

UNIVERSIDAD NACIONAL DE SAN ANTONIO ABAD DEL CUSCO

ESCUELA DE POSGRADO

DOCTORADO EN DERECHO



**“DERECHO DE DEFENSA DEL AGRAVIADO EN LA TUTELA DE DERECHOS
COMO CORRESPONDENCIA AL DERECHO FUNDAMENTAL DE IGUALDAD
ANTE LA LEY”**

TESIS PRESENTADA POR:

MAESTRO ROOSVELT OSORIO ROMAN

PARA OPTAR EL GRADO ACADEMICO DE
DOCTOR EN DERECHO

ASESOR: ISAAC E. CASTRO CUBA
BARINEZA PhD.

CUSCO – PERU

2022

DEDICATORIAS:

A Dios, mi esposa Esther, y a mis hijas Katherine, Jimena y Romina.

Roosvelt

AGRADECIMIENTOS

A mis queridos docentes del Doctorado en Derecho de la Universidad Nacional San Antonio Abad del Cusco, por sus enseñanzas, así como por ese ejemplo y perseverancia en la construcción de conocimientos filosóficos en el derecho.

A mi asesor el PhD Isaac Enrique Castro Cuba Barineza por su orientación, paciencia y apoyo en la elaboración de la presente tesis.

Roosvelt

RESUMEN

El presente trabajo de investigación ha tenido como objeto materia de estudio, buscar la igualdad procesal que deben tener el imputado y la víctima o agraviado en la sustanciación de un proceso penal. El problema planteado en la investigación ha sido: ¿qué razones justifican reconocer el derecho de defensa del agraviado en la tutela de derechos como correspondencia del derecho fundamental de igualdad ante la ley? Para ello la hipótesis formulada planteo que existen razones de orden jurídico y fáctico que justifican reconocer el derecho de defensa del agraviado en la tutela de derechos como correspondencia del derecho fundamental de igualdad ante la ley. El enfoque metodológico ha sido el cualitativo siendo el tipo de investigación jurídica el dogmático propositivo. Se ha concluido que esta igualdad debe realizarse no solo a nivel de protección de las garantías procesales genéricas o específicas establecidas en la doctrina, o a nivel de principios regulados por el derecho procesal penal, así como por la Constitución, sino también, a nivel de los institutos procesales que prevé la norma procesal penal vigente, siendo uno de estos institutos la tutela de derechos. Del mismo modo, se concluyó, una vez terminado de analizar los derechos humanos y el siguiente análisis legal en el presente trabajo que los citados derechos también son reconocidos de manera expresa en nuestra Constitución Política del Estado.

Palabras clave: Tutela de derechos, derecho a la igualdad sin discriminación y derecho a la defensa.

ABSTRACT

The purpose of this research is to seek procedural equality between the accused and the victim or aggrieved party in the conduct of criminal proceedings. This equality must be achieved not only at the level of protection of the general or specific procedural guarantees established by the doctrine, or at the level of principles governed by criminal procedure law and the Constitution, but also at the level of the procedural institutes provided for in the current criminal procedure law, one of which is the guardian of rights. Thus, the revision of the Code of Criminal Procedure shows that this procedural institution, known as the Protection of Rights, can only be invoked by the accused when their rights are violated during the course of the proceedings. This legal limitation does not allow victims or aggrieved persons to invoke this procedure when their rights are violated during the course of the proceedings, particularly during the pretrial proceedings or during the preparatory investigation. This legal aspect implies unequal treatment between the two parties to the proceedings, and one of the principles of criminal procedure expressly establishes equality of arms. This fact not only violates the right to equality, but also the right to a defence, as well as the right of access to justice through effective judicial protection. Therefore, in order to find a solution to this legal problem provided for in the Code of Criminal Procedure, this paper seeks to analyse the rights to equality, the right to defence and the protection of rights, not only from the point of view of our legal system but also from the point of view of view of view of view of law. The analysis of this problem will be based on the study of these three rights, but from a human rights perspective, since these rights are enshrined in international treaties to which our country is a party. Similarly, once the analysis of human rights has been completed, the next legal analysis to be carried out in this paper is at the level of fundamental rights, since the aforementioned rights are also expressly recognized in our Constitution, and will then be analysed as generic procedural guarantees in criminal procedure law. The present paper concludes with three solutions to the problem raised.

Keywords: Protection of rights, right to equality without discrimination and right to defence.

INDICE GENERAL

Dedicatorias	II
Agradecimientos	III
Resumen	IV
Abstract.....	V
Índice General.....	VI
Introducción.....	XV

CAPITULO I

1. Planteamiento del problema	1
1.1. Situación problemática	
1.2. Formulación del problema	5
1.2.1. Problema general	
1.2.2. Problemas específicos.....	
1.3. Justificación de la investigación	6
1.3.1. Conveniencia	
1.3.2. Relevancia Social	
1.3.3. Implicaciones prácticas.....	
1.3.4. Valor Teórico.....	7
1.3.5. Utilidad metodológica	
1.4. Objetivos de investigación.....	
1.4.1. Objetivo general	
1.4.2. Objetivos específicos	8

CAPÍTULO II

2. Marco Teórico Conceptual.....	9
2.1. Bases teóricas.....	
2.1.1. El derecho de defensa, la tutela de derechos y el derecho fundamental de igualdad ante la ley en la Declaración Universal de los Derechos Humanos.....	
2.1.1.1. Consideraciones preliminares.....	
2.1.1.2. Evolución histórica de los derechos humanos... ..	12
2.1.1.3. Definición de los derechos humanos... ..	40

2.1.1.4. Clasificación de los derechos humanos...	42
2.1.1.5. Características de los derechos humanos.....	44
2.1.1.6. Los Sujetos de los derechos humanos.....	47
2.1.1.7. La situación de los derechos humanos en la legislación peruana	49
2.1.1.8. Los Tratados internacionales en la legislación peruana.....	52
2.1.1.9. El derecho de defensa en la Declaración Universal de los Derechos Humanos	56
2.1.1.10 La Tutela de Derechos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos	59
2.1.1.11 El derecho fundamental de igualdad ante la ley en la Declaración Universal de los Derechos Humanos	62
2.1.2 El derecho de defensa, la tutela de derechos y el derecho fundamental de igualdad ante la ley en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos	65
2.1.2.1 Consideraciones preliminares.....	
2.1.2.2 Antecedentes del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos...	67
2.1.2.3 Contenido del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.....	70
2.1.2.4 El derecho de defensa en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos	74
2.1.2.5 La Tutela de Derechos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos	76
2.1.2.6 El derecho fundamental de igualdad ante la ley en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.....	78
2.1.3 El derecho de defensa, la tutela de derechos y el derecho fundamental de igualdad ante la ley en la Convención Americana sobre Derechos Humanos	80
2.1.3.1 Consideraciones preliminares.....	
2.1.3.2 Antecedentes de creación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.....	83
2.1.3.3 Contenido de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos.....	85
2.1.3.4 La Comisión Interamericana de Derechos Humanos.....	91
2.1.3.5 La Corte Interamericana de Derechos Humanos... ..	97
2.1.3.6 El derecho de defensa en la Convención Americana sobre Derechos Humanos	104
2.1.3.7 La Tutela de Derechos en la Convención Americana sobre Derechos	

Humanos.....	108
2.1.3.8 El derecho fundamental de igualdad ante la ley en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.....	112
2.1.3.9 El control convencional.....	116
2.1.3.10 Evolución del control convencional.....	121
2.1.3.11 El Control de convencionalidad en el ordenamiento jurídico peruano...	124
2.1.3.12 El Control de convencionalidad y su aplicación en el Tribunal Constitucional peruano	130
2.1.3.13 El control convencional, una primera alternativa de solución supranacional a la problemática planteada	138
2.1.4 El derecho de defensa, la tutela de derechos y el derecho fundamental de igualdad ante la ley desde el punto de vista de la Constitución Política del estado.	
2.1.4.1 Consideraciones generales.....	140
2.1.4.2 El derecho de defensa en la Constitución Política del Estado... ..	144
2.1.4.3 Antecedentes constitucionales del derecho de defensa.....	147
2.1.4.4 Definición de derecho de defensa.....	149
2.1.4.5 Contenido del derecho de defensa en la Constitución.....	152
2.1.4.6 El derecho de defensa en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.....	158
2.1.4.7 La tutela de derechos o tutela jurisdiccional efectiva en la Constitución Política del Estado	163
2.1.4.8 La tutela de derechos y su relación implícita con la tutela jurisdiccional efectiva	167
2.1.4.9 Origen de la tutela jurisdiccional efectiva.....	170
2.1.4.10 Definición de tutela jurisdiccional efectiva.....	172
2.1.4.11 La tutela de derecho como garantía del acceso a la justicia.....	175
2.1.4.12 La Constitucionalización del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.....	176
2.1.4.13 La tutela de derechos en la jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional.....	180
2.1.4.14 El derecho fundamental de igualdad ante la ley en la Constitución Política del Estado... ..	183
2.1.4.15 Concepto de derecho a la igualdad... ..	187
2.1.4.16 La igualdad como derecho y principio.....	191
2.1.4.17 El control difuso en la Constitución Política del Estado... ..	194

2.1.4.18 El Control de constitucionalidad.....	197
2.1.4.19 Sistemas o modelos control constitucional.....	199
2.1.4.20 El control difuso	201
2.1.4.21 El control difuso, una segunda alternativa de solución a la problemática planteada.....	204
2.1.5 El derecho de defensa, la tutela de derechos y el derecho fundamental de igualdad ante la ley en el derecho procesal penal.	
2.1.5.1 Consideraciones generales.....	205
2.1.5.2 El derecho procesal.....	208
2.1.5.3 Definición del derecho procesal penal.....	210
2.1.5.4 El proceso penal.....	213
2.1.5.5 Principios y garantías del derecho procesal penal	216
2.1.5.6 Autonomía del derecho procesal penal.....	219
A. Autonomía legislativa.....	
B. Autonomía científica.....	221
C. Autonomía académica.....	222
2.1.5.7 El derecho penal y derecho procesal penal.....	
A. La función del derecho procesal penal.....	224
B. Ámbito funcional del derecho procesal penal.....	225
a) El derecho de penar del Estado.....	226
b) La garantía procesal	227
2.1.5.8 La acción en el proceso penal.....	228
A. Definición de acción penal.....	231
B. Características de la acción penal	235
a) Es pública.....	
b) Es obligatoria	237
c) Es indivisible... ..	238
d) Es intransmisible.....	239
e) Es irrevocable... ..	241
f) Se dirige contra persona física determinada	242
C. Formas del ejercicio de la acción penal	243
2.1.5.9 Las garantías procesales en el derecho procesal penal... ..	245
A. Garantías procesales genéricas	247
a) El debido proceso.....	248
b) El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.....	251

c) El derecho a la presunción de inocencia.....	253
d) El derecho de defensa.....	256
B. Garantías procesales específicas.....	261
a) La garantía procesal específica de igualdad ante la ley o de igualdad de armas.....	
b) La garantía de la investigación oficial.....	264
c) La garantía de publicidad.....	266
d) La garantía del juicio previo.....	269
e) La garantía de la motivación de las resoluciones judiciales.....	271
f) El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.....	275
C. Las garantías procesales penales de la víctima o agraviado.....	277
2.1.5.10 Las etapas del proceso penal común en el Código Procesal Penal.....	281
A. La investigación preparatoria.....	283
B. La etapa intermedia.....	287
C. El juicio oral.....	291
2.1.5.11 Los tratados internacionales como fuente del derecho procesal penal... ..	294
2.1.5.12 La víctima o agraviado en el Derecho Procesal Penal.....	297
2.1.5.13 Consideraciones generales.....	
2.1.5.14 La víctima o agraviado en la Constitución Política del Estado.....	300
2.1.5.15 Concepto de víctima o agraviado en el derecho procesal penal.....	302
2.1.5.16 La identificación del agraviado en el proceso penal.....	304
2.1.5.17 Derechos de la víctima en el derecho procesal penal.....	307
2.1.5.18 La víctima como testigo en el derecho procesal penal.....	310
2.1.5.19 Oportunidad y facultades del agraviado como actor civil en el derecho procesal penal... ..	312
2.1.5.20 La víctima ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	316
2.1.5.21 El Ministerio Público en el Derecho Procesal Penal.....	318
2.1.5.22 Consideraciones generales.....	320
2.1.5.23 Atribuciones del Ministerio Público... ..	323
A. Como defensor de la legalidad.....	324
B. La tutela de los intereses generales de la sociedad.....	325
C. Fungir como órgano de control.....	326
D. Titular de la acción penal.....	327
E. El Ministerio Público como director de la investigación.....	329
2.1.5.24 El Ministerio Público y el respeto de los derechos fundamentales... ..	330

2.1.5.25 El derecho de defensa en el derecho procesal penal.....	332
2.1.5.26 Consideraciones generales.....	
2.1.5.27 Concepto de derecho de defensa.....	334
2.1.5.28 El derecho de defensa como garantía y principio en el derecho procesal penal... ..	337
2.1.5.29 La Tutela de Derechos en el derecho procesal penal.....	340
2.1.5.30 Consideraciones generales.....	
2.1.5.31 Definición de tutela derechos.....	342
2.1.5.32 Finalidad de la tutela de derechos.....	345
2.1.5.33 Oportunidad y trámite de la tutela de derechos en el proceso penal	347
2.1.5.34 ¿Qué derechos protege la tutela de derechos?.....	350
A. Conocer los cargos formulados en su contra, y en caso de detención, a que se le exprese la causa o motivo de dicha medida, entregándole la orden de detención girada en su contra, cuando corresponda.....	351
B. Designar a la persona o institución a la que debe comunicarse su detención y que dicha comunicación se haga en forma inmediata... ..	
C. Ser asistido desde los actos iniciales de investigación por un Abogado defensor.....	
D. Abstenerse de declarar; y si acepta hacerlo, a que su Abogado Defensor esté presente en su declaración y en todas las diligencias en que se requiere su presencia	352
E. Que no se emplee en su contra medios coactivos, intimidatorios o contrarios a su dignidad, ni a ser sometido a técnicas o métodos que induzcan o alteren su libre voluntad o a sufrir una restricción no autorizada ni permitida por Ley.	353
F. Ser examinado por un médico legista o en su defecto por otro profesional de la salud, cuando su estado de salud así lo requiera.....	354
2.1.5.35 Legitimidad para solicitar tutela de derecho en el Código Procesal Penal.....	
2.1.5.36 Contravención entre la norma procesal penal y los tratados internacionales y la Constitución sobre la legitimidad de petitionar la tutela de derechos... ..	357
2.1.5.37 El derecho fundamental de igualdad ante la ley en el Derecho Procesal Penal... ..	360
2.1.5.38 Consideraciones generales.....	

2.1.5.39	Concepto de igualdad de armas...	362
2.1.5.40	El derecho fundamental de igualdad y la igualdad de armas en el Derecho Procesal Penal.....	365
2.1.5.41	La necesidad de modificar el artículo 71° del Código Procesal Penal, a fin de que tenga legitimidad para petitionar tutela de derechos el agraviado o víctima, una tercera alternativa procesal de solución a la problemática.....	367
2.1.6	El derecho de defensa, la tutela de derechos y el derecho fundamental de igualdad ante la ley en la Constitución y el Código Procesal Penal en el derecho comparado de Chile.	
2.1.6.1	Consideraciones generales.....	369
2.1.6.2	La Constitución Política del Chile.....	372
2.1.6.3	El derecho de defensa, la tutela de derechos y el derecho fundamental de igualdad ante la ley en la Constitución Política de Chile.....	374
2.1.6.4	El derecho de defensa en la Constitución Política de Chile.....	375
2.1.6.5	La tutela de derechos como tutela jurisdiccional efectiva en la Constitución Política de Chile.....	377
2.1.6.6	El derecho fundamental de igualdad ante la ley en la Constitución Política de Chile	381
2.1.6.7	El Código Procesal Penal Chileno.....	383
2.1.6.8	Los sujetos procesales en el derecho procesal penal chileno.....	385
2.1.6.9	El Ministerio Público.....	386
2.1.6.10	Los Tribunales con competencia en lo penal.....	390
2.1.6.11	La Defensoría Penal Pública.....	395
2.1.6.12	La víctima.....	400
2.1.6.13	El querellante.....	403
2.1.6.14	El imputado.....	410
2.1.6.15	La Policía.....	426
2.1.6.16	El derecho de defensa, la tutela de derechos y el derecho fundamental de igualdad ante la ley en el Código Procesal Penal de Chile.....	435
2.1.6.17	El derecho de defensa en el Código Procesal Penal de Chile	436
2.1.6.18	La tutela de derechos en el Código Procesal Penal de Chile	440
2.1.6.19	El derecho fundamental de igualdad ante la ley en el Código Procesal Penal de Chile	444
2.1.6.20	La Constitución Política del Estado y el Código Procesal Penal peruano y su	

relación con el derecho a la defensa, tutela de derecho y derecho a la igualdad ante la ley en el Derecho Comparado de la República de Chile.....	447
2.2 Marco conceptual (Definición de términos)	449
2.3 Antecedentes de la investigación.....	450
2.3.1 Antecedentes internacionales.....	
2.3.2 Antecedentes nacionales.....	451

CAPITULO III

3. Hipótesis y Categorías	455
3.1. Hipótesis de trabajo.....	
3.1.1. Hipótesis general.....	
3.1.2. Hipótesis específica.....	
3.1. Categorías de estudio	456

CAPITULO IV

4. Metodología.....	458
4.1. Ámbito de estudio.....	
4.1.1. Delimitación espacial.....	
4.1.2. Delimitación temporal.....	
4.1. Enfoque y tipo de investigación.....	
4.1.1. Enfoque de investigación.....	
4.1.2. Tipo de investigación.....	459
4.3. Unidad de análisis.....	
4.4. Técnicas de recolección de información.....	

CAPITULO V

5. Resultados y discusión.....	460
5.1. El derecho fundamental de igualdad ante la ley en el marco jurídico peruano	
5.2.Repercusiones que se derivan de la vulneración del derecho fundamental de igualdad ante la ley.....	463
5.3. El derecho fundamental de defensa del agraviado en el marco jurídico peruano...464	
5.4.Repercusiones que se derivan de la vulneración del derecho fundamental de defensa.....	466
5.5. La Tutela de Derechos en el Perú	467
5.6.Repercusiones que se derivan de la inaplicación de la tutela de derechos a favor del agraviado	468

5.7.Razones que justifican reconocer el derecho de defensa del agraviado en la tutela de derechos como correspondencia del derecho fundamental de igualdad ante la ley	470
CONCLUSIONES.....	472
RECOMENDACIONES	475
REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS... ..	477

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación tiene por objetivo establecer la igualdad en la invocación del instituto procesal de la tutela de derechos, tanto por el imputado, así como por la víctima o agraviado, durante la sustanciación de un proceso penal, a fin de no vulnerar el derecho a la defensa de la víctima. Así, si durante la sustanciación de las diligencias preliminares o investigación preparatoria se vulnerarían derechos de algún sujeto procesal, como por ejemplo de la víctima, éste último, por igualdad de armas, y a fin de ejercer su derecho de defensa, pueda invocar procesalmente la tutela de derechos. Por ello, a fin de cumplir la meta del objetivo planteado, el presente trabajo de investigación se ha organizado en cinco capítulos, los mismos que se describen a continuación:

En el primer capítulo denominado el problema, se exponen: el planteamiento, situación y formulación del problema, este último como problema general y problemas específicos. Además, se explicará en este capítulo la justificación de la investigación tales como la conveniencia, relevancia social, implicaciones prácticas, valor teórico y utilidad metodológica. Seguidamente se expondrá sobre los objetivos de la investigación, a nivel de objetivo general y objetivos específicos.

El segundo capítulo denominado marco teórico conceptual comprende las bases teóricas, el marco conceptual y los antecedentes de la investigación. En lo que respecta a las bases teóricas, se estudiarán el derecho a la defensa, la tutela de derechos y el derecho a la igualdad ante la ley, a nivel de las normas supranacionales previstas en tratados internacionales al cual nuestro país es parte, como son la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional

de Derecho Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Asimismo, culminado el análisis a nivel de derechos humanos, se procederá a analizar el derecho a la defensa, la tutela de derechos y el derecho a la igualdad ante la ley desde la perspectiva constitucional, como derechos fundamentales, tomando como referencia tanto la doctrina y la jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional; para luego, ser analizado estos tres derechos precitados a nivel procesal penal, teniendo un enfoque según la ley, la doctrina y la jurisprudencia a través de los Acuerdos Plenarios establecidos por la Sala Penal de la Corte Suprema; siendo que, se concluye este capítulo, haciendo un análisis de derecho comparado del derecho a la defensa, la tutela de derechos y el derecho a la igualdad ante la ley según la Constitución Política de la República de Chile, así como de su Código Procesal Penal del 2000. Además, en lo que respecta al marco conceptual, se ha desarrollado en el presente trabajo una serie de definiciones de términos, los mismos que guardan relación con el contenido de las bases teóricas. Así también, en lo referente a los Antecedentes de la Investigación, el presente trabajo contiene un análisis respecto a que, si existe como antecedentes un trabajo igual de tesis, monografía o ensayo, tanto a nivel internacional o nacional.

Por otra parte, en el tercer capítulo se estudiará sobre las Hipótesis y Categorías del presente trabajo de investigación. Así, en lo que respecta a la hipótesis de trabajo, se estudiara esta parte desde dos enfoques: hipótesis general e hipótesis específica, con lo cual se busca demostrar, luego de la recolección de información, si se han vulnerado o no las categorías de estudio. Asimismo, se analizará en este capítulo las categorías de estudio, el mismo que comprende las

categorías temáticas (derecho de defensa del agraviado, derecho fundamental de igualdad ante la ley y tutela de derechos), así como las subcategorías.

En el capítulo cuarto se estudiará la metodología, el mismo que contiene el ámbito de estudio, enfoque y tipo de investigación, unidad de análisis y técnicas de recolección de información. En lo que respecta al ámbito de estudio, este contiene la delimitación espacial y delimitación temporal, con el cual se busca establecer el espacio de estudio del presente trabajo de investigación, así como el tiempo que ha servido para el desarrollo del mismo. En lo que referente al enfoque y tipo de investigación, se ha desarrollado el presente trabajo de investigación bajo un enfoque cualitativo, y como tipo de investigación, se tiene dogmática propositiva, por ser una investigación autocrítica. Sobre la unidad de análisis, se basará en el estudio de las tres categorías precitadas; y, en lo que respecta a la técnica de recolección de información, se ha utilizado la técnica documental.

Finalmente, en el capítulo quinto se analizará los resultados y discusión del presente trabajo de investigación, desarrollando cada una de las categorías según nuestro ordenamiento jurídico, tanto a nivel constitucional, como procesal penal, así como las repercusiones que se derivan de la vulneración del derecho a la defensa, de la tutela de derechos y del derecho fundamental de igualdad ante la ley, en perjuicio de la víctima o agraviado.

CAPITULO I

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1. Situación problemática

Desde la entrada en vigencia del Código Procesal Penal en julio de 2006 a la fecha, se ha advertir que este código ha sufrido diversas modificaciones a través de leyes, Acuerdos Plenarios, Plenos Jurisdiccionales y Jurisprudencias vinculantes con carácter de Doctrina Jurisprudencial emitidas por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de la República. Este hecho señalado nos da luces que el Código Procesal Penal tiene vacíos o lagunas que, en el transcurso del tiempo, y al día de hoy, siguen siendo implementados a fin de subsanar esas deficiencias no solo de carácter procesal que se ven en la práctica, sino también algunas normas procesales que pretenden vulnerar derechos fundamentales previstos en nuestra Constitución Política del Estado.

El derecho de igualdad, así como el derecho de defensa, vienen a ser parte del catálogo de los derechos fundamentales previstos en la Constitución Política del Estado, establecidos de manera expresa en el artículo 2° numeral 2 y el artículo 139° numeral 14 del texto constitucional, respectivamente. Este primer derecho fundamental precitado, señala en su parte inicial que todos somos iguales ante la ley, es por ello, bajo esa premisa preliminar y expresa de este derecho, se determina que todos los ciudadanos somos iguales ante la ley, y como tal debemos ser tratados por igual y sin discriminación

ante todas las instancias que administran justicia en nuestro país, así como ante la administración pública. A su vez, el segundo derecho fundamental señalado -derecho a la defensa-, señala que nadie debe ser privado de este derecho en ningún estado del proceso, hacer lo contrario significa vulnerar el debido proceso.

En esta parte, no podemos dejar de indicar que estos derechos fundamentales mencionados precedentemente, tan igual como los otros derechos constitucionales, no solo se encuentran previstos en nuestra Constitución, sino que también forma parte de los derechos humanos establecidos en normas supranacionales y tratados al cual nuestro país es parte. Una clara muestra de ello es que estos derechos citados lo encontramos de manera expresa en los artículos 7° y 8° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; los literales a) y b), numeral 3 del artículo 2° y artículo 3° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), así como en los artículos 8°.1 y 24° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), respectivamente. En relación con este último texto supranacional, es claro cuando señala que toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente para la determinación de sus derechos y obligaciones de cualquier carácter -derecho de defensa-, así como que todas las personas somos iguales ante la ley, y que por ello tenemos derecho, y sin discriminación, a tener una igual protección ante la ley -derecho de igualdad-.

Ahora bien, si tanto la Constitución Política del Estado, así como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y otros tratados internacionales señalan expresamente que todos somos iguales ante la ley y por lo tanto el derecho de defensa

debe ser ejercido en plenitud, estas aseveraciones normativas precitadas nos dan a entender que todos somos iguales dentro de la tramitación de un proceso penal, ya sea como imputado o agraviado, sin discriminación alguna, siendo que el Estado, a través de sus instituciones competentes, está en la obligación de velar por el cumplimiento de estos derechos fundamentales; sin embargo, y como veremos más adelante, estos derechos no son respetado a favor del agraviado en la tramitación de un proceso penal, cuando éste último pretende solicitar tutela de derechos.

Por otra parte, de la revisión del Código Procesal Penal vigente, vemos que los derechos fundamentales de igualdad y de defensa a favor del agraviado han sido considerados en el artículo I numeral 3 y artículo IX numeral 3 del Título Preliminar de dicho Código, respectivamente, mientras que la Tutela de Derechos está previsto en el artículo 71° inciso 4 del mismo cuerpo legal. Así tenemos, respecto al derecho de igualdad, el código señala de manera expresa que las partes (imputados y agraviados) intervienen en el proceso penal con iguales posibilidades de ejercer los derechos previstos en este Código señalado y en la Constitución Política del Estado. A su vez, el derecho de defensa establece que el proceso penal garantiza que la persona agraviada sea informada y tenga participación procesal, siendo que la autoridad pública está obligada a velar por su protección y a brindarle un trato acorde a su condición. Asimismo, el artículo 71° del Código Procesal Penal ha establecido una serie de derechos que la Constitución y las leyes establecen, y que, al ser vulnerados, solamente pueden ser reclamados por el imputado ante el Juez de la Investigación Preparatoria, no indicando el código señalado que el agraviado o la víctima dentro del proceso penal tenga legitimidad para invocar este instituto procesal. Esta afirmación señalada en la norma procesal penal mencionada precedentemente, desde ya viene a ser una interpretación restringida de la norma, la

misma que ha sido convalidado y aclarado en el Acuerdo Plenario N° 2-2012/CJ-116, en el que las Salas Penales Permanentes y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República se han ratificado en señalar que este derecho sólo le asiste al imputado, mas no al agraviado.

Cuando se habla de tutela, se entiende que es la “petición” o “reclamo” de derechos que realiza algún sujeto dentro de la tramitación de un proceso penal, como consecuencia de la vulneración de sus derechos no solo previsto en la ley procesal, sino también en la Constitución; siendo por ello, cuando en la práctica, por ejemplo, el Ministerio Público no emite sus Disposiciones dentro de un plazo razonable, o se pretende que la parte agraviada no pueda incorporar al proceso un medio de prueba, es entonces que puede darse el caso que el agraviado pueda solicitar el instituto procesal de la tutela de derechos ante el Juez de la Investigación Preparatoria, a fin de que se proteja su derecho reclamado; sin embargo, el A quo precitado, haciendo una interpretación restringida de la ley procesal penal, rechaza este pedido incoado por la parte agraviada, viéndose perjudicado esta parte procesal dentro del proceso, acto procesal con lo cual el Órgano Jurisdiccional estaría vulnerando indirectamente los derechos fundamentales de igualdad y de defensa que tienen las partes procesales dentro de un debido proceso.

En ese sentido, lo que se busca con el presente proyecto de investigación es contribuir a que se tome en cuenta el instituto procesal de la tutela de derechos, cuando sea peticionado por el agraviado ante el Juez de Investigación Preparatoria dentro de la tramitación de un proceso penal, esto es al amparo de los derechos fundamentales de igualdad y de defensa que prevé la misma norma procesal penal, así como la

Constitución Política del Estado, y de esa manera modificar e insertar una norma procesal o apartado en la norma procesal precitada, en el que se considere o exceptúe que el agraviado o la víctima también tenga derecho a invocar esta institución jurídico procesal de la Tutela de Derechos, cuando se vulneren dentro del procedimiento de un proceso penal sus derechos reconocidos en la Constitución o leyes pertinentes.

1.2. Formulación del problema

1.2.1. Problema general

¿Qué razones justifican reconocer el derecho de defensa del agraviado en la tutela de derechos como correspondencia del derecho fundamental de igualdad ante la ley?

1.2.2. Problemas específicos

1° ¿En qué consiste el derecho fundamental de igualdad ante la ley?

2° ¿Qué repercusión se deriva de la vulneración del derecho fundamental de igualdad ante la ley?

3° ¿En qué consiste el derecho fundamental de defensa del agraviado?

4° ¿Qué repercusión se deriva de la vulneración del derecho fundamental de defensa?

5° ¿En qué consiste la Tutela de Derechos?

6° ¿Qué repercusiones se derivan de la inaplicación de la tutela de derechos a favor del agraviado?

1.3. Justificación de la investigación

1.3.1. Conveniencia. Es conveniente realizar el presente proyecto de investigación, por tratarse de un problema que en la actualidad no se encuentra regulado en el Código Procesal Penal, el mismo que está referido a que el instituto procesal de la Tutela de Derechos solamente puede ser invocado en la tramitación de un proceso penal por el imputado, mas no por el agraviado o la víctima; razón por lo cual, se busca dar una adecuada solución al problema señalado, invocando para ello los derechos fundamentales de igualdad y de defensa, derechos constitucionales estos que señalan que todos somos iguales ante la ley y sin discriminación, así como que las partes no pueden ser privado de este derecho en ningún estado del proceso.

1.3.2. Relevancia Social. Tiene relevancia de carácter social dentro de la sociedad peruana, debido a que una vez que se establezca en el Código Procesal Penal que los agraviados también tienen derecho a poder invocar en la tramitación de un proceso penal el instituto de la Tutela de Derechos, es que también se van a poder respetar y reclamar los derechos del agraviado ante el Juez de la Investigación Preparatoria, ello en aplicación del principio de igualdad de armas que tienen las partes dentro de un proceso penal, así como del derecho de defensa.

1.3.3. Implicaciones prácticas. Lo que se pretende es que una vez establecido en el Código Procesal Penal el derecho que también tendría el agraviado para poder invocar el instituto de la Tutela de Derechos, es que, ante el retardo, por ejemplo, en la

calificación de denuncias de parte presentado por el agraviado ante el Ministerio Público, o la vulneración en su contra de otros derechos previstos en la Constitución y las leyes, el agraviado va a tener la posibilidad de poder reclamar mediante este instituto procesal su derecho transgredido ante el Juez de la Investigación Preparatoria en la audiencia correspondiente.

1.3.4. Valor teórico. El presente estudio a través de la sistematización de las bases teóricas y de los resultados a los que arriba, constituye un aporte teórico para quienes eventualmente se acerquen al estudio del tema que ocupa a esta investigación. En este trabajo pueden encontrar efectivamente aportes teóricos referidos al derecho fundamental de igualdad que tienen las partes dentro de un debido proceso, así como al derecho de defensa, derechos estos que se encuentran establecidos en el artículo 2° numeral 2 y 139° numeral 14 de la Constitución Política del Estado.

1.3.5. Utilidad Metodológica. Consideramos que los resultados que se obtengan en la presente investigación pueden motivar y aportar información para estudios jurídicos posteriores, los cuales pueden ser abordados desde diversos puntos de vista que complementen al actual estudio. Efectivamente, el presente trabajo de investigación tiene como aporte la elaboración de instrumentos de recolección de datos, lo cual servirá como aportes para trabajos futuros.

1.4. Objetivos de la investigación

1.4.1. Objetivo general

Establecer las razones que justifican reconocer el derecho de defensa del agraviado en la tutela de derechos como correspondencia del derecho fundamental de igualdad ante la ley.

1.4.2. Objetivos específicos

- 1° Determinar qué consiste el derecho fundamental de igualdad ante la ley.
- 2° Identificar la repercusión que se deriva de la vulneración del derecho fundamental de igualdad ante la ley.
- 3° Conocer en qué consiste el derecho fundamental de defensa del agraviado.
- 4° Identificar la repercusión que se deriva de la vulneración del derecho fundamental de defensa.
- 5° Conocer en qué consiste la Tutela de Derechos.
- 6° Identificar las repercusiones que se derivan de la inaplicación de la tutela de derechos a favor del agraviado.

CAPÍTULO II

2. MARCO TEÓRICO CONCEPTUAL

2.1. Bases teóricas

2.1.1. El derecho de defensa, la tutela de derechos y el derecho fundamental de igualdad ante la ley en la Declaración Universal de los Derechos Humanos

2.1.1.1. Consideraciones preliminares

La Declaración Universal de los Derechos Humanos (en adelante DUDH) es uno de los instrumentos internacionales de mayor importancia a nivel mundial, especialmente en los Estados que forman parte de este tratado internacional. Es¹ el resultado de la evolución histórica por el reconocimiento de los derechos de los hombres. Esfuerzos que trascienden los tradicionales límites estatales y reúnen múltiples voluntades de Estados y organismos internacionales por el reconocimiento de los Derechos Humanos en el mundo.

Además, como señala Fernando Silva García, se tiene que con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial coexisten dos sistemas de protección de los derechos humanos: el nacional o interno (derecho nacional), y el internacional (derecho

¹ NUÑEZ MOLINA Waldo y NUÑEZ MOLINA Cledy. Curso de Derechos Humanos (Parte General) Tomo I. Editorial WnM Ediciones. Lima. 2002. Pág. 147.

supranacional). El segundo sistema se ha caracterizado por la pluralidad de fuentes y mecanismos de protección. Existen instrumentos jurídicos que tienen vigencia en todo el planeta, y otros que sólo se aplican en el ámbito regional, los cuales reconocen y protegen los mismos derechos, inherentes a la dignidad de todas las personas²; siendo que la DUDH al ser universal, tiene relevancia en casi todo el mundo.

Así, el contenido de sus normas está reconocido en la gran mayoría de los ordenamientos jurídicos internos de los Estados miembro, especialmente en las Constituciones, en donde se encuentran previstos como derechos fundamentales, siendo el Perú uno de los Estados miembro que reconoce a este instrumento supranacional. Al respecto, el Tribunal Constitucional considera a los derechos reconocidos en este documento internacional, como derechos continentales, la razón, debido a que son reconocidos en diferentes continentes del mundo, así como utilizados en las cortes suprajurisdiccionales. Este instrumento internacional fue adoptada y proclamada por la Asamblea General de la ONU en su Resolución 217 A (III), el 10 diciembre de 1948³; razón por lo cual, tanto la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, lo toman en cuenta al momento de resolver situaciones jurídicas reclamadas ante sus instancias.

Por otra parte, respecto a la universalización de este documento internacional, como señalan Waldo Núñez Molina y Cledy Núñez Molina, citando a Nolberto

² SILVA GARCÍA, Fernando. Jurisprudencia Interamericana sobre Derechos Humanos – Criterios Esenciales. Primera Edición. Editado por el Poder Judicial de la Federación – Consejo de la Judicatura. México. 2011. Pág. 5.

³ La Constitución Política del Perú. Gaceta Constitucional. Lima. 2011, Pg. 271.

Bobbio, con la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, no sólo se había concretizado normativamente los derechos del hombre sino, además, se había dado al concepto de universalidad una eficacia como norma positiva⁴. Es esta característica de la DUDH -universalidad- la que hace que los derechos humanos previstos en la citada declaración, sean reconocidos en la mayoría de países. Dentro del conjunto de derechos humanos reconocidos en este instrumento internacional, encontramos el derecho a la defensa, a la tutela de derechos - *reconocido implícitamente como tutela jurisdiccional efectiva*-, y el derecho de igualdad ante la ley y sin discriminación.

En lo que respecta al derecho de defensa, este derecho humano se encuentra previsto de manera implícita en el artículo 8° de la DUDH. Asimismo, respecto de la tutela de derechos, o conocido también como tutela jurisdiccional efectiva - *como se verá más adelante*-, este derecho está reconocido también de manera implícita en el artículo 10° de dicho instrumento internacional. Sin embargo, a diferencia de los dos derechos mencionados precedentemente, el derecho a la igualdad es un derecho humano que si se encuentra reconocido de manera expresa en la DUDH, en un primer momento, de manera genérica en el artículo 1°, y en un segundo momento, de manera específica en el artículo 7°.

En ese sentido, y de lo mencionado en los párrafos precitados, se tiene que los derechos humanos consistentes en el derecho a la defensa, tutela de derechos e

⁴ NUÑEZ MOLINA Waldo y NUÑEZ MOLINA Cledy. Curso de Derechos Humanos (Parte General) Tomo I. Editorial WnM Ediciones. Lima. 2002. Pág. 110.

igualdad ante la ley, son derechos continentales reconocidos en el tratado⁵ internacional de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, debiendo ser reconocidos en el derecho nacional de los Estados miembros, tal como sucede en el caso peruano (Art. 55° y Decima Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución), y que será materia de estudio en el presente trabajo.

2.1.1.2. Evolución Histórica de los Derechos Humanos

Los derechos humanos, como todo derecho⁶, tiene sus antecedentes de evolución histórica, desde la época antigua hasta nuestra realidad actual; sin embargo, es después de la segunda guerra mundial que toma mayor importancia a nivel internacional, debido a que el mundo quedo horrorizado del genocidio de miles de personas, así como el atentado contra el medio ambiente, como consecuencia de las bombas nucleares lanzadas por primera vez en las ciudades japonesas de Hiroshima y Nagasaki, en donde fallecieron miles de personas. Incluso, la doctrina dominante sobre derechos humanos señala que es en este periodo que surgen los derechos humanos de tercera generación.

Al respecto, María Elena Martínez Salgueiro señala que, el momento crucial de universalización y estandarización de los derechos humanos ocurre a partir de la finalización de la Segunda Guerra Mundial, con el advenimiento del reconocimiento de una rama nueva del Derecho Internacional: el Derecho

⁵ El tratado es un acuerdo solemne, del más alto nivel, entre dos (bilateral) o más Estados (multilateral) sobre un conjunto de temas o asuntos de importancia. **CHANAME ORBE, Raúl. Comentarios a la Constitución, Quinta Edición. Editorial Jurista Editores. Lima. 2008. Pág. 296.**

⁶ Del mismo sentido tenemos la evolución del derecho constitucional, del derecho procesal, derecho procesal penal, derecho procesal civil, etc.

Internacional de los Derechos Humanos y la generación de un amplio sistema de mecanismos de protección de los derechos humanos en el ámbito de las Naciones Unidas y los correspondientes sistemas regionales⁷. Del mismo modo, Daniel O' DONNELL, señala que el derecho internacional de los derechos humanos surge como nueva rama del derecho internacional, esencialmente después de la Segunda Guerra Mundial, destinado a establecer una suerte de orden público entre los Estados, en beneficio de la persona humana⁸. Un claro ejemplo de la importancia del derecho internacional público, y que vela por la protección de los derechos humanos, lo encontramos en la Corte Penal Internacional, quien a través de su instrumento legal denominado Estatuto de Roma, sanciona los delitos de genocidio a nivel mundial.

Un aspecto que nos llama a reflexión es lo señalado por Daniel O' Donnell, quien señala que las grandes declaraciones de 1948, aunque no fueron consideradas vinculantes en la época de su promulgación, han adquirido ese carácter con el correr de los años, porque los Estados paulatinamente han pasado a atribuirles esa calidad. Incluso, en cierta forma, la jerarquía usual entre las declaraciones y los tratados se ha invertido en el caso de los grandes instrumentos de derechos humanos aplicables en nuestro hemisferio, pues las grandes declaraciones de 1948, en vez de carecer de obligatoriedad, son de fundamental importancia al ser vinculantes para todo país del continente⁹. Así tenemos que, después de concluida la segunda guerra mundial, y de aprobarse la DUDH en 1948, muchos países se

⁷MARTÍNEZ SALGUEIRO, María Elena. *Nociones Básicas Sobre Derechos Humanos*. La Dirección de Derechos Humanos del Ministerio de Educación y Cultura de Montevideo. Uruguay. 2008. Pág. 13-14.

⁸O'DONNELL, Daniel. *Protección Internacional de los Derechos Humanos*. Comisión Andina de Juristas. Primera Edición. 1988. Pág. 16.

⁹O'DONNELL, Daniel. *Protección Internacional de los Derechos Humanos*. Comisión Andina de Juristas. Primera Edición. 1988. Pág. 16.

resistieron a reconocer este instrumento internacional, debido a la contraposición de su ideología política, así como por la forma de gobierno dictatorial de algunos países que coyunturalmente en ese entonces se daba; sin embargo, con el derrocamiento paulatino de gobiernos dictatoriales y opresores -en su gran mayoría, debido a que en la actualidad algunos países no siguen esa suerte, como es el caso de Venezuela-, y estando en vigencia la democracia, así como la globalización de los derechos humanos, en la actualidad tiene un auge a nivel mundial, siendo reconocido de manera expresa en los ordenamiento jurídicos de los Estados miembros.

En relación a la evolución histórica de los derechos humanos, en sentido estricto, Waldo Núñez Molina y Cledy Núñez Molina, citando a Jorge Basadre, señalan que resulta difícil determinar con precisión los periodos históricos en los que surgen los derechos humanos. Asimismo, mencionan que, si somos coherentes con nuestra opinión conceptual de los derechos humanos, tendríamos que reconocer que estos han existido desde siempre, aunque no hayan sido conocidos exactamente bajo la denominación de derechos humanos¹⁰. Al respecto, si retrocedemos históricamente, y nos remontamos a las sociedades prepolíticas¹¹, vamos a encontrar específicamente en el Clan, pequeños rasgos de juricidad. Como señala Víctor García Toma, el clan es consecuencia de la evolución de los hábitos y costumbres del grupo social¹². Es decir, al ser la costumbre, un aspecto previo y anterior al derecho, es que en este tipo de sociedad prepolítica se

¹⁰ NÚÑEZ MOLINA, Waldo y NÚÑEZ MOLINA, Cledy. Curso de Derechos Humanos (Parte General), Tomo I. Editorial WnM Ediciones. Lima. 2003. Pág. 43-44.

¹¹ Se trata de colectividades humanas que carecieron de una organización política. Ello implicó la inexistencia de una articulación orgánica y estructural entre quien mandaba y quienes obedecían. **GARCÍA TOMA, Víctor. Teoría del Estado y Derecho Constitucional, Tercera Edición. Editorial adrus. Lima. 2010. Pág. 42.**

¹² GARCÍA TOMA, Víctor. Teoría del Estado y Derecho Constitucional. Editorial adrus. Lima. 2014. Pág. 47.

empiezan a manifestar los primeros rasgos de derechos humanos, para luego perfeccionarse en la Tribu y en la Confederación Tribal, conforme se analizará más adelante.

Así mismo, y en relación a lo mencionado precedentemente, es importante lo señalado por María Elena Martínez Salgueiro, cuando indica que el origen de la formulación de los derechos humanos ha sido un proceso largo que arranca en los albores mismos de la constitución de la sociedad humana. Naturalmente, los hechos de la sociedad y la cultura han ido influyendo de manera determinante en los acentos que se ha puesto en las diferentes épocas. La evolución doctrinaria del derecho a la vida, la libertad de pensamiento o la igualdad política, tienen siempre antecedentes en hechos sociales, en la crueldad de los castigos, en la lucha contra las tiranías o contra la intolerancia religiosa. Los derechos humanos no son la evolución de una idea abstracta, encarnan lo más profundo de la experiencia humana frente al dolor, la crueldad y el despotismo¹³. Estos hechos que ocurrieron en la sociedad pasada dieron motivo al surgimiento de pensamientos filosóficos, así como de corrientes doctrinarias, como por ejemplo el ius naturalismo, con lo cual fue evolucionando de manera progresiva los derechos humanos.

Ahora bien, hablando propiamente de la historia de los derechos humanos, se tiene que en la antigua Mesopotamia se elaboró el Código de Hammurabi, al cual se le conoce como el primer conjunto de leyes de la historia, debido a que fue creado en el año 1750 a.c. por el rey Hammurabi, a quien se le encomendó la tarea de

¹³MARTÍNEZ SALGUEIRO, María Elena. Nociones Básicas Sobre Derechos Humanos. La Dirección de Derechos Humanos del Ministerio de Educación y Cultura de Montevideo. Uruguay. 2008. Pág. 13.

recopilar todas las leyes aplicables a su territorio para evitar que sus ciudadanos tomaran la justicia por sus propias manos. Dentro del contenido de sus leyes -se destacan 282 normas- se observa la aplicación de la Ley del Tali3n, pues los acusadores de los distintos cr3menes tipificados, deb3an probar la verdadera comisi3n del delito, de lo contrario, se convert3an en acreedores de las sanciones previstas; siendo que ni el mismo rey pod3a cambiarlas, al igual que ocurre en la actualidad con algunas normas de rango constitucional. Asimismo, dentro de las normas contenidas se encuentra las referentes a los grupos sociales, se distingue as3 a los hombres libres de los esclavos o inferiores; adem3s aqu3llas sobre precios, responsabilidad de los profesionales, administraci3n de justicia, derechos de la mujer y de los menores, derecho al matrimonio, y otras de tipo penal sobre actividades il3citas como el robo, homicidio, muerte y lesiones¹⁴. De lo expuesto, se advierte que este C3digo precitado consider3 por primera vez en la historia, algunos derechos humanos que en la actualidad son considerados por los tratados internacionales, como son la vida, la libertad, la familia y el debido proceso, entre otros derechos.

