.** (1991), *Teoría de los Derechos Humanos.* Universidad Autónoma de Sinaloa. Sinaloa, México. pág. 11.
- 39. GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo,** (1985). *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional.* Tercera edición. Madrid, Editorial, Civitas, S.A. pág. 50.
- 40. GARCÍA MORILLO, Joaquín,** en AA.VV. *Derecho Constitucional.* Vol. I, 3ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pág. 324.
- 41. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio.** “El redescubrimiento de la víctima: victimización secundaria y programas de reparación de daño. La denominada victimización terciaria (el penado como víctima del sistema legal”. En: *Cuadernos de Derecho Judicial,* N° XV; Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, *passim.*
- 42. GARCÍA TOMA. Vítor.** *Derechos Fundamentales,* Edit. Adrus. pág. 112. Lima. 2013.

- 43. GIMENO SENDRA**, Vicente. *Derecho Procesal Penal*. Colex, Madrid, 2004, p. 45; **ASENCIO MELLADO**, José María. *Derecho Procesal Penal*. 2ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010; **SOLÉ RIERA**, Jaume. *La tutela de la víctima en el proceso penal*. J.M Bosch, Barcelona, 1997, pág. 12.
- 44. GONZALEZ**, Pérez. (1986), La dignidad de la persona, Madrid, Civitas. pág. 87-94.
- 45. GUERRERO PERALTA**, Óscar Julián. “Las víctimas en el contexto del Derecho Procesal Penal colombiano (perfiles comparativos)”. En: *Anuario de Derecho Penal 2004: la reforma del proceso penal peruano*. Universidad de Friburgo-Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 2004, pág. 433.
- 46. GUERRERO PERALTA**, Oscar Julián. (2005). “*Fundamentos Teóricos Del Nuevo Proceso Penal*”. Editorial Gustavo Ibáñez y Ediciones Nueva Jurídica. Bogotá Colombia. pág. 8.
- 47. HESSE**, Konrad. (1992), Escritos de Derecho Constitucional. Traducción de Pedro Cruz Villalón. 2da. Ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, pág. 45-47.
- 48. HIRSCH**, Hans Joachim. “*La reparación del daño en el marco del Derecho penal material*”. Traducción de Elena Carranza. En: MAIER, Julio. (Comp.). *De los delitos y de las víctimas*; Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992, pág. 56-57.
- 49. HORVITZ LENNON, María Inés Y OTRO**. (2002). DERECHO PROCESAL CHILENO. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile-Chile. pág. 460 y 461.
- 50. HUERTA GUERRERO**, Luis Alberto. “El derecho a la verdad: fundamento de la jurisprudencia constitucional en materia de violaciones a los derechos humanos”. En: SAÉNZ DÁVALOS, Luis (coordinador). *Derechos constitucionales no escritos reconocidos por el Tribunal Constitucional*. Gaceta Jurídica, Lima, 2009, pág. 162.
- 51. LANDA ARROYO**, César. (2010), Los Derechos Fundamentales en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Palestra Editores. Lima. p. 20.
- 52. LASKI**, Harold J. (1979), Los Derechos Humanos. Universidad de Costa Rica, San José, p. 22. Citado por **MONROY CABRA**, Marco. Los Derechos Humanos, Temis, Bogotá, 1980, pág. 189.