Tiempo despu3s, en la cultura hebrea (establecida en Palestina) surge la figura de Mois3s quien recibiera de Dios los Diez Mandamientos, y que conjuntamente con el Torah escrito hacia 1200 a.c. se convirtieron en reglas de conducta de los hombres jud3os¹⁵. Estas reglas divinas de convivencia conten3an protecci3n a los derechos fundamentales como la vida, la familia y la propiedad.

¹⁴ HISTORIA CL3SICA: "El c3digo de Hammurab3", <http://www.historiaclasica.com/2007/05/el-c3digo-dehammurabi.html>. Se consult3 el 05 de marzo de 2020.

¹⁵ N3ÑEZ MOLINA, Waldo y N3ÑEZ MOLINA, Cledy. Curso de Derechos Humanos (Parte General), Tomo I. Editorial WnM Ediciones. Lima. 2003. P3g. 44.

Posteriormente, en el año 539 a.c., los ejércitos de Ciro el Grande, el primer rey de la Persia antigua, conquistaron la ciudad de Babilonia. Pero sus siguientes acciones fueron las que marcaron un avance significativo para el Hombre. Liberó a los esclavos, declaró que todas las personas tenían el derecho a escoger su propia religión, y estableció la igualdad racial. Éstos y otros decretos fueron grabados en un cilindro de barro cocido en lenguaje acadio con escritura cuneiforme. Conocido hoy como el Cilindro de Ciro, este documento antiguo ha sido reconocido en la actualidad como el primer documento de los derechos humanos en el mundo. Está traducido en los seis idiomas oficiales de las Naciones Unidas y sus disposiciones son análogas a los primeros cuatro artículos de la Declaración Universal de los Derechos Humanos¹⁶. En este documento se reconocen tres derechos humanos universales, la libertad, la libertad de religión y el derecho a la igualdad.

Años más tarde se encuentra el posterior referente fundamental en materia de derechos humanos: las civilizaciones helénicas y la aparición de la democracia, que se basaba en un nuevo concepto de libertad del hombre, dignidad humana y en el ciudadano *-no todos tenían esta calidad, pues se veía restringida a ciertos miembros de la población excluyendo a las mujeres, menores y esclavos, estos últimos necesarios para el sistema social-*¹⁷. Este hecho generaba un descontento en los pensadores de esa época.

¹⁶ http://www.humanrights.com/es_ES/what-are-human-rights/brief-history/cyrus-cylinder.html. Se consultó el 05 de marzo de 2020.

¹⁷ AMNISTÍA INTERNACIONAL, *"Historia de los derechos humanos: Egipto, Mesopotamia, Grecia y Roma"*, <http://www.amnistiacatalunya.org/edu/es/historia/inf-orig.html>. Se consultó el 05 de marzo de 2020.

Sobre lo dicho, Waldo Núñez Molina y Cledy Núñez Molina señalan que en ese contexto se puede tener en cuenta tres momentos en la cultura griega: El hombre en un primer momento es considerado un ser que está destinado a cumplir lo que los dioses han dispuesto (antes de Thales de Mileto o periodo prefilosófico); un segundo momento en el cual el hombre aparece como uno más de los elementos de la naturaleza (periodo presocrático); y un tercer momento en el cual el hombre ya no sólo es un ser más de la naturaleza, sino es el ser que se enfrenta a la naturaleza, la contempla, es un sujeto que piensa y se piensa (con Sócrates, Platón y Aristóteles). Siendo precisamente en esta última etapa en que surgen los primeros esbozos del hombre como sujeto de los derechos naturales (ius naturalismo)¹⁸. Asimismo, es en esta etapa donde la cultura griega, a través de los filósofos mencionados, comienzan a valorar y crear nuevas corrientes filosóficas, a fin de darle importancia al ser humano dentro de la sociedad.

Tiempo después, la cultura romana alcanzó un gran desarrollo en el derecho, esencialmente en el derecho civil (ius civile) donde se estableció que solo los ciudadanos romanos gozaban de un status con el cual alcanzaban la plenitud de sus derechos (familia, libertad y ciudadanía). Normativamente Roma contribuyó al Derecho y al mundo con la obra de Justiniano publicada hacia 529 d.c., conocida como el Corpus Juris Civilis, en la cual se realiza toda una tarea de unificación de la legislación romana existente hasta esa época¹⁹; sin embargo, como se advierte, en dicha época se vulneraron dos derechos humanos relevantes: la libertad y la igualdad sin discriminación.

¹⁸ NÚÑEZ MOLINA, Waldo y NÚÑEZ MOLINA, Cledy. Curso de Derechos Humanos (Parte General), Tomo I. Editorial WnM Ediciones. Lima. 2003. Pág. 45.

¹⁹ NÚÑEZ MOLINA, Waldo y NÚÑEZ MOLINA, Cledy. Curso de Derechos Humanos (Parte General), Tomo I. Editorial WnM Ediciones. Lima. 2003. Pág. 46-47.

Posteriormente, durante los años 636 al 653 d.c., se dieron las primeras manifestaciones de garantías individuales en el derecho español, esto a través de los Concilios V, VI y VIII (Derecho Canónico español – Toledo). Asimismo, en los siglos XI y XII se Reglamentaron ciertas garantías individuales, documentos que fueron castellanos, leoneses y aragoneses²⁰. Además, en los fueros españoles, encontraremos una labor incipiente de protección a las libertades y el respeto a derechos del hombre, por ejemplo, la realeza estaba limitada por el fuero, incluso cualquier acto contrario a lo dispuesto por éste, era nulo²¹. Dentro del conjunto de derechos humanos que se dieron en ese entonces, tenemos el derecho al debido proceso, representado a través de la justicia española, que garantizaba en ese entonces la justicia imparcial e independiente de la monárquica, siendo este hecho un pequeño rezago de la separación de poderes.

Sin embargo, es la Carta Magna de 1215, que por primera vez en la historia limita notablemente el ejercicio de la fuerza y el poder del Rey, pues según la Carta Magna -*una curia integrada por barones, prebendados y delegados de la ciudad de Londres (Concilio magno general)*- se convertía en órgano especial de gobierno -*parlamento*-, ya que limitaba el poder real, al ser indispensable su consentimiento para establecer cualquier impuesto²². Asimismo, María Elena Martínez Salgueiro, señala que casi todos los textos de derechos humanos ubican como fecha

²⁰MARTÍNEZ SALGUEIRO, María Elena. Nociones Básicas Sobre Derechos Humanos. La Dirección de Derechos Humanos del Ministerio de Educación y Cultura de Montevideo. Uruguay. 2008. Pág. 14.

²¹ NÚÑEZ MOLINA, Waldo y NÚÑEZ MOLINA, Cledy. Curso de Derechos Humanos (Parte General), Tomo I. Editorial WnM Ediciones. Lima. 2003. Pág. 48.

²² HUERTAS DÍAZ, Omar y otros. Manual Pedagógico y Didáctico para la Formación en Derechos Humanos, Tomo I (1215-1948). Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá – Colombia. 2008. Pág. 43-45

emblemática y punto de partida del reconocimiento de los derechos humanos el año 1215, en el cual se creó la Carta Magna en Inglaterra. La Carta Magna es el documento de positivización más emblemático, puesto que más que un proceso de concertación, representó una conquista de “algunos” derechos para “algunas” personas, cuando las afectaciones y la carga de tributos por parte del Reino de “Juan Sin Tierra” en perjuicio de una clase de propietarios, implicó un primer esbozo de derechos a su favor. Este documento consagra la libertad personal, algunas garantías individuales y ciertas limitaciones al establecimiento de cargas tributarias. Su valor radica en que, más que principios declarativos universales, estableció previsiones específicas con medidas reparadoras, donde los barones podían incluso embargar castillos, bienes y posesiones reales²³; siendo que, como bien se sabe fue reflejo de una de las más claras conquistas por el reconocimiento de los derechos y libertades²⁴.

El siguiente hito reconocido en el desarrollo de los derechos humanos fue la Petición del Derecho (**Petition of Rights**), producida en 1628 por el Parlamento Inglés y enviada a Carlos I como una declaración de libertades civiles. El rechazo del Parlamento para financiar la impopular política externa del rey, causó que su gobierno exigiera préstamos forzosos y que tuvieran que acuartelar las tropas en las casas de los súbditos como una medida económica. El arresto y encarcelamiento arbitrarios por oponerse a estas políticas, produjo en el Parlamento una hostilidad violenta hacia Carlos y George Villiers, el primer

²³MARTÍNEZ SALGUEIRO, María Elena. Nociones Básicas Sobre Derechos Humanos. La Dirección de Derechos Humanos del Ministerio de Educación y Cultura de Montevideo. Uruguay. 2008. Pág. 14.

²⁴ NÚÑEZ MOLINA, Waldo y NÚÑEZ MOLINA, Cledy. Curso de Derechos Humanos (Parte General), Tomo I. Editorial WnM Ediciones. Lima. 2003. Pág. 48.

duque de Buckingham. La Petición del Derecho, iniciada por Sir Edward Coke, se basó en estatutos y documentos oficiales anteriores y hacer valer cuatro principios: (1) No se podrá recaudar ningún impuesto sin el consentimiento del Parlamento. (2) No se puede encarcelar a ningún súbdito sin una causa probada (reafirmación del derecho de habeas corpus), (3) A ningún soldado se le puede acuartelar debido a su ciudadanía, y (4) No puede usarse la ley marcial en tiempos de paz²⁵. Este documento reitera los principios de la Carta Magna, reafirma las limitaciones del poder monárquico y el imperio de la ley. Estableció expresamente que no podían imponerse tributos sin la aprobación del Parlamento (principio de aplicación actual) y que nadie sería detenido o juzgado sino de conformidad con las leyes comunes²⁶.

Así también, en este documento se estableció que debía llevarse a cabo el debido proceso legal para encarcelar, desheredar, desterrar o sancionar de alguna manera a cualquier persona (disposiciones 3 y 4). Además, se determinó que en toda detención debía llevarse a cabo el procedimiento de habeas corpus (disposición 5). Asimismo, señaló que todo acusado debía ser juzgado por las leyes y estatutos de la tierra, y por las mismas leyes y estatutos debía fijarse el tiempo y el lugar de la ejecución de la pena -*legalidad y ejecución de la pena*- (disposición 8). Finalmente estipula que toda sentencia, acto y procedimiento, dictada en perjuicio de la gente, no tendrá ningún efecto, ni se tomará como ejemplo²⁷. Por ello se colige que los derechos reconocidos en este documento, en parte, eran la

²⁵http://www.humanrights.com/es_ES/what-are-human-rights/brief-history/cyrus-cylinder.html. Se consultó el 06 de marzo de 2020.

²⁶ MARTÍNEZ SALGUEIRO, María Elena. Nociones Básicas Sobre Derechos Humanos. La Dirección de Derechos Humanos del Ministerio de Educación y Cultura de Montevideo. Uruguay. 2008. Pág. 15.

²⁷ HUERTAS DÍAZ, Omar y otros. Manual Pedagógico y Didáctico para la Formación en Derechos Humanos, Tomo I (1215-1948). Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá – Colombia. 2008. Pág. 120.

ratificación de los derechos reconocidos en la Carta Magna de 1215, así como la protección de determinados derechos humanos, como la libertad.

Seguidamente, la historia nos brinda otro documento elaborado en Inglaterra, vinculante a los derechos humanos, y en lo que concierne a la libertad de religión, el mismo que está referido al **Acta de Tolerancia de Maryland de 1649**. Como contexto histórico se tiene que la historia de la fundación de Maryland es la historia de una mayoría de católicos y algunos protestantes que partieron en 1633 de Inglaterra en medio de un clima de persecución religiosa con Leonard Calvert, católico convencido a la cabeza. El establecimiento y el desarrollo de la colonia de Maryland es heredera por rechazo de la falta de libertad religiosa en Inglaterra y la interrelación entre las diferentes colonias vecinas. Tanto a ellas como a Maryland llegan todo género de disidentes protestantes como católicos perseguidos y se gesta un clima de tolerancia que se reflejará en el texto de 1649²⁸. Además, cuando se aprueba la llamada Acta de Tolerancia de Maryland, se exige como premisa única la creencia cristiana suplicando la intransigencia sectaria por unas cláusulas amplias de libertad religiosa²⁹. Como se aprecia, históricamente este es el primer documento relacionado a la libertad de religión, el mismo que se verá reforzado con otros documentos que se emitieron tiempos después en Inglaterra.

Otro documento histórico que tiene como antecedente la Carta Magna de 1215, es el **Acta de Habeas Corpus de Inglaterra de 1679**. El motivo directo por el que

²⁸ HUERTAS DÍAZ, Omar y otros. Manual Pedagógico y Didáctico para la Formación en Derechos Humanos, Tomo I (1215-1948). Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá – Colombia. 2008. Pág. 131.

²⁹ PECES BARBA, Gregorio, Hierro Liborio, IÑIGUEZ DE ONZOÑO Santiago, LLAMAS Ángel. Derecho Positivo de los Derechos Humanos. Editorial Debate, Colección Universitaria. Madrid – España. 1987. Pág. 73.

fue adoptada el Acta de Habeas Corpus, fue el encarcelamiento obligatorio de un grupo de oponentes políticos, ordenado por lord Clarendon, primer ministro de Carlos II. Para eludir la eficacia del procedimiento de habeas corpus, ordenó el traslado de los prisioneros del reino, acto por el que fue acusado en 1667³⁰. Asimismo, este documento no creó nuevos derechos, ni introdujo nuevos principios. Sin embargo, aseguró que el derecho existente se hiciera efectivo en todo tiempo *-también durante el periodo de vacaciones judiciales-*. Además, los prisioneros debían ser presentados ante un Juez sin dilaciones para determinar la legalidad de su encarcelamiento, y se prohibía la reclusión en ultramar, que podría afectar la eficacia de la norma³¹. Este documento indudablemente está relacionado con el derecho a la libertad ambulatoria.

La **Declaración de derechos o “Bill of Rights” de 1689**, es el principal documento constitucional de la historia de Inglaterra. Precisó y fortaleció las atribuciones legislativas del Parlamento frente a la Corona y proclamó la libertad de las elecciones de los parlamentarios. Consignó el derecho de petición, proscripción de penas crueles y el resguardo del patrimonio personal contra multas excesivas y las confiscaciones³². Asimismo, La Bill of Rights es una declaración limitativa para los reyes en la que se reconocieron derechos y libertades de los ingleses, lo cual se tradujo en un fortalecimiento del poder del parlamento, pues todas las cuestiones debían pasar por esta cámara para poder ser aprobadas, además la protección se ve reforzada con la *Toleration Act* de mayo

³⁰ HUERTAS DÍAZ, Omar y otros. Manual Pedagógico y Didáctico para la Formación en Derechos Humanos, Tomo I (1215-1948). Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá – Colombia. 2008. Pág. 151.

³¹ PECES BARBA, Gregorio, Hierro Liborio, IÑIGUEZ DE ONZOÑO Santiago, LLAMAS Ángel. Derecho Positivo de los Derechos Humanos. Editorial Debate, Colección Universitaria. Madrid – España. 1987. Pág. 84-85.

³² MARTÍNEZ SALGUEIRO, María Elena. Nociones Básicas Sobre Derechos Humanos. La Dirección de Derechos Humanos del Ministerio de Educación y Cultura de Montevideo. Uruguay. 2008. Pág. 15.

de 1689, que concede libertad religiosa a los anglicanos (no católicos y otros protestantes), la libertad de culto público, el derecho a abrir escuelas y el acceso a todas las funciones públicas. Se trata de un verdadero contrato entre el pueblo soberano y los soberanos, al imponerse como condición para coronar a la Reina María II Estuardo y el Rey Guillermo de Orange³³; consistiendo en una ley que tenía por objeto declarar los derechos de los súbditos ingleses, así como establecer la sucesión de la corona³⁴. Como se puede apreciar, se da mayor importancia al derecho de las personas, especialmente al derecho de petición, el trato humano de las penas, la libertad de religión y la protección al derecho de propiedad.

Transcurridos los años, la historia nos lleva a otro continente en donde se desarrolla los derechos humanos de manera liberal -bajo el pensamiento de Jhon Locke-, y que sirvió como base para la declaración de los Estados Unidos de Norteamérica, así tenemos **La Declaración de Derechos de Virginia de 1776**. Como contexto histórico³⁵ se tiene que, a partir de 1763, un sentimiento de inquietud empieza a notarse en las trece colonias inglesas de América del Norte. Así, en 1765 un impuesto sobre el papel, el té y otras mercancías desencadenan un descontento y una agitación general, en el parlamento británico. En 1774 se celebra el Primer Congreso Continental, y un segundo en 1775. La voluntad de autonomía, rechazada por Jorge III, desencadena la Guerra Civil.

³³http://ijj.ucr.ac.cr/sites/default/files/documentos/justiciabilidad_por_conexion_proteccion_de_los_derechos.pdf Se consultó el día 06 de marzo de 2020.

³⁴ NÚÑEZ MOLINA, Waldo y NÚÑEZ MOLINA, Cledy. Curso de Derechos Humanos (Parte General), Tomo I. Editorial WnM Ediciones. Lima. 2003. Pág. 51.

³⁵ HUERTAS DÍAZ, Omar y otros. Manual Pedagógico y Didáctico para la Formación en Derechos Humanos, Tomo I (1215-1948). Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá – Colombia. 2008. Pág. 185.

Así mismo, en ese contexto, las colonias convertidas en Estados, se dotan de una Constitución que sustituyera a la Carta Colonial, con excepción de Rhode Island y de Connecticut, que conservan la vieja, aunque sustituyendo la autoridad del rey por la del Gobernador. Siete de esos Estados preceden su constitución por una declaración de derechos. La de Virginia es la más representativa. Es aprobada el 12 de junio por la Convención de Williamsburg, que se reúne desde el 06 de mayo hasta el 29 de junio de 1776. Es redactada por George Mason y tiene una posterior repercusión, indudable, en Estados Unidos y en Europa³⁶. Este documento sirvió con fuente de inspiración especialmente para Francia, el mismo que tiempo después desencadenó la Revolución Francesa de 1789. Además, este documento contenía 16 numerales, en el cual se reconocen los derechos a la vida, libertad, igualdad, la propiedad, la felicidad y la seguridad.

En esa línea del tiempo, seguidamente se tiene **La Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América de 1776**. Esta declaración, como señala Omar Huertas Díaz y otros, viene precedida por una situación que evoluciona desde posiciones genéricas de sometimiento a la Corona británica hacia el sometimiento independentista en un corto espacio de tiempo. Con la declaración se introduce en el ámbito legal el primer texto con la legitimación jurídico político del corte racionalista, para enfrentarse a la legitimación histórica que mantenía el sistema británico. El racionalismo ius naturalista de las leyes naturales de Dios como verdades evidentes en sí misma se enfrentan, en el texto

³⁶ PECES BARBA, Gregorio, Hierro Liborio, IÑIGUEZ DE ONZOÑO Santiago, LLAMAS Ángel. Derecho Positivo de los Derechos Humanos. Editorial Debate, Colección Universitaria. Madrid – España. 1987. Pág. 185.

americano, al viejo Common Law y al Bill of Rights, regidos por el sentido histórico³⁷.

Así tenemos que el 4 de julio de 1776, el Congreso de los Estados Unidos aprobó la Declaración de Independencia. Su autor principal, Thomas Jefferson, escribió la Declaración como una explicación formal de porqué el Congreso había votado el 2 de julio para declarar la Independencia de Gran Bretaña, más de un año después del estallido de la Guerra de la Revolución de Estados Unidos, y cómo la declaración anunciaba que las trece Colonias Americanas ya no eran parte del Imperio Británico. El Congreso publicó la Declaración de Independencia en varias formas. Inicialmente se publicó como un impreso en gran formato que fue distribuido ampliamente y leído al público. Filosóficamente, la declaración hace énfasis en dos temas: *derechos individuales* y *el derecho de revolución*. Estas ideas llegaron a ser ampliamente aceptadas por los estadounidenses y también influenció en particular a la Revolución Francesa³⁸. Además, con la revolución norteamericana, se materializa las ideas más importantes de la época³⁹.

Es necesario mencionar que se postula con fuerza los siguientes derechos y principios: igualdad del hombre, vida, libertad, búsqueda de la felicidad, designación de gobiernos justos con consentimiento de los gobernados, derecho

³⁷ HUERTAS DÍAZ, Omar y otros. Manual Pedagógico y Didáctico para la Formación en Derechos Humanos, Tomo I (1215-1948). Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá – Colombia. 2008. Pág. 209.

³⁸ http://www.humanrights.com/es_ES/what-are-human-rights/brief-history/cyrus-cylinder.html. Se consultó el día 08 de marzo de 2020.

³⁹ NÚÑEZ MOLINA, Waldo y NÚÑEZ MOLINA, Cledy. Curso de Derechos Humanos (Parte General), Tomo I. Editorial WnM Ediciones. Lima. 2003. Pág. 55.

del pueblo a destruir formas de gobierno ilegítimas y constituir nuevos gobiernos fundados en aquellos principios⁴⁰.

La Constitución de los Estados Unidos de América, viene a ser otro documento histórico sobre la evolución de los derechos humanos. Este documento constitucional fue escrito en el verano de 1787 en Filadelfia. La Constitución de Estados Unidos de América es la ley fundamental del sistema federal estadounidense y es el documento histórico del mundo occidental. Es la constitución nacional escrita más antigua en uso y define los organismos principales del gobierno y sus jurisdicciones, y los derechos básicos de los ciudadanos⁴¹. Además, junto con las Diez Primeras Enmiendas Constitucionales de 1789, se consagran los siguientes derechos: libertad religiosa, libertad de palabra, prensa y reunión, inviolabilidad del hogar, seguridad personal, derecho de propiedad, la libertad de petición y algunas garantías judiciales⁴².

También prohíbe la búsqueda e incautación irrazonable, castigo cruel e inusual y la autoincriminación obligada. Entre las protecciones legales que brinda, la Carta de Derechos le prohíbe al Congreso hacer cualquier ley respecto al establecimiento de religión y le prohíbe al gobierno federal privar a cualquier persona de la vida, libertad o propiedad sin el debido proceso legal. En casos

⁴⁰MARTÍNEZ SALGUEIRO, María Elena. *Nociones Básicas Sobre Derechos Humanos*. La Dirección de Derechos Humanos del Ministerio de Educación y Cultura de Montevideo. Uruguay. 2008. Pág. 15.

⁴¹ http://www.humanrights.com/es_ES/what-are-human-rights/brief-history/cyrus-cylinder.html. Se consultó el día 08 de marzo de 2020.

⁴² MARTÍNEZ SALGUEIRO, María Elena. *Nociones Básicas Sobre Derechos Humanos*. La Dirección de Derechos Humanos del Ministerio de Educación y Cultura de Montevideo. Uruguay. 2008. Pág. 15.

criminales federales se requiere de una acusación por un gran jurado, por cualquier delito capital, o crimen reprobable, garantiza un juicio público rápido con un jurado imparcial en el distrito en el cual el crimen ocurrió, y prohíbe el doble enjuiciamiento⁴³. Como se puede apreciar, se evidencia la existencia de derechos fundamentales reconocidos a la fecha en todas las constituciones americanas, así como garantías procesales genéricas y específicas, como el debido proceso, el derecho de defensa, la cosa juzgada, el ne bis in ídem y la no autoincriminación, garantías procesales estas que en la actualidad no solo se encuentran vigentes en nuestro ordenamiento jurídico nacional, sino también en la gran mayoría de los países.

La Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, tiene su origen en Francia, y obedece a que el pueblo de Francia causó la abolición de una monarquía absoluta y creó la plataforma para el establecimiento de la primera República Francesa. Sólo seis semanas después del ataque súbito a la Bastilla, y apenas tres semanas después de la abolición del feudalismo, la Asamblea Nacional Constituyente adoptó la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (*en francés: La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*) como el primer paso para escribir la constitución de la República Francesa (1791)⁴⁴. Esta declaración señalaba que todos los ciudadanos debían

⁴³http://www.humanrights.com/es_ES/what-are-human-rights/brief-history/cyrus-cylinder.html. Se consultó el día 08 de marzo de 2020.

⁴⁴http://www.humanrights.com/es_ES/what-are-human-rights/brief-history/cyrus-cylinder.html. Se consultó el día 08 de marzo de 2020.

gozar de los derechos a la libertad de propiedad, seguridad, resistencia a la opresión entre otros derechos⁴⁵ naturales e inherentes a la persona.

Con la declaración francesa culmina la etapa teórica o doctrinaria de los derechos naturales y se inicia, en lo que se refiere a la protección normativa de los derechos humanos, la etapa de su incorporación a los textos de las constituciones políticas *-positivización normativa-*, elevados así a la categoría de preceptos de la máxima jerarquía, cuya tutela se encomienda al poder judicial de cada ordenamiento interno⁴⁶. Es decir, se produce la evolución del derecho natural al derecho positivo, debido a que las Constituciones posteriores de diversos países, tomaron en cuenta esta declaración en sus textos constitucionales, una clara muestra primigenia de lo citado es la Constitución francesa de 1791, así como posteriormente las primeras constituciones españolas.

Lo cierto del caso, y conforme se puede apreciar de lo narrado por la historia, se advierte que⁴⁷ las declaraciones americanas y la francesa suponen un hito fundamental en la historia de los derechos humanos, así los derechos del individuo son proclamados de forma concreta por primera vez, y la enunciación de la

⁴⁵Principales principios y derechos: **Artículo 1**: “los hombres nacen y viven libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales solo pueden fundarse en la utilidad común”; **Artículo 2**: “el objeto de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son: la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión”. Los artículos siguientes garantizan la libertad personal, religiosa, de opinión y de imprenta; la igualdad ante la ley y las garantías procesales.

⁴⁶SORIANO DÍAZ, Ramón Luís. Historia temática de los Derechos Humanos, Primera Edición, Colección Universitaria de Materiales Jurídicos. Editorial Mad S.L. Sevilla-España. 2003. Pág. 252.

⁴⁷http://ijj.ucr.ac.cr/sites/default/files/documentos/justiciabilidad_por_conexion_proteccion_de_los_derechos.pdf. Se consultó el día 08 de marzo de 2020.

"libertad, igualdad y fraternidad" de los seres humanos se acompaña con la afirmación de la separación de los poderes legislativo y ejecutivo, la primacía del poder del pueblo y de sus representantes y el triunfo del poder militar al poder civil. Además de que la única vía para legitimar el poder del Estado es que éste poder provenga de la voluntad de su pueblo.

La Primera Convención de Ginebra del 22 de agosto de 1864, también constituye un hecho relevante en la historia de los derechos humanos, debido a que dieciséis países europeos y varios países de América asistieron a una conferencia en Ginebra, por invitación del Consejo Federal Suizo, y por iniciativa de la Comisión de Ginebra. La conferencia diplomática se llevó a cabo con el propósito de adoptar un convenio para el tratamiento de soldados heridos en combate. Los principios más importantes establecidos en la Convención y mantenidos por las últimas Convenciones de Ginebra estipulan la obligación de proveer atención médica sin discriminación a personal militar herido o enfermo y de respetar el transporte y el equipo del personal médico con el signo distintivo de la cruz roja sobre fondo blanco⁴⁸. Esta primera Convención ha dado hincapié a futuras convenciones sobre el respeto a la vida y la integridad física de los soldados en tiempo de guerra, el mismo que se ha ido perfeccionando con el transcurrir de los años.

Seguidamente, se tiene **La Constitución Mexicana de 1917** *-se reunieron en Querétaro el noveno Congreso Constituyente de la historia de México, en donde*

⁴⁸http://www.humanrights.com/es_ES/what-are-human-rights/brief-history/cyrus-cylinder.html.

Se consultó el día 08 de marzo de 2020.

se aprobó-. Este documento tiene como antecedentes la Revolución Mexicana⁴⁹, la misma que se desarrolló desde el año 1910 hasta 1920. Como señala Omar Huertas Díaz y otros, el proyecto de Constitución que se examinó fue elaborado por el propio Venustiano Carranza. En dos meses, de diciembre de 1916 a enero de 1917, se concluyó el trabajo, que convirtió un proyecto moderado con pocas y genéricas reformas de la Constitución de 1857, en un texto innovador, expresión del liberalismo social y de la ideología revolucionaria propiamente mexicana. Así cambiaron profundamente los artículos 27°, 30°, 50°, 107°, 123°, 129° y 130° del proyecto⁵⁰.

Así también, con este texto se cristaliza, con independencia de la suerte histórica posterior del proyecto revolucionario, un texto que será modelo para el intento de combinar el respeto a los derechos individuales con los derechos sociales, que a partir de ese momento empiezan a constitucionalizarse en el mundo entero⁵¹. Del mismo parecer Waldo Núñez Molina y Cledy Núñez Molina, señalan que a esta Constitución se le considera como el primer intento de consolidar los derechos de libertad con los derechos sociales⁵².

⁴⁹ El ideal de la revolución era crear una ciudadanía moderna con derechos y alfabetismo. La Constitución de 1917 fue, quizás, el logro más alto de la revolución. Esta revolución ha hecho que la historia socio-política de México sobresalga entre otras naciones donde no hubo revolución social. **HUERTAS DÍAZ, Omar y otros. Manual Pedagógico y Didáctico para la Formación en Derechos Humanos, Tomo I (1215-1948). Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá – Colombia. 2008. Pág. 324.**

⁵⁰ HUERTAS DÍAZ, Omar y otros. Manual Pedagógico y Didáctico para la Formación en Derechos Humanos, Tomo I (1215-1948). Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá – Colombia. 2008. Pág. 350.

⁵¹ PECES BARBA, Gregorio, Hierro Liborio, IÑIGUEZ DE ONZOÑO Santiago, LLAMAS Ángel. Derecho Positivo de los Derechos Humanos. Editorial Debate, Colección Universitaria. Madrid – España. 1987. Pág. 153-154.

⁵² NÚÑEZ MOLINA, Waldo y NÚÑEZ MOLINA, Cledy. Curso de Derechos Humanos (Parte General), Tomo I. Editorial WnM Ediciones. Lima. 2003. Pág. 58.

Un documento relevante en la evolución de los derechos humanos, lo constituye la **Declaración de Derechos del Pueblo Trabajador y Explotado de 1918**, teniendo su origen en Rusia. Así⁵³, en 1918, luego del triunfo de la Revolución soviética surge en la U.R.R.S. este documento. Asimismo, Omar Huertas Díaz y otros, señalan que este documento es una de las más relevantes declaraciones de la historia porque representa un cambio de rumbo una ruptura total con anteriores declaraciones y constituciones. De hecho, en esta Declaración no aparecen los derechos y libertades de tradición liberal, del constitucionalismo anterior, sino unos principios filosóficos y de organización de estos derechos anteriores al supremo fin de la conquista del socialismo y la igualdad entre las personas con la supresión de las clases sociales⁵⁴. Además, como menciona Gregorio Peces Barba y otros, la Declaración es hija de la Revolución de los bolchevique, que había alcanzado el poder en Rusia el año anterior, y fue elaborado por el III Congreso Parlamentario de los Soviets⁵⁵.

A lo expuesto, debe tenerse en cuenta que el texto es breve y contiene tres apartados: los principios de la nueva Revolución, a los que se dedica la mayor extensión, una medida política decisiva, que advierte el estado de la economía y la sociedad rusa, y un deber de todos los trabajadores (sin alusiones a derechos)⁵⁶. Dentro de los principios que contenía esta Declaración se tenían el pacifismo y la fraternidad, el principio de autodeterminación de los pueblos (donde se respetaban

⁵³ NÚÑEZ MOLINA, Waldo y NÚÑEZ MOLINA, Cledy. Curso de Derechos Humanos (Parte General), Tomo I. Editorial WnM Ediciones. Lima. 2003. Pág. 58.

⁵⁴ HUERTAS DÍAZ, Omar y otros. Manual Pedagógico y Didáctico para la Formación en Derechos Humanos, Tomo I (1215-1948). Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá – Colombia. 2008. Pág. 372.

⁵⁵ PECES BARBA, Gregorio, Hierro Liborio, IÑIGUEZ DE ONZOÑO Santiago, LLAMAS Ángel. Derecho Positivo de los Derechos Humanos. Editorial Debate, Colección Universitaria. Madrid – España. 1987. Pág. 155.

⁵⁶ HUERTAS DÍAZ, Omar y otros. Manual Pedagógico y Didáctico para la Formación en Derechos Humanos, Tomo I (1215-1948). Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá – Colombia. 2008. Pág. 372.

la libertad individual y su autonomía), el principio de solidaridad internacional y la democracia del pueblo ruso.

Tiempo después, se da la **Constitución del Reich Alemán de 1919**, el cual tiene como contexto histórico que en el mes de noviembre (1918) estalla una revolución interna, que obliga al Káiser Guillermo II a abdicar el día 9 de este mes y a exiliarse en Holanda. El socialdemócrata Friedrich Ebert es nombrado canciller del Reich. Se proclama la República y se nombra un Consejo de Comisarios del Pueblo como Gobierno Provisional *-integrado por socialistas de ambas tendencias, los del viejo Partido socialdemócrata (sector mayoritario) y los del nuevo Partido Socialdemócrata independiente (sector minoritario)-*, el cual decide la convocatoria de una Asamblea Constituyente para elaborar una nueva Constitución. La revolución triunfa en algunos territorios de Alemania, como Berlín, la cuenca del Ruhr, Múnich y Bremen. Pero es frustrada por la alianza del nuevo Gobierno *-que manifestaba instaurar el socialismo desde el Parlamento y no a través de la lucha de clases-* y el ejército. Los cuerpos francos (Freikorps), voluntarios de la guerra no integrados en el ejército regular alemán, en connivencia con los jefes políticos del sector mayoritario del Consejo, reprimen la revolución, que se había extendido poco a poco por las ciudades alemanas. Todas ellas fueron cayendo durante la primera mitad del año de 1919⁵⁷.

Seguidamente, la Asamblea Constituyente redactó la Constitución de Weimar, la misma que fue aprobado en agosto de 1919, consolidando la República y se

⁵⁷ HUERTAS DÍAZ, Omar y otros. Manual Pedagógico y Didáctico para la Formación en Derechos Humanos, Tomo I (1215-1948). Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá – Colombia. 2008. Pág. 386.

configura un Estado Social⁵⁸, en cuyo marco la burguesía propietaria y los trabajadores se someten a un compromiso de negociación permanente abandonando la lucha de clases como instrumento político. Sin embargo, el compromiso no satisfacía ni a los trabajadores partidarios de la revolución ni a sectores conservadores del capital, del ejército y de la administración. La lucha de clases y los crudos enfrentamientos prosiguieron. Así, a finales de 1923 concluye la revolución con la victoria de las fuerzas conservadoras⁵⁹. Un aspecto a resaltar en esta parte, es que la sociedad alemana en ese entonces no aceptó las ideas del socialismo puro representado por la lucha de clases, sino optó por un socialismo dirigido por un parlamento democrático, con tendencia igualitaria para todos.

Este texto constitucional alemán, consagra en la segunda parte de la referida norma los derechos y deberes de los alemanes, así como los derechos relativos: a la familia, educación y al trabajo. Este interés por consagrar los derechos individuales como derechos económicos sociales y culturales ha ido incrementándose al ser acogidos por un mayor número de constituciones en el mundo⁶⁰. Además, se caracteriza por ser la primera constitución europea en la que se presenta en un mismo plano las libertades individuales y los derechos sociales⁶¹. Nótese que esta Constitución, así como la mexicana de Querétaro, y la Declaración rusa precitada, son el punto de partida de los derechos humanos de

⁵⁸ Dicha noción alude a una comunidad política en donde sobre las bases de las exigencias establecidas para el Estado de Derecho, se busca “acomodar” la convivencia dentro de un orden económico y social con vocación de plasmar la justicia social; y, por ende, generar una sociedad con igualdad de oportunidades para todos. **GARCÍA TOMA, Víctor. Teoría del Estado y Derecho Constitucional, Tercera Edición. Editorial adrus. Lima. 2010. Pág. 176.**

⁵⁹ HUERTAS DÍAZ, Omar y otros. Manual Pedagógico y Didáctico para la Formación en Derechos Humanos, Tomo I (1215-1948). Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá – Colombia. 2008. Pág. 386.

⁶⁰ NÚÑEZ MOLINA, Waldo y NÚÑEZ MOLINA, Cledy. Curso de Derechos Humanos (Parte General), Tomo I. Editorial WnM Ediciones. Lima. 2003. Pág. 58.

⁶¹ HUERTAS DÍAZ, Omar y otros. Manual Pedagógico y Didáctico para la Formación en Derechos Humanos, Tomo I (1215-1948). Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá – Colombia. 2008. Pág. 400-401.

segunda generación, referidos a los derechos económicos, sociales y culturales, los cuales, tiempo después, sirvieron como fundamento para la elaboración del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966.

Así mismo, como refiere Alberto Ricardo Dalla Vía, el constitucionalismo social - *inaugurado en las constituciones de Querétaro (México, 1917) y Weimar (Alemania, 1919)*- representa la versión normatizada del concepto de Estado Social de Derecho⁶². Además, la expresión Estado Social de Derecho fue acuñada por Hermann Heller en su obra *Teoría del Estado* (1929), y en donde se consigna que esta es la única fórmula viable para cancelar la irracionalidad del individualismo burgués y el totalitarismo populista del fascismo⁶³. Es en razón a lo precitado, que el Estado Social busca igualdad en la sociedad, a través de un orden económico y social, y con beneficio para todos (burgueses y trabajadores - proletariados).

La Organización de las Naciones Unidas, constituye un acto previo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, así como de otros instrumentos internacionales vinculantes a la protección de los derechos humanos. Las Naciones Unidas⁶⁴ fue un nombre concebido por el Presidente de los Estados Unidos Franklin Delaton Roosevelt y se empleó por primera vez en la Declaración de las Naciones Unidas del 01 de enero de 1942, durante la Segunda Guerra Mundial, cuando los representantes de veinte y seis (26) naciones establecieron el

⁶² DALLA VÍA, Alberto Ricardo. Derecho Constitucional Económico. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires. 1999. Pág. 231.

⁶³ GARCÍA TOMA, Víctor. Teoría del Estado y Derecho Constitucional, Tercera Edición. Editorial adrus. Lima. 2010. Pág. 177.

⁶⁴<http://www.un.org/es/aboutun/history/>. Se consultó el 09 de marzo de 2020.

compromiso, en nombre de sus Gobiernos, de proseguir juntos la lucha contra las Potencias del Eje⁶⁵.

A manera de contexto histórico, es de señalar que la Segunda Guerra Mundial había avanzado violentamente de 1939 a 1945, y al aproximarse el fin, las ciudades de toda Europa y Asia yacían en ruinas humeantes. Millones de personas murieron, millones más quedaron sin hogar o morían de hambre. Las fuerzas rusas se acercaban, rodeando los restos de la resistencia alemana en la bombardeada capital de Alemania, Berlín. En el Pacífico, la infantería de Marina de los Estados Unidos todavía estaba luchando contra las fuerzas japonesas atrincheradas en islas como Okinawa. En abril de 1945, delegados de cincuenta naciones se reunieron en San Francisco, llenos de optimismo y esperanza. La meta de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Organización Internacional era crear un organismo internacional para promover la paz y evitar guerras futuras. Los ideales de la organización se establecieron en el preámbulo al Acta constitutiva que propusieron: *“Nosotros, la gente de las Naciones Unidas, estamos decididos a proteger a las generaciones venideras del azote de la guerra, la cual dos veces en nuestra vida ha producido un sufrimiento incalculable a la humanidad”*⁶⁶. La Organización de las Naciones Unidas (ONU) fue creada por la Conferencia Internacional reunida en San Francisco del 25 de abril al 26 de junio de 1945, que aprobó su Carta Constitutiva. El contenido de la Carta se compone de XIX capítulos que integran 111 artículos⁶⁷. Asimismo, es de precisar que este

⁶⁵El término **Eje** (Fuerzas del Eje, Eje Roma-Berlín-Tokio) designa el conjunto de países (Alemania, Italia y Japón) que lucharon contra los Aliados durante la Segunda Guerra Mundial.

⁶⁶ http://www.humanrights.com/es_ES/what-are-human-rights/brief-history/the-united-nations.html.

Se consultó el 09 de marzo de 2020.

⁶⁷HUERTAS DÍAZ, Omar y otros. Manual Pedagógico y Didáctico para la Formación en Derechos Humanos, Tomo I (1215-1948). Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá – Colombia. 2008. Pág. 433-434.

documento internacional entró en vigencia el 24 de octubre de 1945. Conforme se señaló precedentemente, la idea central era promover la paz mundial a futuro, evitar guerras futuras, así como la muerte innecesaria y cruel de personas, a través del genocidio y de la guerra misma.

Finalmente, años después, en fecha 10 de diciembre de 1948, se promulga **La Declaración Universal de los Derechos Humanos**, el mismo que es consecuencia de la vulneración de los derechos humanos durante la segunda guerra mundial, se hace necesario crear una norma internacional, la misma que deberá ser reconocida dentro de su ordenamiento jurídico por parte de los Estados adscritos a las Naciones Unidas. Pero no solo ello era necesario, sino también se es necesario crear instituciones que protejan y hagan respetar estos derechos internacionales.

Al respecto, Waldo Núñez Molina y Cledy Núñez Molina señalan que, a raíz de los cambios posbélicos *-posterior a la culminación de la guerra-* aparecieron normas internacionales que defendían los derechos humanos. Como se aprecia a través de la proclamación en Filadelfia de la Declaración de los fines y objetivos de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en 1944; la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO); la Organización Mundial de la Salud (OMS); la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO); la aprobación en San Francisco de la Carta de las Naciones Unidas en 1945; la aprobación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos por la Asamblea de las Naciones Unidas en 1948, y en ese mismo año con la adopción de la Carta de Organización

de Estados Americanos (OEA), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Carta Internacional de Garantías Sociales. Posteriormente se conviene en Londres en 1949 el Estatuto del Consejo de Europa, luego la firma en Roma de la Convención Europea de Salvaguardia de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 1950, a la que se aúna la labor del Consejo de Europa que firma en Turín la Carta Social Europea de 1961⁶⁸.

Como contexto histórico, se tiene que el 24 de octubre de 1945, entra en vigencia la Organización de las Naciones Unidas, en la cual se crea una comisión de Derechos Humanos -*esta comisión fue creada por el Comité Económico y Social de las Naciones Unidas*-, para la elaboración de una Carta Internacional de Derechos Humanos, con tres pilares fundamentales: a) Declaración de Derechos Humanos; b) un Convenio Internacional o Pacto de Derechos Humanos que vinculara la mayor cantidad de Estados; y c) medidas de aplicación que hicieran efectivo el respeto a los derechos humanos⁶⁹. De los tres pilares precitados, la Comisión tenía como finalidad principal elaborar un texto sobre derechos humanos, el cual debía ser vinculante para todos los Estados miembros.

Para el trabajo sobre la declaración se constituyó un comité de ocho miembros (representantes de Australia, Chile, China, Francia, Líbano, Reino Unido, Estados Unidos y la Unión Soviética). La presidencia del Comité la ostentaba Leonor Roosevelt. Una vez elaborado el proyecto de declaración fue presentado a la

⁶⁸ NUÑEZ MOLINA Waldo y NUÑEZ MOLINA Cledy. Curso de Derechos Humanos (Parte General) Tomo I. Editorial WnM Ediciones. Lima. 2002. Pág. 58-59.

⁶⁹http://ijj.ucr.ac.cr/sites/default/files/documentos/justiciabilidad_por_conexion_proteccion_de_los_derechos.pdf. Se consultó el 09 de marzo de 2020.

Asamblea General, reunida en París en 1948. Después de celebrar más de 80 reuniones y representar 168 enmiendas, tras el rechazo de la propuesta soviética de retrasar un año la aprobación del texto, fue finalmente aprobado el 10 de diciembre de 1948, con 08 (ocho) votos a favor, ninguno en contra y ocho abstenciones (el bloque soviético, África del Sur y Arabia Saudí). La Declaración Universal fue adoptada por la Resolución 217 (III) de la Asamblea General. Su contenido no crea obligaciones legales a los Estados⁷⁰. Este documento internacional ha servido como base y referencia para la elaboración de otros documentos internacionales vinculados a los derechos humanos.

Por otra parte, la Declaración Universal de los Derechos Humanos no es más que uno de los tres instrumentos que las Naciones Unidas elaboraron para promover la protección de los derechos humanos. Los otros documentos son el “*Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*” (PIDESC) y el “*Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*” (PIDCP), aprobados en 1966, que entran en vigor en 1976, cuando cada uno de ellos se ratifica por los 35 Estados necesarios. Actualmente cuentan con 42 y 74 ratificaciones respectivamente, lo cual demuestra la reticencia de los Estados frente a los DESC⁷¹. En esta parte no podemos dejar de mencionar a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) de 1969, documento supranacional que sirve como mecanismo de protección para los derechos humanos, y que es vinculante para la región americana, documento al cual nuestro país se encuentra adscrito desde el 28 de julio de 1978, y que será materia de análisis más adelante.

⁷⁰ HUERTAS DÍAZ, Omar y otros. Manual Pedagógico y Didáctico para la Formación en Derechos Humanos, Tomo I (1215-1948). Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá – Colombia. 2008. Pág. 453-454.

⁷¹La Constitución Política del Perú. Primera Edición. Editorial Gaceta Jurídica. Lima. 2011. Pág. 271, 277 y 297.

2.1.1.3. Definición de los derechos humanos

Como bien señala María Elena Martínez Salgueiro, definiciones de "derechos humanos" abundan y la mayoría de ellas siempre hacen alguna referencia a un enfoque jurídico debido a que la propia denominación alude a la palabra "derecho". Esta circunstancia, más que facilitar el concepto genera un sesgo porque se tiende a "juridizar" el concepto⁷². La idea es realizar una definición precisa y concreta, así, por ejemplo, decimos de manera preliminar, que los derechos humanos son aquellos derechos innatos y propios de la persona humana.

Al respecto, Waldo Núñez Molina y Cledy Núñez molina, haciendo mención a lo destacado por Genaro Carrión, señalan que se entiende a los Derechos Humanos como noción que agrupa un conjunto de prerrogativas y pretensiones de los seres humanos, inherentes a todos ellos y solo ellos, que se destacan por una importancia para la existencia de los hombres y sus planes racionales de vida⁷³. Esta definición es cerrada, porque solamente considera como sujeto de derecho a la persona humana.

Por otra parte, se define a los derechos humanos como el principio de respeto por el individuo. Su suposición fundamental es que cada persona es un ser moral y racional que merece que lo traten con dignidad. Se llaman derechos humanos porque son universales. Mientras que naciones y grupos especializados disfrutan de derechos específicos que aplican sólo a ellos, los derechos humanos son los

⁷²MARTÍNEZ SALGUEIRO, María Elena. Nociones Básicas Sobre Derechos Humanos. La Dirección de Derechos Humanos del Ministerio de Educación y Cultura de Montevideo. Uruguay. 2008. Pág. 5.

⁷³ NUÑEZ MOLINA, Waldo y NUÑEZ MOLINA, Cledy. Curso De Derechos Humanos (Parte General). WnM Ediciones. Lima-Perú. 2002. Pág. 28.

derechos que cada persona posee (sin importar quién es o dónde vive) simplemente porque está vivo⁷⁴.

Lo cierto del caso es que cualquier definición que se realice, debe contener alguna alusión a la dignidad humana como valor. La dignidad humana está en íntima relación con los principios de igualdad y libertad. En cuanto valor, la dignidad involucra también la búsqueda constante de un proyecto de vida digna para todos y todas. Los derechos humanos deben entenderse de una manera mucho más amplia e integral, debido a que se encuentra en constante construcción y evolución. Es por ello que una definición sobre derechos humanos siempre debe ir acompañada del conocimiento de los procesos históricos y filosóficos alrededor de la persona humana y su constante interrelación en la sociedad y con el poder⁷⁵.

En ese sentido, y de lo expuesto en los párrafos precitados, se entiende que los derechos humanos tienen como finalidad directa la defensa de los derechos que gozan las personas, derecho este que deben de contener tres principios fundamentales: libertad, igualdad y dignidad. Asimismo, las definiciones sobre derechos humanos tienden a variar, debido a que el derecho es evolucionante y metamorfofísico. Además, debe entenderse que cuando se dice que son aquellos derechos, están referidos a los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, reconocidos por los Estados miembro.

⁷⁴ http://www.humanrights.com/es_ES/what-are-human-rights/brief-history/cyrus-cylinder.html. Se consultó el 09 de marzo de 2020.

⁷⁵ MARTÍNEZ SALGUEIRO, María Elena. Nociones Básicas Sobre Derechos Humanos. La Dirección de Derechos Humanos del Ministerio de Educación y Cultura de Montevideo. Uruguay. 2008. Pág. 5-6.

2.1.1.4. Clasificación de los Derechos Humanos

Esta clasificación prevista en la doctrina obedece a un reconocimiento histórico de la evolución que ha tenido los derechos humanos a lo largo de la historia. Asimismo, también obedece a una finalidad metodológica y de mejor comprensión, siendo importante señalar que sobre la clasificación que se da a los derechos humanos existen varios autores que opinan desde diversas perspectivas los tipos o formas de clasificaciones; sin embargo, como señala María Elena Martínez Salgueiro, las clasificaciones más comunes son las que distinguen entre derechos civiles y políticos, por una parte, y derechos económicos, sociales y culturales, por otra parte. Cualquiera que sea la clasificación que se adopte, no puede disminuirse su fuerza vinculante como derechos exigibles y ejecutables por parte de los mecanismos de protección nacional e internacional⁷⁶.

Este último argumento precitado, sobre la importancia que puedan tener los derechos humanos por el orden de clasificación que se pueda dar *-según la doctrina-*, es irrelevante. Reforzamos este aspecto doctrinario en el sentido de que una de las características de este derecho es que son indivisible e integrales, debido a que todos los derechos humanos están vinculados entre sí, formando un solo contenido. Además, jerárquicamente, todos son iguales, siendo por ello que los Estados miembros, así como los instrumentos internacionales que forman parte del Sistema de Protección, deben darle el mismo tratamiento, sin importar el orden de su clasificación.

⁷⁶ MARTÍNEZ SALGUEIRO, María Elena. *Nociones Básicas Sobre Derechos Humanos*. La Dirección de Derechos Humanos del Ministerio de Educación y Cultura de Montevideo. Uruguay. 2008. Pág. 16.

Ahora bien, conforme se ha mencionado líneas atrás, la clasificación de los derechos humanos se da por cuestión del contexto histórico, así como por la evolución y coyuntura del derecho y la sociedad, respectivamente. Al respecto, María Elena Martínez Salgueiro menciona que la clasificación de los derechos humanos se da según su naturaleza: derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales; según los sujetos: derechos individuales, colectivos y de los pueblos; y según el momento histórico de su reconocimiento: primera generación, segunda generación, tercera generación y cuarta generación⁷⁷. Estas tres primeras generaciones de derechos humanos es una propuesta efectuada por Karel Vasak en 1979, para clasificar los derechos humanos. Su división sigue las nociones centrales de las tres frases que fueron la divisa de la revolución francesa: Libertad, igualdad y fraternidad⁷⁸.

Un aspecto a tomar en cuenta, es lo señalado tanto por la doctrina, así como la jurisprudencia y prácticas recientes, en donde se ha echado por la borda estas clasificaciones para concentrarse en una doctrina integral de los derechos humanos donde se les considera derechos universales, indivisibles, interrelacionados e interdependientes. Este enfoque está claramente documentado en las Conferencias Mundiales de Derechos Humanos de la ONU de Teherán (1968) y de Viena (1993)⁷⁹.

⁷⁷ MARTÍNEZ SALGUEIRO, María Elena. Nociones Básicas Sobre Derechos Humanos. La Dirección de Derechos Humanos del Ministerio de Educación y Cultura de Montevideo. Uruguay. 2008. Pág. 17.

⁷⁸ <http://laculturainca-cusi.blogspot.pe/2012/11/clasificacion-de-los-derechos-humanos.html>.

Consultado el 09 de marzo de 2020.

⁷⁹ MARTÍNEZ SALGUEIRO, María Elena. Nociones Básicas Sobre Derechos Humanos. La Dirección de Derechos Humanos del Ministerio de Educación y Cultura de Montevideo. Uruguay. 2008. Pág. 17.

Lo señalado en el párrafo expuesto, guarda relación con lo expresado por Waldo Núñez Molina y Cledy Núñez Molina, quienes mencionan que se ha invertido algún esfuerzo intelectual al elaborar diversas clasificaciones sobre los derechos humanos, teniendo la clasificación de Maritain, Fernández Sabaté, Bidart Campos, Frebasch, Hauriou, Duverger y Carl Schmitt⁸⁰. Muchas de estas clasificaciones corresponden al contexto histórico dado en la época de cada autor, así como la vivencia en la sociedad.

En ese sentido, conforme se puede advertir de lo mencionado en los párrafos precedentes, la clasificación de los derechos humanos no es un tema estático, más por el contrario evoluciona con el transcurso y la vivencia histórica de la persona dentro de la sociedad, siendo un factor importante el contexto histórico, así como la coyuntura social. Asimismo, dentro de la clasificación encontraremos a los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, siendo que, sin importar el orden, todos son importantes e iguales jerárquicamente.

2.1.1.5. Características de los Derechos Humanos

Para María Elena Martínez Salgueiro, los derechos humanos son valores fundamentales vinculados con la dignidad, la libertad y la igualdad de las personas, exigibles en todo momento y lugar. Son, por lo tanto, anteriores y superiores al Estado, el cual no los otorga, sino que los reconoce y, por lo tanto, es el principal obligado a respetarlos y garantizarlos. Asimismo, también señala

⁸⁰ NUÑEZ MOLINA, Waldo y NUÑEZ MOLINA, Cledy. Curso De Derechos Humanos (Parte General). WnM Ediciones. Lima-Perú. 2002. Pág. 96-100.

que como consecuencia de la inherencia de los derechos humanos a la persona, se tiene las siguientes características:

- *Son universales*, porque pertenecen a todas las personas en cualquier tiempo y lugar.
- *Son indivisibles, interdependientes, integrales y complementarios*. Todos los derechos humanos están relacionados entre sí y forman un sistema armónico independientemente, aunque unos puedan tener énfasis en derechos individuales o colectivos. Son indisolubles⁸¹.
- *Son irrenunciables e imprescriptibles*, por lo tanto, representan un estatuto personal que sigue a la persona dondequiera que se encuentre y no puede ser obligada a renunciar a ellos en ninguna circunstancia.
- *Son inalienables o inviolables*. De esta misma manera en que nadie puede renunciar a sus derechos, mucho menos pueden ser violentados, pero cuando ello ocurre, el Estado debe asumir las consecuencias en términos de responsabilidad, tanto en el ámbito del Derecho Interno, como en el Derecho Internacional.
- *No son derechos suspendibles*, salvo de manera excepcional y temporal y en circunstancias muy especiales⁸².

⁸¹ De ahí que su fundamento sea que todas las personas sin distinción alguna, en iguales condiciones ante los demás y ante la ley, puedan vivir dignamente, a la vez que ser libres y autónomos para desarrollar sus proyectos de vida, siempre y cuando no atropellen los derechos de los demás. **ORGANIZACION INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES (OIM) MISION COLOMBIA, “Derechos Humanos y Trata de Persona”, en Trato con la Trata. Editorial Nuevas Ediciones. Bogotá – Colombia. 2007. Pág. 90.**

⁸² MARTÍNEZ SALGUEIRO, María Elena. Nociones Básicas Sobre Derechos Humanos. La Dirección de Derechos Humanos del Ministerio de Educación y Cultura de Montevideo. Uruguay. 2008. Pág. 8.

Estas características mencionadas precedentemente, consideramos que son los más acertados por la doctrina, y reconocidos por los Estados miembros en su derecho interno. Así por ejemplo, cuando se dice que los derechos humanos no son suspendibles, salvo de manera excepcional y temporal, tal característica ha sido reconocida en el artículo 137° de la Constitución peruana de 1993 -*dentro del Régimen de Excepción*-, teniendo al Estado de Sitio y Estado de Emergencia. Este último se da en caso de perturbación de la paz o del orden interno, de catástrofe o de graves circunstancias que afectan la vida de la nación⁸³. Dentro de esta forma de régimen se suspenden los derechos humanos referidos a la libertad personal, la seguridad, la propiedad, la reunión y la libertad ambulatoria; sin embargo, concluido los sesenta (60) días, estos derechos precitados son nuevamente restituidos a la sociedad.

Por otra parte, Waldo Núñez Molina y Cledy Núñez Molina señalan como características de los derechos humanos a los siguientes: originarios o innatos⁸⁴, inmutables⁸⁵, tendencialmente universales, incondicionales o puros, derechos absolutos o de exclusión⁸⁶, irrenunciables e imprescriptibles, derechos únicos,

⁸³ La Constitución Política del Perú. Gaceta Constitucional. Lima. 2011, Pág. 141.

⁸⁴ Se dice ello porque son inherentes al hombre, para lo cual solo es condición necesaria y suficiente el detentar la condición de ser humano (inclusive desde la concepción), con lo cual se descarta cualquier tipo de reconocimiento legal o supuesto de hecho que no sea el de la propia existencia.

⁸⁵ Concordante a la anterior característica, algunos teóricos iusnaturalistas clásicos consideraban que los derechos humanos al ser innatos se mantenían inalterables en el tiempo. Esta concepción significaba al nivel teórico una fórmula para proteger los derechos de alguna arbitrariedad que pueda encontrar justificación en una coyuntura favorable

⁸⁶ Es decir, los derechos humanos en cuanto a su protección, se pueden hacer valer ante cualquier ante cualquier persona que los amenace, de modo que se les puede entender como oponibles a todos los seres humanos (erga omnes).

intransmisibles o inalienables⁸⁷, extra patrimoniales⁸⁸, interdependientes e indivisibles, y progresivos e irreversibles⁸⁹.

De lo expuesto en los párrafos mencionados precedentemente, se colige que las características que la doctrina le pueda dar a los derechos humanos *-realizada por diferentes autores y posturas-*, deberán contener y considerar implícitamente en su contenido los principios fundamentales de la libertad, igualdad y dignidad, los cuales deberán ser respetados por los Estados en todo momento, debido a que este último no le otorga estos derechos a la persona humana, sino lo único que hace es garantizar que tales derechos se cumplan a favor de éstos.

2.1.1.6. Los Sujetos de los Derechos Humanos

Como señala Waldo Núñez Molina y Cledy Núñez Molina, indudablemente cuando hablamos del sujeto de derecho, estamos tratando con un auto fin, porque para él y sólo para él existe el derecho. Por eso mismo es que la normatividad de derechos humanos le asigna al sujeto de derecho un alto valor⁹⁰.

⁸⁷ Tienen esta característica en la medida que no pueden ser materia de disposición patrimonial o extra patrimonial, es decir no pueden ser objeto de tráfico, comercio, intercambio, salvo por excepción (derecho a utilizar el nombre).

⁸⁸ Porque si bien material o fácticamente los derechos humanos pueden ser valorados en forma patrimonial, para el derecho no son susceptibles de mensuración económica.

⁸⁹ Se podría decir, que la progresividad es un "fenómeno en virtud del cual el régimen de protección internacional de los derechos humanos tiende a expandir su ámbito de modo continuado e irreversible, tanto en lo que se refiere al número y contenido de los derechos protegidos, como en lo que toca a la eficacia y el vigor de los procedimientos en virtud de los cuales órganos de la continuidad internacional pueden afirmar y salvaguardar su vigencia.

En cuanto a irreversibilidad, esta supone que una vez que los Derechos Humanos avanzan (progresan) en su reconocimiento se vuelven irrevocables, y no puede desconocerse su categoría de humanos, dicho de otro modo, una vez adoptados no puede ser suprimidos por una disposición legal posterior.

⁹⁰ NUÑEZ MOLINA, Waldo y NUÑEZ MOLINA, Cledy. Curso De Derechos Humanos (Parte General). WnM Ediciones. Lima-Perú. 2002. Pág. 38.

Es decir, es necesario, a través de la doctrina poder identificar quien o quienes son los beneficiarios directos con los derechos humanos.

Así mismo, no se puede perder de vista que el fin de los derechos humanos es la protección de la persona humana, y como tal se le debe de considerar como sujeto de derecho, argumento este que tiene como soporte jurídico la característica de ser originarios o innatos *-porque solo es inherente a la persona humana-*; sin embargo, con la evolución de la sociedad, existen nuevos fenómenos sociales que se han dado últimamente en nuestra colectividad, y que también son considerados como sujetos de derecho.

Es en esas circunstancias, y como señala María Elena Martínez Salgueiro, los sujetos o titulares de los derechos humanos son: la persona humana, los grupos sociales y los pueblos. La persona humana: es por excelencia, el sujeto o titular primario de los derechos humanos y las libertades fundamentales; Los grupos sociales: son sujetos o titulares de derechos humanos, como por ejemplo las personas refugiadas, los inmigrantes, los grupos religiosos, los trabajadores, etc.; y Los Pueblos: conocido también como las grandes colectividades humanas, como por ejemplo el derecho al desarrollo humano, el derecho a la paz, el derecho al medio ambiente, etc.⁹¹.

En ese sentido, los sujetos de derecho, en la doctrina actual, no sólo considerada a la persona, sino también a grupos sociales que se han dado a lo largo de la

⁹¹ MARTÍNEZ SALGUEIRO, María Elena. Nociones Básicas Sobre Derechos Humanos. La Dirección de Derechos Humanos del Ministerio de Educación y Cultura de Montevideo. Uruguay. 2008. Pág. 19.

evolución de los derechos humanos, como son los grupos sociales y el pueblo, siendo esta apreciación un tema coyuntural, debido a que puede ser que más adelante puedan aparecer nuevos sujetos de derecho.

2.1.1.7. La situación de los Derechos Humanos en la Legislación Peruana

Después de la segunda guerra mundial, y con la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, los países a nivel mundial fueron reconociendo de manera progresiva estos derechos en sus ordenamientos jurídicos, específicamente en sus constituciones, en donde adquirieron la calidad de derechos fundamentales o también llamados derechos constitucionales de los derechos humanos. Como señala Héctor Fix-Zamudio, la consagración de los derechos humanos en los ordenamientos latinoamericanos se ha desarrollado de manera considerable en los últimos años⁹².

En nuestro caso, y a lo largo de la historia peruana, los derechos humanos han sido reconocidos e integrados de manera paulatina en nuestras constituciones⁹³. Así, de las 12 Constituciones Políticas que hemos tenido, es a partir de la Constitución de 1979⁹⁴, donde nuestro país la Constitucionaliza por primera vez, merced al talento e influjo personal del jurista Javier Valle Riestra, reconociéndola de manera expresa en dicho texto constitucional. Dicho reconocimiento se estableció

⁹² FIX-ZAMUDIO, Héctor. Los Derechos Humanos y su Protección Internacional. Editorial Grijley. Lima.2009. Pág. 13.

⁹³ Como por ejemplo la protección de los derechos individuales de las personas, el debido proceso, la abolición de la esclavitud, la protección de la familia, entre otros derechos universales.

⁹⁴GARCÍA TOMA, Víctor. "La Constitución Comentada Tomo II. Ed. Gaceta Jurídica. Lima-Perú. 2006. Pág. 1132.

de manera expresa en la Décima Sexta Disposición General y Transitoria de la Constitución citada.

Sin embargo, legalmente, los derechos humanos fueron reconocidos y aprobados por el gobierno peruano un año antes (1978), reconociendo en nuestro derecho interno los siguientes documentos supranacionales: La Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

En relación a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) de 1969, conocido también como Pacto de San José de Costa Rica, dicho documento supranacional fue reconocido por el Perú mediante el Decreto Ley N° 22231 de fecha 11 de julio de 1978, bajo la Presidencia del General de División EP. Francisco Morales Bermúdez Cerrutti, el cual a su vez fue ratificada en el segundo párrafo de la Décimo Sexta Disposición General y Transitoria de la Constitución Política de 1979⁹⁵. El Instrumento de Ratificación por el Perú fue de 1978. Reiterado en 1980 y vigente para el Perú desde 1981 hasta la fecha.

Por otra parte, en relación al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, dicho instrumento internacional fue reconocido por el Perú mediante el Decreto Ley N° 22128 de fecha 28 de marzo de 1978, también bajo la Presidencia del General de División EP. Francisco Morales Bermúdez Cerrutti. Nuestro país⁹⁶

⁹⁵(**Const. 1979**). **DECIMOSEXTA**. Se ratifica constitucionalmente, en todas sus cláusulas, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas. Se ratifica, igualmente, la Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica, incluyendo sus artículos 45 y 62, referidos a la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. ⁹⁶La Constitución Política del Perú. Gaceta Constitucional, Primera Edición. Lima- Perú. 2011. Pág. 277.

presento el instrumento de adhesión el 12 de abril de 1978, siendo depositado el 28 de abril del mismo año, para finalmente el instrumento de adhesión fue aceptado como ratificado por la Naciones Unidas por ser signatario el Perú. Este documento fue reconocido y ratificado en el primer párrafo de la Décimo Sexta Disposición General y Transitoria de la Constitución Política de 1979⁹⁷. A diferencia de la CADH *-el cual fue laborado para la región de américa-*, este documento no solo tiene vigencia en el sistema interamericano, sino a nivel mundial, siendo universal.

Así también, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, conocido por algunos autores por la sigla (PIDESC), fue aprobado en nuestra legislación mediante Decreto Ley N° 22129. Instrumento de adhesión: 12 de abril de 1978, depositado el 28 de abril de 1978. El instrumento de adhesión fue aceptado como ratificado por las Naciones Unidas por ser signatario el Perú⁹⁸. Asimismo, en dicho periodo estuvo como Presidente de la República don Francisco Morales Bermúdez Cerruti.

Ahora bien, la Constitución de 1993, reconoce en la Cuarta Disposición Final y Transitoria a estos tratados internacionales mencionados precedentemente, así como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y demás tratados al cual nuestro país es parte, siendo de estricto cumplimiento no solo por las

⁹⁷**(Const. 1979). DECIMOSEXTA.** Se ratifica constitucionalmente, en todas sus cláusulas, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos así como el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas. Se ratifica, igualmente, la Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica, incluyendo sus artículos 45 y 62, referidos a la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

⁹⁸ La Constitución Política del Perú. Gaceta Constitucional, Primera Edición. Lima- Perú. 2011. Pág. 297.

instituciones que administran justicia en nuestro país, sino también por las demás Entidades públicas del Estado. Incluso el artículo 44° de la Constitución establece que el Estado Peruano garantiza la plena vigencia de los derechos humanos. Al respecto, como señala Enrique Bernalles Ballesteros, la vigencia de los derechos humanos debe entenderse como compromiso de respeto pleno a la persona humana, promoviéndola integralmente y absteniéndose el Estado de todo acto u omisión que pudiera afectar el goce de estos derechos⁹⁹.

En consecuencia, y de lo expuesto, tanto en la Constitución de 1979, así como en la actual de 1993, se reconocen de manera expresa en su contenido los derechos humanos establecidos en los tratados internacionales al cual nuestro país es parte, normas supranacionales que se encuentran previstas en la Constitución vigente, siendo parte de nuestro ordenamiento jurídico, teniendo la calidad de derechos fundamentales o derechos constitucionales de los derechos humanos. Este hecho crea una garantía y protección en nuestra legislación interna, y como tal, deben ser respetados por las instituciones del Estado, en todas sus instancias.

2.1.1.8. Los Tratados Internacionales en la legislación peruana

El artículo 55° de la Constitución Política del Estado señala que los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional. Como se puede apreciar, esta norma constitucional citada reconoce de manera expresa que los tratados a los cuales nuestro país es parte, forman parte de nuestro ordenamiento jurídico nacional, por lo tanto, tiene validez plena.

⁹⁹ BERNALES BALLESTEROS, Enrique. La Constitución de 1993. Análisis Comparado. Quinta Edición. Editora RAO. Lima. 1999. Pág. 307.

Al respecto, Enrique Bernales Ballesteros, señala que este artículo constitucional precitado recoge el principio de incorporación de los tratados al Derecho interno, de manera tal que una vez debidamente celebrados, ingresan a la normatividad jurídica general¹⁰⁰, con el rango correspondiente a la función con la que fue aprobado: si la aprobación proviene del Congreso tendrá rango de ley y si viene del Ejecutivo tendrá rango de decreto supremo¹⁰¹. Es de mencionar que los tratados¹⁰² que nuestro país suscribe sobre derechos humanos, tienen rango constitucional, y de existir un conflicto entre una norma de derechos humanos y otra sobre derechos fundamentales, prevalece la primera.

Por otra parte, haciendo un análisis de los textos constitucionales que nuestro país ha tenido a la fecha, es de mencionar que en la Constitución Política del Estado de 1979, el tema de los Tratados¹⁰³ fue abordado de mejor manera que en la Constitución de 1993. Así, la Constitución de 1979 preveía 09 artículos relacionados a los tratados, mientras que la actual Constitución sólo establece dos

¹⁰⁰ Es decir, son legislación interna obligatoria, y los organismos políticos y jurisdiccionales peruanos tienen la obligación, derivada del precepto constitucional, de velar por su obligatorio cumplimiento.

¹⁰¹ BERNALES BALLESTEROS, Enrique. La Constitución de 1993. Análisis Comparado. Quinta Edición. Editora RAO. Lima. 1999. Pág. 336.

¹⁰² (...) Asimismo, existe consenso entre los publicistas en entender por "tratado" el acuerdo de voluntades celebrado en forma verbal o escrita, entre dos o más sujetos del Derecho Internacional, destinado a producir efectos jurídicos y regulado por dicho ordenamiento; es decir, se entiende que el vocablo "tratado" abarca todo acuerdo de voluntades entre sujetos del Derecho Internacional, independientemente de su procedimiento de celebración (simplificado o complejo) o de su denominación particular. **NOVAK TALAVERA, Fabián. La Constitución Comentada Tomo I. Editorial Gaceta Jurídica. Lima. 2006. Pág. 748.**

¹⁰³ Debe tenerse en cuenta que, en los tratados sobre derechos humanos, estos manifiestan el desenvolvimiento de las normas que protegen derechos, deberes de todo ser humano a nivel internacional; las mismas que responden al tiempo y medio social en que se ejercen estos derechos, deberes, y en la cual su interpretación llena de dinamismo se expresa a través de la jurisprudencia internacional. **NUÑEZ MOLINA, Waldo y NUÑEZ MOLINA, Cledy. Curso De Derechos Humanos (Parte General). WnM Ediciones. Lima-Perú. 2002. Pág. 120.**

artículos. Al respecto, el Dr. Enrique Bernal Ballesteros hace hincapié a lo precitado, y plantea dos problemáticas que se dio en un inicio con la actual Constitución. Por una parte, señala que la actual constitución no menciona de manera expresa que sucede en el caso que exista un conflicto de leyes, como si lo hacía el artículo 101° de la Constitución de 1979¹⁰⁴; y, por otra parte, no establece en la actual Constitución que rango legal tienen los tratados, como si lo hacía de manera expresa la Constitución de 1979 en su artículo 105°¹⁰⁵.

Sin embargo, en la actualidad estas dos interrogantes planteadas por el jurista constitucional precitado han sido disipadas por el Tribunal Constitucional. Es así que en el Expediente N° 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC¹⁰⁶, el Tribunal ha señalado en los fundamentos jurídicos 25 y 26 que (*Tratados internacionales sobre derechos humanos y su rango constitucional*) los tratados internacionales sobre derechos humanos de los que el Estado peruano es parte, integran el ordenamiento jurídico (artículo 55° de la Constitución), y que detentan rango constitucional. Como se aprecia, en esta sentencia el Tribunal Constitucional ya dejó establecido que los tratados tienen un rango o jerarquía constitucional, y como tal está por encima de las demás normas legales que prevé nuestra legislación, y que, en caso de un conflicto de leyes, tienen que prevalecer los Tratados, justamente por tener rango constitucional. Esto incluso es conocido por

¹⁰⁴ Art. 101° de la Constitución de 1979. Los tratados internacionales celebrados por el Perú con otros Estados, forman parte del derecho nacional. En caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalece el primero. (Lo subrayado es nuestro).

¹⁰⁵ BERNALES BALLESTEROS, Enrique. La Constitución de 1993. Análisis Comparado. Quinta Edición. Editora RAO. Lima. 1999. Pág. 133.

¹⁰⁶Fundamentos Jurídicos N° 25 y 26 del Exp. N° 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC, caso Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados de Arequipa y el Colegio de Abogados del Cono Norte de Lima, contra el artículo 22, inciso c), de la Ley N.º 26397, Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura.

una parte de la doctrina como Control Convencional, conforme se explicará más adelante.

Así mismo, y sin perjuicio de lo mencionado en los párrafos precitados, existen normas superiores o supranacionales a la Constitución, las cuales disponen de manera expresa y literal que los tratados al cual nuestro país es parte, deben formar parte de la legislación peruana. Así, en un primer momento, conforme se tiene del artículo 2° numeral 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, se dispone que cada Estado Parte debe adecuar y adoptar los procedimientos respectivos, a fin de que se emitan las disposiciones legislativas correspondientes en donde se reconozcan los derechos humanos previstos en dicho tratado. Del mismo modo, el artículo 2° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone que los Estados partes deberán adecuar su legislación interna a los derechos previstos en la precitada norma supranacional. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que “(...) *De la obligación de respeto al contenido de los derechos fundamentales reconocidos en la CADH, dimana el deber de los Estados de adecuar su constitución nacional al Pacto de San José. (...)*”¹⁰⁷. Además, “(...) *El Estado, al emitir una ley, debe cuidar de que se ajuste a la normativa internacional de protección, y no debe permitir que sea contraria a los derechos y libertades consagrados en un tratado internacional del cual sea parte. (...)*”¹⁰⁸.

¹⁰⁷ Caso la Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) Vs Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 05 de febrero de 2001. Serie C Nro. 73.

¹⁰⁸ ¹⁰⁸ Caso Baena Ricardo y otros Vs Panamá. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 02 de febrero de 2001. Serie C Nro. 72.

De lo expuesto, la obligatoriedad del porque las normas sobre derechos humanos deben formar parte de nuestra legislación peruana, obedece porque así lo establecen de manera expresa los tratados internacionales al cual el Perú es parte, disponiéndose que debe de adecuar su legislación interna a las normas previstas en los instrumentos supranacionales, así como que, en caso de no estar previsto algunas normas de derechos humanos en su ordenamiento interno, deberán seguir el procedimiento constitucional para su adecuación. Por ello, tanto el artículo 55°, así como la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993, reconocen a los tratados sobre derechos humanos como parte de nuestra legislación interna, siendo vinculante para el Estado peruano las decisiones que emita la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

2.1.1.9. El derecho de defensa en la Declaración Universal de los Derechos Humanos

Este derecho continente, denominado derecho de defensa, no se encuentra previsto de manera expresa como tal -de defensa- dentro de los treinta (30) artículos que contiene esta declaración; sin embargo, de manera implícita se encuentra previsto en el artículo 10^o¹⁰⁹ de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (en adelante DUDH).

Como señala Raúl Chanamé Orbe, se entiende al derecho de defensa como el conjunto de facultades otorgadas a las partes en un proceso, de proponer, contradecir o realizar actos procesales, para impedir el quebrantamiento de sus

¹⁰⁹ Art. 10°. Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.

derechos. Esto es, el derecho de defensa en todos los procesos, puesto que no solo se reconoce en el campo penal sino en las demás ramas del derecho¹¹⁰. Es decir, este derecho contiene un conjunto de actos procesales que las partes pueden invocar en la tramitación de un proceso, y que, al ser parte del derecho de defensa, deben ser respetados por los funcionarios encargados de la administración de justicia.

A su vez, Héctor Fix-Zamudio menciona que, si nos concentramos en los lineamientos del debido proceso, de defensa o de audiencia, podemos señalar varios aspectos esenciales, como son los relativos a la publicidad, la igualdad del contradictorio, la oportunidad probatoria, las medidas cautelares y la fundamentación de las sentencias entre otros¹¹¹. El hecho que el Estado incumpla en la tramitación de un proceso algunos de los lineamientos mencionados precedentemente, constituyen una afectación al debido proceso, así como implícitamente el derecho a la defensa.

Por su parte, la Corte IDH ha precisado que el derecho a la defensa debe necesariamente poder ejercerse desde que se señala a una persona como posible autor o participe de un hecho punible y solo culmina cuando finaliza el proceso¹¹². Este hecho señalado por la Corte precitada es vinculante con el artículo 10° de la DUDH, debido a que toda persona tiene derecho a ejercer su derecho de defensa,

¹¹⁰ CHANAME ORBE, Raúl. Comentarios a la Constitución, Quinta Edición. Editorial Jurista Editores. Lima. 2008. Pág. 456.

¹¹¹ FIX ZAMUDIO, Héctor., Los Derechos Humanos y Su Protección Internacional: Editorial Grijley. Lima-Perú, Pág. 43.

¹¹² Caso Suarez Rosero Vs Ecuador. Fondo. Sentencia del 12 de noviembre de 1997. Serie C. N° 35. Caso Bayarri Vs Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 30 de octubre de 2008. Serie C N° 187.

en plena igualdad, desde que es detenido *-en materia procesal penal-*, debiendo el funcionario del Estado informarle las razones de su detención, o en su defecto, las razones del porque se le está iniciando un proceso en su contra, incluso tiene derecho a solicitar copias de los actuados preliminares. Este primer derecho que ejerce la persona de manera directa se denomina “defensa material”. Además, cuando se dice que tiene derecho a ser oído públicamente y por un tribunal independiente e imparcial, se refiere al “derecho de defensa procesal o formal” que la persona realiza dentro de un proceso a través de un profesional abogado, conociéndose también como “defensa técnica o eficaz”. Es decir, esto significa que nadie puede ser declarado culpable sino es oído y vencido en juicio, o sea que la culpabilidad sea aprobada por la parte acusadora¹¹³.

Por otra parte, cuando la norma supranacional materia de análisis señala que debe existir un tribunal independiente e imparcial en la tramitación de un proceso, este hecho significa que el funcionario que administra justicia no solo tiene que ser competente, sino también debe actuar libremente y bajo ninguna presión superior o política. Además, en lo que respecta a la imparcialidad, éste funcionario debe ser neutro y no contaminado con el caso que va a resolver *-como sucede con los jueces penales-*. Sobre los institutos procesales de la independencia e imparcialidad, Héctor Fix-Zamudio señala que los conceptos de independencia e imparcialidad judiciales están estrechamente vinculados, si bien el primero se refiere al ambiente exterior y el segundo a la situación del juzgador frente a las partes en un proceso concreto. Asimismo, la independencia e imparcialidad de los

¹¹³ Comisión Presidencial Coordinadora de la Política del Ejecutivo en Materia de Derechos Humanos – COPREDEH-, Declaración Universal versión comentada. Guatemala. 2011. Pág. 22.

jueces y tribunales se ha asegurado por medio de las llamadas garantías judiciales, como son las relativas a la selección, preparación y nombramiento y promociones de los juzgadores. Por lo que respecta a la imparcialidad, los ordenamientos procesales establecen los mecanismos del establecimiento de impedimentos obligatorios para el juzgador, por razones de parentesco, amistad, enemistad con las partes o por interés personal en el asunto¹¹⁴.

En consecuencia, aun cuando el derecho de defensa no se menciona de manera expresa en el cuerpo normativo de la DUDH; sin embargo, implícitamente se encuentra reconocido en el artículo 10° de dicho documento, debido a que la única forma que un sujeto procesal pueda ser escuchado dentro de un proceso, en plena igualdad, y ante un juzgador independiente e imparcial, es a través del derecho de defensa, el cual forma parte también implícitamente del derecho al debido proceso.

2.1.1.10. La Tutela de Derechos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos

Este otro derecho, ya sea como tutela de derechos o tutela jurisdiccional efectiva, tampoco se encuentra previsto de manera literal en el contenido de la DUDH; sin embargo, implícitamente se encuentra reconocido en el artículo 8° del citado documento internacional, más aún cuando señala que “toda persona tiene derecho a un recurso efectivo”. Hablar de recurso efectivo, es aquella petición que

¹¹⁴ FIX ZAMUDIO, Héctor., Los Derechos Humanos y Su Protección Internacional: Editorial Grijley. Lima-Perú, Pág. 52-53.

realiza una persona ante un tribunal, a través del acceso a la justicia, por la vulneración o defensa de sus derechos, debiendo el funcionario judicial resolver su petición dentro de un plazo razonable, la misma que a su vez debe de ser motivada y cumplirse a fin de que sea efectivo.

Al respecto, una parte de la doctrina señala que el acceso a la justicia es un derecho fundamental que se desprende conjuntamente del derecho al debido proceso y el derecho a la protección judicial¹¹⁵. A su vez, Héctor Fix-Zamudio señala que uno de los aspectos más importantes del acceso a la justicia, de acuerdo con lo que se destaca, es lo relativo al análisis de las instituciones que se han establecido para otorgar a los justiciables la posibilidad real de acudir a los organismos de solución de controversias jurídicas, y particularmente los tribunales, ya que para lograr una efectiva tutela jurídica de los derechos de los afectados se requiere asesoría jurídica y apoyo económico con el fin de que se encuentren en situación adecuada de plantear la defensa de sus derechos¹¹⁶.

Por ello, y de lo señalado en el párrafo precedente, cuando se dice que a través del acceso a la justicia se busca un recurso efectivo ante los tribunales, es que implícitamente se reconoce a la tutela jurisdiccional efectiva como ese derecho para poder conseguir dicho recurso, debido a que el acceso a la justicia forma parte de una de las características de este último derecho *-las otras características son el recurso sencillo, decisión motivada, ejecución efectiva de las resoluciones, etc.-*.

Además, en cuanto a la relación entre los costos de la justicia y el derecho a

¹¹⁵ PIZARRO SOTOMAYOR, Andrés y MENDEZ POWELL, Fernando. Manual de Derecho Internacional de Derechos Humanos. Editorial Universal Books. Panamá. 2006. Pág. 155.

¹¹⁶ FIX ZAMUDIO, Héctor., Los Derechos Humanos y Su Protección Internacional: Editorial Grijley. Lima-Perú, Pág. 36.

acceder a la misma, la Corte Interamericana en el caso Cantos, refiriéndose al artículo 8°.1 de la CADH estableció: *“esta disposición de la convención consagra el derecho de acceso de justicia. De ella se desprende que los Estados no deben interponer trabas a las personas que acudan a los jueces o tribunales en busca que sus derechos sean determinados o protegidos. Cualquier norma o medida del orden interno que interponga costos o dificulte de cualquier otra manera el acceso a los individuos a los tribunales, que no esté justificada por las razonables necesidades de la propia administración de justicia, deben entenderse contraria al precitado artículo 8.1 de la CADH. (...)”*¹¹⁷.

Así mismo, hablar de un recurso efectivo, es también entender que los actos procesales que emitan los funcionarios de la administración de justicia lo hagan dentro de un plazo razonable y oportuno. A lo dicho, Héctor Fix Zamudio, menciona que los principios de la sencillez y brevedad del procedimiento judicial están vinculados de manera estrecha con el del plazo razonable¹¹⁸, en el que deben de resolverse los conflictos jurídicos y en particular los relacionados con la afectación de los derechos fundamentales, de acuerdo con lo dispuesto por varios de los instrumentos de derechos humanos. La violación de este principio produce como resultado las dilaciones indebidas a las que se refiere el artículo 24° de la Constitución española de 1978, que es uno de los más completos en regular la

¹¹⁷ PIZARRO SOTOMAYOR, Andrés y MENDEZ POWELL, Fernando. Manual de Derecho Internacional de Derechos Humanos. Editorial Universal Books. Panamá. 2006. Pág. 155.

¹¹⁸ En efecto, la Corte Europea ha tomado en consideración cuatro factores: a) la complejidad del asunto; b) la conducta del afectado reclamante; c) la conducta de la autoridad judicial o administrativa ante la cual se planteó la controversia; y d) las consecuencias que de la demora se siguen para los litigantes. FIX ZAMUDIO, Héctor., Los Derechos Humanos y Su Protección Internacional: Editorial Grijley. Lima-Perú, Pág. 59.

tutela judicial efectiva¹¹⁹. Esta razón argumentativa precitada, demuestra una vez más que el principio de la tutela jurídica efectiva o tutela de derechos, guarda relación estrecha con el recurso efectivo.

En ese sentido, la tutela jurisdiccional efectiva o tutela de derechos, forma parte implícita del artículo 8° de la DUDH, por tener estrecha relación con el derecho a un recurso efectivo, debido a que tanto el acceso a la justicia, así como la emisión de resoluciones dentro del plazo oportuno¹²⁰, son características propias de este principio, derecho o garantía.

2.1.1.11. El derecho fundamental de igualdad ante la ley en la Declaración Universal de los Derechos Humanos

A diferencia de los derechos a la defensa y la tutela de derechos, el derecho a la igualdad es un derecho que si se encuentra previsto de manera expresa en la DUDH. Así, el artículo 1° señala que todos los seres humanos nacen iguales en dignidad y derechos, para luego, el artículo 7° indicar que todos son iguales ante la ley, así como tienen igual protección de la ley¹²¹. De los dos artículos señalados,

¹¹⁹ FIX ZAMUDIO, Héctor., *Los Derechos Humanos y Su Protección Internacional*: Editorial Grijley. Lima-Perú, Pág. 58.

¹²⁰ Uno de los más graves defectos de los procesos judiciales radica en la resistencia que se observa en la práctica para reducir el formalismo excesivo y para agilizar el procedimiento, debido esencialmente a la acumulación de procesos derivada del aumento de las relaciones económicas y sociales, el crecimiento de la población, a veces incontrolable, en un sector importante de países, así como también la tecnificación de las controversias. **FIX ZAMUDIO, Héctor., Los Derechos Humanos y Su Protección Internacional: Editorial Grijley. Lima-Perú, Pág. 57.**

¹²¹ En sentido estricto, la igualdad es uno de los derechos sociales la persona. Pero su ubicación tradicional es ésta, la que la sitúa dentro del conjunto de los derechos individuales. (...) La igualdad ante la ley no supone que todos los seres humanos sean iguales unos a otros, en sentido material; ello sería simplemente negar la realidad. Al contrario, es correcto decir que una de las grandes riquezas del ser humano es que cada uno de nosotros es diferente en muchos elementos. Sin embargo, al propio tiempo, la humanidad considera actualmente que la unidad básica está en la pertenencia a la misma especie,

el que más nos interesa, y es materia de estudio en el presente trabajo, es el último artículo precitado.

En efecto, de la interpretación del artículo 7° de la DUDH, se colige que todas las personas deben ejercer y disfrutar de sus derechos en igualdad de condiciones mediante el reconocimiento de la igualdad ante la ley, y dentro de la ley, debiendo los Estados miembros crear mecanismos legales para que todos y todas puedan participar en los procesos sociales en condiciones de poder equivalentes, con el fin de asegurarse una vida digna que les permita, en cuanto personas y colectivos, defenderse de las amenazas derivadas de los abusos de poder¹²². El derecho de igualdad ante los tribunales y cortes de justicia y a un juicio imparcial es un elemento fundamental de la protección de los derechos humanos y sirve de medio procesal para salvaguardar el imperio de la ley. Es de naturaleza particularmente compleja y en él se combinan diversas garantías con diferentes ámbitos de protección¹²³. Por ello, las leyes deben proteger y ayudar de la misma forma a todas las personas¹²⁴, sin discriminación alguna, aspecto que debe ser tomado en cuenta en todo momento en la sustanciación de un proceso por los funcionarios que administran justicia.

participando todos de las mismas condiciones y calidades que configuran al ser humano. Este es el núcleo central determinante de derechos. Entonces, la igualdad ante la ley no borra las diferencias naturales, sino que establece una igualdad básica de derechos, a partir de la cual podemos realizamos mejor en medio de nuestras diferencias. **BERNALES BALLESTEROS, Enrique. La Constitución de 1993. Análisis Comparado. Quinta Edición. Editora RAO. Lima. 1999. Pág. 114-115.**

¹²² Fundación Juan Vives Suriá. Derechos humanos: historia y conceptos básicos. Fundación Editorial El perro y la rana, Fundación Juan Vives Suriá y Defensoría del Pueblo. Caracas. 2010. Pág. 91.

¹²³ Comisión Presidencial Coordinadora de la Política del Ejecutivo en Materia de Derechos Humanos – COPREDEH-, Declaración Universal versión comentada. Guatemala. 2011. Pág. 19.

¹²⁴ Fundación Ciudadanía, Fundación Alternativa y Fundación Academia Europea de Yuste. Declaración Universal de los Derechos Humanos, Edición de Fácil Lectura. Edición Fundación Ciudadana. Barcelona. 2008. Pág. 28.

Este derecho humano *-igualdad ante la ley-*, como señala Edwin Figueroa Gutarra, haciendo mención a lo señalado por Jhon Rawls *-Teoría de la Justicia-*, indica que representa uno de los pilares de toda sociedad bien organizada y de todo Estado Constitucional. Este principio impone al Estado el deber de tratar a los individuos, de tal modo que las cargas y las ventajas sociales se distribuyan equitativamente entre ellos¹²⁵. Este argumento confirma la razón del porque se consideró a este derecho humano en la Declaración, debido a que junto a la libertad y dignidad, conforman los valores o principios de los derechos humanos a nivel universal, razón por lo cual todos los Estados miembros deben reconocer este derecho en su ordenamiento jurídico.

En tal sentido, el derecho a la igualdad ante la ley forma parte de uno de los tres principios que la doctrina en derechos humanos considera relevante *-libertad, igualdad y dignidad-*, formando parte de los derechos individuales, siendo este el motivo del porque los demás instrumentos internacionales que se redactaron con posterioridad a la DUDH, lo consideraron en su cuerpo normativo. A nivel de la administración de justicia constituye una de los derechos, principio o garantía que los funcionarios judiciales deben de tomar en cuenta en la tramitación de un proceso, debiendo evitar cualquier tipo de discriminación en la sustanciación de un proceso.

¹²⁵ FIGUEROA GUTARRA, Edwin. Constitucionalismo y Democracia en América Latina: Controles y Riesgos. Editorial adrus. Lima. 2014. Pág. 180.