- 53. LARRAURI PIOJÁN, Elena.** “La reparación”. En: CID MOLINÉ, José y LARRAURI PIOJÁN, Elena. (Coordinadores.). *Penas alternativas a la prisión*. J.M. Bosch, Barcelona, 1997, pág. 177.
- 54. LLARENA CONDE, Pablo.** “Los derechos de protección a la víctima”. En: *Derecho Procesal Penal*. Escuela Nacional de la Judicatura, Santo Domingo (República Dominicana), 2006, pág. 315.
- 55. MAIER, Julio.** *Derecho Procesal Penal argentino*. Tomo I, Vol. B, 2ª edición, AFA editores, Buenos Aires, 2001, pág. 307.
- 56. MACHUCA FUENTES, Carlos.** “El Agraviado en el Nuevo Proceso Penal Peruano”. *Gaceta Penal & Procesal*. Colección: 168 - Tomo 34 - Numero 11 - Mes-Año: 2007 – Lima.
- 57. MEDINA OLIVAS, Jhonn C.** *Las Víctimas y sus derechos*. Lima – Perú, Editora y Librería Jurídica Grijley EIRL. 1era. Edición, 2016, pág. 45.
- 58. MENDOZA CALDERÓN, Galileo** “La Tutela de Derechos como doctrina jurisprudencial en el proceso penal peruano”. *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Tomo 50 - Agosto 2013- Lima, pág. 275.
- 59. MORENO CATENA, Víctor y CORTES DOMINGUEZ, VALENTÍN.**(2005). DERECHO PROCESAL PENAL. 2da edición. Editorial Tirantto blanch. Valencia-España. pág 449.
- 60. NEWMAN-PONT, Vivian.** “Falso o verdadero (¿El derecho a la verdad es norma imperativa internacional?)”. En: *International Law. Revista Colombiana de Derecho Internacional*. Nº 14, enero-junio de 2009, pág. 52.
- 61. NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto.** (2003), Teoría y Dogmática de los Derechos Fundamentales, UNAM, México, pág. 145-146.
- 62. ORE GUARDIA, Arsenio.** *Manual Derecho Procesal Penal*. Tomo I Edit. Reforma. 1era Edición 2011, pág. 46.
- 63. PACHAS PALACIOS, Eduardo Remi.** “La Acusación Fiscal Directa con resultados de la Investigación Preliminar, - El Proceso Directo-, en el Nuevo Código Procesal Penal. (Decreto Legislativo Nº 957”. ).Revista: “Análisis del Derecho” – 2007.pag. 23.
- 64. PASTOR R. Daniel.**(2002).”*El Plazo Razonalbe en el Proceso del Estado de Derecho*”. Editado por el Fondo de Honrad Ardenauer Stifung. Argentina Buenos Aires. Pág. 49.

- 65. PECES-BARBA**, Gregorio. (1980), *Derechos Fundamentales*, Cuarta edición, Latina Universitaria, Madrid. pág. 13.
- 66. PÉREZ LUÑO**, Antonio E. (1991), *Los Derechos Fundamentales*. Cuarta edición, Tecnos, Madrid, pág. 46.
- 67. PEREZ LOPEZ**, Jorge A. “Los derechos del agraviado en el Código Procesal Penal del 2004”. Colección: *Gaceta Penal & Procesal -tomo 57 - número 23 – Mes: 3. Año: 2014.*
- 68. PIEDRABUENA RICHARD**, Guillermo. “La Constitución y los derechos de la víctima en el nuevo proceso penal chileno”, cit. pág. 23.
- 69. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA Nº 096 - 2006 - CE – PJ.** *Reglamento de Notificaciones, Citaciones y Comunicaciones bajo las Normas del Código Procesal Penal.* 28 de junio del 2006.
- 70. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA Nº 067-2011-CED-CSJPI/PJ**, emitida por el Consejo Ejecutivo Distrital de la Corte Superior de Justicia de Piura, de fecha 12 de diciembre 2011.
- 71. ROXIN**, Claus. “Pena y reparación”. En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Vol. LII-1999, Ministerio de Justicia, Madrid, 2002, pág. 6.
- 72. RODRIGUEZ CHAVEZ**, Reyler– *Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales*. En homenaje al Dr. H.c.mult. Robert Alexy. Edit. Nueva Jurídica. Noviembre 2016. Bogotá- Colombia, pág. 516.
- 73. SÁNCHEZ CORDOVA**, Juan H. “La Tutela de Derechos en la Investigación Preparatoria”. *el & Procesal Penal*. Manual 1 – Investigación Preparatoria y Etapa Intermedia Noviembre 2010- Lima, pág. 81.
- 74. SOMOCURCIO QUIÑONES**, Vladimir. “Tutela de Derechos en el Código Procesal Penal de 2004”. ¿Sismógrafo del derecho de defensa?. *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Tomo 6, Diciembre 2009 –Lima, pág. 290.
- 75. QUIROGA LEON**, Aníbal. (1985), *La interpretación constitucional*. En *Derecho*. Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Perú Nº 39. Lima. pág. 328.
- 76. RUBIO CORREA**, Marcial. (2008), *La Interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú. Segunda edición. Lima. p. 249.