2.1.2 El derecho de defensa, la tutela de derechos y el derecho fundamental de igualdad ante la ley en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

2.1.2.1 Consideraciones preliminares.

Después de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, el siguiente documento que es de estricto cumplimiento obligatorio por los Estados parte, es el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1966 (en adelante PIDCP). Este documento es un derivado de la DUDH, en lo referente a los derechos civiles y políticos *-considerado por la doctrina mayoritaria como derechos humanos de primera generación-*. El¹²⁶ pacto recoge derechos individuales como la vida, la libertad y seguridad de las personas, la protección contra la esclavitud y la tortura, pero además reconoce y protege las libertades fundamentales como la libertad de opinión y expresión, de pensamiento, conciencia, religión y de asociación.

Por otra parte, es significativo recordar que el PIDCP a nivel internacional forma parte de la Carta Internacional de Derechos Humanos junto con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, cuya relevancia radica en el hecho de ser los pilares en la definición de los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas¹²⁷, siendo la razón del porque las legislaciones internas de los Estados parte deben reconocer en su ordenamiento jurídico estos derechos universales.

¹²⁶ Comisión Residencial Coordinadora de la Política del Ejecutivo en Materia de Derechos Humanos - COPRODEH-. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Versión Comentada. Editado por COPRODEH. Guatemala. 2011. Pág. 09.

¹²⁷ Comisión Residencial Coordinadora de la Política del Ejecutivo en Materia de Derechos Humanos - COPRODEH-. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Versión Comentada. Editado por COPRODEH. Guatemala. 2011. Pág. 09.

Un aspecto legal a nivel internacional que obliga a los Estados a cumplir el contenido del PIDCP, es lo dispuesto en el artículo 26° de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, conocido como el principio Pacta Sunt Servanda, el cual establece que todo tratado en vigencia exige a las partes su cumplimiento de buena fe. Por ello, el Perú, al haber reconocido por primera vez constitucionalmente este documento internacional como parte de su ordenamiento jurídico interno en el artículo 101° y en la décima sexta disposición general y transitoria de la Constitución de 1979, y en la actualidad en el artículo 55° y cuarta disposición final y transitoria de la Constitución de 1993, es que a través de sus funcionarios públicos deben respetar dicho pacto en su integridad.

Otro aspecto legal que obliga a los Estados a reconocer el PIDCP como parte de su ordenamiento interno, es lo dispuesto en los numerales 1 y 2 del artículo 2° del citado Pacto. Así, en un primer momento, el Pacto obliga a los Estados que se comprometan a respetar y garantizar los derechos reconocidos de manera expresa en dicho documento internacional; y en un segundo momento, el PIDCP obliga a los Estados a que se comprometan a adoptar en sus legislaciones internas, los derechos humanos reconocidos en el pacto, siendo este hecho otra de las razones del porque nuestra legislación peruana reconoce los derechos humanos previstos en el mencionado documento internacional¹²⁸.

¹²⁸ "(...) En el caso del Perú, nuestro sistema constitucional opta por la aplicabilidad inmediata de los tratados en el Derecho interno. Esto significa que el Estado no requiere emitir acto adicional alguno de incorporación, sino que basta con que el Perú haya, de un lado, "celebrado" el tratado y que este, de otro, se encuentre en vigor de acuerdo a sus propias disposiciones. (...)". **NOVAK TALAVERA, Fabián. La Constitución Comentada Tomo I. Editorial Gaceta Jurídica. Lima. 2006. Pág. 752-753.**

En consecuencia, el PIDCP es un documento internacional de estricto cumplimiento por los Estados parte, debiendo los Estados respetar los derechos humanos reconocidos en este tratado, así como adoptar en su legislación interna - *en caso de que no se encuentra regulado*- el reconocimiento de estos derechos. Este Pacto, tan igual como otros tratados internacionales, ha servido para que las Constituciones de Latinoamérica lo reconozcan en su contenido, siendo considerados en dichos textos constitucionales como derechos fundamentales o derechos constitucionales de los derechos humanos.

2.1.2.2 Antecedentes del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Este pacto, tan igual como otros tratados, tiene su contexto histórico como antecedente, siendo su referencia próxima la DUDH. Al respecto, Waldo Núñez Molina y Cledy Núñez Molina, señalan que el PIDCP con arreglo a lo consagrado por la Declaración Universal de los Derechos Humanos, reconoce que no puede realizarse el ideal del ser humano libre sin el disfrute de las libertades civiles y políticas, pues estas resultan imprescindibles para su desarrollo, es por ello que se creen las condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos civiles y políticos¹²⁹. Esta es la razón cercana que nos da a entender porque se considera a la DUDH como una idea preliminar del PIDCP.

Ahora bien, en relación al contexto histórico propiamente dicho, María Elena Martínez Salgueiro menciona que la Declaración Universal de los Derechos

¹²⁹ NUÑEZ MOLINA, Waldo y NUÑEZ MOLINA, Cledy. Curso De Derechos Humanos (Parte General). WnM Ediciones. Lima-Perú. 2002. Pág. 160.

Humanos tenía, principalmente, dos dificultades cuando fue adoptada en 1948: (a) Al ser una declaración, no era una norma obligatoria para los Estados; (b) No establecía ningún órgano de protección ni tampoco ningún procedimiento por el cual se podía denunciar violaciones a los derechos humanos por parte de los Estados. El paso subsiguiente de las Naciones Unidas en la materia fue buscar la sanción de pactos que estableciera mecanismos de protección a los derechos consagrados en la Declaración Universal. En primer lugar, no se logró que fuera un solo instrumento¹³⁰, y, en segundo lugar, la Organización demoró casi veinte años para lograr la sanción de dos pactos: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹³¹.

Así, bajo el contexto histórico mencionado en el párrafo precitado, el 16 de diciembre de 1966 fue firmado el pacto, dentro del llamado bloque de pactos de Nueva York, donde junto con el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante PIDESC) realizan obligaciones vinculantes,

¹³⁰ Entre las razones sostenidas para escindir los Derechos Civiles y Políticos de los Derechos Económicos Sociales y Culturales estuvieron los siguientes:

- a) Que los pactos fueron apreciados desde una óptica que dividía a los derechos humanos, como resultado de la polarización ideológica del mundo (socialismo y capitalismo). Al creerse, diríamos ahora equivocadamente, que el grupo occidental enfatizaba los derechos civiles y políticos, mientras que el grupo comunista ponderaba los derechos económicos, sociales y culturales. (Antonio Cancade Trindade).
- b) Se consideró, además, que estos derechos deberían tener un tratamiento diferenciado; ya que los derechos civiles y políticos eran derechos de exigibilidad inmediata o directa, es decir que constituyen “derechos legales, susceptibles de un control de naturaleza judicial -o cuasi jurisdiccional-. (Theodoor Van Boven). En cambio los derechos económicos, sociales y culturales serían de aplicación mediata, indirecta o progresiva, pues “no son exigibles sino en la medida en que el Estado disponga de los recursos para satisfacerlos, puesto que las obligaciones contraídas esta vez son de medio o de comportamiento”, por esos derechos son considerados como *“derechos-programa, cuyo progreso no puede ser controlado sino por órganos político-técnicos que verifiquen periódicamente la situación socio económica de cada país”*.

NUÑEZ MOLINA, Waldo y NUÑEZ MOLINA, Cledy. Curso De Derechos Humanos (Parte General). WnM Ediciones. Lima-Perú. 2002. Pág. 158.

¹³¹ MARTÍNEZ SALGUEIRO, María Elena. Nociones Básicas Sobre Derechos Humanos. La Dirección de Derechos Humanos del Ministerio de Educación y Cultura de Montevideo. Uruguay. 2008. Pág. 56.

comprometiéndose cada Estado parte a garantizar ciertos derechos¹³². Es decir, los Estados garantizan la eficacia del PIDCP dentro de su soberanía, así como el cumplimiento por parte de sus funcionarios públicos. Esto es en razón a que los Estados no crean los derechos, solo se encargan de garantizar la protección y cumplimiento de los derechos humanos dentro de su territorio.

La norma supranacional precitada, viene a ser un tratado multilateral general que reconoce Derechos civiles y políticos y establece mecanismos para su protección y garantía. Asimismo, y como ya se señaló en parte líneas atrás, fue¹³³ adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Organización de las Naciones Unidas, mediante Resolución 2200 A (XXI), de fecha 16 de diciembre de 1966. Entró en vigor el 23 de marzo de 1976 y ha sido ratificado por 167 Estados, siete más que el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC).

En el Perú, fue aprobado por el Decreto Ley N° 22128. Instrumento de Adhesión de fecha 12 de abril de 1978, depositado el 28 de abril de 1978. El instrumento de adhesión fue aceptado como ratificación por las Naciones Unidas por ser signatario el Perú¹³⁴. Es de mencionar que este pacto citado fue adoptado al mismo tiempo que el PIDESC, por ello se les conoce con el nombre de Pactos Internacionales de Derechos Humanos o Pactos de Nueva York.

¹³² HUERTAZ DIAZ, Omar y otros. Manual Pedagógico y Didáctico Para La Formación En Derechos Humanos 1948-2007, TOMO II. Grupo Editorial IBÁÑEZ. Bogotá - Colombia. 2013, Pág. 105.

¹³³La Constitución Política del Perú. Gaceta Constitucional, Primera Edición. Lima- Perú. 2011. Pág. 277.

¹³⁴La Constitución Política del Perú. Gaceta Constitucional, Primera Edición. Lima- Perú. 2011. Pág. 277.

Por otra parte, se considera que este instrumento internacional es fundamental para la protección de los derechos civiles y políticos, los mismos que se refieren a los derechos individuales y libertades fundamentales que poseen las personas en una sociedad democrática, siendo obligación de los Estados parte respetarlos y garantizarlos sin discriminación alguna, y en condiciones de igualdad. Asimismo, es importante recordar que el PIDCP a nivel internacional forma parte de la Carta Internacional de Derechos Humanos junto con la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, cuya relevancia radica en el hecho de ser los pilares en la definición de los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas¹³⁵.

De lo expuesto, se tiene que el PIDCP de 1969, tiene como antecedente preliminar la DUDH, conteniendo un conjunto de derechos humanos relativos exclusivamente a los derechos civiles y políticos. Además, forma parte de la Carta Internacional de los Derechos Humanos, juntamente con la DUDH y el PIDESC, así como los dos protocolos facultativos anexos a este pacto *-referentes a las denuncias individuales y pena de muerte-*. Nuestro país lo reconoce desde el año de 1978, mediante Decreto Ley N° 22128. Así también, dentro de su contenido se encuentran reconocidos los derechos humanos de primera generación.

2.1.2.3 Contenido del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

El contenido del PIDCP se remite en gran medida a los artículos 3° al 21° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; el pacto ha tenido una

¹³⁵ Comisión Presidencial coordinadora de la Política del Ejecutivo en Materia de Derechos Humanos – COPREDEH-. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos Versión Comentada. Editado por el Gobierno de la República de Guatemala. Guatemala. 2011. Pág. 9.

redacción con mayor precisión jurídica que la Declaración Universal y contiene un listado de derechos más completo que el de aquella¹³⁶. Debe tenerse en cuenta que la DUDH tiene un contenido genérico; sin embargo, es a través del PIDCP que las normas relativas a los derechos civiles y políticos son consideradas en este cuerpo normativo internacional, de manera más precisa y amplia para su mejor comprensión por los Estados partes.

La norma internacional señalada contiene 53 artículos, el mismo que consta de 1 preámbulo y VI partes. El Pacto¹³⁷ recoge derechos humanos individuales como la vida, la libertad y seguridad de las personas, la protección contra la esclavitud y la tortura, pero además reconoce y protege las libertades fundamentales como la libertad de opinión y expresión, de pensamiento, conciencia, religión, y de asociación.

Ahora bien, respecto al contenido mismo del pacto, se tiene que el preámbulo del citado documento internacional señala que los Estados Partes reconocen la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables, reconociendo que estos derechos se desprenden de la dignidad inherente a la persona humana. Asimismo, en la Parte I, el artículo 1° está referido a la libre determinación de los pueblos, entendiéndose que todos los pueblos tienen el derecho de decidir sus propias formas de gobierno, de desarrollo económico, social y cultural, y a disponer sin intromisiones de sus riquezas y

¹³⁶ MARTÍNEZ SALGUEIRO, María Elena. Nociones Básicas Sobre Derechos Humanos. La Dirección de Derechos Humanos del Ministerio de Educación y Cultura de Montevideo. Uruguay. 2008. Pág. 56.

¹³⁷ Comisión Presidencial coordinadora de la Política del Ejecutivo en Materia de Derechos Humanos – COPREDEH-. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos Versión Comentada. Editado por el Gobierno de la República de Guatemala. Guatemala. 2011. Pág. 10.

recursos naturales. Esto¹³⁸ en virtud del ejercicio de su independencia y soberanía. El ejercicio de este derecho es fundamental para el ejercicio de los derechos individuales. En virtud de este derecho, los Estados no deben interferir en la decisión o estructura de la forma política de otro Estado, por el contrario, deben procurar para que este derecho se ejercite libremente y fomente las relaciones de cooperación y amistad entre los pueblos.

En la parte II de este Pacto, los artículos 2° al 5°, están referidos al compromiso que tienen los Estados partes con esta norma supranacional, de respetar y garantizar a todos los individuos que se encuentren dentro de su jurisdicción, ello, en aplicación al derecho de igualdad y sin discriminación. Asimismo, se comprometen a adoptar en su ordenamiento jurídico las normas previstas en el Pacto, siendo parte de su derecho nacional interno.

Por otro lado, la Parte III contiene los artículos 6° al 27, los mismos que están referidos al derecho a la vida, la pena de muerte, el no trato a torturas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, la no esclavitud, las garantías judiciales dentro de un debido proceso, el principio de legalidad, el derecho a la intimidad, a la libertad de opinión y expresión, de pensamiento, conciencia y religión, y de asociación. La familia¹³⁹ (Art. 23°.1) es reconocida, como en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el elemento natural y fundamental en la sociedad; según el Pacto, merece la más amplia atención y cuidado posible.

¹³⁸Comisión Presidencial coordinadora de la Política del Ejecutivo en Materia de Derechos Humanos – COPREDEH-. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos Versión Comentada. Editado por el Gobierno de la República de Guatemala. Guatemala. 2011. Pág. 11.

¹³⁹ MARTÍNEZ SALGUEIRO, María Elena. Nociones Básicas Sobre Derechos Humanos. La Dirección de Derechos Humanos del Ministerio de Educación y Cultura de Montevideo. Uruguay. 2008. Pág. 57.

La Parte IV de la norma internacional materia de comentario, contiene los artículos 28° al 45°, los cuales están referidos a la estructura, organización y procedimiento del Comité de Derechos Humanos, siendo que este Comité, como señala María Elena Martínez Salgueiro, tiene como función básica la de supervisar el cumplimiento de las obligaciones que establece el Pacto por parte de los Estados que lo ratificaron¹⁴⁰.

Asimismo, la parte V y VI de esta norma supranacional, contienen los artículos 46° al 53°, los que están referidos a la correcta interpretación que se deben realizar a las normas que contienen el Pacto, y que no deben contraponerse a la Carta de las Naciones Unidas u otros instrumentos internacionales, entendiéndose en aplicación del *ius cogens*, así como su entrada de vigencia, la apertura a la firma de los Estados que son parte, las firmas de ratificaciones y adiciones de los Estados partes, su modificación y los idiomas de su publicación.

En tal sentido, el contenido de los artículos sobre derechos humanos plasmados en el PIDCP¹⁴¹, fueron establecidos, en un primer momento, para que los Estados parte cumplan las normas dispuestas en su contenido; y en un segundo momento, realizar algunas precisiones sobre derechos civiles y políticas que estaban establecidas de manera genérica en la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

¹⁴⁰ MARTÍNEZ SALGUEIRO, María Elena. *Nociones Básicas Sobre Derechos Humanos*. La Dirección de Derechos Humanos del Ministerio de Educación y Cultura de Montevideo. Uruguay. 2008. Pág. 57.

¹⁴¹ Citando a Pedro Nikken: "*Estos constituyen los primeros que aparecieron en la realidad y los sistemas jurídicos nacionales, y que también, muchos siglos después, los que atrajeron originariamente la atención primigenia del derecho internacional*". NUÑEZ MOLINA, Waldo y NUÑEZ MOLINA, Cledy. *Curso De Derechos Humanos (Parte General)*. WnM Ediciones. Lima-Perú. 2002. Pág. 158.

2.1.2.4 El derecho de defensa en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

A diferencia de la Declaración Universal de los Derechos Humanos *-en donde no se encontraba previsto-*, este derecho continente si se encuentra previsto literalmente en el artículo 14° numeral 3, literal d) del Pacto, el mismo que está referido a la defensa material y defensa formal o procesal que realiza una persona en la tramitación de un proceso. Este hecho obliga a que los funcionarios públicos de los Estados partes, encargados de administrar justicia, lo tomen en cuenta en la sustanciación de un proceso, desde su inicio hasta su culminación, no hacerlo afecta a la garantía judicial del debido proceso, previsto en el artículo 14°.1 del Pacto. En¹⁴² virtud de este derecho, las personas tienen derecho a un juicio justo y a garantías procesales.

Así también, debe tenerse en cuenta que las disposiciones contenidas en el artículo 14° del Pacto tienen por objeto garantizar que la justicia sea aplicada adecuadamente a todas las personas en igualdad de condiciones ante los órganos de justicia ordinarios o especiales, protección de carácter penal o civil¹⁴³. En tal sentido, el derecho a la defensa está sistematizado con el derecho a la igualdad y el debido proceso, por lo que, las personas¹⁴⁴ que intervienen en un proceso deben

¹⁴² Comisión Presidencial coordinadora de la Política del Ejecutivo en Materia de Derechos Humanos – COPREDEH-. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos Versión Comentada. Editado por el Gobierno de la República de Guatemala. Guatemala. 2011. Pág. 27.

¹⁴³ Comisión Presidencial coordinadora de la Política del Ejecutivo en Materia de Derechos Humanos – COPREDEH-. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos Versión Comentada. Editado por el Gobierno de la República de Guatemala. Guatemala. 2011. Pág. 27.

¹⁴⁴ COPREDEH-. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos Versión Comentada. Editado por el Gobierno de la República de Guatemala. Guatemala. 2011. Pág. 27.

tener las mismas facultades y oportunidades para ejercer sus derechos lo cual garantiza una solución justa del mismo.

Esta disposición es un elemento importante de la garantía de un juicio justo y una aplicación del principio de igualdad de medios. Así, por ejemplo, si los abogados consideran razonablemente que el plazo para la preparación de la defensa es insuficiente, son ellos quienes deben solicitar un aplazamiento del juicio¹⁴⁵. Este hecho señalado forma parte de la defensa formal o procesal que el sujeto puede ejercer a través de su abogado defensor. Además, desde las diligencias preliminares el Estado debe garantizar que el investigado cuente con una defensa técnica o eficaz, incluso de no tener recursos económicos para acceder a una defensa privada, le debe proporcionar uno de oficio (defensores de oficio); siendo que, por ninguna razón la defensa técnica debe ser sustituida por un funcionario público diferente al defensor de oficio.

Por otra parte, la noción de juicio con las debidas garantías incluye la garantía de una audiencia pública e imparcial. Un proceso equitativo entraña la ausencia de toda influencia, presión, intimidación o intrusión directa o indirecta de cualquier parte o por cualquier motivo. Una audiencia no es imparcial si, por ejemplo, el acusado en un proceso penal enfrenta la expresión de una actitud hostil de parte del público o el apoyo de una parte en la sala del tribunal que es tolerada

¹⁴⁵ NACIONES UNIDAS, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, OBSERVACION GENERAL Nº 32, Ginebra, 2007, Pág. 12.

por el tribunal, con lo que se viola el derecho a la defensa o el acusado queda expuesto a otras manifestaciones de hostilidad con efectos similares¹⁴⁶.

En consecuencia, el derecho humano referente al derecho a la defensa, sí se encuentra previsto de manera expresa en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, formando parte del catálogo de derechos civiles que toda persona debe de contar en la tramitación de un proceso, debiendo el interesado ejercer dicho derecho desde las diligencias preliminares hasta su culminación, ya sea de manera personal y directa (defensa material), así como a través del abogado defensor de su libre elección o proporcionado por el Estado (defensa formal), con respeto también de los derechos a la igualdad y el debido proceso.

2.1.2.5 La Tutela de Derechos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Este otro derecho humano -*tutela de derechos o tutela jurisdiccional efectiva*, a diferencia del derecho a la defensa, no se encuentra previsto de manera expresa en el PIDCP, tan igual como sucede en la Declaración Universal de los Derechos Humanos; sin embargo, implícitamente lo podemos encontrar en el artículo 2° numeral 3, literal a) del Pacto, cuando señala que toda persona puede interponer un recurso efectivo cuando se le haya vulnerado sus derechos, incluso cuando ese acto arbitrario haya sido cometido por el Estado, a través de sus funcionarios públicos.

¹⁴⁶ NACIONES UNIDAS, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, OBSERVACION GENERAL N° 32. Ginebra. 2007. Pág. 09.

Por otra parte, es en virtud de este artículo, los Estados deben garantizar que todas las personas a quienes se violen sus derechos civiles y políticos tengan acceso a un recurso efectivo aun cuando la violación a los derechos se realice por personas en ejercicio de sus funciones. Este recurso debe tener como finalidad amparar, proteger o restablecer los derechos de las personas y puede ser judicial, administrativo, legislativo o de otra naturaleza, debe ser resuelto por una autoridad competente y su resultado debe ser acatado. Si el recurso no fuera judicial, la ley debe regular que las personas tengan la oportunidad de usar un recurso judicial¹⁴⁷. De lo dicho, se entiende que la vulneración a este derecho humano no solo lo realizan los funcionarios encargados de la administración de justicia, sino también los funcionarios de la administración pública, así como otros funcionarios que representa al Estado, como es el caso de la policía, militares, etc.

Un ejemplo sobre un funcionario que vulnera en el ejercicio de sus funciones un derecho reconocido en el Pacto, es cuándo un funcionario público impide que una persona ejerza su derecho a la participación política al negarle ejercer su voto en un proceso electoral, o no inscribirlo como candidato a un cargo popular aunque reúna los requisitos legales¹⁴⁸. Este ejemplo precitado demuestra que la persona afectada puede hacer valer su derecho de reclamo ante la administración pública, impugnando administrativamente el acto administrativo que le niega ese derecho (JNE); o en su defecto recurrir a las garantías constitucionales. Además, ese recurso que presente el afectado, ya sea a nivel judicial o administrativo,

¹⁴⁷ COPREDEH-. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos Versión Comentada. Editado por el Gobierno de la República de Guatemala. Guatemala. 2011. Pág. 13.

¹⁴⁸ COPREDEH-. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos Versión Comentada. Editado por el Gobierno de la República de Guatemala. Guatemala. 2011. Pág. 13.

deberá ser resuelto de manera oportuna y motivada, así como cumplirse en su ejecución.

De lo expuesto, se colige que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva o tutela de derechos, es un derecho que se encuentra reconocido de manera implícita en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Art. 2°.3. a), guardando relación con el derecho al debido proceso y a la igualdad, debiendo los Estados parte *-a través de sus funcionarios públicos-* garantizar su vigencia y eficacia dentro de su territorio, así como su reconocimiento dentro de su derecho nacional interno.

2.1.2.6 El derecho fundamental de igualdad ante la ley en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

El derecho humano referente a la igualdad ante la ley, es un derecho que se encuentra previsto en el artículo 14° numeral 1 del PIDCP, no de manera completa, sino solamente como derecho a la igualdad, entendiéndose tácitamente de su lectura que se refiere a la igualdad ante la ley. Así, cuando señala que todas las personas son iguales ante los Tribunales, se refiere que toda persona, en igualdad de armas, tiene derecho a un procedimiento en donde se presenten las debidas garantías, por jueces competentes, independientes e imparciales, es decir dentro de un debido proceso.

Las disposiciones contenidas en este artículo tienen por objeto garantizar que la justicia sea aplicada adecuadamente a todas las personas en igualdad de

condiciones ordinarias o especiales, protección de carácter penal y civil¹⁴⁹, no debiendo existir ningún tipo de discriminación en la tramitación de un proceso. El Pacto garantiza la eficacia y cumplimiento de este derecho humano, a través de los funcionarios públicos de un Estado parte.

Así también, como señala Edwin Figueroa Gutarra, el enfoque del derecho a la igualdad representa uno de los análisis con relevancia constitucional más controversiales desde sus orígenes en la historia de la humanidad misma, en la medida que las sociedades han desarrollado posiciones de evolución, algunas veces de involución, respecto a este derecho de primer orden¹⁵⁰. Este derecho, conforme se mencionó *ut supra*, forma parte de los derechos individuales, siendo también un derecho continente, debido a que se encuentra insertado en la mayoría de los textos constitucionales de los Estados partes, convirtiéndose en derecho positivo como consecuencia de la Revolución Francesa de 1789.

Así mismo, este derecho humano *-derecho a la igualdad-* se encuentra sistemáticamente relacionado con los derechos humanos a la defensa y al debido proceso, en razón a que en todo proceso las partes deben ejercer el derecho a la defensa en igual condición, no debiendo la legislación interna de un Estado realizar alguna discriminación al respecto, o crear leyes que favorezcan solamente a una de las partes procesales. Además, el derecho al debido proceso garantiza que estos derechos humanos se cumplan con eficacia en la tramitación de un proceso. El hecho de que los funcionarios de un Estado no garanticen la eficacia

¹⁴⁹ COPREDEH-. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos Versión Comentada. Editado por el Gobierno de la República de Guatemala. Guatemala. 2011. Pág. 13.

¹⁵⁰ FIGUEROA GUTARRA, Edwin. Constitucionalismo y Democracia en América Latina: Controles y Riesgos. Editorial adrus. Lima. 2014. Pág. 175.

de estos derechos sistematizados en la substanciación de un proceso, acarrea nulidad, generando en algunos casos, responsabilidad administrativa del funcionario. Las¹⁵¹ personas que intervienen en un proceso deben tener las mismas facultades y oportunidades para ejercer sus derechos lo cual garantiza una solución justa del mismo.

En ese orden de ideas, el derecho a la igualdad ante la ley es un derecho humano que se encuentra previsto de manera expresa en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, garantizando que en la tramitación de un proceso las partes ejerzan su derecho de defensa en igualdad de armas y dentro de un debido proceso, no debiendo por ninguna razón discriminarse a ninguna de las partes procesales. Asimismo, los Estados partes están obligados a garantizar su eficacia y cumplimiento a través de sus funcionarios públicos, ya sea a nivel de la administración de justicia o administración pública.

2.1.3 El derecho de defensa, la tutela de derechos y el derecho fundamental de igualdad ante la ley en La Convención Americana sobre Derechos Humanos.

2.1.3.1 Consideraciones preliminares.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH), conocida también como Pacto de San José de Costa Rica, fue el segundo de los instrumentos adoptados en materia de derechos humanos en el Sistema Interamericano. Desde el punto de vista jurídico, la Convención es un tratado, ello

¹⁵¹ COPREDEH-. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos Versión Comentada. Editado por el Gobierno de la República de Guatemala. Guatemala. 2011. Pág. 27.

implica que, para el derecho internacional, sus postulados son de cumplimiento obligatorio para los Estados que lo ratifican¹⁵². El cumplimiento se basa en lo dispuesto en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, el cual dispone en su artículo 26° el principio de Pacta Sunt Servanda¹⁵³, por lo que, en mérito a este documento internacional los Estados que suscribieron dicho Convenio están obligados a respetarlo. Asimismo, y sin perjuicio de lo precitado, el artículo 1° de la CADH obliga a los Estados partes a respetar los derechos humanos contenidos en el citado documento supranacional. Este instrumento internacional, al igual que el PIDCP, contiene en esencia los derechos civiles y políticos.

En relación a lo expuesto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha precisado que “(...) *La primera obligación asumida por los Estados partes, en los términos del citado artículo (1°.1), es la de respetar los derechos y libertades reconocidos en la Convención. (...)*”¹⁵⁴. Además, los Estados parte no solo deben de respetar las normas descritas en la CADH, sino también deben adecuar su legislación interna de acuerdo a las normas establecidas en la Convención; siendo que, al¹⁵⁵ establecer sus propias normas de interpretación, expresa que la totalidad de su contenido debe entenderse de acuerdo al principio “*pro homine*”, o sea según resultare más favorable a la persona, sin importar que se deje de aplicar el

¹⁵² MARTÍNEZ SALGUEIRO, María Elena. Nociones Básicas Sobre Derechos Humanos. La Dirección de Derechos Humanos del Ministerio de Educación y Cultura de Montevideo. Uruguay. 2008. Pág. 44.

¹⁵³ COPREDEH-. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos Versión Comentada. Editado por el Gobierno de la República de Guatemala. Guatemala. 2011. Pág. 05.

¹⁵⁴ Caso Velásquez Rodríguez Vs Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C N° 4.

¹⁵⁵ MARTÍNEZ SALGUEIRO, María Elena. Nociones Básicas Sobre Derechos Humanos. La Dirección de Derechos Humanos del Ministerio de Educación y Cultura de Montevideo. Uruguay. 2008. Pág. 45.

propio Pacto de San José cuando, por ejemplo, existe una disposición legal nacional más amplia en materia de protección.

Un aspecto a advertir en esta parte, es lo señalado *ut supra*, en donde se menciona que la CADH viene a ser el segundo instrumento sobre derechos humanos adoptado por el Sistema Interamericano, siendo el primero la Declaración Americana en los Derechos y Deberes del Hombre de 1948. Dentro del contexto histórico, el tema de los derechos humanos no ha sido para América un hecho nuevo con la emisión de la DUDH, como señala Omar Huertaz Días y otros, la doctrina mayoritaria explica que el derecho internacional americano es la consecuencia lógica del panamericanismo. La primera manifestación escrita de ese derecho se aprecia en los tratados de Unión, Liga y Confederación celebrados entre la Gran Colombia y el Perú en 1822, y con otras naciones los años siguientes. La reunión del Congreso de Panamá de 1826; y en 1889 la reunión de la Primera Conferencia Panamericana de Washington, celebrándose con posterioridad sucesivas conferencias, constituyen hitos importantes en la positivización de los derechos humanos. Con ocasión de la IX Conferencia (Bogotá, 30 de marzo al 02 de mayo de 1948), se aprobó la Carta de Organización de Estados Americanos.¹⁵⁶ De lo expuesto, se advierte que en América siempre se ha tomado en cuenta el tema de los derechos humanos, incluso mucho antes que la DUDH.

En nuestro país, y conforme se explicará más adelante, este tratado internacional fue reconocido constitucionalmente en la cláusula decimosexta de

¹⁵⁶ HUERTAZ DIAZ, Omar y otros. Manual Pedagógico y Didáctico Para La Formación En Derechos Humanos 1948-2007, TOMO II. Grupo Editorial IBAÑEZ. Bogotá - Colombia. 2013, Pág. 452-453.

la disposición general y transitoria de la Constitución de 1979, encontrándose vigente en el Perú desde 1981. La Convención Americana ha servido como fuente de inspiración en derechos humanos para que la Constitución de 1979, así como la Constitución vigente de 1993, reconozcan en su contenido a estos derechos en calidad de derechos fundamentales o derechos constitucionales de los derechos humanos.

En resumen, la Convención Americana sobre Derechos Humanos viene a ser uno de los instrumentos de protección del Sistema Interamericano de los Derechos Humanos, siendo guardianes de su vigilancia y cumplimiento la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, respectivamente. La Constitución de 1993, reconoce a la Convención en la Cuarta Disposición Final y Transitoria, formando parte de nuestro derecho nacional interno, al amparo del artículo 55° de la Constitución.

2.1.3.2 Antecedentes de creación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

El contexto histórico, como antecedente de creación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se remonta a la Conferencia Interamericana celebrada en México en 1945, la cual encomendó al Comité Jurídico Interamericano la preparación de un proyecto de Declaración¹⁵⁷. Seguidamente, en la Novena Conferencia Internacional Americana, realizada en Bogotá el 30 de marzo al 02 de mayo de 1948, se aprobaron dos documentos básicos del Sistema

¹⁵⁷Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos San José, Costa Rica. Documentos Básicos en Materia de Derechos Humanos en el Sistema Interamericano. Editado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. San José – Costa Rica. 2012. Pág. 10.

Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: Carta de la Organización de Estados Americanos de 1948, modificada posteriormente por el Protocolo de Buenos Aires, vigente desde 1970 -*suscrita el 30 de abril de 1948 y en vigor desde el 13 de diciembre de 1951-*, y la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre -*02 de mayo de 1948*-¹⁵⁸.

Tiempo después, como la Carta no contemplaba ningún órgano encargado de la promoción o protección de los derechos humanos, en la Resolución XXXI de la citada conferencia se encomendó al Comité Jurídico Internacional la elaboración de un proyecto de estatuto, el mismo que fue postergado en varias ocasiones¹⁵⁹. Dicha idea fue retomada en la Quinta (V) Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores que se reunió en Santiago de Chile, del 12 al 18 de agosto de 1959, y se decidió impulsar la preparación de un proyecto de convención sobre derechos humanos -*se le encomendó al Consejo Interamericano de Jurisconsultos*-¹⁶⁰, y la creación en el ínterin de una Comisión Interamericana de Derechos Humanos, encargada de promover los derechos contenidos en la Declaración Americana¹⁶¹.

El proyecto elaborado por el Consejo Interamericano de Jurisconsultos fue sometido al Consejo de la OEA y sujeto a comentario por parte de los Estados y

¹⁵⁸ CASTAÑEDA OTSU, Susana Ynés. *Constitucionalismo y Democracia en América Latina. Controles y Riesgos*. Editorial adrus. Lima. 2014. Pág. 98.

¹⁵⁹ CASTAÑEDA OTSU, Susana Ynés. *Constitucionalismo y Democracia en América Latina. Controles y Riesgos*. Editorial adrus. Lima. 2014. Pág. 98.

¹⁶⁰ Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos San José, Costa Rica. *Documentos Básicos en Materia de Derechos Humanos en el Sistema Interamericano*. Editado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. San José – Costa Rica. 2012. Pág. 10.

¹⁶¹ CASTAÑEDA OTSU, Susana Ynés. *Constitucionalismo y Democracia en América Latina. Controles y Riesgos*. Editorial adrus. Lima. 2014. Pág. 98.

de la Comisión Interamericana. En 1967 la Comisión presentó un nuevo proyecto de Convención. A fin de analizar los diferentes proyectos, la OEA convocó a una Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, la cual se reunió en San José de Costa Rica del 7 al 22 de noviembre de 1969. El 22 de noviembre de 1969, la Conferencia adoptó la Convención Americana Sobre Derechos Humanos¹⁶², entrando en vigor desde el 18 de julio de 1978. Tratado internacional, que crea la Corte Interamericana de Derechos Humanos para la protección jurisdiccional de los derechos consagrados en ella, encargando a la Comisión Interamericana la función de promoción y control de los derechos. El 22 de mayo de 1979 fueron electos los primeros siete (07) jueces de la Corte IDH. Esta Corte tiene su sede en la ciudad de San José de Costa Rica, donde se instaló desde el 03 de septiembre de 1979¹⁶³.

Ahora bien, este instrumento supranacional fue aprobado en nuestro país por el Decreto Ley N° 22231 del 11 de julio de 1978, para luego ser ratificado por la Décima Sexta Disposición General y Transitoria de la Constitución Política del Perú de 1979. El instrumento de Ratificación por el Perú fue de 1978. Reiterado en 1980 y vigente para el Perú desde 1981¹⁶⁴. Asimismo, en la actualidad es reconocido también en la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política de 1993.

2.1.3.3 Contenido de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos.

¹⁶² Secretaria de la Corte Interamericana de Derechos Humanos San José, Costa Rica. Documentos Básicos en Materia de Derechos Humanos en el Sistema Interamericano. Editado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. San José – Costa Rica. 2012. Pág. 10

¹⁶³ CASTAÑEDA OTSU, Susana Ynés. Constitucionalismo y Democracia en América Latina. Controles y Riesgos. Editorial adrus. Lima. 2014. Pág. 98.

¹⁶⁴La Constitución Política del Perú. Gaceta Constitucional, Primera Edición. Lima- Perú. 2011.

En relación a su contenido genérico, la estructura¹⁶⁵ de la Convención Americana está conformada por una parte sustantiva y otra orgánica, fijando un catálogo de derechos y libertades fundamentales y normas relativas a las obligaciones de los Estados en la primera parte. Asimismo, en la segunda parte o la orgánica, se establecen los órganos encargados de la protección y promoción de los derechos humanos y los mecanismos de control.

Ahora bien, respecto del contenido propio de la Convención Americana, dicho documento contiene un Preámbulo, así como consta de III Partes, siendo que, en la Parte I *-el cual consta de 32 artículos y está referido a los Deberes de los Estados y derechos protegidos-* se ubican V Capítulos, referidos a la enumeración de deberes, derechos civiles y políticos, derechos económicos, sociales y culturales, suspensión de garantías, interpretación y aplicación, y deberes de las personas, respectivamente. Estos derechos señalados en la Parte I, como se ha mencionado precedentemente, son considerados como derechos sustantivos o derechos dogmáticos.

Del contenido de la Parte I, se establece la obligación de los Estados parte de respetar los derechos y libertades en ella reconocidos, así como su deber de adoptar las disposiciones de derecho interno que sean necesarias para hacer efectivo el goce de tales derechos. Por ello¹⁶⁶, es la conducta desplegada por el Estado, a través de cualquier persona que actúa en el ejercicio de la autoridad pública, la que estructura una acción vulneratoria de los Derechos Humanos.

¹⁶⁵ HUERTAZ DIAZ, Omar y otros. Manual Pedagógico y Didáctico Para La Formación En Derechos Humanos 1948-2007, TOMO II. Grupo Editorial IBAÑEZ. Bogotá - Colombia. 2013, Pág. 153.

¹⁶⁶ HUERTAZ DIAZ, Omar y otros. Manual Pedagógico y Didáctico Para La Formación En Derechos Humanos 1948-2007, TOMO II. Grupo Editorial IBAÑEZ. Bogotá - Colombia. 2013, Pág. 153.

Asimismo, María Elena Martínez Salgueiro, señala que la Convención contiene una muy importante cantidad de derechos, entre ellos el derecho a la vida, expresando que esta debe protegerse por ley “*en general, desde el momento de la concepción*”, para permitir que Estados que posean legislación abortiva igualmente pueda ratificar el Pacto, entrando dentro de las excepciones de la frase “*en general*”¹⁶⁷.

También en esta parte se consagra las garantías judiciales y los principios de legalidad y de retroactividad, lo que implica que solo una ley emanada del Congreso y adoptada según criterios constitucionales puede determinar que es un delito -*principio de legalidad*-, y que ésta no se puede aplicar a hechos ocurridos antes de su sanción¹⁶⁸. Asimismo, respecto de las garantías judiciales, se advierte que la Convención crea una serie de derechos que protege a las partes procesales por igualdad, así como garantiza el derecho al debido proceso, plazo razonable, el derecho a la defensa y de presunción de inocencia a favor de los imputados, siendo que, los derechos de igualdad ante la ley y de la protección judicial -*previstos implícitamente en el artículo 8°*-, se repiten de manera taxativa en los artículos 24° y 25° de la norma supranacional citada, respectivamente, donde nuevamente se señala que toda persona (*sin importar su condición jurídica dentro de un proceso*) tiene derecho a un recurso sencillo y rápido ante los jueces y tribunales competentes, así como que todas las personas son iguales y merecen la misma protección ante la Ley, y dentro de la ley.

¹⁶⁷ MARTÍNEZ SALGUEIRO, María Elena. Nocións Básicas Sobre Derechos Humanos. La Dirección de Derechos Humanos del Ministerio de Educación y Cultura de Montevideo. Uruguay. 2008. Pág. 44.

¹⁶⁸MARTÍNEZ SALGUEIRO, María Elena. Nocións Básicas Sobre Derechos Humanos. La Dirección de Derechos Humanos del Ministerio de Educación y Cultura de Montevideo. Uruguay. 2008. Pág. 44.

Un aspecto a advertir en esta primera parte, es respecto a los derechos económicos, sociales y culturales, previsto en el artículo 26° de la CADH, debido a que al momento de adoptar la Convención los Estados parte se comprometieron a adoptar de manera progresiva, derechos que se encuentran contenidos en la Carta de la OEA, tomándose en cuenta la disponibilidad económica, así como que entrarían en vigencia mediante vía legislativa¹⁶⁹. Al respecto, Martínez Salgueiro, señala que la Convención en su artículo 26 compromete a los Estados partes de una manera indirecta, ya que la obligación para ellos es adoptar medidas para un desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales, siempre que la disponibilidad de recursos lo permitan. Los mecanismos que señalan los pactos para hacerlos efectivos, son la legislación interna y la cooperación internacional.¹⁷⁰

En la Parte II se ubica los Medios de Protección, estableciéndose en el artículo 32° del Capítulo VI los órganos competentes y encargados de controlar y hacer cumplir las normas establecidas en la Convención. En el Capítulo VII, se señala a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos *-el cual consta de 4 secciones, y 18° artículos-*, como el primer órgano encargado de controlar y vigilar que los Estados parte no vulneren el tratado, teniendo el siguiente contenido: en la Sección 1, se establece la organización; en la Sección 2, funciones; en la Sección 3, competencia; y en la Sección 4, procedimiento. Además, en el Capítulo VIII, se señala a la Corte Interamericana de Derechos Humanos *-el cual consta de 3*

¹⁶⁹Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos San José, Costa Rica. Documentos Básicos en Materia de Derechos Humanos en el Sistema Interamericano. Editado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. San José – Costa Rica. 2012. Pág. 10.

¹⁷⁰ MARTÍNEZ SALGUEIRO, María Elena. Nociones Básicas Sobre Derechos Humanos. La Dirección de Derechos Humanos del Ministerio de Educación y Cultura de Montevideo. Uruguay. 2008. Pág. 44.

secciones y 18 artículos-, teniendo el siguiente contenido: en la Sección 1, se establece la organización; en la Sección 2, competencia y funciones; y en la Sección 3, procedimiento. Este último órgano suprajurisdiccional, a través de sus decisiones, es el encargado de hacer cumplir y respetar a los Estados Parte los derechos humanos detallados en la Convención¹⁷¹. Así también, en el Capítulo IX se encuentra previsto las Disposiciones Comunes de la Convención (Art. 70° al 73°), en lo que respecta a los jueces de la Corte, y los miembros de la Comisión, sobre sus prerrogativas, inmunidad, incompatibilidad, emolumentos y gastos de viaje, así como las sanciones administrativas.

Sobre los órganos de protección, Omar Huertaz Díaz y otros mencionan que, son competentes para conocer del cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes en la Convención:

- a) La Comisión Interamericana, para conocer de violaciones a:
- La Declaración Americana, cuando el Estado es miembro de la OEA, sin ser parte de la Convención Americana.
 - La Convención Americana, cuando el Estado haya firmado o ratificado dicho tratado sin reconocer la competencia contenciosa de la Corte Interamericana.

¹⁷¹ La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que *“de conformidad con el artículo 29°.b) de la Convención, si alguna ley del Estado Parte u otro tratado internacional del cual sea parte dicho Estado otorga una mayor protección o regula con mayor amplitud el goce y ejercicio de algún derecho o libertad, este deberá aplicar la norma más favorable para la tutela de los derechos humanos”*. **SILVA GARCÍA, Fernando. Jurisprudencia Interamericana sobre Derechos Humanos – Criterios Esenciales. Primera Edición. Editado por el Poder Judicial de la Federación – Consejo de la Judicatura. México. 2011.**

- La Convención Americana, cuando el Estado haya dado competencia a la Corte Interamericana, agotándose siempre el procedimiento establecido ante la Comisión Interamericana.
- b) La Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuando al Estado haya firmado y ratificado la Convención Americana y haya aceptado la competencia contenciosa de este Tribunal¹⁷².

En esencia, lo expuesto precedentemente, son las competencias que tienen la Comisión y la Corte para conocer un caso sobre vulneración de derechos humanos previsto en la Convención Americana, estando también previsto en sus Estatutos los procedimientos a seguir en cada uno de estos órganos supranacionales.

En la Parte III, se establecen las Disposiciones generales y transitorias, el cual contiene los Capítulos X y XI. El Capítulo X está referido a la firma, ratificación, reserva, enmienda, protocolo y denuncia. El capítulo XI contiene las disposiciones transitorias, así como 2 secciones, referidas a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, así como la Corte Interamericana de Derechos Humanos *-el cual contiene declaraciones y reservas, declaración de Chile, declaración de Ecuador y reserva de Uruguay-*.

En consecuencia, la Convención Americana sobre Derechos Humanos estructuralmente está formado por dos partes, una parte sustantiva o dogmática, y la otra orgánica. Asimismo, contiene un conjunto de normas que protege los

¹⁷² HUERTAZ DIAZ, Omar y otros. Manual Pedagógico y Didáctico Para La Formación En Derechos Humanos 1948-2007, TOMO II. Grupo Editorial IBAÑEZ. Bogotá - Colombia. 2013, Pág. 153.

derechos humanos de las personas, siendo en esencia derechos civiles y políticos, derechos que deben ser respetados por los funcionarios públicos de los Estados Parte¹⁷³, quienes deben adecuar su legislación nacional interna de acuerdo a los derechos previstos en este tratado. En relación a los derechos económicos, sociales y culturales, según el artículo 26° de la Convención, se encuentran en reserva. Además, se establecen los medios de protección de la Convención, señalando a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos humanos como órganos supranacionales encargados de garantizar el control y cumplimiento de las normas establecidas en la Convención, estando señalado el procedimiento que ha de seguir el individuo cuando se le vulneren sus derechos humanos *-por parte de los funcionarios públicos de los Estados Parte-*, sin perjuicio de aplicarse supletoriamente sus Estatutos vigentes de estos órganos precitados.

2.1.3.4 La Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

A manera de antecedente, Enrique Bernales Ballesteros nos ilustra señalando que, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos fue originalmente concebida, en 1959, como un intento de la OEA para observar la tensa situación en el Caribe y para analizar el ejercicio efectivo de la democracia representativa en relación a los derechos humanos. Durante casi veinte años el mandato de la Comisión y las reglas que establecían el alcance de sus facultades, estuvieron estipuladas en su Estatuto. Inicialmente, este instrumento no incluía la autoridad

¹⁷³ Se habla de Estados miembros cuando se hace alusión a Estados que aprobaron la Declaración de 1948 y, en cambio, la expresión Estados partes se reserva para referir a aquellos Estados que, como han ratificado el Pacto (CADH), se han comprometido a cumplir con las obligaciones establecidas en el. **MARTÍNEZ SALGUEIRO, María Elena. Nociones Básicas Sobre Derechos Humanos. La Dirección de Derechos Humanos del Ministerio de Educación y Cultura de Montevideo. Uruguay. 2008. Pág. 45.**

para tramitar denuncias individuales provenientes de personas u organizaciones que reclamaban violaciones de derechos humanos perpetradas por agentes de los Estados miembros. Sin embargo, en 1967 la OEA modificó el Estatuto de la Comisión para poder tramitar este tipo de comunicaciones¹⁷⁴.

Por su parte, Raúl Chanamé Orbe menciona que este órgano es la primera entidad del sistema interamericano de protección y promoción de los Derechos Humanos en las Américas, es decir que los casos que llegan a la Corte, primero son recibidos, analizados e investigados individualmente por dicha comisión, luego ésta observa la vigencia general de los derechos humanos en los Estados miembros, y cuando lo considera conveniente publica informes especiales sobre la situación de un Estado en particular, realizando visitas en el lugar para profundizar la observación y/o investigación, sobre una situación particular¹⁷⁵. Este mecanismo de protección que se realiza ante la Comisión Interamericana tiene una naturaleza de carácter administrativo.

Así también, mediante la creación de la comisión, los estados americanos subsanaron la carencia de órganos específicamente encargados de velar por la observancia de los derechos humanos en el sistema¹⁷⁶. La razón, es que a través de este primer mecanismo de control interamericano se estableció competencialmente la primera instancia en tener conocimiento para conocer casos

¹⁷⁴ BERNALES BALLESTEROS, Enrique. La Constitución de 1993. Análisis Comparado. Quinta Edición. Editora RAO. Lima. 1999. Pág. 825.

¹⁷⁵ CHANAME ORBE, Raúl. Comentarios a la Constitución. Quinta Edición. Editorial Jurista Editores. Lima. 2008. Pág. 615.

¹⁷⁶ Secretaria de la Corte Interamericana de Derechos Humanos San José, Costa Rica. Documentos Básicos en Materia de Derechos Humanos en el Sistema Interamericano. Editado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Perú 2005. Pág. 10.

sobre vulneración de derechos humano¹⁷⁷. Tal como se ha mencionado *ut supra*, la Comisión tiene una substanciación de carácter administrativo, debido que es el encargado de recibir los descargos de las partes involucradas, así como de emitir algunos informes y documentos con relevancia administrativa.

Un aspecto a tomar en cuenta es que antes de llegar a este primer órgano de protección, el denunciante debe de agotar su jurisdicción nacional o interna. Para Martínez Salgueiro, el requisito del agotamiento previo de los recursos internos se debe al carácter subsidiario del sistema. Mediante esta exigencia se procura que, una vez ocurrida la violación a los derechos humanos, sea el propio Estado quien tenga la posibilidad de investigar, procesar y sancionar a los responsables de los actos cometidos, como así de reparar a sus víctimas y/o familiares¹⁷⁸. A su vez, Enrique Bernal Ballesteros señala que esta regla, sin embargo, está sujeta a varias excepciones. Primero, cuando está claro que los recursos legales internos no son efectivos, ya sea porque no existe en el país un debido proceso legal, o porque se le haya negado al denunciante el acceso a los recursos legales, la Comisión procederá a tramitar la denuncia sin insistir en el pre requisito del agotamiento. Otra excepción surge cuando ha habido un atraso irrazonable en dictar una sentencia final dentro del sistema legal interno¹⁷⁹.

¹⁷⁷ En el tratamiento de casos individuales, función de la Comisión Interamericana, el sistema muestra como su característica inicial la facilidad de acceso al mecanismo de protección instaurado en la OEA. **MARTÍNEZ SALGUEIRO, María Elena. Nociones Básicas Sobre Derechos Humanos. La Dirección de Derechos Humanos del Ministerio de Educación y Cultura de Montevideo. Uruguay. 2008. Pág. 50.**

¹⁷⁸ MARTÍNEZ SALGUEIRO, María Elena. Nociones Básicas Sobre Derechos Humanos. La Dirección de Derechos Humanos del Ministerio de Educación y Cultura de Montevideo. Uruguay. 2008. Pág. 50.

¹⁷⁹ BERNAL BALLESTEROS, Enrique. La Constitución de 1993. Análisis Comparado. Quinta Edición. Editora RAO. Lima. 1999. Pág. 825.

En relación a lo expuesto en el párrafo precitado, en el caso peruano, el artículo 205° de la Constitución de 1993, establece de manera expresa la necesidad de agotar la jurisdicción interna antes de llegar a los tribunales internacionales - *CIDH y la CorteIDH*-. Este aspecto legal, como se ha mencionado líneas atrás, tiene como finalidad que el Estado Peruano pueda resolver a nivel interno la contravención de los derechos humanos por parte de sus funcionarios públicos, sin necesidad de llegar a los órganos supranacionales. A manera de historia, en la década de los 90°, y dentro del régimen dictatorial de Alberto Fujimori Fujimori, los Tribunal Militares, al amparo de una ley, procesaron penalmente a civiles por delitos comunes. Este hecho fue considerado por la Corte *-en el caso Loren Berenson y otros-* como una clara afectación al debido proceso legal.

La competencia de la CIDH para conocer casos de violaciones de los derechos humanos proviene de distintas fuentes, de las cuales las más relevantes son las siguientes:

- Competencia original para conocer violaciones de derechos humanos en todos los Estados miembros de la OEA, derivada de su Estatuto.
- Competencia para conocer denuncias de violaciones de los derechos reconocidos por la Convención Americana por un Estado Parte.
- Competencia para conocer violaciones de la libertad sindical y del derecho a la educación, reconocida por el Protocolo de San Salvador sobre derechos económicos, con respecto a los Estados Partes en dicho instrumento (art. 19.6).

- Competencia para conocer denuncias de violaciones de la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura, la Convención Interamericana sobre la desaparición forzada de personas y la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer¹⁸⁰.

La Comisión se encuentra reconocido por la CADH en los artículos 34° al 51°. En ello se encuentra establecido la Organización de la Comisión, del cual se establece que está conformado por siete (07) miembros, los cuales serán elegidos por la Asamblea General de la Organización por un periodo de 4 años, y sólo podrán ser reelectos una vez, no pudiendo conformar la comisión más de un nacional de un mismo país. En relación a último señalado, lo que se busca es que la Comisión actúe de manera imparcial cuando un Estado Parte contraviene una norma sobre derechos humanos. Asimismo, se señala que la misma Comisión prepara y elabora su Reglamento y su Estatuto.

Sus funciones establecidas en el artículo 41°, están referidos a la promoción y conciencia que deben tener y respetar los Estados partes, sobre los derechos humanos. Asimismo, en los artículos 44° al 47°, están establecidos su Competencia, en el cual se menciona que toda persona o entidad no gubernamental legalmente reconocido por un Estado miembro (*ONGs*), puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado parte; sin embargo, no toda petición comunicada a la Comisión puede ser

¹⁸⁰ O' DONNELL, Daniel. Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Editado por la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Bogotá - Colombia. 2004. Pág. 46-48.

aceptada, para ello, se debe cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 46° de la Convención, siendo que en caso de no cumplirse, se declarara inadmisibile la petición, conforme a lo señalado en el artículo 47°. Además, en los artículos 48° al 51°, se encuentra el trámite del procedimiento que sigue la Comisión cuando se recibe una petición o comunicación en la que se alegue la violación de cualquiera de los derechos que consagra la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Sobre la forma de resolver las controversias que llegan a esta primera instancia de protección interamericana, María Elena Martínez Salgueiro señala que, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos cuenta con tres distintas formas de resolver el caso, a saber: (a) lograr una solución amistosa; (b) preparar y presentar un informe, (c) remitir el caso a la Corte. ***La solución amistosa*** consiste en una etapa del proceso en la cual las partes (los denunciantes y el Estado) pueden acordar resolver la controversia de manera satisfactoria para ambas, y fundada en el respeto a los derechos humanos reconocidos en la Convención Americana. Si se ha logrado una solución amistosa, la Comisión redacta un informe con una breve descripción del caso y el texto del acuerdo arribado, el cual es publicado. Si ello ocurre allí finalizan las actuaciones¹⁸¹. El Estatuto establece que el acta que se redacte debido a la solución amistosa, deberá contar con el visto bueno de la víctima denunciante o su representante legal, así como del funcionario de la Comisión que estuvo a cargo.

¹⁸¹ MARTÍNEZ SALGUEIRO, María Elena. *Nociones Básicas Sobre Derechos Humanos*. La Dirección de Derechos Humanos del Ministerio de Educación y Cultura de Montevideo. Uruguay. 2008. Pág. 50.

Ahora bien, si en cambio¹⁸², el intento de llegar a una solución amistosa ha fracasado o directamente no ha tenido lugar, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos *debe confeccionar un informe confidencial* con las recomendaciones que crea pertinentes hacerle al Estado, el cual es puesto a consideración de las autoridades del país involucrado. Este informe es confidencial. El Estado tiene tres meses para cumplir con las recomendaciones formuladas, si no lo hace, la Comisión *puede elaborar un informe definitivo* y eventualmente publicarlo, aplicándose así una condena al Estado frente a la Comunidad Internacional; sin embargo, si se trata de un Estado que ha ratificado la Convención Americana, que ha aceptado la competencia de la Corte, y que no ha cumplido con las recomendaciones del informe confidencial, la Comisión debe, en principio, *remitir el caso a la Corte*. Para decidir el envío o no de un asunto ante la Corte, la Comisión debe requerir la opinión de los peticionarios, aunque dicha opinión no vincula la decisión final de la Comisión Interamericana¹⁸³.

En la actualidad, la Comisión cuenta con un Reglamento Aprobado por la Comisión en su 137° período ordinario de sesiones, celebrado del 28 de octubre al 13 de noviembre de 2009; y modificado el 2 de septiembre de 2011, y en su 147° período ordinario de sesiones, celebrado del 8 al 22 de marzo de 2013, para su entrada en vigor el 1° de agosto de 2013.

2.1.3.5 La Corte Interamericana de Derechos Humanos.

¹⁸² MARTÍNEZ SALGUEIRO, María Elena. Nociones Básicas Sobre Derechos Humanos. La Dirección de Derechos Humanos del Ministerio de Educación y Cultura de Montevideo. Uruguay. 2008. Pág. 51.

¹⁸³MARTÍNEZ SALGUEIRO, María Elena. Nociones Básicas Sobre Derechos Humanos. La Dirección de Derechos Humanos del Ministerio de Educación y Cultura de Montevideo. Uruguay. 2008. Pág. 51.

Al respecto, Enrique Bernal Ballesteros señala que es uno de los organismos principales de protección del sistema interamericano más importante creado por la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Como bien lo ha establecido la propia Corte, ella está como una institución judicial del sistema interamericano, cuya función consultiva y jurisdiccional resalta claramente el hacer uso de las facultades reconocidas tanto por la Convención como por su propio Estatuto¹⁸⁴. En ese contexto¹⁸⁵, la Corte Interamericana de Derechos Humanos es una institución judicial autónoma del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Su objetivo es la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Es un tribunal establecido por la mencionada Convención, con el periodo primordial de resolver los casos que se le sometan de supuestas violaciones de aquellos derechos humanos protegidos por ella.

En relación a la función propia de la Corte Interamericana, y sin perjuicio de lo establecido en el párrafo precedente, la Dra. Susana Ynés Castañeda Otsu menciona que este órgano ejerce una función contenciosa y una consultiva. Por la primera, es competente para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de la Convención Americana que le sea sometido por la Comisión Interamericana o por los Estados Partes que expresamente le hayan conferido esta atribución, luego de que se ha seguido el procedimiento previsto en los artículos 61.1 y 62.3. Por la función consultiva, interpreta las

¹⁸⁴ BERNAL BALLESTEROS, Enrique. La Constitución de 1993. Análisis Comparado. Quinta Edición. Editora RAO. Lima. 1999. Pág. 830.

¹⁸⁵ CHANAME ORBE, Raúl. Comentarios a la Constitución. Quinta Edición. Editorial Jurista Editores. Lima. 2008. Pág. 615.

disposiciones de la Convención Americana o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos¹⁸⁶.

Por su parte, Héctor Fix Zamudio menciona que la Corte Interamericana de Derechos Humanos es el organismo jurisdiccional internacional en el cual se pueden plantear controversias para la tutela de los derechos humanos que han sido establecidos en los instrumentos internacionales reconocidos por los gobiernos del Continente Americano. Debe hacerse la aclaración que dicha Corte Interamericana no debe considerarse como una instancia superior externa ante la cual puedan combatirse en apelación o casación las resoluciones de los tribunales internos de la Región, sino que únicamente pueden reclamarse ante ella las violaciones de los derechos establecidos en dichos instrumentos internacionales¹⁸⁷. Este hecho aclaratorio es muy importante, debido a que en algunos casos los justiciables pretenden forzar a su favor una decisión, procurando que la Corte sea una instancia judicial más, lo cual no es así, siendo por ello muy importante la labor de filtro que realiza la Comisión.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos establece en los artículos 52° al 69°, su organización, competencia, funciones, y procedimiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como en los artículos 70° al 73° del mismo texto supranacional, sus Disposiciones Comunes. En lo que respecta a su organización, tan igual que la Comisión, la Corte está integrado por 7 miembros o jueces, nacionales de los Estados Miembros, no debiendo existir

¹⁸⁶ CASTAÑEDA OTSU, Susana Ynés. *Constitucionalismo y Democracia en América Latina: Controles y Riesgos*. Editorial adrus. Lima. 2014. Pág. 100.

¹⁸⁷ FIX-ZAMUDIO, Héctor., *Los Derechos Humanos y su Protección Internacional*, Grijley E.I.R.L, Perú, Pg. 99.

dos jueces que conforme el tribunal y que sean de la misma nacionalidad *-tal como se exige a los miembros de la Comisión-*, siendo elegidos por la Asamblea General de la Organización. La Corte IDH¹⁸⁸, órgano jurisdiccional del Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos, no es un órgano permanente ni integrado por un gran número de jueces, como lo es el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Así también, los jueces de la Corte son elegidos por un periodo de 06 años *-los de la Comisión son por 04 años-* y sólo podrán ser reelegidos una vez. Asimismo, los Jueces ejercerán sus funciones hasta la culminación de su mandato, sin embargo, excepcionalmente en los procesos donde se haya abocado, o este en el estadio procesal de emitir sentencia, el Juez no podrá ser sustituido por los nuevos jueces elegidos. El quórum para las deliberaciones de la Corte es de 5 jueces. Además, la Comisión comparecerá en todos los casos ante la Corte.

Sobre el tema de la competencia y funciones, el artículo 61° numeral 1 de la Convención, señala que sólo los Estados Partes y la Comisión tienen derecho a someter un caso a la decisión de la Corte¹⁸⁹, siendo necesario para ello, que previamente se haya agotado la jurisdicción interna. La Corte¹⁹⁰ es competente para decidir sobre la existencia o no de una violación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos por parte de un Estado, y para disponer una

¹⁸⁸ CASTAÑEDA OTSU, Susana Ynés. *Constitutionalismo y Democracia en América Latina: Controles y Riesgos*. Editorial adrus. Lima. 2014. Pág. 99.

¹⁸⁹ Vale decir que la víctima, sus familiares, o terceros no pueden hacerlo, pero quienes hubieran presentado la denuncia ante la Comisión, una vez llegado el asunto a la Corte, son parte autónoma en todo el proceso ante el Tribunal y no dependen de los argumentos esgrimidos por la Comisión en la presentación del caso.

¹⁹⁰ MARTÍNEZ SALGUEIRO, María Elena. *Nociones Básicas Sobre Derechos Humanos*. La Dirección de Derechos Humanos del Ministerio de Educación y Cultura de Montevideo. Uruguay. 2008. Pág. 51.

indemnización en favor de las víctimas o sus derechos habientes. Además, la Corte tiene competencia para interpretar la aplicación de las Disposiciones de la Convención.

En relación al alcance de la indemnización, la Corte ha dispuesto que la reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional consiste en la plena restitución, o restitución integral, lo que incluye el restablecimiento de la situación anterior, la reparación de las consecuencias que la infracción produjo y el pago de una indemnización como compensación por los daños patrimoniales y extrapatrimoniales, incluyendo el daño moral”¹⁹¹.

Por otra parte, respecto al procedimiento, el mismo artículo 66° de la Convención obliga a los Jueces de la Corte a motivar sus decisiones en la sentencia que emitan, incluso, de ser el caso, el Juez que lo considere conveniente puede agregar al fallo la opinión disidente o individual que considere. El fallo que emite la Corte es definitivo e inapelable, sin embargo, en el caso de un desacuerdo por algunas de las partes, la Corte interpretara a petición de ésta, siempre y cuando lo haya solicitado dentro del plazo de los 90 días siguientes, a partir de la notificación de la sentencia. En relación a esto último, María Elena Martínez Salguero señala que si bien el fallo es inapelable; sin embargo, cualquiera de las partes puede pedir su interpretación. También, la sentencia, en la parte que disponga una indemnización compensatoria (monto de dinero), puede ser hecha

¹⁹¹ MARTÍNEZ SALGUEIRO, María Elena. *Nociones Básicas Sobre Derechos Humanos*. La Dirección de Derechos Humanos del Ministerio de Educación y Cultura de Montevideo. Uruguay. 2008. Pág. 51.

efectiva internamente de acuerdo al procedimiento nacional para la ejecución de sentencias contra el Estado¹⁹².

Del mismo modo, se debe tener en cuenta que las sentencias¹⁹³ que emite la Corte IDH, según la tipología de sentencias, es la siguiente: sobre excepciones preliminares, sobre el fondo, reparaciones, medidas provisionales e interpretación de la sentencia. Todas ellas vinculan a los órganos jurisdiccionales de los ordenamientos internos, porque contienen las interpretaciones que realiza la Corte IDH acerca de la Convención Americana y de los Tratados del Sistema Interamericano. Además, una vez emitidas gozan de la fuerza de la cosa juzgada de las decisiones y deben ser cumplidas en el Estado Parte declarado responsable.

Un aspecto a tomar en cuenta, y tal como sucede con los miembros de la Comisión, los miembros de la Corte IDH, gozan desde el momento de su elección de inmunidad diplomática por el derecho internacional. Asimismo, no se les podrá exigírseles de responsabilidad alguna, por los fallos que emitieron cuando ejercieron el cargo de Jueces de la Corte.

A la fecha, la Corte cuenta con un Reglamento vigente aprobado por este organismo en su LXXXV Período Ordinario de Sesiones celebrado del 16 al 28 de noviembre de 2009¹⁹⁴; así como un Estatuto, el mismo que fue aprobado

¹⁹² MARTÍNEZ SALGUEIRO, María Elena. *Nociones Básicas Sobre Derechos Humanos*. La Dirección de Derechos Humanos del Ministerio de Educación y Cultura de Montevideo. Uruguay. 2008. Pág. 51.

¹⁹³ CASTAÑEDA OTSU, Susana Ynés. *Constitucionalismo y Democracia en América Latina: Controles y Riesgos*. Editorial adrus. Lima. 2014. Pág. 100.

¹⁹⁴ El primer Reglamento de la Corte fue aprobado por el Tribunal en su III Período Ordinario de Sesiones, celebrado del 30 de junio al 9 de agosto de 1980; el segundo Reglamento fue aprobado en su XXIII Período Ordinario de Sesiones, celebrado del 9 al 18 de enero de 1991; el tercer Reglamento fue aprobado en su XXXIV Período Ordinario de Sesiones, celebrado del 9 al 20 de septiembre de 1996; el cuarto Reglamento

mediante Resolución N° 448, adoptada por la Asamblea General de la OEA en su noveno período de sesiones, celebrado en La Paz, Bolivia, octubre de 1979.

Así también, Héctor Fix Zamudio señala que una reflexión final de carácter introductivo nos conduce a la afirmación de que no obstante su denominación, la Corte Interamericana debe considerarse en realidad como un tribunal internacional latinoamericano, si se toma en consideración de que todos los gobiernos de Latinoamérica se han sometido a su competencia jurisdiccional (y *algunos otros del Caribe angloamericano*), pero no lo han hecho los dos Estados más extensos y poderosos de nuestro Continente que son miembros de la Organización de Estados Americanos, es decir, Estados Unidos y Canadá, los que tampoco han ratificado la Convención Americana, y no parece que lo hagan en un futuro más o menos cercano¹⁹⁵.

En el caso del Perú, constitucionalmente nuestro país ha reconocido a este órgano jurisdiccional del sistema interamericano en el segundo párrafo de la décima sexta Disposición General y Transitoria de la Constitución de 1979, siendo ratificado tiempo después, en la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993, siendo sus fallos vinculantes, habiendo¹⁹⁶ logrado que su jurisprudencia se irradie hacia los jueces del Poder Judicial y miembros de los Tribunales Constitucionales, como es el caso de Perú.

fue aprobado en su XLIX Período Ordinario de Sesiones, celebrado del 16 al 25 de noviembre de 2000, el cual fue reformado en su LXI Período Ordinario de Sesiones, celebrado del 20 de noviembre al 4 de diciembre de 2003, y en su LXXXII Período Ordinario de Sesiones, celebrado del 19 al 31 de enero de 2009.

¹⁹⁵ FIX-ZAMUDIO, Héctor., *Los Derechos Humanos y su Protección Internacional*, Grijley E.I.R.L, Perú, Pg. 101.

¹⁹⁶ CASTAÑEDA OTSU, Susana Ynés. *Constitutionalismo y Democracia en América Latina: Controles y Riesgos*. Editorial adrus. Lima. 2014. Pág. 100.

2.1.3.6 El derecho de defensa en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Conforme se mencionó líneas atrás, la Convención Americana contiene en esencia derechos civiles y políticos, tomados como referencia, de manera directa, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y de manera indirecta, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (Art. 10°) y la Declaración Americana de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (Art. XXVI). Uno de estos derechos es el derecho a la defensa, el cual forma parte de los derechos individuales, y que tan igual como los otros derechos ha evolucionado a lo largo de la historia, tomando mayor importancia este derecho humano después de la revolución francesa de 1789, donde se positivizó, siendo incluido de manera implícita en la Declaración Universal de 1948, teniendo la condición de derecho universal, y como tal, debe ser respetado por los Estados miembros y partes, así como incluido en sus ordenamientos jurídicos.

Al respecto, Enrique Bernales Ballesteros señala que el derecho de defensa es esencial en todo ordenamiento jurídico. Mediante él se protege una parte medular del debido proceso. Las partes en juicio deben estar en la posibilidad jurídica y fáctica de ser debidamente citadas, oídas y vencidas mediante prueba evidente y eficiente. El derecho de defensa garantiza que ello sea así¹⁹⁷. Por esta razón, en la actualidad este derecho humano se encuentra previsto y positivizado en las Constituciones de los Estados Partes, debiendo los funcionarios públicos de

¹⁹⁷ BERNALES BALLESTEROS, Enrique. La Constitución de 1993. Análisis Comparado. Quinta Edición. Editora RAO. Lima. 1999. Pág. 633.

la administración de justicia y de la administración pública tomar en cuenta en los procedimientos previos y dentro del proceso judicial, así como en los procedimientos administrativos. Este hecho ha sido establecido en los fallos emitidos por la Corte IDH¹⁹⁸.

Ahora bien, como señala Cecilia Medina Quiroga, el artículo 8.2 de la Convención también se preocupa de establecer algunos derechos que parecen esenciales para que la persona pueda defenderse de los cargos que se le imputan. Aun cuando corresponde al Estado probar la culpabilidad del acusado, éste debe estar en condiciones de tratar de desvirtuar las pruebas que el Estado presenta para fundar su acusación¹⁹⁹. Así, este artículo 8°.2 de la CADH, y conforme se analizará más adelante, contiene un conjunto de principios -*como por ejemplo la presunción de inocencia*- y de actos procesales que forman parte del derecho de defensa. Además, no olvidemos que todos los derechos humanos se encuentran sistematizados, guardando relación los unos con los otros.

En efecto, el artículo 8.2 establece en su literal c) el derecho del inculcado a disponer del tiempo y los medios adecuados para la preparación de su defensa. La decisión respecto del tiempo adecuado para preparar su defensa y de los medios deberá tomarse caso a caso. En el caso Castillo Petruzzi y otros, la Corte decidió

¹⁹⁸ En cuanto respecta a las garantías contempladas en los artículos 8.2 y 8.3 de la Convención Americana, observa el Tribunal que si bien parece contraerse al amparo de personas sometidas a un proceso judicial (artículo 8.2) o inculpadas en el marco del mismo (8.3), a juicio de la Corte también se tienen que respetar en procedimientos o actuaciones previas o concomitantes a los procesos judiciales que, de no someterse a tales garantías, pueden tener un impacto desfavorable no justificado sobre la situación jurídica de la persona que se trata. (Caso Miritza Urrutia Vs Guatemala, Fondo, Reparaciones y Costos. Sentencia del 27 de noviembre de 2003. Serie C N° 103).

¹⁹⁹ MEDINA QUIROGA, Cecilia. La Convención Americana: Teoría y Jurisprudencia Vida, Integridad Personal, Libertad Personal, Debido Proceso y Recurso Judicial. Impreso en los talleres de Mundo Gráfico de San José de Costa Rica. Chile. 2003. Pág. 322.

que Perú había violado este derecho, puesto que, de acuerdo al Código de Justicia Militar, aplicado al caso por el tribunal militar peruano, una vez producida la acusación fiscal se concedía a la defensa doce horas para conocer de los autos, tiempo a todas luces insuficiente para poder prepararla adecuadamente. Además, había un sinnúmero de restricciones a la labor de los abogados defensores para la preparación de la defensa²⁰⁰. Este hecho indudablemente vulnera el derecho al plazo razonable que tiene la defensa técnica de un acusado, de poder preparar una adecuada estrategia de defensa, así como recabar las suficientes pruebas para ser actuadas en juicio oral, todo ello forma parte del derecho de defensa. Además, no olvidemos que el derecho a la defensa forma parte de manera indirecta e implícita del principio del debido proceso, por lo que, al vulnerar el derecho a la defensa, también se estaría contraviniendo las garantías judiciales previstas en el artículo 8°.1 de la Convención.

Por otra parte, del contenido de los literales a), b), d), e), f) y g) del numeral 2, artículo 8° de la Convención Americana, se advierte que dentro del abanico de derechos que guardan relación con el derecho a la defensa, se tiene el derecho a ser asistido por un traductor, tener conocimiento detallado del contenido de la acusación que se le imputa, derecho a ejercer su defensa material *-personal-*, así como defensa formal o procesal o técnica, a través de un profesional abogado, designado libremente por éste, y en caso de no tener los recursos para contratar un Abogado, el Estado le debe proporcionar uno de oficio *-siempre y cuando ejerza una defensa eficaz o efectiva-*. Asimismo, tiene derecho a intervenir en las

²⁰⁰ MEDINA QUIROGA, Cecilia. La Convención Americana: Teoría y Jurisprudencia Vida, Integridad Personal, Libertad Personal, Debido Proceso y Recurso Judicial. Impreso en los talleres de Mundo Gráfico de San José de Costa Rica. Chile. 2003. Pág. 325.

declaraciones de los testigos y peritos que estos presten en el desarrollo del proceso, así como hacerlos comparecer a juicio para que sean interrogados *-por la Fiscalía-* o examinados *-a nivel de juicio oral-*. Además, no puede declarar en contra de él ni auto inculparse, de ser así, dicha declaración sería nula porque estaría vulnerando el principio de la no autoincrimación. Así también tiene derecho a impugnar los actos procesales que los funcionarios que administran justicia, emitan en el ejercicio de sus funciones, ello en aplicación del principio a la pluralidad de instancias.

Sobre el tema, la Corte IDH ha señalado que, el derecho a la defensa debe necesariamente poder ejercerse desde que se señala a una persona como posible autor o participe de un hecho punible y solo culmina cuando finaliza el proceso, incluyendo, en su caso, la etapa de ejecución de la pena²⁰¹. Asimismo, impedir que la persona ejerza su derecho de defensa desde que se inicia la investigación en su contra y la autoridad dispone o ejecuta actos que implican afectación de derechos es potenciar los poderes investigados del Estado en desmedro de derechos fundamentales de la persona investigada. El derecho a la defensa obliga al Estado a tratar al individuo en todo momento como un verdadero sujeto del proceso, en el más amplio sentido de este concepto, y no simplemente como objeto del mismo²⁰².

Además, la Corte señala que, para satisfacer el artículo 8.2.b convencional, el Estado debe informar al interesado no solamente de la causa de la acusación, esto

²⁰¹ Caso Suarez Rosero vs Ecuador. Fondo. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C N° 35.

²⁰² Caso Barreto Leiva Vs Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C N° 206.

es, las acciones u omisiones que se le imputan, sino también las razones que llevan al Estado a formular la imputación, los fundamentos probatorios de ésta y la caracterización legal que se da a esos hechos. Toda esa información debe ser expresa, clara, integral y suficientemente detallada para permitir al acusado que ejerza plenamente su derecho a la defensa y muestre al Juez su versión de los hechos²⁰³. Así también, sobre la defensa eficaz o efectiva de los abogados defensores proporcionados por el Estado *-defensores públicos o defensores de oficio-*, la²⁰⁴ Corte resalta que la asistencia letrada suministrada por el Estado debe ser efectiva, para lo cual el Estado debe adoptar todas las medidas adecuadas *-no resulta una defensa eficaz cuando el letrado solo concurre al inicio del acto procesal, a su culminación, o solo viene a firmar el acta-*.

En resumen, todo lo relativo al derecho de defensa se encuentra previsto en el artículo 8°.2 de la Convención Americana, el cual contiene un conjunto de principios y actos de substanciación que tienen que ser tomados en cuenta por funcionarios públicos de un Estado Parte, en la tramitación de un proceso. Además, este derecho humano se encuentra previsto en la mayoría de las Constituciones de los Estados partes como derechos fundamentales o derechos constitucionales de los derechos humanos, formando parte, de manera implícita, del principio del debido proceso.

2.1.3.7 La Tutela de Derechos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

²⁰³ Caso López Álvarez Vs Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C N° 141.

²⁰⁴ SILVA GARCÍA, Fernando. Jurisprudencia Interamericana sobre Derechos Humanos. Criterios Esenciales. Edit. Poder Judicial de la Federación. México. 2011. Pág. 232.

Este otro derecho humano *-tutela de derechos o tutela jurisdiccional efectiva-*, se encuentra previsto de manera implícita en el artículo 25° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Esta norma supranacional citada lleva como título “*Protección judicial*”, y contiene en esencia, el recurso efectivo que tiene toda persona ante las instancias judiciales cuando se le vulneren sus derechos. Asimismo, comprende *-el recurso efectivo-* el compromiso que tiene el Estado Parte en garantizar que los funcionarios públicos que administran justicia *-y de la administración pública-*, en expresar mediante sus fallos, las peticiones que realizan las personas, a través del acceso a la justicia. Dichos fallos deben ser de manera oportuna²⁰⁵, motivada y efectiva *-a través del cumplimiento del fallo-*.

Así mismo, y en relación a lo expuesto, Cecilia Medina Quiroga menciona que la existencia de derechos humanos consagrados en la Convención Americana, que constituyen un mínimo que los Estados partes deben respetar y garantizar²⁰⁶, requiere el establecimiento de mecanismos para su control y protección. Como la responsabilidad primaria del cumplimiento de las obligaciones internacionales corresponde al Estado, es éste el que debe establecer, en el ámbito nacional, recursos efectivos para proteger los derechos, sin perjuicio de la existencia de mecanismos de control subsidiarios en el ámbito internacional. El objetivo de los derechos humanos es que ellos sean gozados y respetados en todo momento y lugar y que, ante la eventualidad de que sean violados, exista una respuesta rápida

²⁰⁵ El derecho a la tutela judicial efectiva exige entonces a los jueces que dirijan el proceso de modo de evitar que dilaciones y entorpecimientos indebidos, conduzcan a la impunidad, frustrando así la debida protección judicial de los derechos humanos (Caso Bulacio Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencias de 18 de setiembre de 2003. Serie C N° 100).

²⁰⁶ Este deber que tienen los Estados Partes de respetar y garantizar el cumplimiento de los derechos humanos dentro su jurisdicción, se encuentra dispuesto en el artículo 1° de la Convención.

para protegerlos; ella sólo puede llegar del Estado respectivo, puesto que la supervisión internacional es necesariamente lenta y tardía y sería completamente imposible que pudiera reemplazar con eficacia la protección nacional. Estos son los fundamentos sobre los que se asienta el artículo 25 de la Convención Americana, que consagra el derecho del individuo a que sus derechos humanos sean protegidos eficientemente en el ámbito nacional, por medio de un recurso judicial, derecho que se conoce en nuestro continente como el derecho al recurso de amparo²⁰⁷. En el caso del Perú, este derecho humano *-así como los demás derechos humanos-* forma parte de nuestro derecho nacional interno, conforme lo manda el artículo 55° de la Constitución; por lo que, en consecuencia, se encuentra también previsto en las leyes ordinarias.

Sobre lo dicho, Máximo Castillo Quispe, invocando a Gonzáles Pérez, sostiene que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es el derecho de toda persona a que se le haga justicia, a que cuando pretenda algo de otra, esta pretensión sea atendida por un órgano jurisdiccional, a través de un proceso con garantías mínimas²⁰⁸. Por ello, la Corte señala que los Estados tienen la obligación general de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción. Conforme a lo señalado por la Convención Americana, una de las medidas positivas que los Estados Partes deben suministrar para salvaguardar la obligación de garantía es proporcionar recursos judiciales efectivos de acuerdo con las reglas del debido

²⁰⁷ MEDINA QUIROGA, Cecilia. La Convención Americana: Teoría y Jurisprudencia, Vida, Integridad Personal, Libertad Personal, Debido Proceso y Recurso Judicial. Impreso en los talleres de Mundo Gráfico en San José, Costa Rica. Chile. 2003. Pág. 358.

²⁰⁸ CASTILLO QUISPE, Máximo. Manual de Derecho Procesal Civil. Editorial Jurista Editores. Lima. 2008. Pág. 39.

proceso legal, así como procurar el restablecimiento del derecho conculcado, si es posible, y la reparación de los daños producidos²⁰⁹.

Por otra parte, la Corte IDH también ha mencionado en sus fallos que la denegación del acceso a la justicia se relaciona con la efectividad de los recursos, previsto en el artículo 25° de la Convención Americana, ya que no es posible afirmar que un proceso penal, en el cual el esclarecimiento de los hechos y la determinación de la responsabilidad penal imputada, se hace imposible por una demora injustificada en el mismo, pueda ser considerado como un recurso judicial efectivo. El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva exige a los jueces que dirijan el proceso en forma que eviten dilaciones y entorpecimientos indebidos que conduzcan a la impunidad, frustrando así la debida protección judicial de los derechos humanos²¹⁰. Nótese en esta última parte que el tema de que el órgano jurisdiccional produzca dilaciones indebidas en la tramitación de un proceso penal, es considerado como una afectación a la efectividad del proceso, con lo cual se desnaturalizaría el principio de la tutela de derechos, el mismo que está referido a un recurso rápido, sencillo y oportuno.

En ese sentido, de lo expresado en los párrafos precitados, se advierte que la tutela de derechos o tutela jurisdiccional efectiva, se encuentra prevista de manera implícita en el artículo 25° de la Convención Americana, concordante con el artículo 8°.1 del mismo tratado. La razón de ser de este derecho humano, está referido en el hecho de que las personas que sufran vulneraciones de sus derechos,

²⁰⁹ Caso Albán Cornejo y otros. Vs. Ecuador. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2007. Serie C No. 171.

²¹⁰ Caso Bayarri Vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de octubre de 2008. Serie C No. 187.

antes de un proceso o dentro del mismo, puedan tener acceso a la justicia, a fin de reclamar ante los funcionarios públicos competentes de un Estado Parte *-en igualdad de condiciones y sin discriminación-* la violación de sus derechos, a fin de que éste funcionario tutele sus derechos, claro está, cumpliendo los requisitos exigidos por ley. Asimismo, el fallo que emita el funcionario judicial *-o funcionario público-*, deberá ser oportuno, sin dilaciones, motivado y efectivo, siendo el Estado el primer obligado en garantizar la efectividad de este derecho.

2.1.3.8 El derecho fundamental de igualdad ante la ley en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

A diferencia de la tutela de derecho, el principio-derecho de igualdad viene a ser un derecho universal previsto de manera expresa en el artículo 24° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, siendo considerado en la mayoría de las legislaciones nacionales internas de los Estados Partes, debido a que las²¹¹ relaciones existentes entre los tribunales internos y los internacionales son más reales que aparentes.

Así mismo, este derecho también ha evolucionado a lo largo de la historia, así, de lo señalado *ut supra*, se advierte que este derecho fue mencionado tácitamente en la antigüedad en el Código de Hammurabi y el Cilindro de Ciro *-relacionado a la esclavitud-*; sin embargo, no alcanzó la expectativa esperada en su totalidad, siendo recién con la revolución francesa que se positivizó, incluso fue incluido como uno de los ideales de la revolución *-libertad, igualdad,*

²¹¹ PAZO PINEDA, Oscar Andrés. Los Derechos Fundamentales y el Tribunal Constitucional. Gaceta Jurídica. Lima. 2014. Pág. 229.

dignidad-. Además, este derecho es entendido desde dos aspectos: igualdad ante la ley, e igualdad en la ley; así como una consecuencia accesoria, la no discriminación de las personas. Así también, tan igual como los otros derechos humanos precitados, es obligación primaria de los Estados Partes garantizar a través de sus funcionarios públicos el respeto del derecho a la igualdad.

Este hecho expuesto en el párrafo precedente, obliga a los tribunales a comportarse de manera similar frente a todas las partes del mismo y en que las partes deben tener los mismos derechos, tanto para presentar peticiones, argumentos y pruebas como para objetar las peticiones y las pruebas que el otro presente, e incluye también la noción de que las normas de procedimiento deben estar formuladas de manera tal que no pongan a una de las partes en desventaja frente a la otra²¹². Por ello, la Corte IDH establece en sus fallos, que los Estados tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones de carácter discriminatorio, combatir las prácticas de ese carácter y establecer normas y otras medidas que reconozcan y aseguren la efectiva igualdad ante la ley de todas las personas²¹³. Esto, en esencia, es lo que se conoce como igualdad ante la ley, donde la ley que emite el Estado debe estar predeterminado para toda persona, sin discriminación ni favoritismo, siendo que, lo que es para una, lo es para la otra.

²¹² MEDINA QUIROGA, Cecilia. La Convención Americana: Teoría y Jurisprudencia, Vida, Integridad Personal, Libertad Personal, Debido Proceso y Recurso Judicial. Impreso en los talleres de Mundo Gráfico en San José, Costa Rica. Chile. 2003. Pág. 304.

²¹³ Caso Yatama Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127.

Por otra parte, Ferrer Mac-Gregor Poisot, señala que el principio de igualdad ante la ley, se encuentra estrechamente relacionado con los derechos de igualdad y no discriminación. Este principio no implica que todos los individuos deban encontrarse siempre y en cualquier circunstancia en condiciones de absoluta igualdad, sino que se refiere a la igualdad genérica, la cual se traduce en el derecho de todos los gobernados de recibir el mismo trato que aquellos que se encuentran en similar situación de hecho²¹⁴. Además, no toda desigualdad de trato es violatoria de garantías, sino sólo cual produce distinción entre situaciones objetivas y de hechos iguales, sin que exista para ello una justificación razonable e igualmente objetiva, de manera que a iguales supuestos de hecho corresponden similares situaciones jurídicas²¹⁵. Como todo derecho, no es absoluto, sino relativo, por ello la Corte hace una precisión, realizando en sus fallos una definición entre distinción y discriminación, basado en la objetividad y razonabilidad.

Al respecto, Fernando Silva García, explica que la Opinión Consultiva N° OC-4/84 del 19 de enero de 1984, ha precisado que “(...) *Sin embargo, por lo mismo que la igualdad y la no discriminación se desprenden de la idea de unidad de dignidad y naturaleza de la persona es preciso concluir que no todo tratamiento jurídico diferente es propiamente discriminatorio, porque no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por si misma, de la dignidad humana. Ya la Corte Europea de Derechos Humanos basándose “en los*

²¹⁴ FERRER MAC-GREGOR POISOT, Eduardo. Derechos Humanos en la Constitución: Comentarios de Jurisprudencia Constitucional e Interamericana, Primera Edición. Editado por Suprema Corte de La Nación. México. 2013. Pág. 266.

²¹⁵ FERRER MAC-GREGOR POISOT, Eduardo. Derechos Humanos en la Constitución: Comentarios de Jurisprudencia Constitucional e Interamericana, Primera Edición. Editado por Suprema Corte de La Nación. México. 2013. Pág. 266.

principios que pueden deducirse de la práctica jurídica de un gran número de Estados democráticos” definió que solo es discriminatoria una distinción cuando “carece de justificación objetiva y razonable”. (...).²¹⁶.

Por su parte, la Corte IDH ha señalado que “(...) *Es discriminatoria una distinción que carezca de justificación objetiva y razonable (...).*”²¹⁷. Asimismo, “(...) *El artículo 24 de la Convención prohíbe todo tratamiento discriminatorio de origen legal. De este modo la prohibición de discriminación ampliamente contenida en el artículo 1.1 respecto de los derechos y garantías estipulados por la Convención, se extiende al derecho interno de los Estados parte (...)*”²¹⁸.

En ese sentido, se entiende que dentro de un debido proceso existe igualdad procesal en las partes, es decir como bien señala la doctrina supranacional, a iguales supuestos de hecho corresponden similares situaciones jurídicas. Esto quiere decir que las partes procesales dentro de un proceso, ante determinadas situaciones jurídicas de una parte, corresponden similar derecho a la otra parte, no pudiendo un Estado insertar en su ordenamiento jurídico leyes que discriminen el uso de herramientas legales, solamente a una de las partes procesales. Además, no toda distinción es atentatoria a la discriminación, siempre y cuando se encuentra justificado en la objetividad y razonabilidad. Justamente, el presente trabajo busca una igualdad en lo que respecta al uso del instituto procesal de la tutela de derechos que deben tener las partes en la tramitación de un proceso penal; sin

²¹⁶ SILVA GARCIA, Fernando. *Jurisprudencia Interamericana sobre Derechos Humanos Criterios Esenciales*, Primera Edición. México. 2011. Pág. 428.

²¹⁷ Caso Yatama Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127.

²¹⁸ Caso Perozo y otros vs Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 28 de enero de 2009. Serie C N° 195.

embargo, al ser considerado en el Código Procesal Penal de 2004, como una facultad exclusiva del imputado, y no del agraviado *-en igualdad de armas-*, tal hecho demuestra que este código citado contraviene el derecho humano de igualdad ante la ley en la tramitación de un proceso.

2.1.3.9 El control convencional.

En nuestro país, según la doctrina, existen dos formas de hacer control de constitucionalidad: el control difuso *-que está a cargo de los jueces del Poder Judicial, artículo 138°, segundo párrafo de la Constitución-*, y el control concentrado *-que está a cargo del Tribunal Constitucional, artículo 201° de la Constitución-*. Estas dos formas de controles que realiza el Estado, conocidos también como sistema dual, están referidos netamente a la protección de los derechos fundamentales; en el primer caso, cuando el Juez al momento de resolver advierte que existe una incompatibilidad entre una norma constitucional y una ley o una ley con una norma de menor jerarquía, entonces deberá aplicar la de mayor nivel jerárquico *-control difuso-*; mientras que, en el segundo caso, el Tribunal Constitucional es el encargado de proteger y hacer respetar los derechos fundamentales previstos en la Constitución *-control concentrado-*²¹⁹.

De lo expuesto, se advierte que se ha implementado un sistema de protección interno, con la finalidad de proteger las normas de derechos fundamentales o

²¹⁹ “La interpretación constitucional se ha transformado paulatinamente en una labor altamente técnica que requiere sensibilidad jurídica, política y social y, por tanto, ha sido inevitable que desembocara en el establecimiento de una justicia constitucional, de manera que actualmente impera el principio de que los jueces ordinarios (en el sistema llamado indirecto o difuso) o los magistrados constitucionales (en el régimen concentrado o de los tribunales constitucionales) los capacitados, por la índole de sus funciones para interpretar con mayor precisión las disposiciones fundamentales y hacerlas vivir realmente en el medio social para el que fueron dictadas. **FIX-ZAMUDIO, Héctor. Derecho Constitucional Mexicano y Comparado, Sexta Edición. Editorial Porrúa. México. 2009. Pág. 167-168.**

derechos constitucionales de los derechos humanos, previstos en el texto constitucional de un Estado Parte; sin embargo, surgen las siguientes interrogantes: *¿Qué sucede si una norma sobre derechos humanos es incompatible con una norma legal de derecho nacional interno de un Estado Parte? ¿Cuál de las dos normas deberán aplicar los funcionarios encargados de la administración de justicia? ¿El control que tendrían que hacer los funcionarios públicos encargados de la administración de justicia, lo pueden hacer de oficio o solamente a petición de parte? ¿Solo los funcionarios judiciales son los encargados de realizar de este control, o es una facultad que les corresponde a todos los funcionarios públicos (autoridades) de un Estado Parte?.*

Estas interrogantes planteadas en el párrafo precitado, al ser resueltas por la Corte IDH, motivó a que de origen al control convencional, conocido también como control de convencionalidad o control difuso convencional, siendo este instituto procesal internacional una tercera forma de control que realizan los funcionarios públicos de un Estado Parte dentro su territorio, bajo el razonamiento legal impuesto en la Convención Americana, en el sentido de que todas las normas que emiten los Estados deberán hacerse de acuerdo a las normas previstas en la Convención (Art. 2° CADH).