- 77. SALVADOR ALEMANY**, Verdaguer. (1984), Curso de derechos humanos, Bosch, Barcelona, pág. 11.
- 78. SANZ HERMIDA**, Ágata. *La situación jurídica de la víctima en el proceso penal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pág. 63.
- 79. SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL** emitida el 16 de octubre del 2009 en el Exp. N.º 02005-2009-PA/TC. Fundamento jurídico 33.
- 80. SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL** emitida el 8 de diciembre del 2005 en el caso Pedro Andrés Lizana Puelles contra el Jurado Nacional de Elecciones, expediente EXP. N.º 5854-2005-PA/TC. Fundamento jurídico 12.
- 81. SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL** emitida el 02 de febrero del 2006 en el caso “más del 25% del número legal de miembros del Congreso de la República contra la Ley que establece la barrera electoral N° 28617, expediente Exp. N.º 0030-2005-PI/TC. Fundamento jurídico 46.
- 82. SENTENCIA del Tribunal Constitucional**. EXP. 00295-2012-PHC/TC – LIMA. Caso Aristóteles Román Arce Paucar, de fecha 14 de mayo del 2015, fundamento 10..
- 83. VERAPINTO MARQUEZ**, Otto S. “La Tutela de Derechos del Imputado en el Nuevo Código Procesal Penal” - *Gaceta Penal & Procesal Penal* - Tomo 11- Mayo 2010 - Lima pág. 35-37.
- 84. VALLE- RIESTRA**, Javier. (2000). La jurisdiccional supranacional. Defensa de la Competencia Contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Lima. pág. 72.
- 85. VILLACAMPA ESTIARTE**, Carolina. “Víctima menor de edad y proceso penal: especialidades en la declaración testifical de menores-víctimas”. En: *Revista de Derecho Penal y Criminología*. 2ª época, N° 16, UNED, Madrid, 2005, p. 266. SORIA, Miguel Ángel. *Psicología y práctica jurídica*. Ariel, Barcelona, 1998, pág. 35.
- 86. VILLEGAS PAIVA**, Elky Alexander. “El agraviado y la reparación civil en el Nuevo Código Procesal Penal”. *Gaceta Jurídica*. Edit. El Búho EIRL – primera edición febrero 2013 – Lima, pág. 55-70.

- 87. VILLEGAS PAIVA**, Elky Alexander. “El agraviado y la audiencia para tutelar sus derechos en el proceso penal desde un enfoque constitucional y convencional. A propósito de la RTC. EXpx. N° 03631-2011-PA/TC”. *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Tomo 74, Agosto 2015 - Lima, pág. 280.
- 88. VILLARREAL SALOME**, Máximo – Derecho Constitucional y Tutela de los Derechos Fundamentales. Edit. Jurista Editores EIRL Junio 2016 Lima Perú, pág. 88.
- 89. VILLARROEL QUINDE**, Carlos Abel “¿Procede la tutela de derechos cuando es solicitada por el agraviado?”. *Gaceta Constitucional*. Tomo 67 - julio 2013- Lima, pág. 139.