Ahora bien, respecto del control convencional, Omar Sumaría Benavente señala que el control difuso convencional consiste en el deber de los jueces nacionales en realizar un examen de compatibilidad entre las disposiciones y actos internos que tiene que aplicar un caso concreto con los tratados internacionales y

la jurisprudencia en la Corte Interamericana de DD.HH²²⁰. Asimismo, Cesar Landa Arroyo menciona que, en principio, el control de convencionalidad, tal como ha sido conceptualizado por el tribunal interamericano es un examen de contraste que tiene como norma controlante o parámetro controlador a la Convención Americana sobre Derechos Humanos. De modo que el control de convencionalidad, debe ser realizado, en primer lugar por los jueces nacionales, y eventualmente por la Corte Interamericana en el ejercicio de su competencia contenciosa²²¹.

Por su parte, Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Carlos María Pelayo Moller, establecen que el control convencional constituye un medio por el cual los poderes públicos de un Estado pueden dar cumplimiento a lo estipulado por la Convención y la correspondiente interpretación que realiza la Corte IDH, interprete último y definitivo del Pacto de San José. De esta manera, los jueces de los Estados Partes de la Convención (*y en general todas las autoridades*) se encuentran obligados al cumplimiento de la normatividad convencional y la doctrina jurisprudencial de la Corte IDH sobre “el control difuso de convencionalidad” les facilita esta labor, para realizar interpretaciones de las disposiciones nacionales (*incluidas las del texto constitucional*) que sean conforme al Pacto de San José y del *corpus iuris* interamericano²²². Del contenido doctrinario precitado, y como veremos más adelante en la jurisprudencia supranacional emitida por la Corte IDH, ya se hace

²²⁰ SUMARIA BENAVENTE, Omar. Introducción al Sistema de la Tutela Jurisdiccional, Segunda Edición. Editorial RODHAS. Lima. 2014. Pág. 244.

²²¹ LANDA AROYO, Cesar. Convencionalización del Derecho Peruano. Editorial PALESTRA. Lima. 2016. Pág. 72.

²²² FERRER MAC-GREGOR, Ferrer y PELAYO MOLLER, Carlos María. Convención Americana sobre Derechos Humanos, Comentarios de Christian Steiner y Patricia Uribe. Impreso por Plural Editores. Bolivia. 2014. Pág. 81

mención en esta parte que el control convencional no solo es una obligación de los jueces, sino también de cualquier funcionario público o autoridad que represente al Estado.

Estos argumentos doctrinarios expuestos en el párrafo precedente, responden a las interrogantes planteadas *ut supra*, en el sentido que ya sea de oficio o a petición del interesado, los funcionarios públicos de la administración de justicia (*incluido las autoridades*) de un Estado Parte pueden aplicar control convencional a un caso concreto que se les presente, al advertir la existencia de incompatibilidad entre una norma de derecho interno y una norma supranacional prevista en la Convención Americana. Este²²³ hecho se trata de una obligación que comparten el Juez nacional y la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos, aunque esta actúa de conformidad del principio de subsidiaridad y, por ende, el control que realiza es más bien incidental.

A manera de antecedente, y sin perjuicio que lo desarrollaremos más adelante, César Landa Arroyo menciona que el control convencional, en principio, se deriva del artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que establece que los Estados deben adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades reconocidos en la CADH²²⁴. Efectivamente, el punto de partida del control convencional radica en la norma legal precitada de la Convención Americana, el cual obliga a los Estados Partes a adecuar sus legislaciones internas al contenido de las normas

²²³ LANDA AROYO, Cesar. Convencionalización del Derecho Peruano. Editorial PALESTRA. Lima. 2016. Pág. 72.

²²⁴ LANDA AROYO, Cesar., Convencionalización del Derecho Peruano, PALESTRA, Perú, 2016, Pg. 71 y 72.

previstas en la Convención, así como a no emitir normas legales de carácter interno que sean contrarias al Pacto de San José, siendo el Control Convencional una forma de control a la cual están obligados los funcionarios públicos de un Estado Parte, a fin de que este último no sea sancionado internacionalmente, por contravenir los derechos humanos previstos en la Convención Americana.

Al respecto, la Corte IDH ha establecido que “(...) *Ya en una ocasión anterior esta Corte ha dicho: son muchas las maneras como un Estado puede violar un tratado internacional, y específicamente, la Convención. En este último caso, puede hacerlo, por ejemplo, omitiendo dictar normas a que está obligado por el artículo 2. También, por supuesto, dictando disposiciones que no estén en conformidad con lo que de él exigen sus obligaciones dentro de la Convención. (...)*”²²⁵. Además, en el caso *Gelman vs Uruguay* la Corte IDH ha establecido que esta obligación debe realizarla cualquier autoridad pública *-funcionario público-* y no solamente los jueces *-funcionarios judiciales-*²²⁶. Esta jurisprudencia emitida por la Corte es relevante, debido a que obliga tanto a los jueces nacionales, así como a todo funcionario público de un Estado Parte, a realizar el control difuso convencional en la substanciación de un procedimiento a su cargo.

En tal sentido, el control convencional es aquel control que realizan los jueces, así como los funcionarios de la administración pública, ya sea de oficio o a petición de parte, cuando en la substanciación de un procedimiento, advierten la incompatibilidad que existiese entre una norma de derecho interno y una norma

²²⁵ Opinión Consultiva OC-14/94 del 09 de diciembre de 1994. Serie A Nro. 14.

²²⁶ Caso *Gelman Vs Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia del 24 de febrero de 2011. Serie C, número 221, párrafo 239.

internacional prevista en la Convención Americana, teniendo su amparo legal dicho control en el artículo 2° de la Convención.

2.1.3.10 Evolución del control convencional.

El tema de la evolución de este instituto procesal supranacional, a manera de contexto histórico, radica, en esencia, a pronunciamientos que realizaron los jueces de la Corte IDH, al advertir de las denuncias planteadas por las víctimas, que varios Estados Partes, en un primer momento, tenían vigentes derechos nacionales internos que contravenían a la Convención Americana; y en un segundo momento, que los funcionarios públicos de un Estado Parte, en la substanciación de un procedimiento, preferían aplicar la norma de derecho interno, dejando de lado las normas convencionales, siendo necesario por ello que la Corte haga un control.

Como señala Gerardo Eto Cruz, citando a Daniel O'DONNELL, lo que hoy ha tomado cuerpo en el marco de la jurisdicción supranacional en América Latina, bajo el *nomen iuris de* "Control de Convencionalidad" no ha surgido de un momento a otro²²⁷. Asimismo, dicho autor señala que el primer punto de inicio que marca históricamente el Control Convencional se gesta con el caso Almonacid Arellano y otros vs Chile -26 de septiembre de 2006-. Allí la Corte IDH establece los lineamientos de los conflictos que se presentan dentro del ordenamiento interno²²⁸. Esta sentencia emitida por el órgano jurisdiccional supranacional precitado, sirvió como base para futuras decisiones que la Corte ha

²²⁷ ETO CRUZ, Gerardo. Nuevas Perspectivas del Derecho Procesal Constitucional. Editorial adrus editores. Lima. 2018. Pág. 91.

²²⁸ ETO CRUZ, Gerardo. Nuevas Perspectivas del Derecho Procesal Constitucional. Editorial adrus editores. Lima. 2018. Pág. 95.

emitido dentro de sus facultades y competencias, sirviendo como lineamientos para los funcionarios públicos que administran justicia en los Estados Partes.

Efectivamente, y en relación a lo mencionado *ut supra*, el control de convencionalidad, con dicha denominación, aparece por primera vez en la jurisprudencia contenciosa de la Corte IDH en el caso *Almonacid Arellano vs. Chile*. Con anterioridad, el Juez Sergio García Ramírez, en su voto del caso *Myrna Mack Chang vs Guatemala -año 2003-*, había realizado una aproximación conceptual al control de convencionalidad que se realiza en la sede interamericana y en el ámbito interno de los Estados, pero en *Almonacid Arellano* la Corte precisa sus principales elementos²²⁹. Al respecto, Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Carlos María Pelayo Moller, mencionan que en esta primera concepción *-sobre Sergio García Ramírez-*, el control de convencionalidad se refiere esencialmente a la Corte IDH para conocer y decidir un caso aplicando la Convención Americana, tanto en los hechos como en el derecho de cualquier asunto que se le presente y en el cual sea competente²³⁰.

Por otra parte, como ya se adelantó líneas atrás, el Juez Sergio García Ramírez habría emitido votos anteriores donde hacía mención y análisis de la convencionalidad. Así, Susana Ynés Castañeda Otsu *-contrario a Humberto Sierra Porto-* señala que en el año 2003, el entonces Juez de la Corte IDH Sergio García Ramírez utilizó por primera vez el término control de convencionalidad.

²²⁹ SIERRA PORTO, Humberto A., Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 7 CONTROL DE CONVENCIONALIDAD, Pág. 04.

²³⁰ FERRER MAC-GREGOR, Ferrer y PELAYO MOLLER, Carlos María. Convención Americana sobre Derechos Humanos, Comentarios de Christian Steiner y Patricia Uribe. Impreso por Plural Editores. Bolivia. 2014. Pág. 64.

Lo hizo al emitir el voto concurrente razonado en el caso Myrna Mack Chang vs Guatemala. Posteriormente en el año 2004 desarrolló sus ideas en el voto concurrente razonado en el Caso Tibi vs Ecuador, en el cual expreso que la tarea de la Corte IDH se asemeja a la que realizan los tribunales constitucionales. Dos años después, en febrero de 2006, nuevamente emite un voto razonado en el caso López Álvarez vs Honduras, en el cual reitera su criterio en relación al control de convencionalidad que lleva a cabo la Corte IDH. Lo mismo ocurre en el voto razonado emitido el mismo mes y año precitado, en el Caso Vargas Areco vs Paraguay²³¹. Los votos del Juez García Ramírez, sin duda, constituyen precedentes en la evolución de la doctrina jurisprudencial del control de convencionalidad, además fue quien inicialmente utilizó la terminología de la citada doctrina. Es a partir de la sentencia del Caso Almonacid Arellano vs. Chile de fecha 26 de setiembre de 2006, que el pleno de la Corte IDH por primera vez hace suya la terminología del control de convencionalidad²³².

Así mismo, Castañeda Otsu, citando a Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, sostiene que la connotación es más amplia *-respecto del control convencional-*, pues tiene dos manifestaciones: una de carácter *“concentrada”* por parte de la Corte IDH en sede internacional, y otra de carácter *“difusa”* por los jueces

²³¹ “(...) Agrega -Sergio García Ramírez- que el “control de convencionalidad” fundado en la confrontación entre el hecho realizado y las normas de la Convención Americana no pretenden convertirse en una nueva y última instancia para conocer la controversia suscitada en el orden interno. Compara la actuación del tribunal constitucional con la de la Corte IDH, el primero, examina la conformidad del proceso y de las decisiones correspondientes con la Constitución, mientras que la Corte confronta los hechos internos – leyes, actos administrativos, resoluciones jurisdiccionales entre otros- con las normas de la Convención Americana. Concluye que el Juez internacional, al igual que el constitucional, no sustituye el juez ordinario en la apreciación de hechos y pruebas y la emisión de absoluciones o condenas. **CASTAÑEDA OTSU, Susana Ynés. Constitucionalismo y Democracia en América Latina. Controles y Riesgos. Editorial adrus. Lima. 2014. Pág. 101-102.**

²³² CASTAÑEDA OTSU, Susana Ynés. Constitucionalismo y Democracia en América Latina. Controles y Riesgos. Editorial adrus. Lima. 2014. Pág. 101-102.

nacionales, en sede interna *-de ahí proviene la denominación control difuso convencional-*. A su criterio, el control de convencionalidad constituye la razón de ser de la Corte IDH, la que realiza un control de compatibilidad entre el acto de violación (en sentido lato) y la convención Americana (y sus protocolos adicionales)²³³.

De lo expuesto, se tiene que el Control Convencional tiene su punto de partida en el voto emitido por el entonces Juez Sergio García Ramírez en el Caso Myrna Mack Chang vs Guatemala, en donde, según la doctrina y la jurisprudencia emitida por la Corte IDH, se usó por primera vez la denominación control de convencionalidad; sin embargo, es en el caso Almonacid Arellano vs Chile donde el pleno de la Corte por primera vez usa el término de control deconventionalidad, predominando a la fecha en América Latina.

2.1.3.11 El Control de convencionalidad en el ordenamiento jurídico peruano.

De manera preliminar, debemos de señalar que este instituto supranacional con el *nomen iuris* control de convencionalidad, desde su aplicación formal por el pleno de la Corte IDH por primera vez el 26 de septiembre de 2006 *-en el caso Almonacid Arellano vs Chile-*, ha tenido repercusión en América Latina, y en consecuencia en nuestro país. Así, en el caso de Perú²³⁴, y en lo que respecta a la doctrina del control convencional, en un principio la Corte se ha pronunciado

²³³ CASTAÑEDA OTSU, Susana Ynés. Constitucionalismo y Democracia en América Latina. Controles y Riesgos. Editorial adrus. Lima. 2014. Pág. 102.

²³⁴ En el Caso Castillo Petruzzi y otros vs Perú, sentencia emitida en fecha 30 de mayo de 1999, La Corte Interamericana de Derechos Humanos ya había realizado un análisis de Control de Convencionalidad, debido a que el Estado Peruano habría vulnerado los derechos humanos consistentes en: el derecho a la defensa y el debido proceso *-garantía judicial-*, en razón que había emitido una normativa interna (Decreto Ley N° 25659 – Ley de Terrorismo Agravado) que se contraponía a las normas previstas en la Convención Americana, contraviniendo los artículos 1°.1 y 2° de la Convención.

sobre esta doctrina en el Caso Trabajadores Cesados del Congreso (*Aguado Alfaro y otros*) vs Perú de fecha 24 de noviembre de 2006, y posteriormente en el caso La Cantuta vs Perú de fecha 29 de noviembre de 2006, casos en el cual la Corte ha hecho un análisis de convencionalidad.

Además, como señala Bazán Chacón, desde que Perú depósito la declaración de reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte IDH hasta la fecha -1981 a julio de 2013- ha recibido 26 condenas por no haber respetado los derechos consagrados en la Convención Americana²³⁵. Asimismo, Castañeda Otsu menciona que la mayoría de casos han estado vinculados a violaciones de los derechos a la vida, la libertad personal, integridad, debido proceso, entre otros; especialmente por la grave crisis de violencia que vivió nuestro país con motivo de la aparición de dos grupos subversivos, Sendero Luminoso y el Movimiento Revolucionario Túpac Amaru. Inclusive algunos casos han sido calificados por la Corte IDH como graves violaciones a los derechos humanos²³⁶. Estos hechos descritos, así como los fallos emitidos por la Corte en contra del Perú, incluido sus recomendaciones, fue motivo para que en nuestra legislación se tengan que derogar algunas leyes, y en consecuencia adecuar nuestra legislación de acuerdo a los lineamientos doctrinarios fijados por la Corte y lo señalado en la Convención Americana.

Lo expuesto precedentemente, a manera de ejemplo, se dio durante el régimen dictatorial del ex presidente Alberto Fujimori Fujimori, en donde se emitió el

²³⁵ BAZÁN CHACÓN, Iván. El Impacto de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Perú. Una Evaluación Preliminar. ARS BONIT ET AEQUI, año 7 N° 2. Pág. 283-317.

²³⁶ CASTAÑEDA OTSU, Susana Ynés. Constitucionalismo y Democracia en América Latina. Controles y Riesgos. Editorial adrus. Lima. 2014. Pág. 114-115.

Decreto Ley N° 25659, promulgado el 12 de agosto de 1992. Al respecto, César Landa Arroyo señala que la Corte Interamericana en el caso Castillo Petruzzi vs. Perú condeno al Estado peruano por la emisión del Decreto Ley N° 25659 que impedía que los detenidos por terrorismo plantearan acciones de garantía a su favor. En ese sentido, aunque la norma había sido modificada por el Decreto Ley 26248, que si permitía la interposición de acciones de garantía, la Corte IDH condeno al Estado peruano por vulnerar lo dispuesto en los artículos 25 y 7.6 de la CADH²³⁷; normas supranacionales éstas referidas al recurso efectivo y a la libertad personal, respectivamente.

En concreto, lo que la Corte cuestionaba al Estado Peruano *-en este caso, así como en otros-*, era el hecho que se había emitido una legislación interna que contravenía los derechos previstos en la Convención Americana, transgrediéndose los artículos 1°.1 y 2° de dicho tratado. Lo señalado, tiene su reforzamiento doctrinario en lo expuesto por Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot *-en su condición de ex presidente de la Corte Interamericana-*, cuando señala que un aspecto a tomar en cuenta es que uno de los deberes convencionales de mayor importancia para la armonización del Derecho Internacional de los Derechos Humanos con la normatividad interna, lo constituye la obligación de los Estados nacionales de adoptar disposiciones de derecho interno, sean legislativas o de otro carácter, para otorgar efectividad a los derechos y libertades previstos en los tratados internacionales. La obligación de adoptar disposiciones internas complementa las diversas obligaciones genéricas que se originan en el artículo 1.1

²³⁷ LANDA ARROYO, Cesar. Convencionalización del Derecho Peruano. Editorial PALESTRA. Lima – Perú. 2016, Pág. 76.

del Pacto de San José, relativas al deber de “respeto” y “garantía” de los derechos y libertades previstos en el propio instrumento. La obligación de adoptar disposiciones de derecho interno que prevé el artículo 2º de la Convención Americana, constituye una de las diferencias más relevantes con respecto al Sistema Europeo, al no contar el CEDH de 1950 disposición análoga²³⁸. Como se ha mencionado *ut supra*, los Estados Partes al momento de emitir una ley dentro su ordenamiento jurídico, deberán tener en cuenta que guarde compatibilidad y no sea contrario a los derechos humanos.

Consideramos, que un primer aspecto del porque esta doctrina supranacional debe ser tomado en cuenta por nuestro ordenamiento jurídico, radica, en esencia, lo dispuesto en la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993, en el cual se señala que las normas previstas en la Constitución deberán interpretarse de acuerdo a los tratados internacionales -entre ellos las CADH- al cual nuestro país es parte y se ha ratificado, así como reconoce la competencia de la Corte IDH. En lo que respecta a esto último, quiere decir que los fallos que emite la Corte, son vinculantes para el Estado Peruano, así como de estricto cumplimiento por parte de los funcionarios judiciales y autoridades públicas. Asimismo, el artículo 55º de la Constitución menciona que los tratados forman parte de nuestra legislación nacional. Además, el Perú tiene el deber de garantizar la vigencia y protección de los derechos humanos, tal como lo dispone el primer párrafo del artículo 44º del texto constitucional. Estas razones legales de rango

²³⁸ FERRER MAC-GREGOR, Ferrer y PELAYO MOLLER, Carlos María. Convención Americana sobre Derechos Humanos, Comentarios de Christian Steiner y Patricia Uribe. Impreso por Plural Editores. Bolivia. 2014. Pág. 72.

constitucional, obligan a los funcionarios judiciales y autoridades públicas del Estado Peruano, en un primer momento, a respetar las normas internacionales.

Un segundo aspecto a considerar, y como se mencionó *ut supra*, es el hecho que el Perú, al reconocer la competencia de la Corte IDH, en consecuencia reconoce el contenido de sus fallos, siendo vinculante para el Estado Peruano. Así, respecto del porque los funcionarios que administran justicia en un Estado, deben tomar en cuenta las normas internacionales previstas en el Pacto de San José, dicho aspecto fue explicado en el fundamento 124²³⁹ del Caso Almonacid Arellano y otros vs Chile²⁴⁰, en donde la Corte señaló que si bien es cierto que los funcionarios que administran justicia están sujetos al principio de legalidad y al imperio de la ley establecido en su ordenamiento jurídico, empero, si dicho Estado ha ratificado un pacto -como es la CADH-, entonces dichos funcionarios están sometidos a garantizar el respeto de las normas previstas en la Convención Americana, debiendo velar que las normas previstas en la Convención no sean mermadas por las normas de derecho interno, correspondiendo realizar un control difuso de convencionalidad entre las normas de derecho interno y las normas previstas en la Convención. Este fallo precitado dictado por la Corte, es el punto de partida del porque los funcionarios judiciales de un Estado Parte están en la

²³⁹ “La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos”. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”.

²⁴⁰ Fundamento 124 del Caso Almonacid Arellano y otros vs Chile, sentencia de fecha 26 de septiembre de 2006. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

obligación de realizar este tipo de control, y en nuestro caso, del porque es vinculante para el ordenamiento jurídico peruano²⁴¹.

Un tercer aspecto del porque también es vinculante el Control de Convencionalidad en nuestro ordenamiento jurídico, lo constituye el hecho de que la Corte, en su fallos, ha señalado que dicho control puede ser realizado de ex officio²⁴² por el Estado Parte, debido a que una de las características del control convencional es la subsidiariedad. Así, Gerardo Eto Cruz, señala que lo que caracteriza al control de convencionalidad no es que las controversias en torno a las afectaciones de los derechos fundamentales tengan que ir directamente a ser puestos en conocimiento de la Corte IDH. La nota o característica de la subsidiariedad identifica al control, en tanto debe *prime face* resolver el Estado internamente, a través de sus autoridades judiciales respectivas²⁴³. En efecto, este fallo de la Corte al tener la condición de jurisprudencia supranacional, es vinculante, y obliga a los funcionarios judiciales y autoridades públicas a ejercer control difuso convencional de oficio, en la substanciación de un procedimiento a su cargo.

²⁴¹ Hoy se puede apreciar que son diversos los Tribunales, Salas o Cortes Constitucionales que han venido impulsando de oficio una postura hermenéutica, ya no solo teniendo como baremo el parámetro del *bloque de constitucionalidad*; sino del hoy llamado **bloque de convencionalidad, cuyo corpus iuris** comprende los tratados de derechos humanos de la región, las sentencias de la Corte IDH y que, al ser cosa juzgada convencional, es la fuente dinámica y jurisprudencia del control convencional. **ETO CRUZ, Gerardo. Nuevas Perspectivas del Derecho Procesal Constitucional. Editorial adrus editores. Lima. 2018. Pág. 119.**

²⁴² Posteriormente, la Corte IDH aclaró su doctrina para establecer que este tipo de control debe ejercerse *ex officio* sin necesidad de que las partes lo soliciten; y dentro de las competencias y de las regulaciones procesales correspondientes de cada autoridad, considerando otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia (*Caso Ximenes Lopes vs. Brasil, párrafo 172*). Esta doctrina fue confirmada en los años siguientes y desarrollada a manera de un “vals a tres tiempos” como lo expresa Bourgoigne-Larsen (*Caso Almonacid Arellano vs. Chile, párrafos 123 a 125*). **FERRER MAC-GREGOR, Ferrer y PELAYO MOLLER, Carlos María. Convención Americana sobre Derechos Humanos, Comentarios de Christian Steiner y Patricia Uribe. Impreso por Plural Editores. Bolivia. 2014. Pág. 66.**

²⁴³ ETO CRUZ, Gerardo. Nuevas Perspectivas del Derecho Procesal Constitucional. Editorial adrus editores. Lima. 2018. Pág. 119.

En ese sentido, la razón fundamental que motiva el reconocimiento de la doctrina del control de convencionalidad en nuestro ordenamiento jurídico peruano, radica, en esencia, el hecho de que nuestra legislación interna ha ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como ha reconocido la competencia de la Corte IDH. Estos aspectos precitados, obliga a los funcionarios encargados de la administración de justicia, así como a las autoridades públicas, a tener que realizar un control difuso convencional, tomando en cuenta el bloque de convencionalidad, en caso de advertir que existe incompatibilidad entre una norma nacional y una norma supranacional prevista en la Convención, debiendo de ex officio realizar un control difuso en ambas normas, prefiriendo la aplicación de la norma convencional sobre la prevista en nuestro derecho nacional interno.

2.1.3.12 El Control de convencionalidad y su aplicación en el Tribunal Constitucional peruano.

Como señala César Landa Arroyo, el Tribunal Constitucional peruano, de modo decidido y desde sus primeras sentencias luego de recuperada la democracia a partir del año 2000, ha integrado el parámetro interamericano (*Convención Americana de Derechos Humanos y Jurisprudencia de la Corte Interamericana*), en el canon del control de constitucionalidad, como parte de su razonamiento para la resolución de causas y la protección de los derechos humanos²⁴⁴. En igual sentido, Gerardo Eto Cruz menciona que en el caso peruano es bueno reivindicar

²⁴⁴ LANDA AROYO, Cesar. *Convencionalización del Derecho Peruano*. Editorial PALESTRA. Lima. 2016. Pág. 140.

a nuestro colegiado constitucional que ya antes de que la Corte Interamericana emitiera en el 2006 la doctrina del Control de Convencionalidad, ya nuestro Tribunal Constitucional lo sostenía en extenso²⁴⁵. Una de estas razones, y conforme a lo mencionado *ut supra*, es la obligación que tienen los funcionarios públicos encargados de la administración de justicia, como representantes de un Estado Parte, de velar por la eficacia y protección de las normas supranacionales.

El aspecto legal que fortaleció al Tribunal Constitucional tener en cuenta la doctrina del control convencional dentro de sus sentencias, se encontraba previsto, en un primer momento, en la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993, y en un segundo momento, en los artículos 3°, 44° *-segundo párrafo-* y 55° del mismo texto Constitucional. Estas normas sostienen que los derechos fundamentales previstos en la Constitución se interpretan de acuerdo a los tratados internacionales al cual nuestro país es parte, se reconoce la competencia de la Corte Interamericana, así como que el Estado peruano tenga que garantizar la protección de los derechos humanos; por lo que, al ser considerado el Tribunal Constitucional el protector y guardián de la Constitución, motivó que en sus sentencias tenga que realizar una especie de control difuso convencional, tomando en cuenta los lineamientos fijados por la Corte IDH, así como la obligación contraída con la Convención Americana, en su artículo 1°.1.

Por ello, como señala Susana Castañeda Otsu, el tribunal constitucional ha ido delineando una línea jurisprudencial en la cual la Declaración Universal de los

²⁴⁵ ETO CRUZ, Gerardo. Nuevas Perspectivas del Derecho Procesal Constitucional. Editorial adrus editores. Lima. 2018. Pág. 130.

Derechos Humanos y los tratados de los derechos humanos y sentencias de la Corte IDH constituyen el parámetro de interpretación²⁴⁶. Asimismo, dicha Magistrada Suprema menciona *-como reflexión final-* que la doctrina jurisprudencial de control de convencionalidad se viene consolidando en los ordenamientos internos, siendo una de sus manifestaciones, el control difuso de convencionalidad, la que estimamos la más relevante por la tarea que deben cumplir los jueces *-incluido el Tribunal Constitucional-* como los primeros garantes de los derechos en el orden interno²⁴⁷.

Ahora bien, dentro de las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional, en el que se realiza un análisis de control de convencionalidad, incluso antes del 26 de septiembre de 2006, tenemos por ejemplo, el Expediente N° 218-02-HC/TC de fecha 17 de abril de 2002, caso Jorge Alberto Cartagena Vargas. Esta sentencia está referida al hecho de que la persona precitada, en su condición de civil, habría sido sometido al fuero militar y no al fuero común (*Art. 139°.1 de la Constitución*), por lo que, en su fundamento 1, el Tribunal hizo mención que las garantías al Juez natural y al procedimiento preestablecido por ley, forman parte del debido proceso, previsto en el artículos 139°.3 de la Constitución Política del Estado. Asimismo, que estas garantías señaladas se encontraban garantizados en el artículo 8°.1 (garantías judiciales) de la Convención Americana. Esta sentencia declaró fundado el habeas corpus presentado por el actor.

²⁴⁶ CASTAÑEDA OTSU, Susana Ynés. *Constitucionalismo y Democracia en América Latina: Controles y Riegos*. Editorial adrus. Lima-Perú. 2014. Pág. 115.

²⁴⁷ CASTAÑEDA OTSU, Susana Ynés. *Constitucionalismo y Democracia en América Latina: Controles y Riegos*. Editorial adrus. Lima-Perú. 2014. Pág. 115.

Así mismo, tenemos el Expediente N° 2409-2002-AA/TC de fecha 07 de noviembre de 2002, caso Diodoro Tenorio Gonzáles Ríos, en la demanda seguida contra la sentencia emitida por la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima de fecha 02 de agosto del 2002, que declaró fundada la nulidad deducida por el extinguido CNM. El petitorio de la demanda estaba dirigido a que se declare nulo e inaplicable el Acuerdo del Consejo Nacional de la Magistratura, por el que no se ratificaba al demandante en su cargo de Vocal Superior de la Corte Superior de Justicia del Callao. Así, del contenido de la sentencia, se advierte que el Tribunal en los literales a) *-último párrafo-* y b) del fundamento 1, realizó una fundamentación de su resolución basado en tratados internacionales²⁴⁸. El recurrente impugnaba la resolución de la Sala, debido a que declaró la nulidad de actuados, en razón que el artículo 142° del texto constitucional señala que no son

²⁴⁸ 1. (...) En ese orden de ideas, el Tribunal Constitucional, en cuanto Poder Constituyente Constituido, se encarga de resguardar la sujeción del ejercicio del poder estatal al plexo del sistema constitucional, la supremacía del texto constitucional y la vigencia plena e irrestricta de los derechos esenciales de la persona. **De ahí que formen parte de su accionar, la defensa *in toto* de la Constitución y de los derechos humanos ante cualquier forma de abuso y arbitrariedad estatal.**

b. Con relación a los derechos humanos, cabe señalar que el artículo 8° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece que *"toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra los actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o la Ley"*.

Asimismo, el inciso 3) del artículo 2.° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala que *"Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que: a) toda persona cuyos derechos o libertades reconocidas en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales; b) la autoridad competente, (...) decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso y desarrollará las posibilidades del recuso judicial (...)"*.

Igualmente, el artículo 25° de la Convención Americana de Derechos Humanos establece que: *"1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo al de los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra los actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en el ejercicio de su función oficial. 2. Los Estados Partes se comprometen a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso (...)"*.

revisables por el Poder Judicial las resoluciones que emitía el desaparecido CNM; sin embargo, el Tribunal amparado por las normas supranacionales previstas en la DUDH, PIDCP y CADH *-específicamente vinculados al derecho al recurso efectivo-*, señaló que a ninguna persona se le puede poner en una “zona de indefensión”²⁴⁹, y que la prohibición de revisión estaba dirigido para el Poder Judicial, mas no para el Tribunal Constitucional, inaplicando el art. 142° de la Constitución. En esencia, lo que se discutía era el derecho a un recurso efectivo, el cual se pretendía desconocer en el fuero judicial, así como en la norma constitucional precitada. Al final, se declaró fundada la demanda de amparo.

En el Expediente N° 010-2002-AI/TC de fecha 03 de enero de 2003, caso Marcelino Tineo Silva y más de 5,000 ciudadanos, se planteó la inconstitucionalidad de los Decretos Leyes N°s 25475, 25659, 25708 y 25880, así como sus normas complementarias y conexas. En este caso, el Tribunal Constitucional en los fundamentos 44°, 87°, 88°, 91°, 98°, 99°, 101°, 104°, 107°, 129°, 130°, 133°, 134°, 141°, 142°, 143°, 144°, 145°, 148°, 152°, 155°, 156°, 167°, 172°, 178°.179°, 181°, 191°, 214°, 219°, 223°, 225° y 226°, realizó un análisis de las normas sobre derechos humanos previstos en los tratados al cual nuestro país es parte *-control convencional-*, así como de los fallos emitidos por la Corte IDH, sirviendo como fundamento para resolver la demanda planteada. Se substanció en dicho proceso lo referente a varios principios *-sustantivo y*

²⁴⁹ A mayor abundamiento, es evidente que una lectura sistemática de la Constitución y una aplicación integral de las normas relativas a los derechos fundamentales de la persona no admiten "zonas de indefensión", menos aún de los denominados estados de excepción previstos en el artículo 137.° de la Constitución, y que siempre es permisible a un justiciable la utilización de las acciones de garantía en defensa de sus derechos básicos, así como la actuación contralora y tuitiva del Tribunal Constitucional sobre dicho material. Quinto párrafo del literal b), fundamento 1 del Expediente N° 2409-2002-AA/TC, Lima.

procesales-, así como tipos penales previstos en el catálogo del Código Penal, como son la traición a la patria, el principio de legalidad, el debido proceso, el acceso a la justicia *-tutela jurisdiccional efectiva-*, Juez natural, derecho a la defensa, entre otro. El Órgano constitucional, y conforme a lo mencionado precedentemente, en la gran mayoría de los fundamentos de su sentencia tomó en cuenta los fallos emitidos por la Corte Interamericana, en amparo al artículo Cuarto de la Disposición Final y Transitoria de la Constitución, en relación a los principios, derechos e institutos que se dilucidaban en el proceso constitucional. Asimismo, el Tribunal señala que los jueces del Poder Judicial deben tomar en cuenta los tratados (PIDCP). Al final, la demanda de inconstitucionalidad se declaró fundado en parte.

Así también, en el Expediente N° 04617-2012-PA/TC-Lima *-caso Panamericana Televisión S.A.-*, el Tribunal en el fundamento 5, señala que la magistratura no solo se debe limitar a realizar un control de constitucionalidad, sino también deber realizar un control de convencionalidad, en caso se advierte que existen normas internas que contravienen la Convención Americana²⁵⁰.

²⁵⁰ (...) 7. siguiendo su misma postura el juez Sergio García Ramírez vuelve a incidir sobre el control de convencionalidad en otros casos resueltos por la Corte IDH. Así, en el caso Tibi Vs. Ecuador, del 7 de diciembre de 2004, en su voto concurrente razonado, párrafos 3 y 4 expresa que:

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

Nótese que en esta sentencia el máximo intérprete de la Constitución ya argumentaba sus decisiones en mérito a la doctrina del control convencional.

Por otra parte, en el Expediente N° 05854-2005-PA de fecha 08 de noviembre de 2005, caso Pedro Andrés Lizana Puelles, el Tribunal Constitucional nuevamente realiza un control de convencionalidad al artículo 142° de la Constitución, así como del artículo 181°, respecto de que no son inimpugnables ante el Poder Judicial las resoluciones que emite el JNE. La demanda tenía por objeto que se declare la nulidad de la Resolución N° 315-2004- JNE mediante un proceso de amparo, mediante el cual se ordenaba su vacancia. Para ello, el Tribunal hizo un razonamiento jurídico en los fundamentos 22, 23, 25, 26, 27, 29, 31, 32 y 37²⁵¹, sobre las normas previstas en los tratados, así como de los pronunciamientos de la Corte, concluyendo que las resoluciones del JNE si podían ser materia de control de constitucionalidad, no pudiéndose afectar el principio de acceso a la justicia, el mismo que forma parte de la tutela jurisdiccional efectiva.

Así mismo, como señala César Landa Arroyo, en el caso relativo a la reinterpretación del artículo 140° de la Constitución de 1993, respecto de la pena de muerte, en el fallo recaído en el Expediente N° 0489-2006-PHC/TC, el Tribunal Constitucional aplicó de manera estricta el criterio interpretativo que la

F.J. N° 07. Expediente N° 04617-2012-PA/TC-Lima, caso Panamericana Televisión S.A.

²⁵¹ De conformidad con los tratados y la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos, y con el criterio sostenido en la STC 2366-2003-AA, en el que este Colegiado se reafirma, el inciso 8) del artículo 5° del CPConst., establece que son objeto de control constitucional las resoluciones del JNE que violen la tutela procesal efectiva.

Corte IDH ha establecido para comprender los alcances de la pena de muerte en los países parte de la CADH²⁵².

Del mismo modo, en el Expediente N° 679-2005-PA/TC-Lima, caso Santiago Enrique Martin Rivas de fecha 07 de marzo de 2007, el Tribunal al momento de analizar la ley de amnistía *-materia de cuestionamiento en el proceso-* ha valorado los pronunciamientos realizados por la Corte IDH²⁵³, en el sentido de que las normas internas de un Estado Parte, no pueden contraponerse a los derechos humanos previstos en los tratados²⁵⁴ *-CADH-*.

De lo expuesto, se tiene que el Tribunal Constitucional desde el año 2000, y antes que la Corte Interamericana reconociera la definición de la doctrina de control de convencionalidad en el caso *Almonacid Arellano y otros vs Chile -26 de septiembre de 2006-*, ya realizaba en sus sentencia análisis sobre el respeto de

²⁵² LANDA AROYO, Cesar. *Convencionalización del Derecho Peruano*. Editorial PALESTRA. Lima. 2016. Pág. 84.

²⁵³ (...) 18. Este mismo criterio ha sido adoptado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el *Caso La Cantuta vs. Perú*. Allí la Corte Interamericana señaló:

Específicamente en relación con la figura de la cosa juzgada, recientemente la Corte precisó que el principio *non bis in ídem* no resulta aplicable cuando el procedimiento que culmina con el sobreseimiento de la causa o la absolución del responsable de una violación a los derechos humanos, constitutiva de una infracción al derecho internacional, ha sustraído al acusado de su responsabilidad penal, o cuando el procedimiento no fue instruido independiente o imparcialmente de conformidad con las debidas garantías procesales. Una sentencia pronunciada en las circunstancias indicadas produce una cosa juzgada “aparente” o “fraudulenta”.

²⁵⁴ (...) 28. Su fundamento, desde el punto de vista constitucional, se encuentra en el referido artículo 44 de la Constitución. Las leyes de amnistía tampoco pueden expedirse en oposición a las obligaciones internacionales derivadas de los tratados y acuerdos internacionales en materia de derechos humanos ratificados por el Estado peruano. La capacidad de los tratados sobre derechos humanos para limitar las leyes de amnistía se funda en el artículo 55 y en la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución. De conformidad con el primero, una vez que estos son ratificados, forman parte del Derecho nacional y, por tanto, vinculan a los poderes públicos. De conformidad con el segundo, los tratados sirven en el proceso de delimitación del ámbito constitucionalmente garantizado de los derechos fundamentales.

los derechos humanos previstos en los tratados internacionales al cual nuestro país es parte, así como tomaba en cuenta los fallos emitidos por la Corte Interamericana, en algunos casos sobre hechos sucedidos en el Perú, así como respecto de hechos sucedidos en otros países, pero que eran vinculantes al caso materia de substanciación. Para tal fin, argumentaba que la razón de su fundamentación basado en tratados y fallos de la Corte, se encontraba amparado por lo dispuesto en la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución.

2.1.3.13 El control convencional, una primera alternativa de solución supranacional a la problemática planteada.

Consideramos, luego de haber realizado un análisis doctrinario y jurisprudencial en el presente capítulo *-respecto de los tratados internacionales materia de estudio, así como de los fallos emitidos por la Corte IDH-*, una primera alternativa de solución a la problemática planteada en el presente trabajo, sería que la parte agraviada pueda solicitar al Juez de Investigación Preparatoria que realice un control difuso convencional respecto al artículo 71° inciso 4 del Código Procesal Penal, debido a que esta norma procesal penal vulnera derechos humanos referentes al derecho a la defensa, tutela de derechos, y especialmente el derecho a la igualdad ante la ley, al considerar solamente como sujeto procesal legitimado para incoar tutela de derechos al imputado, evitando que el agraviado o la víctima tenga acceso a la administración de justicia, en igualdad de armas.

Un aspecto a tomar en cuenta es que, debido a que este instituto procesal supranacional faculta a los funcionarios de la administración de justicia, a que de oficio puedan aplicar el control difuso convencional en la tramitación de un

proceso, a la fecha algunos magistrados de los Juzgados de Investigación Preparatoria están resolviendo de oficio casos de tutela de derechos planteados por los agraviados o víctimas, amparados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En consecuencia, esta primera solución planteada a la problemática busca impedir que el agraviado o la víctima encuentre una restricción al acceso a la justicia, cuando pretenda plantear una tutela de derechos en la tramitación de un proceso penal en la etapa de investigación preparatoria, debido a que las partes procesales son iguales ante la ley, y dentro de la ley; es decir, en relación a lo último señalado, que todos los sujetos procesales deben ser tratados con igualdad en la substanciación procesal, y sin discriminación.

2.1.4 El derecho de defensa, la tutela de derechos y el derecho fundamental de igualdad ante la ley desde el punto de vista de la Constitución Política del Estado.

2.1.4.1 Consideraciones generales.

El motivo que nuestro país reconozca a fines de los 70 a una gran mayoría de tratados internacionales como parte de nuestro ordenamiento jurídico, motivó la adecuación de nuestra Constitución, así como de las demás leyes que forman parte de nuestro derecho nacional interno²⁵⁵, al contenido de las normas previstas en los tratados *-al cual nuestro país es parte-*. Así, los tratados internacionales como el PIDCP y la CADH, incluida la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, fueron ratificados constitucionalmente por primera vez en la Constitución Política del Estado de 1979, específicamente en la Decimosexta Disposición General y Transitoria de la Constitución precitada. Esta misma orientación ha seguido la actual Constitución de 1993, reconociendo a los tratados internacionales como parte de nuestro ordenamiento jurídico nacional en el artículo 55°, así como en la Cuarta Disposición Final y Transitoria.

Ahora bien, en la actualidad, y a diferencia de la Constitución de 1979 (*art. 233°*), la vigente Constitución de 1993 reconoce de manera expresa en su artículo 139° los derechos, garantías o principios de la defensa, la tutela jurisdiccional efectiva o tutela de derechos y el derecho a la igualdad ante la ley, como derechos

²⁵⁵ En la actualidad, la protección de los derechos fundamentales no es patrimonio único del Estado. En efecto en la actualidad, quizás debido a la creciente globalización o a la desidia que se advierten en algunos Estados, son los organismos internacionales los que suelen presentarse como órganos de cierre del sistema de justicia de los derechos humanos. **PAZO PINEDA, Oscar Andrés. Los Derechos Fundamentales y el Tribunal Constitucional. Editorial Gaceta Jurídica. Lima. 2014. Pág. 229.**

fundamentales, debiendo ser respetados por los funcionarios encargados de la administración de justicia, así como como por las autoridades públicas, en la tramitación de un procedimiento, ya sea judicial o administrativo.

En lo que respecta al derecho constitucional a la defensa, este derecho se encuentra consagrado en el artículo 139° numeral 14 de la Constitución Política del Estado de 1993, señalando que ninguna persona puede ser privada de este derecho durante la substanciación de un proceso, debiendo ser ejercido desde el inicio del proceso hasta su culminación. Además, en sentido genérico, garantiza que toda persona tengo derecho a conocer los hechos imputados o emplazados en su contra, a fin de poder elaborar una estrategia adecuada de defensa y dentro de un plazo razonable. Así también, en materia penal, el investigado tiene derecho a designar un abogado defensor de su libre elección, quien deberá estar presente desde el inicio de las diligencias preliminares.

Como se desarrollará en el presente trabajo, doctrinariamente se explicará las formas de defensa que realiza un imputado dentro de un proceso, nos referimos a la defensa material y la defensa formal o procesal. Además, en²⁵⁶ virtud de dicho derecho se garantiza que los justiciables, en la protección de sus derechos y obligaciones, cualquiera que sea su naturaleza (civil, mercantil, penal, laboral, etc.), no quede en estado de indefensión. El contenido esencial del derecho de defensa queda afectado cuando, en el seno de un proceso judicial, cualquiera de las partes

²⁵⁶ F.J. N° 03 del Expediente N° 7811-2006-PHC/TC. RIOJA BERMUDEZ, Alexander. Constitución Política del Perú y su Jurisprudencia en nuestro Tribunal Constitucional. Editorial Jurista Editores. Lima. 2019. Pág. 596.

resulta impedida, por actos concretos de los órganos judiciales, de ejercer los medios necesarios, suficientes y eficaces para defender sus derechos e intereses legítimos.

Por otra parte, en lo que respecta a la tutela jurisdiccional efectiva o tutela de derechos²⁵⁷, este derecho constitucional o derecho continente, se encuentra reconocido de manera expresa en el artículo 139° numeral 3 de la Constitución vigente. Está referido al derecho que tiene toda persona de tener acceso a la justicia, a fin de poder reclamar ante los funcionarios judiciales o de la administración pública, su derecho subjetivo vulnerado. Además, para que este derecho se materialice de manera total, no basta con tener una decisión final emitida por el órgano jurisdiccional o por la administración pública en la substanciación de un procedimiento, sino que dicho acto procesal o acto administrativo debe ser motivado, expedido dentro de un plazo razonable y ejecutarse, a fin de ser realmente efectiva.