#### **PAGINAS WEB:**

- 1. AQUARA**. “Tutela de Derechos”. *Slideshare*. [en línea]. [2012-10-15]. Disponible en Internet: <http://www.slideshare.net/aquara/tutela-de-derechos#13540411398281&hideSpinner>
- 2. CAFFERATA NORES**, José. *Derecho de la víctima a la tutela judicial efectiva*. Astrea, Buenos Aires, 2004, pág. 02. disponible en internet: <http://www.astrea.com.ar>>.
- 3. CUBAS VILLANUEVA**, Víctor. “Principios del Proceso Penal en el Nuevo Código Procesal Penal”. *Derecho & Sociedad* N° 25 [en línea]. [2015-09-08]. Disponible en Internet: <http://blog.pucp.edu.pe/?query=los+proceso+especiales&amount=0&blogid=1411>
- 4. CORNEJO VALDIVIA**, Oscar. “El Proceso y la Tutela de los Derechos Fundamentales”. *Revista Mundo Procesal, rinde homenaje al maestro Adolfo Alvarado Velloso*, pag. 681. [en línea]. Disponible en Internet: <http://www.adolfoalvarado.com.ar/Pdf/2012/DistRecibidas/Reconocimientos/Libro-HomenajeaAAV.pdf>
- 5. CONVENCION AMERICANA**, sobre Derechos Humanos. “*Pacto de San José de Costa Rica*”. [en línea]. 2016 [citado el 2016-12-12]. Disponible en Internet: [http://www1.hcdn.gov.ar/folio-cgi-bin/om\\_isapi.dll?hitsperheading=on&infobase=constra.nfo&record=%7b7FF67C95%7d&softpage=Document42](http://www1.hcdn.gov.ar/folio-cgi-bin/om_isapi.dll?hitsperheading=on&infobase=constra.nfo&record=%7b7FF67C95%7d&softpage=Document42).

6. **DECLARACIÓN SOBRE LA PROTECCIÓN DE TODAS LAS PERSONAS CONTRA LAS DESAPARICIONES FORZADAS.** [en línea]. 2017 [citado el 2017-07-21]. Disponible en Internet: <http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/BDL/2002/1428>
7. **FUNDACION ACCION PRO DERECHOS HUMANOS.** “*Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*”. [en línea]. 2016 [citado el 2016-12-12]. Disponible en Internet: <http://www.derechoshumanos.net/Convenio-Europeo-de-Derechos-Humanos-CEDH>.
8. **FUSTAMANTE RAFAEL,** José Willan “Tiene Legitimidad el Agraviado para solicitar Tutela de Derechos en Sistema Procesal”. [en línea]. 2015 [citado el 2014-10-21]. disponible en Internet: <http://www.lozavalos.com.pe/alertainformativa/index.php?mod=portada&com=portada&opclD=39>.
9. **GARCIA BELAUNDE,** Domingo. “Notas sobre las Garantías Constitucionales en el Perú”. [en línea]. [Lima. Marzo 1989]. Disponible en Internet: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/iidh/cont/10/dtr/dtr1.pdf>
10. **LANDA ARROYO,** Cesar. “Derecho fundamental al debido proceso y a la tutela jurisdiccional”. *Diké. Portal de Información y Opinión Legal. PUCP* [en línea]. [2016-02-04]. Disponible en Internet: [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4\\_uibd.nsf/C0C8578C81370C4005257BA600724852/\\$FILE/con\\_art12.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/C0C8578C81370C4005257BA600724852/$FILE/con_art12.pdf).
11. **LANDA ARROYO,** Cesar. “*Bases Constitucionales Del Nuevo Código Procesal Penal Peruano*”. [en línea]. 2016 [citado el 2004-08-23]. Disponible en Internet: <http://www.incipp.org.pe/media/uploads/documentos/basesconstitucionales.pdf>.
12. **LIRA UBIDIA, Celia - TOTY CLU1.** “Derecho Procesal Penal”. [en línea]. 2016 [08-09-2016]. disponible en Internet: <http://www.monografias.com/trabajos13/procpen/procpen.shtml>
13. **NACIONES UNIDAS DERECHOS HUMANOS –** “Oficina de alto Comisionado”. [en línea]. 2017 [citado el 2017-07-21]. Disponible en

Internet:

<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/ConventionCED.aspx>

X.

- 14. NACIONES UNIDAS DERECHOS HUMANOS** – “Oficina de alto Comisionado”. [en línea]. 2017 [citado el 2017-07-21]. Disponible en Internet:

<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/RemedyAndReparation.aspx>.

- 15. NEYRA FLORES**, José A. “Garantías en el Nuevo Proceso Penal Peruano”. [en línea]. 2010 [citado en el Vol. 4 N°.4 - 2010]. disponible en Internet:

<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoprocesal/article/view/2399/2350>.

- 16. PITU**. “Acción de Tutela”. *El Rincón del Vago* [en línea]. [2002-05-22]. Disponible en Internet: <http://html.rincóndelvago.com/accion-d-tutela.html>

- 17. QUISBERT**, Ermo. “Garantías Constitucionales del Individuo en el Proceso Penal”. [en línea]. [2006-04-07. Apunte 5]. Disponible en Internet: <http://www.oocities.org/penalprocesal/gc.pdf>

- 18. RECOPIACIÓN DE REGLAS Y NORMAS DE LAS NACIONES UNIDAS EN LA ESFERA DE LA PREVENCIÓN DEL DELITO Y LA JUSTICIA PENAL**. “Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder”. [en línea]. 2016 [citado el 2016-03-02]. Disponible en Internet: [https://www.unodc.org/pdf/compendium/compendium\\_2006\\_es\\_part\\_03\\_02.pdf](https://www.unodc.org/pdf/compendium/compendium_2006_es_part_03_02.pdf)

- 19. SALAZAR ARAUJO**, Rodolfo A. “La Tutela de Derechos y sus modalidades en el Nuevo Sistema Procesal Penal Peruano”. *Alerta Informativa. Loza Ávalos – Abogados*. pág. 12. [en línea]. Disponible en Internet: <https://www.lozaavalos.com.pe/alertainformativa>.

- 20. VIPOGO**. “Garantías Constitucionales en el Perú”. *Club Ensayos*. [en línea]. [2011-10-04]. Disponible en Internet: <http://clubensayos.com/Religi%C3%B3n/Garantias-Constitucionales-En-El-Peru/78662.html>

- 21. WIKIPEDIA.** “Principio Pro Homine”. *Wikipedia la enciclopedia libre*. [en línea]. [2016-02-12]. Disponible en Internet: [https://es.wikipedia.org/wiki/Principio\\_pro\\_homine](https://es.wikipedia.org/wiki/Principio_pro_homine)
- 
- 22. WIKIPEDIA.** “Habeas Corpus”. *Wikipedia la enciclopedia libre*. [en línea]. [2013-05-12]. Disponible en Internet: [http://es.wikipedia.org/wiki/H%C3%A1beas\\_corpus](http://es.wikipedia.org/wiki/H%C3%A1beas_corpus)
- 23. ZAMORA ZAMORA,** José L. “La Tutela de Derechos: Instrumento de la Defensa para erradicar las Viejas Prácticas en el Nuevo Modelo Procesal Penal”. [en línea]. 2011 [citado el 2011-05-17]. Disponible en Internet: <http://leyesderechoyjusticia.blogspot.com/2011/05/tutela-de-derechos.html>

**ANEXOS**  
**ANEXO N° 01**  
**CUESTIONARIO DE TUTELA DE DERECHOS**

**Título de la Investigación:** La tutela de derechos para el agraviado en su incoación, vulneración de las garantías penales. Distrito Judicial de Huaura-Huacho 2017

**Objetivo:** evaluar la tutela de derechos del agraviado

**Responsable:** Galileo Galilei Mendoza Calderón

**NOMBRES Y APELLIDOS:** .....

**CARGO:**..... **TIEMPO DE SERVICIOS:**.....

**GRADO:**.....

**FECHA:**.....

El presente cuestionario tiene la finalidad de conocer sobre el nivel de aplicación de la tutela de derechos para el agraviado, su respuesta contribuirá en la toma de decisión del presente.