Así también, en lo que respecta al derecho a la igualdad ante la ley, este derecho, garantía o principio constitucional se encuentra previsto en el artículo 2° numeral 2 de la Constitución Política del Estado, señalando que todos somos iguales ante la ley, y dentro de la ley. Al respecto, María Hernández Martínez señala que *“Constitucionalmente, el derecho a la igualdad tiene dos facetas: igualdad ante la ley e igualdad en la ley. **La primera de ellas** quiere decir que la norma debe ser aplicable por igual a todos los que se encuentren en la situación descrita en el supuesto de la norma; mientras que la segunda implica que un mismo órgano no*

²⁵⁷ “(...) Este nuevo derecho está relacionado con el aumento del poder normativo de los derechos fundamentales y humanos, y la transformación de las antiguas Cortes Supremas en Tribunales de Derechos Humanos, interpretando cada vez más en forma extensiva, espontánea y generosa de las cláusulas constitucionales (...)”. **SUMARIA BENAVENTE, Omar. Introducción al Sistema de la Tutela Jurisdiccional. Editorial RODHAS. Lima. 2013. Pág. 129.**

puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales, y que cuando el órgano en cuestión considere que debe apartarse de sus precedentes, tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable”²⁵⁸.

De lo expuesto en el párrafo precedente, y según lo establecido por la misma norma constitucional, así como por la doctrina comparada, está claramente establecido que todos somos iguales ante la ley. Además, nadie puede ser discriminado en la tramitación de un proceso o procedimiento, sin importar la calidad de sujeto o parte procesal. Es en razón a estos argumentos citados que el presente trabajo busca un trato igualitario, constitucionalmente hablando, cuando el agraviado o la víctima peticione en la tramitación de un proceso penal el instituto procesal de la tutela de derecho (art. 74.1 del CPP), no pudiendo negársele el acceso a la justicia por una interpretación restringida, peor aún por una norma legal que contraviene la Constitución.

En ese sentido, y estando a lo mencionado en los párrafos precitados, en el presente capítulo se analizará desde un enfoque constitucional, como el hecho de negar al agraviado o víctima que pueda utilizar la herramienta procesal penal de la tutela de derechos, contraviene los derechos fundamentales del derecho a la defensa, la tutela de derechos o tutela jurisdiccional efectiva, así como el derecho a la igualdad ante la ley sin discriminación.

²⁵⁸ HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, María. “El principio de igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español (como valor y como principio en la aplicación jurisdiccional de la ley)”. En Boletín Mexicano de Derecho Comparado, N° 81, Año XXVII, Nueva Serie, setiembre-diciembre. México. 1994. Pág. 700-701.

2.1.4.2 El derecho de defensa en la Constitución Política del Estado.

Este derecho fundamental, a diferencia de la Constitución de 1979, se encuentra prescrito de manera expresa en el artículo 139° numeral 14 del texto constitucional vigente. El²⁵⁹ derecho de defensa busca evitar la indefensión del investigado o procesado. Este principio constitucional está subrayado en principios básicos sobre la función de los abogados, aprobado por el VIII Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del delito y tratamiento del delincuente (La Habana, 7. IX, 1990).

Como señala Fredy Otárola Peñaranda, citando a Ana Beltrán, este derecho constitucional, en sentido amplio, consiste en la actividad procesal dirigida a hacer valer ante el Juez los derechos subjetivos y los demás intereses del imputado y es una función pública que se debe de concebir como la destinada a orientar y ayudar a los justiciables en los procesos²⁶⁰. Se entiende como toda actividad procesal posible que pueden realizar las partes en la tramitación de un proceso, sin restringir el ejercicio de este derecho fundamental en aplicación del derecho de igualdad que gozan los sujetos procesales. Por ello, se entiende como una contravención a este derecho fundamental cuando un instituto procesal solo permite su uso a una de las partes, restringiendo el derecho de defensa al otro interviniente.

Por otra parte, se concibe que su naturaleza es de índole procesal, siendo esta la razón del porque este derecho fundamental es invocado en la tramitación de procesos. Al respecto, el Tribunal Constitucional refuerza este argumento señalando

²⁵⁹ CHANAMÉ ORBE, Raúl. Comentarios a la Constitución, Quinta Edición. Editorial Jurista Editores. Lima. 2008. Pág. 456-457.

²⁶⁰ OTAROLA PEÑARANDA, Fredy. La Constitución Comentada, Análisis Artículo por Artículo, Tercera Edición, Tomo III. Editorial Grijley. Lima. 2015. Pág. 772.

“Que como lo ha señalado el Tribunal Constitucional en reiterados pronunciamientos, el derecho de defensa constituye un derecho fundamental de naturaleza procesal que conforma el ámbito del debido proceso”²⁶¹. Del mismo modo el Tribunal en el caso Los Álamos Machines Investments S.A., estableció que “el derecho de defensa constituye un derecho fundamental de naturaleza procesal que conforma, a su vez, el ámbito del debido proceso, y sin el cual no podría reconocerse la garantía de este último. Por ello, en tanto derecho fundamental, se proyecta como principio de interdicción para afrontar cualquier indefensión y como principio de contradicción de los actos procesales que pudieran repercutir en la situación jurídica de algunas de las partes, sea en un proceso o procedimiento, o en el caso de un tercero con interés”²⁶².

Nótese, del contenido de las sentencias del Tribunal Constitucional mencionadas precedentemente, que el derecho fundamental de la defensa es un derecho implícito del debido proceso, debido que al proyectarse con los principios de interdicción y de contradicción su ámbito de transcendencia se realiza en un ámbito procesal. De ahí que su transgresión en la tramitación de un proceso implícitamente también constituye una vulneración al derecho fundamental al debido proceso.

De igual parecer, Enrique Bernal Ballesteros menciona que el derecho de defensa es esencial en todo ordenamiento jurídico. Mediante él se protege una parte medular del debido proceso. Las partes enjuicio deben estar en la posibilidad jurídica

²⁶¹ F.j. 17 del Expediente N° 05270-2005-PA/TC –Lima, de fecha 18 de octubre de 2006. Caso Asociación Comité de Defensa del Medio Ambiente y la Salud del Distrito de Ventanilla.

²⁶² F.j. 05 del Expediente N° 05085-2006-PA/TC –Lima, de fecha 13 de abril de 2007. Caso Los Álamos Machines Investments S.A.

y fáctica de ser debidamente citadas, oídas y vencidas mediante prueba evidente y eficiente. El derecho de defensa garantiza que ello sea así²⁶³. En tal sentido, su sola apreciación de desigualdad en la tramitación de un proceso, o de la restricción del ejercicio de un derecho, afectaría a este derecho fundamental.

Así mismo, Raúl Chanamé Orbe, haciendo mención a lo indicado por el Tribunal Constitucional, menciona que el derecho de defensa protege el derecho a no quedar en estado de indefensión en cualquier etapa del proceso judicial o del procedimiento administrativo sancionatorio. En este estado de indefensión no solo es evidente cuando, pese a atribuírsele la comisión de un acto u omisión antijurídico, se le sanciona a un justiciable o aun particular sin permitírsele ser oído o formular sus descargos, con las debidas garantías, sino también a lo largo de todas las etapas del proceso y frente a cualquier tipo de articulaciones que se pueda promover²⁶⁴. De lo expuesto, se entiende que este derecho fundamental debe ser tomado en cuenta desde el inicio hasta la culminación de la substanciación de un proceso.

En consecuencia, y de lo señalado en los párrafos precitados, el principio fundamental del derecho de defensa es un derecho constitucional que debe ser tomado en cuenta por los funcionarios de la administración de justicia o funcionarios de la administración pública en la tramitación de un proceso o un procedimiento administrativo. Esta garantía constitucional guarda relación y armonía con los principios fundamentales del derecho a la igualdad y el debido proceso; siendo que, el hecho de no ser tomado en cuenta al momento de ser ejercido en sus proyecciones

²⁶³ BERNALES BALLESTEROS, Enrique. La Constitución de 1993, Análisis Comparado, Quinta Edición. Editorial RAO. Lima. 1999. Pág. 633.

²⁶⁴ CHANAMÉ ORBE, Raúl. Comentarios a la Constitución, Quinta Edición. Editorial Jurista Editores. Lima. 2008. Pág. 456-459.

como principios de interdicción o de contradicción, acarrearía la nulidad de la substanciación procesal, por producir indefensión.

2.1.4.3 Antecedentes constitucionales del derecho de defensa.

En lo que respecta a los antecedentes del principio constitucional del derecho de defensa, la referencia más próxima se encuentra en la Constitución Política del Estado de 1979. Así, el numeral 9 del artículo 233° de la precitada Constitución señalaba que *“nadie podía ser privado del derecho de defensa en cualquier estado del proceso”*. No debemos olvidar que la Constitución de 1979 fue el primer texto constitucional peruano en reconocer a los tratados internacionales sobre derechos humanos como parte de nuestra legislación nacional. Justamente, el derecho constitucional a la defensa se encuentra previsto en el artículo 8°.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, entre otros tratados supranacionales, al cual nuestro país es parte.

En igual parecer, Fredy Otárola Peñaranda menciona que en nuestro país, la regulación constitucional de este derecho se inicia con la promulgación de la Constitución Política de 1979. Desde aquel entonces se entendió de manera general que el derecho de defensa cubre todas las etapas de un proceso judicial; por lo tanto, se inicia desde el momento mismo en que por ejemplo empieza la investigación policial-fiscal. Lo mismo ocurre ante el eventual inicio de un procedimiento administrativo sancionador y disciplinario, respectivamente²⁶⁵. Esta norma constitucional señalada, a diferencia de la actual Constitución de 1993, era muy

²⁶⁵ OTAROLA PEÑARANDA, Fredy. La Constitución Comentada, Análisis Artículo por Artículo, Tercera Edición, Tomo III. Editorial Grijley. Lima. 2015. Pág. 773.

restringida en su contenido, entendiéndose preliminarmente que solo se debía ejercer en la tramitación de un proceso judicial; sin embargo, tiempo después, gracias a los pronunciamientos de la Corte IDH, así como de las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional, hoy en día se entiende que este derecho fundamental abarca también en los procedimientos administrativos.

Posteriormente, la Constitución de 1993 reconoce a este derecho constitucional de manera expresa en el artículo 139° numeral 14, siendo parte del catálogo de principios de la función jurisdiccional. Asimismo, se advierte que a diferencia de la Constitución de 1979, el texto constitucional vigente es más amplio en su contenido, haciendo hincapié al respeto de este derecho que deben tener las autoridades públicas al momento que es detenida una persona, esto es, ser informado de las razones de su detención, así como contar con una defensa formal. Asegurando²⁶⁶ a plenitud el derecho de defensa a favor de todas las personas, permitiendo la intervención del abogado a pedido del investigado, recibiendo el asesoramiento legal pertinente, garantizándose así en todas las diligencias policiales y procesales, el derecho de defensa.

Sobre el tema de la detención, Víctor García Toma lo entiende como el estado de un individuo retenido en un local policial o judicial. Es decir, la detención, en esencia, representa la privación de la libertad personal con carácter preventivo; o sea, previa a la presentación formal del detenido, ante el juez que conoce de la incriminación que pesa sobre él²⁶⁷; sin embargo, también, desde el punto de vista

²⁶⁶ CHANAMÉ ORBE, Raúl. Comentarios a la Constitución, Quinta Edición. Editorial Jurista Editores. Lima. 2008. Pág. 456.

²⁶⁷ GARCÍA TOMA, Víctor. Los Derechos Fundamentales en el Perú. Editorial Jurista Editores. Lima. 2008. Pág. 685-687.

procesal penal, se puede dar la detención de una persona cuando incurre en un delito de flagrancia. Entonces, ya sea por mandato judicial o por flagrancia delictiva, la detención de una persona no puede privarlo del derecho constitucional de defensa.

De lo expuesto, se colige que el principio constitucional de defensa tiene como antecedente próximo la Constitución de 1979; sin embargo, es con la Constitución de 1993 donde se realiza una definición más amplia sobre esta garantía constitucional, siendo tomado en cuenta a la fecha por el Tribunal Constitucional en sus abundantes sentencias emitidas. Asimismo, la Constitución vigente le ha dado un tratamiento especial a este principio constitucional, debido a las reiteradas sentencias emitidas por la Corte IDH, las mismas, que son vinculantes a nuestro país de acuerdo a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993.

2.1.4.4 Definición de derecho de defensa.

Como se ha mencionado *ut supra*, existes abundantes definiciones sobre derecho de defensa, incluso el Tribunal Constitucional ha realizado algunas precisiones sobre este derecho constitucional. Al respecto, Enrique Bernalles Ballesteros señala que el derecho de defensa es esencial en todo ordenamiento jurídico. Mediante él se protege una parte medular del debido proceso. Las partes en juicio deben estar en la posibilidad jurídica y fáctica de ser debidamente citadas, oídas y vencidas mediante prueba evidente y eficiente. El derecho de defensa garantiza que ello sea así²⁶⁸. Por ello, desde el enfoque procesal, el derecho constitucional a la defensa forma parte del principio constitucional del debido

²⁶⁸ BERNALES BALLESTEROS, Enrique. La Constitución de 1993, Análisis Comparado, Quinta Edición. Editorial RAO. Lima. 1999. Pág. 633.

proceso, siendo un derecho implícito de este último principio precitado, y su no respeto y cumplimiento ocasiona indefensión.

Desde el punto de vista de la doctrina constitucional comparada, se define al derecho a la defensa como un derecho fundamental reconocido constitucionalmente y en los textos de derechos humanos, el cual debe salvaguardarse en cualquier procedimiento jurisdiccional²⁶⁹. Así también, se precisa que el principio del derecho de defensa es parte del debido proceso, siendo un requisito fundamental de este último.

El antecedente más próximo que relaciona el derecho a la defensa y el debido proceso lo encontramos en el artículo 8°.1 de la Convención Americana (garantías judiciales), cuando señala que toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable; siendo responsabilidad de los Estados partes garantizar su cumplimiento y eficacia en la tramitación del cualquier proceso o procedimiento. El²⁷⁰ derecho a la defensa debe necesariamente poder ejercerse desde que se señala a una persona como posible autor o partícipe de un hecho punible y solo culmina cuando finaliza el proceso, incluyendo en su caso, la etapa de ejecución de la pena.

Así mismo, y de lo expuesto precedentemente por la doctrina comparada, el Tribunal Constitucional también ha señalado que el derecho de defensa es un derecho que forma parte del derecho al debido proceso. Además, ha señalado que este es un

²⁶⁹ MORENO CATENA, Víctor. "Sobre el Derecho de Defensa". Editado por Teoría & Derecho, Revista de Pensamiento Jurídico, el Derecho de Defensa. Valencia – España. 2010. Pág. 17.

²⁷⁰ Caso Suarez Rosero Vs Ecuador. Fondo. Sentencia del 12 de noviembre de 1997. Serie C N° 35.

derecho que atraviesa transversalmente todo el proceso judicial y que, en su sentido más básico, garantiza a todo justiciable a no quedar en estado de indefensión²⁷¹. Se entiende que cuando el Tribunal señala que es un derecho que atraviesa transversalmente todo el proceso, debe entenderse en el sentido que este principio constitucional debe ser tomado en cuenta desde el inicio del proceso hasta la culminación del mismo, incluso una vez que ha adquirido la calidad de cosa juzgada.

Así también, Bernaldes Ballesteros citando a Aníbal Quiroga León, menciona que el derecho de defensa significa también que en un medio jurídico especial y especializado, profesionalizado, donde los agentes de justicia son iusperitos y donde la intervención de las partes está mediatizada por la defensa cautiva *-intervención directa y obligatoria de los abogados-*, la asistencia letrada a las partes en juicio termina siendo un elemento que incide en el derecho de defensa, de modo que su ausencia determina una desigualdad procesal y propicia la indefensión constitucionalmente reprobada²⁷², siendo que su no cumplimiento ocasiona indefensión.

Un aspecto a tomar en cuenta es que no todo acto realizado por los funcionarios judiciales ocasiona indefensión en la tramitación de un proceso. Así, el Tribunal Constitucional nos plantea el siguiente ejemplo: ¿La falta de notificación de una resolución que rechaza liminarmente la demanda de amparo, deja en estado de indefensión a la parte contraria? El Tribunal Constitucional considera que no. Este Colegiado recuerda que el rechazo liminar de la demanda tiene por efecto impedir el

²⁷¹ F.j. 5 y 6 de la STC N° 03659-2011-PA/TC – Lima, de fecha 16 de abril de 2014.

²⁷² BERNALES BALLESTEROS, Enrique. La Constitución de 1993, Análisis Comparado, Quinta Edición. Editorial RAO. Lima. 1999. Pág. 633.

establecimiento de una relación jurídico procesal por la carencia de un presupuesto contemplado en el Código adjetivo que sirve de instrumento para la defensa de la constitución. En ese sentido, la impugnación que pueda realizar la parte afectada con dicha decisión, sólo tiene el propósito de que la instancia superior se cerciore sobre la validez o no de los criterios de los que se sirvió la instancia precedente para declarar la improcedencia de la demanda, no pudiendo, en principio, con ocasión de su revisión, emitir un pronunciamiento sobre el fondo²⁷³.

En ese sentido, el derecho a la defensa es aquel derecho con el que se encuentra protegido cualquiera persona en la tramitación de un proceso judicial o un procedimiento administrativo; siendo que, el hecho de recortar alguna actividad procesal o probatoria en la substanciación, ocasiona indefensión. Este derecho guarda relación implícita con el debido proceso, debiendo ser respetado desde el inicio del proceso hasta la ejecución del mismo. Además, no todo acto procesal realizado por los funcionarios judiciales causa indefensión, debiendo existir objetividad ipso iure para que exista una manifestación de indefensión; por lo que los vicios procesales no tienen incidencia en el contenido constitucionalmente garantizado del derecho de defensa.

2.1.4.5 Contenido del derecho de defensa en la Constitución.

Conforme se ha mencionado en los antecedentes de este derecho fundamental, a diferencia de la Constitución de 1979, en la actual constitución su contenido también ha evolucionado. Así, en un principio solo se estableció en este

²⁷³ F.j. 30 y 31 de los Expedientes N° 6149-2006-PA/TC y 6662-2006-PA/TC – LIMA de fecha 11 de diciembre de 2006.

derecho el supuesto de que una persona no puede ser privada del derecho de defensa en ningún estado del proceso; para luego, en la Constitución de 1993, ampliar su contenido señalando que *“toda persona será informada inmediatamente y por escrito de la causa o las razones de su detención, teniendo derecho a comunicarse personalmente con un defensor de su elección y a ser asesorada por éste desde que es citada o detenida por cualquier autoridad”*.

Del contenido del artículo 139°.14 de la Constitución de 1993, se advierten tres aspectos:

- ❖ Primero, que nadie puede ser privado de este derecho fundamental, desde el inicio hasta la culminación de un proceso judicial o procedimiento administrativo;
- ❖ Segundo, la persona que es detenida tiene derecho a ser informada de manera inmediata por escrito de las circunstancias del porqué de su privación de libertad ambulatoria, pudiendo éste incluso realizar en esas circunstancias su defensa de manera personal (defensa material), y;
- ❖ Tercero, la persona detenida tiene derecho a ser asesorada desde el inicio de las diligencias preliminares o en el desarrollo del proceso penal por un abogado defensor de su libre elección, y en caso de no contar con los recursos económicos, el Estado deberá brindarle un defensor público o de oficio, tal como lo señala el artículo 8°.2.e) de la Convención Americana. Asimismo, deberá contar con una defensa técnica eficaz si es citada por el Juez Penal o el Ministerio Público a brindar su declaración en el proceso. Lo mismo sucede si es citado a nivel de otras instituciones públicas encargadas de la

administración de justicia, así como por los funcionarios públicos de las instancias administrativas (defensa formal)²⁷⁴.

Ahora bien, en relación al primer contenido del derecho constitucional de defensa, el Tribunal Constitucional ha señalado: *“este Tribunal Constitucional considera que el principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso constituye una de las condiciones indispensables para que un proceso judicial sea realizado con arreglo al debido proceso”*²⁷⁵. Sobre lo dicho por el Tribunal, Karla Vilela Carbajal menciona que este derecho es importante porque se configura como una garantía del debido proceso. Y es que en realidad esta garantía se convierte en el resumen en que se puede sintetizar la existencia del debido proceso²⁷⁶. Estas precisiones precitadas nos ayuda a entender una vez más que el derecho a la defensa debe ser respetado por los funcionarios judiciales o públicos en la tramitación de un proceso judicial o procedimiento administrativo, hacer lo contrario, contraviene no solo este derecho constitucional, sino también el principio del debido proceso.

Un aspecto a advertir en esta parte, y sin perjuicio de lo expresado en el párrafo precitado, es el hecho que de la lectura de este primer contenido del derecho fundamental a la defensa, pareciera que este derecho constitucional solamente

²⁷⁴ El derecho a la defensa ha sido interpretado por el Tribunal Constitucional como una manifestación del derecho al debido proceso. Asimismo ha establecido que el contenido constitucionalmente protegido de este derecho es garantizar “que toda persona sometida a detención, policial o judicial, deba ser informada irrestrictamente de las razones que los promueven, y que, desde su inicio, hasta su culminación, pueda ser asistida por un defensor libremente elegido”. **OTAROLA PEÑARANDA, Fredy. La Constitución Comentada, Análisis Artículo por Artículo, Tercera Edición, Tomo III. Editorial Grijley. Lima. 2015. Pág. 773.**

²⁷⁵ F.j. 4 del Expediente N° 01425-2008-PHC/TC – LIMA de fecha 24 de septiembre de 2008, Caso LUIS GROVER GONZÁLEZ GALLARDO.

²⁷⁶ VILELA CARBAJAL, Karla. El Tribunal Constitucional reescribe el Derecho. Estudios sobre la incidencia de la jurisprudencia constitucional en las diferentes especialidades del Derecho. Editorial Gaceta Constitucional. Lima. 2011. Pág. 121.

pudiese ser utilizado en la tramitación de procesos judiciales o procesos constitucionales; sin embargo, el Tribunal Constitucional nos ha aclarado que este derecho también puede ser utilizado por las personas en todo tipo de procedimiento administrativo²⁷⁷; es decir, en procedimientos administrativos sobre peticiones individuales ante la administración pública, así como en procedimientos administrativos sancionatorios, no debiendo también dejarse en indefensión a las personas en este tipo de procedimientos.

Por otra parte, en lo que respecta al segundo contenido de esta garantía constitucional, es decir la defensa material, como ya se ha explicado *ut supra*, este tipo de defensa consiste cuando la persona realiza de manera personal su descargo ante las autoridades públicas. Su antecedente supranacional cercano lo encontramos en el artículo 8° numeral 2, literal e) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el cual señala el derecho del inculcado de defenderse personalmente ante las autoridades públicas en la tramitación de un proceso o procedimiento administrativo.

Al respecto, Enrique Bernales Ballesteros, citando a Marcial Rubio Correo, señala que *“El primero consiste en que la persona tiene el derecho de expresar su*

²⁷⁷ “(...) Así, el derecho de defensa en el ámbito del procedimiento administrativo de sanción se estatuye como una garantía para la defensa de los derechos que pueden ser afectados con el ejercicio de las potestades sancionatorias de la administración. En ese sentido, garantiza, entre otras cosas, que una persona sometida a una investigación, sea esta de orden jurisdiccional o administrativa, y donde se encuentren en discusión derechos e intereses suyos, tenga la oportunidad de contradecir y argumentar en defensa de tales derechos e intereses, para cuyo efecto se le debe comunicar, previamente y por escrito, los cargos imputados, acompañando el correspondiente sustento probatorio, y otorgarle un plazo prudencial a efectos de que –mediante la expresión de los descargos correspondientes– pueda ejercer cabalmente su legítimo derecho de defensa. Se conculca, por tanto, dicho derecho cuando los titulares de derechos e intereses legítimos se ven imposibilitados de ejercer los medios legales suficientes para su defensa. (...)”. **F.j. 4 del Expediente N° 5514-2005-PA/TC – CALLAO de fecha 13 de marzo de 2007. Caso EDRAS BOEL ORIHUELA ROMERO.**

propia versión de los hechos y de argumentar su descargo en la medida que lo considere necesario (...)”. La apreciación de Marcial Rubio contiene una idea básica, intrínseca al derecho de defensa. Nos estamos refiriendo a la capacidad de defensa del justiciable, por sí mismo o por medio de asistencia especializada. Ninguno de estas dos garantías debe estar ausente en un proceso, bajo pena de nulidad”²⁷⁸. En esta parte se debe hacer una precisión jurídica en el sentido que no siempre la persona puede realizar su descargo ante las autoridades públicas de manera personal, y por lo tanto sería eficaz dicha declaración, debido a que esto podría darse en un tema administrativo, pero no en un proceso penal.

Con relación a lo señalado precedentemente, debe tenerse en cuenta que la norma constitucional señala que toda persona tiene derecho a ser informado de manera inmediata por escrito de las razones de su detención. Así, si se utiliza el término detención, implícitamente nos estamos refiriendo al campo del derecho procesal penal; por lo que, en este supuesto la sola declaración voluntaria y sin abogado defensor del investigado detenido, sería nula, por contravenir el artículo IX.1 del Título Preliminar del Código Procesal Penal.

Así mismo, en relación al tercer contenido de la garantía constitucional del derecho de defensa, referido a la defensa formal, procesal o eficaz, el antecedente próximo de este derecho lo encontramos en el artículo 8° numeral 2, literales d) y e) de la Convención Americana. Esta norma supranacional guarda relación con el artículo 139°.14 de la Constitución, en el sentido que toda persona tiene derecho a

²⁷⁸ BERNALES BALLESTEROS, Enrique. La Constitución de 1993, Análisis Comparado, Quinta Edición. Editorial RAO. Lima. 1999. Pág. 633.

contar con un abogado defensor de su libre elección o un defensor público o de oficio proporcionado por el Estado. Así, en relación a los defensores públicos, la Corte IDH ha señalado que el hecho de que el defensor público no esté presente durante el interrogatorio del investigado, haciendo presencia solamente al inicio y al final de la declaración, no constituye una defensa efectiva o eficaz, con lo cual se transgrediría el derecho de contar con un abogado defensor proporcionado por el Estado²⁷⁹.

Por su parte, el Tribunal Constitucional ha señalado que: *“El ejercicio del derecho de defensa, de especial relevancia en el proceso penal, tiene una doble dimensión: una material, referida al derecho del imputado de ejercer su propia defensa desde el mismo instante en que toma conocimiento de que se le atribuye la comisión de determinado hecho delictivo; y otra formal, que supone el derecho a una defensa técnica; esto es, al asesoramiento y patrocinio de un abogado defensor durante todo el tiempo que dure el proceso. Ambas dimensiones del derecho de defensa forman parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho en referencia. En ambos casos, se garantiza el derecho a no ser puesto en un estado de indefensión”*²⁸⁰. El Tribunal refuerza este tercer contenido de la garantía constitucional del derecho de defensa, al señalar que la defensa efectiva o formal deber ser asistida por un abogado defensor elegido libremente por el imputado.

En ese sentido, y estando a los argumentos expuestos, se colige que el derecho constitucional a la defensa tiene un triple contenido: primero, en el sentido que ninguna persona puede ser privado del derecho de defensa durante el inicio hasta la

²⁷⁹ Caso Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez Vs Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C N° 170.

²⁸⁰ F.j. 3 del Expediente N° 1919-2006-PHC/TC – LIMA de fecha 16 de marzo de 2006. Caso MARGI EVELING CLAVO PERALTA.

culminación de un proceso judicial o procedimiento administrativo; segundo, a realizar su descargo personal de manera preliminar ante los funcionarios judiciales y funcionarios públicos, ya sea al momento en que es detenido, así como dentro de un proceso o procedimiento; y, tercero, toda persona tiene derecho a ser defendido por un abogado letrado elegido por éste de manera libre y voluntaria, y de no contar con los recursos económicos, ser asistido por un defensor público o de oficio proporcionado por el Estado. Además, ya sea como abogado privado o de oficio, este profesional deberá realizar una defensa cautiva, eficaz o efectiva a favor del investigado, bajo sanción de nulidad.

2.1.4.6 El derecho de defensa en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

La autoridad competente, constitucionalmente hablando, encargada de realizar no solo la protección, sino también la interpretación de los derechos fundamentales previstos en la Constitución, es el Tribunal Constitucional, siendo su amparo legal el artículo 201° del texto constitucional. Así, dentro del catálogo de derechos constitucionales previstos en nuestra carta magna tenemos el principio constitucional del derecho de defensa. El Tribunal a fin de realizar una correcta interpretación de esta garantía constitucional, ha emitido abundantes sentencias sobre este principio, fijando lineamientos que deben ser tomados en cuenta por los operadores del derecho al momento de resolver un caso, especialmente por los funcionarios encargados de la administración de justicia en nuestro país, así como también por los funcionarios a cargo de la administración pública.

Por otra parte, el Tribunal Constitucional, haciendo referencia a la tesis institucional de los derechos fundamentales, ha dicho que el derecho de defensa es un derecho fundamental de naturaleza procesal que conforma, a su vez, el ámbito del

debido proceso, y sin el cual no podría reconocerse la garantía de este último²⁸¹. Esta relación implícita del derecho de defensa al debido proceso ha sido reiterada por el Tribunal en sus abundantes sentencias, señalando que *el derecho de defensa constituye un derecho fundamental de naturaleza procesal que conforma el ámbito del debido proceso*²⁸². Se entiende así *-de carácter procesal-*, debido a que este principio solamente se va a manifestar en la tramitación de un proceso judicial o un procedimiento administrativo, siendo que, como se verá más adelante, forma parte de las garantías procesales genéricas.

A lo dicho, al ser el principio constitucional de defensa un derecho de naturaleza procesal, se pretende que en el desarrollo del proceso se respeten los principios de interdicción y de contradicción. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado que *“Bajo esa premisa, en cuanto al derecho de defensa cabe mencionar que éste constituye un derecho fundamental de naturaleza procesal que conforma tal ámbito del debido proceso y se proyecta como un “principio de interdicción” de cualquier situación de indefensión y como un “principio de contradicción” de los actos procesales que pudieran potencialmente repercutir en la situación jurídica de las partes, sea en un proceso judicial o procedimiento administrativo. (...)”*²⁸³. Es decir, estos principios garantizan que durante la substanciación de un proceso judicial o un procedimiento administrativo, los funcionarios judiciales o públicos coloquen

²⁸¹ OTAROLA PEÑARANDA, Fredy. La Constitución Comentada, Análisis Artículo por Artículo, Tercera Edición, Tomo III. Editorial Grijley. Lima. 2015. Pág. 777.

²⁸² F.j 17 del Expediente N° 05270-2005-PA/TC – CALLAO de fecha 18 de octubre de 2006. Caso Asociación Comité de Defensa del Medio Ambiente y la Salud del Distrito de Ventanilla.

²⁸³ F.j. 8 del Expediente N° 04293-2012-PA/TC – LORETO de fecha 18 de marzo de 2014. Caso Consorcio Requena.

en indefensión a los sujetos procesales, así como impidan la participación activa, procesalmente hablando, de las partes en la sustanciación procesal o procedimental.

Así mismo, respecto del contenido de este derecho fundamental en sus tres aspectos: derecho a la defensa en la substanciación de un proceso (*desde el inicio hasta su ejecución*), defensa material y defensa formal; el Tribunal ha mencionado que, en relación al hecho que ninguna persona debe ser privada del derecho de defensa en la tramitación de un proceso, ha precisado que el²⁸⁴ *derecho a la defensa comporta en estricto el derecho de no quedar en estado de indefensión en cualquiera etapa del proceso*. Además, también ha precisado el Tribunal *que no cualquier imposibilidad de ejercer los medios legales conlleva a un estado de indefensión. La imposibilidad es constitucionalmente relevante cuando se genera una indebida y arbitraria actuación del órgano que juzga*²⁸⁵. Es decir, no todo acto procesal puede constituirse como un estado de indefensión, debido que para su configuración es necesario que exista objetividad *ipso iure* que demuestre la transgresión del derecho constitucional a la defensa, el mismo que a su vez es una exigencia prevista en los tratados internacionales, como por ejemplo, el hecho de impedir que el imputado declare sin abogado, por una decisión arbitraria del funcionario judicial, o que cuando solicite el agraviado una tutela de derechos en un proceso penal *-en igualdad de armas, porque solo está prevista la tutela para el imputado-* se le restrinja de este derecho fundamental, debido a que el funcionario judicial realiza una interpretación restringida de la norma procesal penal sin tomar en cuenta vía control difuso que dicha norma transgrede la constitución, o vía control difuso convencional advertir

²⁸⁴ F.j. 5 del Expediente N° 04879-2012-PHC/TC – LIMA de fecha 22 de mayo de 2013. Caso Luís Alberto Cuenca Vidalón.

²⁸⁵ F.j. 16 del Expediente N° 01147-2012-PA/TC – Lima de fecha 16 de enero de 2013. Caso Luís Enrique Orezzoli Neyra.

que transgrede los tratados supranacionales. Otros aspectos procesales que transgreden esta garantía constitucional es el hecho de no permitir que el acusado realice a través de su defensa su informe oral, que se le restrinja el ofrecimiento de medios probatorios durante el proceso, que no se le notifique para que participe en las declaraciones de testigos o coimputados, etc.

Ahora bien, en lo que respecta a la defensa materia y formal, el Tribunal Constitucional ha señalado que *es posible afirmar que el derecho de defensa, de especial relevancia en el proceso penal, presenta una doble dimensión: una material, mediante el cual el inculpado tiene derecho de ejercer su propia defensa desde el momento en el cual toma conocimiento de que se le viene imputando la comisión de un delito; y otra formal, que implica el derecho a una defensa técnica, es decir, el asesoramiento y patrocinio de un abogado defensor durante todo el tiempo que dure el proceso*²⁸⁶. Así, si durante la tramitación de un proceso penal el funcionario judicial a cargo del proceso (*Juez Penal*) o de la investigación (*Fiscal*), restringe al imputado del derecho fundamental a la defensa (*en sus dos dimensiones*), tal conducta procesal constituiría un estado de indefensión en contra del investigado, lo que a la postre acarrearía nulidad del proceso.

Un aspecto a tomar en cuenta es que la necesidad de la defensa técnica, efectiva o eficaz en la tramitación de un proceso no puede ser restringido por ninguna razón, sin importar la condición profesional que pueda tener un imputado, siendo por ejemplo en el caso de un procesado que tenga la profesión de Abogado, es facultad

²⁸⁶ F.j. 4 del Expediente N° 06442-2007-PHC/TC - Ucayali de fecha 30 de enero de 2008. Caso Julio Gonzales Cotrina.

de éste si desea ejercer su propia defensa, o si desea contar con un abogado defensor de su libre elección. Incluso de que el Estado le tenga que proporcionar un defensor de oficio. Así, el Tribunal ha señalado: *“Al respecto cabe señalar que, si bien este Tribunal determinó que es posible bajo ciertos requisitos que las dimensiones material y formal del derecho de defensa puedan ser ejercidas por un procesado que tenga a su vez la condición de abogado, (...)”*²⁸⁷. Como se aprecia, el máximo intérprete de la Constitución otorga esa facultad a los Abogados a que puedan ejercer en protección propia la doble dimensión del derecho de defensa previsto en la carta magna; sin embargo, como todo derecho no es absoluto sino relativo, tal posibilidad no podría darse, por ejemplo, si el investigado que tiene la condición de Abogado desea contar con la asistencia de un letrado, en razón a que el investigado, por especialidad, desconoce del derecho penal y procesal penal.

Además, el Tribunal Constitucional ha sido enfático en sus sentencias emitidas, en señalar que el principio constitucional del derecho de defensa debe ser tomado en cuenta por los funcionarios judiciales en la sustanciación de cualquier tipo de proceso. Así, ha señalado que *“La Constitución, en su artículo 139°, inciso 14, reconoce el derecho a la defensa; en virtud de dicho derecho se garantiza que los justiciables, en la protección de sus derechos y obligaciones, cualquiera sea su naturaleza (civil, mercantil, penal, laboral, etc.), no queden en estado de indefensión. (...)”*²⁸⁸. Asimismo, el derecho a la defensa no solamente es de índole procesal judicial, sino que también los funcionarios encargados de la administración pública deben tomar en cuenta este derecho fundamental en la substanciación de un

²⁸⁷ F.j. 10 del Expediente N° 01425-2008-HC/TC – Lima de fecha 24 de septiembre de 2008. Caso Luís Grover Gonzáles Gallardo.

²⁸⁸ F.j. 4 del Expediente N° 06648-2006-HC/TC - LIMA de fecha 14 de marzo de 2007. Caso Juan Miguel Guerrero Orbezo.

procedimiento administrativo *-sancionador-*, habiendo indicado el Tribunal que “*El derecho de defensa garantiza, entre otras cosas, que una persona sometida a una investigación, sea esta de orden jurisdiccional o administrativo, y donde se encuentren en discusión derechos e intereses suyos, tenga la oportunidad de contradecir y argumentar en defensa de tales derechos e intereses. (...)*”²⁸⁹. Este derecho fundamental se encuentra reconocido implícitamente en el artículo IV numeral 1.2 del TUO de la Ley N° 27444 *-Ley del Procedimiento Administrativo General-*, como principio del debido procedimiento.

En consecuencia, y de lo expuesto en los párrafos precitados, se tiene que el Tribunal Constitucional ha emitido abundantes jurisprudencias sobre el principio fundamental del derecho a la defensa, siendo necesario su intervención como protector e intérprete de las normas constitucionales, a fin de que los funcionarios judiciales y los funcionarios públicos tomen en cuenta sus lineamientos, contenidos, principios y actos procesales que forman parte de esta garantía constitucional, al momento de resolver un caso en particular.

2.1.4.7 La tutela de derechos o tutela jurisdiccional efectiva en la Constitución Política del Estado.

La Tutela Jurisdiccional Efectiva o también conocido como Tutela de Derechos o Tutela Procesal Efectiva, es reconocida por la doctrina nacional como un principio constitucional, así como un derecho genérico. Se dice que es un principio

²⁸⁹ F.j 24 del Expediente N° 3741-2004-AA/TC – Lima de fecha 14 de noviembre de 2005. Caso Ramón Hernando Salazar Yarlénque.

constitucional porque se encuentra dentro de los principios de la función jurisdiccional, previsto en el numeral 3 del artículo 139° de la Constitución. Al respecto, Luís Miguel Reyna Alfaro²⁹⁰, señala que este principio (derecho y garantía) constituye uno de los pilares sobre los que se asienta la idea de “debido proceso legal”, indicativo de ello es la vinculación existente entre debido proceso y tutela jurisdiccional en el párrafo 3 del artículo 139° de la Constitución Política.

También se dice que es un derecho genérico o complejo, porque parte de una concepción garantista y tutelar para asegurar tanto el derecho de acceso a los órganos de justicia, como la eficacia de lo decidido en la sentencia²⁹¹. Asimismo, un aspecto relevante en el ámbito del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva proviene del derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales que es justamente la que permite que la tutela jurisdiccional sea “efectiva²⁹²”. El tema del acceso a la justicia, la motivación en las resoluciones, las decisiones dentro del plazo razonable y la ejecución de las sentencias, son características propias de este derecho fundamental, conforme se explicara más adelante.

Es por estas razones expuestas, ya sea entendido como *principio o derecho*, lo que se busca a través de la Tutela Jurisdiccional Efectiva es garantizar el acceso de las personas a la administración de justicia o a la administración pública, a fin de que puedan recurrir de manera directa o a través de un representante, dentro de un proceso

²⁹⁰ REYNA ALFARO, Luís Miguel. Manual de Derecho Procesal Penal. Editorial Instituto Pacífico. Lima. 2015. Pág. 215.

²⁹¹ LANDA ARROYO, César. El Derecho al Debido Proceso en la Jurisprudencia. Editorial Diskcopy S.A.C., Perú. 2012. Pág. 15.

²⁹² REYNA ALFARO, Luís Miguel. Manual de Derecho Procesal Penal. Editorial Instituto Pacífico. Lima. 2015. Pág. 215.

o procedimiento respetuoso de las garantías mínimas, sin importar que las pretensiones que se sustentan sean de orden penal, civil, laboral, constitucional o administrativo.

Además, cuando se dice que este derecho fundamental busca garantizar el acceso a la administración de justicia o a la administración pública, se entiende como el interés que tiene toda persona de buscar justicia ante el poder - deber del Estado. Este acceso a la justicia puede darse antes de iniciar un proceso, así como dentro de la tramitación de este, en igualdad y sin discriminación, es decir, las partes procesales deben gozar de este derecho de manera plena y en igualdad de condiciones procesales, no debiendo ninguna norma legal de menor jerarquía restringir este derecho constitucional *-como si se da en materia procesal penal, cuando el Código Procesal Penal restringe al agraviado o la víctima el acceso a la tutela de derechos, por ser facultad exclusiva solo de los imputados-*.

Como todo derecho, no es absoluto, sino relativo, estando condicionado a que el interesado cumpla ciertos requisitos exigidos en el ordenamiento jurídico, siendo que estos requisitos legales no pueden contraponerse a las normas constitucionales, peor aún a las normas de derechos humanos. Al respecto, Cesar Landa Arroyo, menciona que ello no significa que la judicatura deba de admitir a trámite toda demanda *(o toda petición judicial en la substanciación de un proceso)*, y mucho menos que deba de estimar de manera favorable y necesaria toda pretensión formulada. El órgano jurisdiccional solo tiene la obligación de acoger la pretensión y, bajo un razonable análisis jurídico, decidir sobre su procedencia. Si por el contrario, la judicatura desestima de plano y sin previa merituación una petición, entonces se estaría

vulnerando el derecho de acceso a la justicia²⁹³. Este razonamiento jurídico debe ser realizado por los funcionarios judiciales o funcionarios públicos bajo el amparo de los derechos constitucionales, así como de las normas previstas en los tratados internacionales al cual somos parte.

Al respecto, Omar Sumaria Benavente, citando las sentencias del Tribunal Constitucional Español de fecha 22 de abril y 14 de julio de 1981, menciona que el derecho a la Tutela Jurisdiccional no sólo asegura una mera posibilidad de acceso de toda persona a los órganos jurisdiccionales para el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sino también el derecho a obtener la tutela efectiva de aquellos órganos, sin que deban producirse situaciones de indefensión²⁹⁴. Un aspecto a tomar en cuenta es que en la realidad jurídica una forma de manifestación de indefensión es justamente negarle el acceso al ejercicio de un derecho a una de las partes procesales en la substanciación de un proceso.

Por otro lado, y en relación a lo mencionado en el párrafo precitado, la tutela jurisdiccional efectiva o tutela de derechos guarda estrecha relación con el principio constitucional del derecho a la defensa. Así, si una persona no puede tener acceso a la justicia, fuera o dentro de la tramitación de un proceso, este hecho va a impedir que éste ejerza su derecho de defensa de manera plena, conforme a lo dispuesto por la Constitución, así como por los tratados internacionales. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado que “(...) *El derecho de defensa consagrado en el artículo 139º, inciso 14) de la Constitución Política garantiza que los justiciables en la tutela*

²⁹³ LANDA ARROYO, César. El Derecho al Debido Proceso en la Jurisprudencia. Ed. Diskcopy S.A.C., Perú. 2012. Pág. 15.

²⁹⁴ SUMARIA BENAVENTE, Omar. Editorial RODHAS. Introducción al Sistema de la Tutela Jurisdiccional. Lima. 2014. Pág. 143.

*de sus derechos e intereses (no interesando la naturaleza sea civil, penal, etc.) no queden en estado de indefensión o puedan tener la oportunidad de contradecir los actos procesales que afecten a una de las partes o a un tercero con interés (...)*²⁹⁵.

En ese sentido, lo que se busca a través de este principio constitucional o derecho fundamental en el presente trabajo, es que las partes procesales en igualdad y sin discriminación, puedan tener acceso a la justicia de manera plena en la tramitación de un proceso, no debiendo ser limitado este derecho constitucional por la interpretación restringida de una norma legal de menor rango, el cual contraviene no solo a esta garantía fundamental, sino también a las normas de derechos humanos previstos en los instrumentos supranacionales al cual somos parte; siendo que, en la praxis, el hecho de que no tenga acceso a la justicia el agraviado cuando solicite tutela de derechos en la tramitación de un proceso penal, debido a que la norma procesal penal solo faculta al imputado, y como consecuencia el A quo le declare improcedente su petición, tal razonamiento jurídico constituiría una contravención no solo a la tutela jurisdiccional efectiva, sino también a otros derechos fundamentales, como es el derecho a la defensa, a la igualdad y al debido proceso, estando facultado constitucionalmente el Juez en poder realizar un control difuso, al advertir que la normas procesal penal (art. 74°.1 del CPP) se contraponen al derecho fundamental de la tutela de derecho o tutela jurisdiccional efectiva.

2.1.4.8 La tutela de derechos y su relación implícita con la tutela jurisdiccional efectiva.

²⁹⁵ F.j. 6 del Expediente N° 01873-2014-AA/TC - Lambayeque de fecha 03 de marzo de 2016. Caso Anaximandro Díaz Irigoien.

Consideramos a la tutela de derechos como una manifestación directa de la tutela jurisdiccional efectiva, debido a que mediante la tutela el sujeto procesal interesado busca el acceso a la justicia a fin de reclamar un derecho vulnerado, ya sea por los funcionarios judiciales o por los funcionarios públicos, en la tramitación de un proceso judicial o procedimiento administrativo. Esta tutela puede ser reclamada en cualquier tipo de proceso de índole penal, civil, administrativo, laboral, etc. Asimismo, cuando se dice que la tutela de derechos es una de las formas de manifestación de la tutela jurisdiccional efectiva, se menciona en razón a que la doctrina señala también como otras formas de manifestación a la²⁹⁶ tutela cognitiva, tutela ejecutiva, tutela cautelar y la tutela diferenciada.