1. Considera usted que las partes en un proceso penal están legitimadas para instaurar una Tutela de derechos, responda :  
V ( ) F ( )
2. Cree usted que el agraviado puede incoar una Tutela de derechos, cuando en un procedimiento penal, no se respetan sus derechos:  
V ( ) F ( )
3. Cree usted que la tutela de derechos garantiza el trato igualitario, que el juez debe tener para las partes de un proceso:  
V ( ) F ( )
4. Considera usted que la no incoación de la tutela de derechos, a favor del agraviado, sería discriminatorio, en un proceso penal:  
V ( ) F ( )
5. Sobre que delitos cree usted que se aplica este procedimiento, mencione algunas:

a. ....

b. ....

c. ....

d. ....

e. ....

6. Tiene conocimiento si este procedimiento especial se aplica a otros delitos, de los no citados en su pregunta anterior:

Si ( ) No ( )

7. Considera usted que la Tutela de derechos tiene ciertas limitaciones jurídicas, en la no aplicación de este procedimiento, a favor de la víctima.

V ( ) F ( )

8. Que fuentes del derecho o limitaciones jurídicas encontraría en la no aplicación de la tutela de derechos a favor del agraviado, mencione algunas:

a. ....

b. ....

c. ....

d. ....

e. ....

9. Considera usted que la actual fuente del derecho, que se aplica para la tutela de derechos, vulnera la participación de las partes a recibir un trato igualitario por parte del juez de investigación preparatoria

Si ( ) No ( )

10. Cree usted que la tutela de derechos solo debe aplicarse en la etapa preparatoria del proceso:

Si ( ) No ( )

**ANEXO N° 02**  
**CUESTIONARIO DE GARANTIAS PENALES**

**Título de la Investigación:** La tutela de derechos para el agraviado en su incoación, vulneración de las garantías penales. Distrito Judicial de Huaura-Huacho 2017

**Objetivo:** evaluar la vulneración de las garantías penales

**Responsable:** Galileo Galilei Mendoza Calderón

**NOMBRES Y APELLIDOS:** .....

**CARGO:**..... **TIEMPO DE SERVICIOS:**.....

**GRADO:**.....

**FECHA:**.....

El presente cuestionario tiene la finalidad de conocer sobre si la no aplicación de la tutela de derechos para el agraviado, vulnera garantías penales, en el proceso, su respuesta contribuirá en la toma de decisión del presente.

1. Cree usted que no permitir la Tutela de Derechos para el agraviado se vulneran derechos fundamentales

V ( ) F ( )

2. Que derechos fundamentales considera que se vulneran cuando no se aplica este procedimiento, mencione algunas:

a) .....

b) .....

c) .....

d) .....

e) .....

3. Cree usted que el agraviado también goza de garantías penales, en la secuela de un procedimiento penal.

V ( ) F ( )

4. Que garantías penales considera usted que se vulneran, cuando no aplica este procedimiento en favor del agraviado:

g. ....

**h.** .....

**i.** .....

**j.** .....

**k.** .....

**5.** Considera usted que obviar la tutela de derechos para el agraviado, conllevara a la vulneración de las garantías penales, referidas en la norma procesal:

Si ( ) No ( )

**6.** Cree usted que en alguna medida el derecho de defensa del agraviado se ve afectado, cuando este, se le limita en la posibilidad de no poder incoar la tutela de derechos a su favor:

Si ( ) No ( )

**7.** Cree usted que en alguna medida el derecho de igualdad del agraviado se ve afectado, cuando este, se le limita en la posibilidad de no poder incoar la tutela de derechos a su favor:

Si ( ) No ( )

**8.** Cree usted que a la fecha los jueces de investigación preparatoria, no garantizan una adecuada protección judicial al agraviado, al no permitir la incoación de la tutela de derechos:

Si ( ) No ( )

**9.** Considera usted que el juez de la investigación preparatoria no sería imparcial, al no permitir la incoación de la tutela de derechos.

Si ( ) No ( )

**10.** Cree usted que a la fecha la aplicación de este procedimiento especial de tutela de derechos, ha sido fructífero en la disminución de la carga procesal:

Si ( ) No ( )

## NOTA BIOGRAFICA

Galileo Galilei Mendoza Calderón, nació el día 03 de abril de 1977, en el distrito de Paramonga, provincia de Barranca, Departamento de Lima, inicio sus estudios primarios en la Institución Educativa Nacional N° 21012, y estudios secundarios Institución Educativa Nacional Guillermo E. Billingham, ambos en el distrito y provincia de Barranca, curso estudios Universitarios en la Universidad San Pedro de Chimbote, en la cual se graduó como Abogado, es Magíster en Derecho Penal, por la Universidad Nacional Hermilio Valdizán actualmente se desempeña como Juez Titular del Primer Juzgado de Investigación Preparatoria de Huaura-Huacho, ha sido Ex Juez Titular del Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria de Castilla-Piura, Ex. Juez del Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria de Moyobamba. Ex. Juez del Primer Juzgado de Investigación Preparatoria de Tumbes, Ex. Juez Especializado en lo Penal Liquidador de Huaral-Barranca, (Adición Juzgado Unipersonal y Juzgado de Investigación Preparatoria), Ex Defensor de Oficio-Huaura-Barranca (Nuevo Código Procesal), Egresado de la Maestría en Derecho Civil y Comercial - UNFV, Egresado del Doctorado UNFV, Expositor, Conferencista y Organizador de eventos académicos del ETI-PJ, MINJUS, y C.A.H, y otras instituciones, Profesor Universitario de Pre y Post Grado de Universidades Públicas y Privadas. Coautoría el Libro el Nuevo Proceso Penal Inmediato, así como diversos artículos jurídicos en las Revistas Gaceta Penal & Procesal, Gaceta Constitucional, Thomson Reuters, entre otras. Diversos Diplomados Nacionales e Internacional en Derecho Penal y Procesal Penal, (Universidad Alicante España), Derechos Humanos, Constitucional, Procesal Constitucional, en Derecho Civil y Empresarial, Conciliador Extra Judicial, Arbitro, Ex. Director Académico del Colegio de Abogados de Huaura, Ex. Presidente de la Asociación de Abogados de Barranca, Ex. Asesor Legal de Diversas Instituciones Públicas, Ex integrante de diversos estudios jurídicos.



**ACTA DE DEFENSA DE TESIS DE DOCTOR**

En el Auditorio de la Escuela de Posgrado; siendo las 11:00 h, del día viernes 12 DE JULIO DE 2019; el aspirante al Grado de Doctor en Derecho, Galileo Galilei MENDOZA CALDERÓN, procedió al acto de Defensa de su Tesis titulado: "LA TUTELA DE DERECHOS PARA EL AGRAVIADO EN SU INCOACIÓ VULNERACIÓN DE LAS GARANTIAS PENALES. DISTRITO JUDICIAL DE HUAURA – HUACHO 2017", ante los miembros del Jurado de Tesis señores:

Dr. Reynaldo Marcial OSTOS MIRAVAL	Presidente
Dr. Pio TRUJILLO ATAPOMA	Secretario
Dr. Hamilton ESTACIO FLORES	Vocal
Dr. Amancio Ricardo ROJAS COTRINA	Vocal
Dra. Nancy VERAMENDI VILLAVICENCIOS	Vocal

**Asesor de Tesis:** Dr. Abner A. FONSECA LIVIAS (Resolución N° 03287-2018-UNHEVAL/EPG-D)

Respondiendo las preguntas formuladas por los miembros del Jurado y público asistente.

Concluido el acto de defensa, cada miembro del Jurado procedió a la evaluación del aspirante a Doctor, teniendo presente los criterios siguientes:

- a) Presentación personal.
- b) Exposición: el problema a resolver, hipótesis, objetivos, resultados, conclusiones, los aportes, contribución a la ciencia y solución a un problema social y Recomendaciones.
- c) Grado de convicción y sustento bibliográfico utilizados para las respuestas a las interrogantes del Jurado y público asistente.
- d) Dicción y dominio de escenario.

Así mismo, el Jurado planteó a la tesis las **observaciones** siguientes:

.....  
.....  
.....  
.....

Obteniendo en consecuencia el Doctorando la Nota de... dieciocho ..... (18 )  
Equivalente a muy bueno ..... por lo que se declara Aprobado  
(Aprobado ó desaprobado)

Los miembros del Jurado firman la presente **ACTA** en señal de conformidad, en Huánuco, siendo las 13:10 horas del 12 de julio de 2019.

PRESIDENTE  
DNI N° 22520881

SECRETARIO  
DNI N° 22432314

VOCAL  
DNI N° 22520881

VOCAL  
DNI N° 04025628

VOCAL  
DNI N° 22421412

**Leyenda:**  
19 a 20: Excelente  
17 a 18: Muy Bueno  
14 a 16: Bueno

(Resolución N° 01927-2019-UNHEVALEPG-D)

## AUTORIZACIÓN PARA PUBLICACIÓN DE TESIS ELECTRÓNICA DE POSGRADO

### 1. IDENTIFICACIÓN PERSONAL

Apellidos y Nombres: MENDOZA CALDERÓN GALILEO GALILEI

DNI: 15861985 Correo electrónico:

Teléfono de casa:

Celular:

Oficina:

### 2. IDENTIFICACIÓN DE LA TESIS

<b>POSGRADO</b>
Doctorado: EN DERECHO

Grado Académico obtenido:

Magister

Título de la tesis:

La tutela de derechos por el agraviado en su incoación vulneración de las garantías penales. Distrito Judicial de Huarz - Huzcho 2017"

Tipo de acceso que autoriza el autor:

Marcar "X"	Categoría de acceso	Descripción de acceso
X	PÚBLICO	Es público y accesible el documento a texto completo por cualquier tipo de usuario que consulta el repositorio.
	RESTRINGIDO	Solo permite el acceso al registro del metadato con información básica, mas no al texto completo.

Al elegir la opción "Público" a través de la presente autorizo de manera gratuita al Repositorio Institucional - UNHEVAL, a publicar la versión electrónica de esta tesis en el Portal Web [repositorio.unheval.edu.pe](http://repositorio.unheval.edu.pe), por un plazo indefinido, consintiendo que dicha autorización cualquier tercero podrá acceder a dichas páginas de manera gratuita, pudiendo revisarla, imprimirla o grabarla, siempre y cuando se respete la autoría y sea citada correctamente.

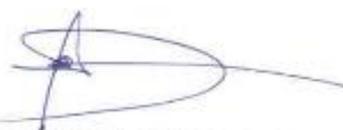
En caso haya marcado la opción "Restringido", por favor detallar las razones por las que se eligió este tipo de acceso:

Asimismo, pedimos indicar el periodo de tiempo en que la tesis tendría el tipo de acceso restringido:

( ) 1 año ( ) 2 años ( ) 3 años ( ) 4 años

Luego del periodo señalado por usted(es), automáticamente la tesis pasará a ser de acceso público.

Fecha de firma: 24/02/19



Firma del autor