Así mismo, el Tribunal Constitucional señala 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 garantista y tutelar que encierra todo lo concerniente al derecho de acción frente al poder-deber de la jurisdicción²⁹⁷. Entonces, si entendemos al derecho de acceso a la justicia como una garantía constitucional que tiene toda persona de reclamar un acto procesal o un derecho en la tramitación de un proceso, se entiende que la tutela de derechos tiene una naturaleza de índole procesal, debido a que es en la tramitación de un proceso judicial o un procedimiento administrativo en donde el afectado puede hacer uso de la tutela de derechos a fin de proteger su derecho reclamado.

²⁹⁶ SUMARIA BENAVENTE, Omar. Editorial RODHAS. Introducción al Sistema de la Tutela Jurisdiccional. Lima. 2014. Pág. 12-13.

²⁹⁷ F.j. 6 del Expediente N° 8123-2005-PHC/TC – LIMA de fecha 14 de noviembre de 2005. Caso Nelson Jacob Gurman.

Este aspecto mencionado *ut supra* va a tener más connotación cuando en la tramitación de un proceso judicial se vulnera el derecho constitucional a la defensa, como por ejemplo, si en la tramitación de un proceso judicial el agraviado solicita un acto de investigación, el mismo que puede ser rechazado por el funcionario judicial debido a una interpretación restringida de una norma procesal. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado que “(...) *De igual manera este Tribunal en constante jurisprudencia ha precisado que el derecho a no quedar en estado de indefensión se conculca cuando a los titulares de los derechos e intereses legítimos se les impide ejercer los medios legales suficientes para su defensa; pero no cualquier imposibilidad de ejercer estos medios produce un estado de indefensión que atenta contra el contenido constitucionalmente protegido del derecho, sino que es constitucionalmente relevante cuando se genera una indebida y arbitraria actuación del órgano que investiga o juzga al individuo. Este hecho se produce cuando al justiciable se le impide, de modo injustificado argumentar a favor de sus derechos e intereses legítimos (...)*”²⁹⁸. Así, en el ejemplo anterior, el hecho que una persona agraviada solicite un acto de investigación en la tramitación de un proceso penal, y pese a tener un interés legítimo que le afecta de manera directa su derecho, no llega a ser atendido su tutela por el órgano jurisdiccional, esta conducta procesal no solo afectaría la tutela de derechos de dicho sujeto procesal, sino también el principio constitucional del derecho de defensa.

En consecuencia, y de lo expuesto en los párrafos precitados, está demostrado que la tutela de derechos es una forma de manifestación directa de la tutela

²⁹⁸ F.j. 16 del Expediente N° 01147-2012-PA/TC – LIMA de fecha 16 de enero de 2013. Caso Luís Enrique Orezzoli Neyra.

jurisdiccional efectiva, existiendo una relación directa entre ambos, razón por lo cual, su contravención por parte de los funcionarios judiciales o funcionarios públicos en la tramitación de un proceso judicial o un procedimiento administrativo constituye una afectación a esta garantía constitucional. Asimismo, este derecho fundamental se manifiesta en la tramitación de un proceso judicial, siendo por ello que su naturaleza es de carácter procesal.

2.1.4.9 Origen de la tutela jurisdiccional efectiva.

En cuanto al origen del principio o derecho genérico²⁹⁹ de la Tutela Jurisdiccional Efectiva, es de señalar que este principio surge en Europa luego de culminada la Segunda Guerra Mundial, como consecuencia de un fenómeno de Constitucionalización de los derechos fundamentales de la persona, y dentro de éstos, una tutela de las garantías mínimas que debe reunir todo proceso judicial. Es el caso que las primeras manifestaciones de este derecho fundamental se encuentran en el artículo 24° de la Constitución de Italia de 1947 y en los artículos 19° inciso 4, 101° inciso 1 y 103° inciso 1, respectivamente, de la Constitución de Bonn de 1949³⁰⁰.

Así tenemos, de lo señalado, que del artículo 24° de la Constitución Italiana se desprende el derecho que tienen todos de actuar en juicio para la tutela de sus

²⁹⁹También conocido por la doctrina procesal penal como Garantía Procesal Genérica.

³⁰⁰Artículo 19.- Restricción de los derechos fundamentales: (...) 4. *Toda persona cuyos derechos sean vulnerados por el poder público, podrá recurrir a la vía judicial. Si no hubiese otra jurisdicción competente para conocer el recurso, la vía será la de los tribunales ordinarios. No queda afectado el artículo 10, apartado 2, segunda frase.*

Artículo 101.- Prohibición de tribunales de excepción: 1. *No están permitidos los tribunales de excepción. Nadie podrá ser sustraído a su juez legal.*

Artículo 103.- Derecho a ser oído, prohibición de leyes penales con efectos retroactivos y el principio de *ne bis in ídem*: 1. *Todos tienen el derecho de ser oídos ante los tribunales.*

derechos e intereses legítimos, siendo requisito *sine quantum la* defensa como derecho inviolable en cualquier estado y grado de la causa. Asimismo, este principio de tutela jurisdiccional efectiva era considerado en ese entonces como uno de los principios supremos del Ordenamiento Constitucional³⁰¹.

Por otra parte, la Ley Fundamental de Bonn de 1949, en su artículo 9° numeral 1, se limita y se restringe a regular un concreto y capital aspecto como es la justicia de la intervención pública que incide en la esfera subjetiva de los ciudadanos, mientras que en otras disposiciones de esa misma Ley Fundamental se consagran otros elementos comunes, tales como la independencia judicial (Art. 97°), el derecho a ser oído (Art. 103°), el derecho a un Juez predeterminado por la Ley y la Prohibición de los Tribunales de Excepción (Art. 101° numeral 1), entre otros. Estos antecedentes constitucionales precitados, dieron origen al reconocimiento de la tutela jurisdiccional efectiva como principio dentro de la Constitución. A su vez, el profesor César San Martín Castro, señala que la tutela jurisdiccional efectiva se trata de una institución procesal de reciente data en el derecho comparado. Su origen se encuentra en el numeral 1 del artículo 24° de la Constitución Española de 1978³⁰².

Al respecto, Gerardo Eto Cruz menciona que hoy, prácticamente todos los regímenes constitucionales de Latinoamérica, han recibido una influencia

³⁰¹RAMONES VIDAL, Mireyna (2009). *Tutela Judicial Efectiva en la Investigación de la Fase Preparatoria del Proceso Penal Venezolano*. (Tesis de Maestría, Universidad Católica Andrés Bello). Recuperado de http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/710016/7586/ramones_vidal_tesis_PDF. Visitada el día 10 de marzo de 2020.

³⁰² El artículo 24° de la Constitución Política Española de 1978 consagra y reconoce este derecho constitucional a todas las personas y no solo a los españoles, en los siguientes términos: “1) *Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión*”.

determinante en muchos aspectos, sobre todo si vemos que el grueso de los textos constitucionales latinoamericanos han sido gestado diacrónicamente en estos años, posteriores al influjo del constitucionalismo español de 1978³⁰³. Esta influencia, en el caso peruano, se dio bajo la coyuntura de una transición de un gobierno dictatorial a un régimen democrático, y si bien es cierto no fue considerado en la Constitución de 1979; sin embargo, al entrar en vigor la Convención Americana en 1981 en nuestro país, reconociéndose los derechos humanos a ser oído con las debidas garantías ante un tribunal (art. 8°.1), así como el derecho a un recurso sencillo, rápido y efectivo ante los tribunales (art. 25°.1), implícitamente este derecho fundamental fue reconocido por los funcionarios judiciales.

En ese sentido, como se puede apreciar de lo señalado en los párrafos mencionados precedentemente, el origen de la tutela jurisdiccional efectiva ha sido reconocido en un inicio por los textos constitucionales europeos, culminada la segunda guerra mundial; sin embargo en el Perú, y tomando como referencia la Constitución Española de 1978, recién aparece expresamente este principio o derecho constitucional en el artículo 139° numeral 3 de la Constitución Política del Estado de 1993, no siendo tomado en cuenta como garantía de la administración de justicia en el artículo 233° de la Constitución de 1979.

2.1.4.10 Definición de tutela jurisdiccional efectiva.

La doctrina lo define señalando que se entiende como la facultad que tiene toda persona, de recurrir a los órganos jurisdiccionales competentes para que éstos

³⁰³ ETO CRUZ, Gerardo. Constitución y Procesos Constitucionales, Tomo I. Editorial ADRUS D&L EDITORES. Lima. 2013. Pág. 158.

resuelvan un conflicto de intereses o declaren un derecho insuficientemente indeterminado, garantizando la protección procesal necesaria, que un justiciable requiere para el mejor esclarecimiento de su derecho³⁰⁴. Esta definición no es restringida, debido a que también se entiende al acceso de justicia solicitado por el administrado en la tramitación de un procedimiento administrativo dentro de la administración pública.

A su vez, el profesor español Joaquín García Morillo, citado por Humberto Bello, analizando la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español, define a la Tutela Judicial Efectiva como “*el derecho de todas las personas a tener acceso al sistema de justicia y a obtener una resolución fundada en derecho y por lo tanto motivada, la cual puede ser de inadmisión cuando concurre una causa legalmente prevista*”³⁰⁵. Esta última parte se entiende en el sentido que de no reunir los requisitos legales exigidos por la norma legal de la materia, el acceso a la justicia solicitado por el interesado puede ser denegado, claro está, conforme a lo mencionado *ut supra*, siempre y cuando esa condición exigida por la norma legal no contravenga los derechos fundamentales establecidos en la Constitución, de ser así, ocasionaría indefensión al interesado.

Por su parte, el Tribunal Constitucional ha definido a la tutela jurisdiccional efectiva, señalando que es un derecho constitucional de naturaleza procesal en virtud del cual toda persona o sujeto justiciable puede acceder a los órganos

³⁰⁴ VALDIVIA DEXTRE, Pedro Abraham. Análisis del Derecho Procesal Constitucional. Editorial IDEMSA. Lima. 2008. Pág. 35.

³⁰⁵ RAMONES VIDAL, Mireyna (2009). *Tutela Judicial Efectiva en la Investigación de la Fase Preparatoria del Proceso Penal Venezolano*. (Tesis de Maestría, Universidad Católica Andrés Bello). http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/710016/7586/ramones_vidal_tesis_PDF. Visitada el día 10 de marzo de 2020.

jurisdiccionales, independientemente del tipo de pretensión formulada y de la eventual legitimidad que pueda, o no, acompañarle a su petitorio. En un sentido extensivo, la tutela jurisdiccional efectiva permite también que lo que ha sido decidido judicialmente mediante una sentencia, resulte eficazmente cumplido³⁰⁶. Esta eficacia se va a materializar cuando la resolución judicial que ha adquirido la calidad de juzgada sea ejecutada en su totalidad por el órgano jurisdiccional.

Así mismo, Giovanni Francesco Priori Posada señala que el principio fundamental de la tutela jurisdiccional efectiva es el derecho constitucional que tiene todo sujeto de derecho de acceder a un órgano jurisdiccional para solicitar tutela de una situación jurídica que se alega está siendo vulnerada o amenazada a través de un proceso dotado de las mínimas garantías, luego del cual se expedirá una resolución fundada en derecho, que desplegará efectos vinculantes³⁰⁷. Esta definición guarda relación con el derecho al acceso a la justicia, debida motivación de las resoluciones, emisión de las resoluciones sin ninguna dilación indebida, decisión judicial emitida conforme a derecho, así como la ejecución de la misma, los cuales constituyen garantías mínimas en la tramitación de un proceso judicial o un procedimiento administrativo.

En consecuencia, de las definiciones señaladas precedentemente, se puede colegir que la tutela jurisdiccional efectiva es el derecho constitucional que tiene toda persona de recurrir a los órganos jurisdiccionales, así como a la administración pública, a fin de solicitar que se tutele su derecho invocado o lesionado, dentro de

³⁰⁶ F.j. N° 6 del Expediente N° 763-2005-PA/TC - LIMA de fecha 13 de abril del año 2005. Caso Inversiones la Carreta S.A.

³⁰⁷ PRIORI POSADA, Giovanni Francesco. Comentarios a la Ley del Proceso Contencioso Administrativo, 4ta Edición. Editorial ARA EDITORES. Lima Perú. 2009. Pág. 71.

un plazo razonable y eficaz, a fin de obtener una resolución judicial oportuna, ajustada a derecho, la misma que a su vez debe ser ejecutada y efectivizada a fin de que se pueda resarcir el derecho vulnerado.

2.1.4.11 La tutela de derecho como garantía del acceso a la justicia.

Como se ha explicado *ut supra*, se entiende a la tutela de derechos como aquella garantía constitucional por medio del cual una persona peticona o reclama la vulneración de su derecho subjetivo ante los funcionarios judiciales o funcionarios públicos. Este reclamo se realiza a través del acceso a la justicia, siendo³⁰⁸ este último un derecho implícito de la tutela jurisdiccional efectiva, mediante el cual se asegura a todas las personas el acceso a un tribunal de justicia, de manera directa o a través de un representante, para que con un proceso respetuoso de garantías mínimas, se sustente una pretensión de orden penal, civil, laboral, contencioso administrativo, etc.

Así mismo, el Tribunal Constitucional ha reforzado el argumento precitado, señalando que con la tutela jurisdiccional efectiva no solo se persigue asegurar la participación o acceso del justiciable a los diversos mecanismos (procesos) que habilita el ordenamiento dentro de los supuestos establecidos para cada tipo de pretensión, sino que se busca garantizar que, tras el resultado obtenido, pueda verse este último materializado con una mínima y sensata dosis de eficacia³⁰⁹. Es decir la decisión judicial o administrativa que se obtenga en la tramitación de un proceso o

³⁰⁸ LANDA ARROYO, César. El Derecho al Debido Proceso en la Jurisprudencia. Ed. Diskcopy S.A.C. Lima. 2012. Pág. 91.

³⁰⁹ F.j. N° 6 del Expediente N° 763-2005-PA/TC - LIMA de fecha 13 de abril del año 2005. Caso Inversiones la Carreta S.A.

procedimiento administrativo, como consecuencia de una tutela de derechos reclamada, debe ser eficaz en su cumplimiento.

Además, como se ha señalado también, no todo derecho que se acude ante el órgano jurisdiccional tiene acceso a la justicia o a la administración pública, esto en razón a que todo derecho no es absoluto sino relativo, y esto se demuestra cuando las peticiones que se realizan deben cumplir los requisitos establecidos por la ley, o en su defecto, deben encontrarse previstos y sancionados dentro de nuestro ordenamiento jurídico interno, siempre y cuando no contravenga la Constitución. Al respecto, la Corte IDH ha señalado que la tolerancia del Estado a circunstancias o condiciones que impidan a los individuos acceder a los recursos internos adecuados para proteger sus derechos, constituye una violación del artículo 1.1 de la Convención³¹⁰.

Entonces, decimos que toda tutela de derecho se manifiesta a través del acceso a la justicia, existiendo entre ambos una relación primigenia y necesaria, en razón de que cuando se vulnera los derechos constitucionales de una persona, estos van a poder ser reclamados y tutelados ante la administración de justicia o la administración pública, a través del acceso a la justicia, siendo éste último una de las características de la tutela jurisdiccional efectiva, conforme se analizará más adelante.

2.1.4.12 La Constitucionalización del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

³¹⁰ Caso Hilaire, Constantine y Benjamín y otros Vs Trinidad y Tobago. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C N° 94.

Sobre el tema, como señala Omar Sumaria Benavente, sin duda, el elemento central en torno al cual se estructura el nuevo derecho, así como las instituciones de este nuevo orden de valores y creencias en las actuales democracias contemporáneas, es que esta moldeada por el rol que juega la Constitución y por la manera como hoy se concibe. La presencia de la Constitución como norma fundamental viene a replantear algunos de los postulados centrales del Estado de Derecho, entendido como un Estado que se estructuró en torno a partir de la Ley³¹¹. Por ello en la actualidad no hablamos de un Estado de Derecho, sino de un Estado Constitucional de Derecho, en razón de la primacía que tiene la norma constitucional sobre las demás normas en el ordenamiento jurídico.

En relación a lo expuesto, a la fecha nuestro país se encuentra en un Estado Constitucional de Derecho, habiendo superado el modelo de Estado Social de Derecho. Esta manifestación jurídica se da desde el momento en que es una obligación primordial y fundamental el respeto de la Constitución y sus derechos fundamentales, estando por encima de las demás normas legales. Al respecto, tal argumento encuentra su respaldo en el artículo 51° de la Constitución de 1993, el cual señala que la Constitución prevalece sobre toda norma legal. Es decir, como señala Raúl Chanamé Orbe, la Constitución es la disposición de mayor jerarquía dentro del sistema normativo de nuestro país, y prevalece sobre cualquier otra norma legal³¹².

³¹¹SUMARIA BENAVENTE, Omar. Introducción al Sistema de la Tutela Jurisdiccional. Editorial RODHAS. Lima – Perú. 2014. Pág. 131.

³¹² CHANAME ORBE, Raúl. Comentarios a la Constitución. Quinta Edición. Editorial Jurista Editores. Lima. 2008. Pág. 290.

Así también, como señala Sumaria Benavente, citando a Richard Bellamy, en este marco del Constitucionalismo, el papel de la Constitución debe ser el de promover una percepción consensuada de justicia, así la integridad como el fundamento de un sistema constitucional depende lograr tal cosa³¹³. Esta apreciación señalada, se manifiesta en el respeto y cumplimiento de las normas constitucionales por parte de los funcionarios judiciales, tal como señala el **artículo 138° segundo párrafo de la Constitución, el cual dispone que los órganos jurisdiccionales, al momento de resolver un caso, de advertir que existe incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la norma constitucional.**

Además, respecto de la obediencia de la Constitución por parte del Estado, así como de los particulares o ciudadanos, el artículo 38° de la Constitución Política del Estado señala que todos los peruanos, incluido el Estado, tienen el deber de honrar al Perú y de proteger los intereses nacionales, así como de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico interno³¹⁴. De lo señalado, la norma constitucional citada es clara en señalar que todos los ciudadanos peruanos, incluido el Estado a través de sus poderes y órganos constitucionales autónomos, están en la obligación y deber de respetar la Constitución. Asimismo, el artículo citado es³¹⁵ un dispositivo en el que se establecen deberes generales para con la sociedad políticamente organizada, para

³¹³ SUMARIA BENAVENTE, Omar. Introducción al Sistema de la Tutela Jurisdiccional. Editorial RODHAS. Lima – Perú. 2014. Pág. 133.

³¹⁴ La Constitución Política del Perú. Gaceta Constitucional, Primera Edición. Lima- Perú. 2011. Pág. 99.

³¹⁵ BERNALES BALLESTEROS, Enrique. La Constitución de 1993, Análisis Comparado, Quinta Edición. Editorial RAO. Lima. 1999. Pág. 291.

todos los nacionales. Es una declaración general que, sin embargo, puede ser desagregada en normas legislativas reglamentarias para ciertos asuntos específicos.

Ahora bien, a la fecha la Constitución juega un rol importante en la sociedad, debido a que se encuentra establecida dentro de un Estado Constitucional de Derecho, respetándose los principios y derechos fundamentales que en ella se establecen, como es el caso del principio o derecho de la tutela jurisdiccional efectiva. De esta forma, el³¹⁶ concepto de tutela *jurisdiccional* cumpliría con los requisitos para ser considerada como derecho, toda vez que implica una práctica aceptada socialmente reconocida por el Gobierno, el cual se promueve y protege institucionalmente y que tiene como perspectiva el beneficio mutuo.

Así las cosas, se deduce que la tutela jurisdiccional efectiva es entendida como una norma de rango constitucional o como una norma de derecho fundamental, es por ello que la autotutela que era un tema individual en nuestra sociedad, se ha convertido en un derecho básico y fundamental, siendo que en³¹⁷ esta perspectiva, el problema del constitucionalismo moderno ya no es reivindicar una posición formal del ciudadano en sus relaciones con el Estado, sino de garantizarle la posibilidad de defender en concreto tales posiciones ante el Poder Público, siendo su problemática resuelta en el plano constitucional.

En consecuencia, podemos concluir que la tutela jurisdiccional efectiva se encuentra constitucionalizada en nuestro ordenamiento jurídico interno, siendo

³¹⁶SUMARIA BENAVENTE, Omar. Introducción al Sistema de la Tutela Jurisdiccional. Editorial RODHAS. Lima – Perú. 2014. Pág. 131.

³¹⁷SUMARIA BENAVENTE, Omar. Introducción al Sistema de la Tutela Jurisdiccional. Editorial RODHAS. Lima – Perú. 2014. Pág. 140.

respetado por los Poderes del Estado (públicos), así como por los particulares, por estar previsto como un principio o derecho constitucional, garantizándose su constitucionalidad a través del Tribunal Constitucional *-control concentrado-*, así como por el Poder Judicial *-control difuso-*, siendo un derecho que no solo puede ser invocado por un particular, sino por la sociedad en general.

2.1.4.13 La tutela de derechos en la jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional.

Como señala Enrique Bernales Ballesteros, en el Perú la instalación del Tribunal Supremo de la constitucionalidad se produjo con la Constitución de 1979, que empleó la denominación Tribunal de Garantías Constitucionales. Las expectativas que acompañaron su implementación fueron sin embargo defraudadas, tanto por aspectos de deficiente concepción constitucional, como por la ineficacia del Tribunal, que se agotó entre tensiones de sus miembros y falta de independencia ante el poder político³¹⁸. Este aspecto fue superado por la Constitución de 1993, reconociendo a este órgano autónomo con la denominación Tribunal Constitucional en su artículo 201°, instalándose el 24 de junio de 1996; sin embargo, por la coyuntura política que vivió nuestro país en la década de los 90, fue manipulada por la mayoría política de ese entonces. Posteriormente, con la instalación de la democracia en nuestro país en el año 2000, durante el Gobierno del ex Presidente Valentín Paniagua Corazao, el Tribunal reinició sus labores conforme a lo previsto en el texto constitucional.

³¹⁸ BERNALES BALLESTEROS, Enrique. La Constitución de 1993, Análisis Comparado, Quinta Edición. Editorial RAO. Lima. 1999. Pág. 796.

Desde dicha fecha hasta el día de hoy, este órgano constitucional ha emitido abundantes jurisprudencias en defensa y protección de los derechos fundamentales, habiendo incorporado a través de sus sentencias nuevos derechos, así como principios constitucionales. Al respecto, como señala César Landa Arroyo, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional por su propio carácter es dinámica, por ello el listado de los principios que se reconocen e incorporan a través de la práctica del TC no es limitativo, sino abierto³¹⁹. Es decir, éste órgano constitucional en el ejercicio de sus funciones de ley seguirá emitiendo sentencias que puedan incorporar nuevos principios, así como nuevos derechos fundamentales, en defensa y favorecimiento de las personas, a través del principio pro homine.

Así mismo, la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha jugado un rol activo al complementar, interpretar y, en ciertos casos excepcionales, reemplazar la ley, en la medida en que el control de constitucionalidad ejercido por los jueces sobre la ley los hace creadores de derecho. De esta manera, ahora ya no se acude solo a la ley para saber lo que el derecho ordena, prohíbe o permite, sino también a la jurisprudencia, especialmente la del TC³²⁰. Además, el³²¹ Tribunal cuenta con tres productos jurisprudenciales que son verdadera fuentes del derecho: la sentencia de inconstitucionalidad, el precedente³²² y la doctrina jurisprudencial; siendo que,

³¹⁹ LANDA ARROYO, César. Derecho Procesal Constitucional. Fondo Editorial de la Universidad Católica del Perú. Lima. 2018. Pág. 68.

³²⁰ LANDA ARROYO, César. Derecho Procesal Constitucional. Fondo Editorial de la Universidad Católica del Perú. Lima. 2018. Pág. 73.

³²¹ LANDA ARROYO, César. Derecho Procesal Constitucional. Fondo Editorial de la Universidad Católica del Perú. Lima. 2018. Pág. 74.

³²² **Pero no cualquier resolución del Alto Tribunal de la Constitucional adquiere la calidad de precedente**, sino que para que esto ocurra deben cumplirse al menos los siguientes dos requisitos. En primer lugar, debe tratarse de una resolución del Tribunal Constitucional que tenga pronunciamiento sobre el fondo, es decir, que la demanda constitucional no haya sido declara improcedente por una simple cuestión formal o de admisibilidad. (...). Y en segundo lugar, así deberá expresarlo la sentencia misma, ella deberá expresar que se está creando un precedente de obligatorio cumplimiento. **CASTILLO CORDOVA, Luís. Comentarios al Código Procesal Constitucional, Tomo I. Editorial Palestra Editores. Lima. 2006. Pág.92.**

la primera recae en los procesos de inconstitucionalidad, mientras que el segundo y el tercero, recae en los procesos de tutela de derechos.

Es por ello, que los procesos de tutela de derechos tienen por objeto la tutela jurisdiccional de los derechos constitucionales. Corresponden a este tipo de procesos: el proceso de habeas corpus, el proceso de amparo, el proceso de habeas data y el proceso de cumplimiento³²³. Nótese que estos procesos mencionados precedentemente protegen como tutela de derechos a los derechos fundamentales o constitucionales, referidos, en gran parte, a los derechos civiles y políticos, como es el caso de la tutela procesal efectiva³²⁴.

De lo expuesto en los párrafos precitados, podemos colegir que la tutela de derechos *-de manera genérica-* forma parte de las jurisprudencias emitidas por el Tribunal Constitucional, pudiendo ser reconocidas dentro de un precedente o una doctrina jurisprudencial, encontrando su amparo legal en los artículos VII y el tercer párrafo del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, respectivamente. Justamente, forma parte de la tutela de derechos el acceso a la justicia que debe tener toda parte procesal en la tramitación de un proceso penal, sin importar si tiene la condición de imputado o agraviado, derecho fundamental

³²³ [https://es.wikipedia.org/wiki/Tribunal_Constitucional_\(Per%C3%BA\)](https://es.wikipedia.org/wiki/Tribunal_Constitucional_(Per%C3%BA)). Visitado el 20 de agosto de 2020.

³²⁴ El derecho a la tutela procesal efectiva comprende tanto el derecho de acceso a la justicia como el derecho al debido proceso. Asimismo, tiene un plano formal y otro sustantivo o sustancial. El primero se refiere a todas las garantías del procedimiento, de tal forma que en el presente caso deberá analizarse si el procedimiento de vacancia, en tanto restrictivo de derechos, fue realizado respetando todas las garantías del debido proceso. El segundo se refiere al análisis de razonabilidad y proporcionalidad de la medida adoptada de tal forma que deberá analizarse la relación existente entre la sanción impuesta y la conducta imputada. **F.j. 8, segundo párrafo del Expediente N° 5396-2005-PA/TC – SAN MARTIN de fecha 06 de septiembre de 2005, Caso Max Henry García Ramírez.**

este que guarda armonía con los derechos al debido proceso, a la defensa y a la igualdad ante la ley, aspecto este que es materia de análisis en el presente trabajo.

2.1.4.14 El derecho fundamental de igualdad ante la ley en la Constitución Política del Estado.

El derecho fundamental de igualdad ante la ley, tan igual como cualquier derecho, ha evolucionado a lo largo de la historia. Su origen constitucional como derecho positivo lo encontramos en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, documento que fue aprobado por la Asamblea Nacional Constituyente francesa el 26 de agosto de 1789. Tanto³²⁵ la igualdad en el contenido de la ley como la igualdad en su aplicación forman parte del concepto de igualdad ante la ley, al que se refiere la Constitución. Ambas nociones se suceden en la historia, de acuerdo a la evolución del Estado moderno y del constitucionalismo.

Así mismo, como señala Luis Castillo Córdova, hablar del principio o derecho constitucional a la igualdad exige hablar en primer lugar de la dimensión moral que sustenta la formulación normativa. Cuando se exige igualdad en el tratamiento de las personas supone el haber admitido previamente que las personas son realidades radicalmente iguales en su valor de personas, es decir, en el compartir una misma naturaleza y consiguiente dignidad humanas³²⁶. Su razón ius natural está referido al derecho que tienen todas las personas de ser tratadas dignamente en igualdad, sin importar su color, condición económica, sexo, etc., formando parte

³²⁵ GUTIERREZ CAMACHO, Walter y SOSA SACIO, Juan Manuel. La Constitución comentada, análisis artículo por artículo, edición actualizada y con nueva jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Tercera Edición, Tomo I. Editorial Gaceta Jurídica. Lima. 2015. Pág. 108.

³²⁶ CASTILLO CORDOVA, Luís. Comentarios al Código Procesal Constitucional, Tomo I. Editorial Palestra Editores. Lima. 2006. Pág. 636.

primordial de todo ordenamiento jurídico, así como de todo proceso judicial o procedimiento administrativo.

Por otra parte, la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incurso en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza³²⁷. Por ello no puede existir en ningún ordenamiento jurídico una norma constitucional o una norma legal que cree trato desiguales entre las personas, salvo está, de algunas excepciones que la misma constitución, así como los tratados internacionales lo señalan, como es el caso de inmunidad que gozan los altos funcionarios públicos, entre otros aspectos.

Como se aprecia de lo señalado precedentemente, se tiene que el derecho fundamental de igualdad ante la Ley está relacionado con la dignidad humana, razón por lo cual toda persona debe recibir igual trato ante cualquier autoridad pública o judicial. Es por ello que nuestro ordenamiento jurídico interno reconoce a este derecho como un derecho fundamental de toda persona, el cual no sólo se encuentra fijado en el artículo 2º numeral 2 de la Constitución Política del Estado³²⁸, sino

³²⁷SILVA GARCÍA, Fernando. Jurisprudencia Interamericana sobre Derechos Humanos – Criterios Esenciales. Primera Edición. Editado por el Poder Judicial de la Federación – Consejo de la Judicatura. México. 2011. Pág. 428 (Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A, No. 4).

³²⁸“(…) Contrariamente a lo que pudiera desprenderse de una interpretación literal, se trata de un derecho fundamental que no consiste en la facultad de las personas para exigir un trato igual a los demás,

también en los tratados internacionales al cual nuestro país es parte, como es el caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el mismo que en su artículo 24° señala textualmente que *“Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho a igual protección ante la Ley”*.

Justamente en relación a esto último, y partiendo de lo prescrito en el artículo 24° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, vemos que este artículo citado también guarda relación con los artículos 8°.1³²⁹ (Garantías judiciales) y 25°³³⁰ (Tutela Jurisdiccional) del mismo tratado; siendo el nexo de relación de estos derechos humanos constitucionales el término “toda persona”. Efectivamente de la revisión de las mencionadas normas supranacionales, se advierte que todas las personas tienen derecho a las garantías judiciales que se encuentran previstas dentro de un debido proceso, a ser iguales ante la ley y a tener derecho a un recurso rápido y sencillo, respectivamente, es decir, no existe ningún tipo de discriminación o de preferencia para la aplicación de estas normas señaladas, guardando estos derechos humanos estrecha relación sistematizada. Asimismo, Castillo Córdova menciona que en el artículo 7° de la Declaración Universal de Derechos Humanos se ha reconocido que todas las personas *“son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda*

sino a ser tratado de igual modo a quienes se encuentran en una idéntica situación”. F.j. 7 de la STC N° 03843-2008-PA/TC.

³²⁹Art. 8°. Garantías Judiciales. 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable (...).

³³⁰Art. 25° Protección Judicial. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocido por la Constitución, la Ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

*discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación”*³³¹.

Así también, en nuestro ordenamiento jurídico interno, tan igual como sucede con los tratados internacionales, vemos que el derecho fundamental de igualdad ante la ley tiene relación directa con los principios constitucionales del debido proceso, el derecho a la defensa y la tutela jurisdiccional efectiva, esto, en lo que respecta al respeto de las garantías y principios dentro de un debido proceso a nivel judicial o administrativo, así como de los recursos que el proceso establezca, ya sea a favor del agraviado o del imputado.

Así mismo, como señala Carlos Mesía Ramírez, la igualdad es también una obligación constitucionalmente impuesta a los poderes públicos. Estos no pueden tratar a las persona según su libre consideración, ni llevar a cabo tratamientos discriminatorios, sino que han de brindar un trato similar a todos cuando se encuentren en iguales condiciones de hecho. Esto último no implica que los poderes públicos no pueden hacer tratamientos diferenciados³³². Esta obligación que tiene el Estado a favor de las personas es debido al compromiso asumido al momento de suscribir los tratados internacionales, como es el caso por ejemplo de los artículos 1 y 2 de la Convención Americana, el cual obliga a los Estados partes a respetar los derechos previstos en la Convención, así como que la disposiciones internas de los Estados partes deben adoptar las normas previstas en este tratado.

³³¹ CASTILLO CORDOVA, Luís. Comentarios al Código Procesal Constitucional, Tomo I. Editorial Palestra Editores. Lima. 2006. Pág. 635.

³³² MESÍA RAMÍREZ, Carlos. Exegesis del Código Procesal Constitucional, Cuarta Edición, Tomo I. Editorial Gaceta Jurídica. Lima. 2013. Pág. 559.

En ese sentido, y estando a los argumentos expuestos, se tiene que el derecho fundamental de igualdad ante la ley es un derecho continente, debido a que se encuentra previsto en la mayoría de los Estados miembros y Estados partes, teniendo como finalidad garantizar que toda persona sea tratada por igual ante la ley y dentro de la ley, sin discriminación alguna y con respeto a su dignidad, siendo una obligación de los Estados velar por el cumplimiento y respeto de este derecho –“*tal como lo establece el artículo 44° de la Constitución de 1993*”–, exigencia esta que recae en los funcionarios judiciales y funcionarios públicos a favor de todas las personas, ya sea a nivel judicial o administrativo.

2.1.4.15 Concepto de derecho a la igualdad.

Sobre el concepto de igualdad existen muchas posiciones señaladas, una de ellas es la destacada en la doctrina italiana por Bobbio, quien menciona que decir que dos entes son iguales, sin otra determinación, nada significa (...) sino se especifica de qué ente se trata y respecto a qué cosa son iguales, es decir, si no se está en condiciones de responder a dos preguntas: a) ¿igualdad entre quienes?, y b) ¿Igualdad en qué? ³³³. Es decir, en el supuesto caso que se pretenda dar una respuesta contraria a estas preguntas precitadas, constituiría una transgresión a este derecho fundamental. En la actualidad estas interrogantes no solamente han sido aclaradas por la Corte IDH, sino también, en nuestro caso, por las jurisprudencias emitidas por el Tribunal Constitucional, así como por la doctrina nacional y dominante.

Así mismo, el Dr. Walter Gutiérrez Camacho señala que la igualdad es un permanente desafío para el derecho, más aun en un mundo en que las diferencias se

³³³ BOBBIO, Nolberto. *Igualdad y Libertad*. Edit. Paidós. México. Pág. 53-54.

revelan y reclaman a cada instante. Constitucionalmente la igualdad ha de leerse como una aspiración normativa de gran importancia, que representa un estándar básico del contenido de la dignidad humana. En esta línea, la igualdad a que nos referimos no implica una falsa identidad entre todos los seres humanos, sino que apunta al reconocimiento de una equivalente dignidad atribuible a toda persona³³⁴. Se advierte que para que exista una igualdad plena, primero debe existir un respeto de la dignidad por parte del Estado y sus funcionarios.

Por otra parte, Luís Castillo Córdova, citando a Gustavo Suarez Pertierra, señala que puede existir discusión acerca de si se está delante de un principio o de un derecho fundamental cuando se hable de la igualdad. Para el Tribunal Constitucional³³⁵ peruano, cuando se habla de la exigencia de igualdad se habla tanto de un principio como de un derecho fundamental: *“la noción de igualdad debe ser percibida en dos planos convergentes. En el primero se constituye como un principio rector de la organización y actuación del Estado Social y Democrático de Derecho. En el segundo, se erige como un derecho fundamental de la persona”*³³⁶. A lo dicho, se debe tener en cuenta que también se le conoce como una garantía constitucional, debido a que debe ser respetado por los funcionarios judiciales dentro de un proceso.

³³⁴ GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter. La Constitución Comentada Tomo I. Edit. Gaceta Jurídica. Lima. 2006. Pág. 80.

³³⁵ Entonces, la igualdad es un principio-derecho que instala a las personas, situadas en idéntica condición, en un plano de equivalencia. Ello involucra una conformidad o identidad por coincidencia de naturaleza, circunstancia, calidad, cantidad o forma, de modo tal que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a una persona de los derechos que se conceden a otra, en paridad sincrónica o por concurrencia de razones. **F.j. concerniente a “la conceptualización de la igualdad”, Expediente N° 018-2003-AI/TC-LIMA de fecha 26 de abril de 2004.**

³³⁶ CASTILLO CORDOVA, Luís. Comentarios al Código Procesal Constitucional, Tomo I. Editorial Palestra Editores. Lima. 2006. Pág. 636-637.

El Tribunal Constitucional ha señalado también que *“Constitucionalmente, el derecho a la igualdad tiene dos facetas: igualdad ante la ley e igualdad en la ley. La primera de ellas quiere decir que la norma debe ser aplicable por igual a todos los que se encuentren en la situación descrita en el supuesto de la norma; mientras que la segunda implica que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales, y que cuando el órgano en cuestión considere que debe apartarse de sus precedentes, tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable”*³³⁷. De estas dos facetas descritas, la que guarda relación con el presente trabajo es la primera, debido a que la norma legal debe ser aplicada por igual a los sujetos procesales, como es el caso, por ejemplo, en sustanciación de la tutela de derechos dentro de un proceso penal.

Además, una característica inherente al derecho a la igualdad ante la ley, es la no discriminación. Al respecto, Gerardo Eto Cruz menciona que el TC ha desarrollado en su jurisprudencia la cláusula contenida en el artículo 2, inciso 2, relativo al mandato constitucional de la no discriminación e igualdad ante la ley³³⁸. A su vez, Walter Gutiérrez Camacho y Juan Manuel Sosa Sacio, citando en parte a Bilbao Ubillos y Rey Martínez, señalan que la discriminación se funda en un perjuicio negativo por el cual se trata a los miembros de un grupo no como seres diferentes, sino inferiores, siendo el motivo de distinción “más que irrazonable, odioso, y de ningún modo puede aceptarse porque resulta humillante para quienes sufren esa marginación”. Con la discriminación lo que se ataca es la esencia misma de las persona, por lo tanto, lo que se encuentra en juego es su dignidad. Se las

³³⁷ F.j. 8 del Expediente N° 03843-2008-PA/TC.

³³⁸ ETO CRUZ, Gerardo. Constitución y Procesos Constitucionales, Tomo I. Editorial ADRUS D&L EDITORES. Lima. 2013. Pág. 207.

descalifica y segrega por el solo hecho de pertenecer a un grupo, y no por asuntos o conductas exógenas a la persona misma, sobre las que podría atribuírseles responsabilidad³³⁹. Sin embargo, se debe tener en cuenta que no toda diferenciación constituye un acto discriminatorio.

Es así, y en relación a lo precitado, el Tribunal Constitucional hace una distinción entre diferenciación y discriminación, señalando que *“Estas precisiones deben complementarse con el adecuado discernimiento entre dos categorías jurídico-constitucionales, a saber, diferenciación y discriminación. En principio, debe precisarse que **la diferenciación** esta constitucionalmente admitida, atendiendo a que no todo trato desigual es discriminatorio; es decir, se estará frente a una diferenciación cuando el trato desigual se funde en causas objetivas y razonables. Por el contrario, cuando esa desigualdad de trato no sea ni razonable ni proporcional, estaremos frente a una discriminación y, por tanto, frente a una desigualdad de trato constitucionalmente intolerable”*³⁴⁰. Al respecto, y conforme a lo mencionado *ut supra*, la diferenciación de trato por cuestiones de desempeño público, como por el ejemplo de los diplomáticos, no significa desde un punto de vista razonable y objetivo que tal preferencia ante la ley constituya un acto discriminatorio, más aún que se encuentra permitida por un tratado (de Bustamante).

Es por estas razones, que señalamos que el derecho fundamental de igualdad ante la Ley, debe ser entendido en sentido abstracto a favor de cualquier sujeto de derecho dentro de la tramitación de un proceso judicial o procedimiento

³³⁹ GUTIERREZ CAMACHO, Walter y SOSA SACIO, Juan Manuel. La Constitución comentada, análisis artículo por artículo, edición actualizada y con nueva jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Tercera Edición, Tomo I. Editorial Gaceta Jurídica. Lima. 2015. Pág. 114.

³⁴⁰ F.j. 42 del Expediente N° 01473-2009-PA/TC.

administrativo, debido a que tiene una relación directa con los principios constitucionales del debido proceso, el derecho a la defensa y la tutela jurisdiccional efectiva. Asimismo, al ser todo sujeto procesal igual ante la ley y dentro de la ley, no puede existir discriminación en la tramitación de un proceso, especialmente cuando faculta determinados derechos que pueden ser utilizados dentro de un proceso como un mecanismo constitucional de defensa. Hacer lo contrario, sin objetividad, sin proporcionalidad y razonabilidad, constituye un acto discriminatorio y de desigualdad, constitucionalmente hablando.

2.1.4.16 La igualdad como derecho y principio.

Tal como se ha mencionado líneas atrás, aparentemente existiría un conflicto doctrinario al querer establecer al derecho a la igualdad como principio o como derecho, aspecto este que ya ha sido dilucidado por el Tribunal Constitucional. Así, la³⁴¹ igualdad constitucional puede abordarse desde dos perspectivas: como principio constitucional, siendo la igualdad una regla básica que el Estado debe garantizar y preservar; y como un derecho fundamental de la persona, es decir, exigible en forma individual, por medio del cual se confiere a todo sujeto el derecho de ser tratado como igualdad ante la ley y a no sufrir discriminación alguna.

Se entiende por principio la base, el fundamento, la razón fundamental sobre el cual se organiza una institución y esta ejerce sus funciones³⁴². Este aspecto se concibe en el sentido de que el derecho a la igualdad debe formar parte de la

³⁴¹ GUTIERREZ CAMACHO, Walter y SOSA SACIO, Juan Manuel. La Constitución comentada, análisis artículo por artículo, edición actualizada y con nueva jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Tercera Edición, Tomo I. Editorial Gaceta Jurídica. Lima. 2015. Pág. 105.

³⁴² CARRIÓN LUGO, Jorge. Tratado de Derecho Procesal Civil, Volumen I, segunda edición. Editorial Grijley. Lima. 2004. Pág. 36.

organización política de un Estado, en razón de que servirá como lineamientos y directrices que deben ser tomados en cuenta por los funcionarios de un Estado. En³⁴³ cuanto principio *-el derecho a la igualdad-* constituye el enunciado de un contenido material objetivo.

Por su parte, el Tribunal Constitucional ha señalado que, en cuanto principio, constituye el enunciado de un contenido material objetivo que, en tanto componente axiológico del fundamento del ordenamiento constitucional, vincula de modo general y se proyecta sobre todo el ordenamiento jurídico³⁴⁴. En tal sentido, es el derecho a la igualdad como principio que se erige en fundamentos lleno de valores que debe ser respetado por los poderes públicos, así como por las personas, siendo la razón del porque en su oportunidad se proyecta sobre todo el derecho nacional interno. De³⁴⁵ esta manera el principio de igualdad se irradia por toda la norma fundamental y reposa especialmente en algunos de sus dispositivos.

Así mismo, en lo que respecta al derecho a la igualdad como derecho, constituye el reconocimiento de un auténtico derecho subjetivo³⁴⁶. Es por esta razón que el derecho a la igualdad se encuentra previsto dentro del catálogo de derechos fundamentales subjetivos previstos en el artículo 2.2 de la Constitución, más aún si tiene la intención de proteger la dignidad de las personas. La igualdad como derecho

³⁴³ CHANAMÉ ORBE, Raúl. Comentarios a la Constitución, Quinta Edición. Editorial Jurista Editores. Lima. 2008. Pág. 113.

³⁴⁴ F.j. 20 del Expediente N° 045-2004-PI/TC-Lima de fecha 29 de octubre de 2005, caso Colegio de Abogados del Cono Norte de Lima.

³⁴⁵ GUTIERREZ CAMACHO, Walter y SOSA SACIO, Juan Manuel. La Constitución comentada, análisis artículo por artículo, edición actualizada y con nueva jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Tercera Edición, Tomo I. Editorial Gaceta Jurídica. Lima. 2015. Pág. 107.

³⁴⁶ CHANAMÉ ORBE, Raúl. Comentarios a la Constitución, Quinta Edición. Editorial Jurista Editores. Lima. 2008. Pág. 113.

implica tanto la interdicción de la discriminación, como la igual atribución y disfrute de los derechos y libertades reconocidos por el ordenamiento ante situaciones similares. Así, en general, los ciudadanos como sujetos de derecho en la misma proporción³⁴⁷. Estos derechos subjetivos previstos en la Constitución *-como es el caso del derecho a la igualdad-*, lo encontramos en las demás normas legales que forman parte de nuestro ordenamiento jurídico.

Lo indicado en el párrafo precitado se ve reforzado por el Tribunal Constitucional cuando señala que *“En cuanto derecho fundamental, constituye el reconocimiento de un auténtico derecho subjetivo, esto es, la titularidad de la persona sobre un bien constitucional, la igualdad, oponible a un destinatario. Se trata del reconocimiento de un derecho a no ser discriminado por razones proscritas por la propia Constitución (origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica) o por otras ("motivo" "de cualquier otra índole") que, jurídicamente, resulten relevantes”*³⁴⁸. Así, el Tribunal Constitucional identifica que derechos subjetivos también son parte de este derecho fundamental, aspecto este que deben ser tomados en cuenta por los funcionarios públicos de un Estado.

En ese orden de ideas, se entiende al derecho fundamental de igualdad ante la ley como un principio o derecho reconocido por el Tribunal Constitucional, así como por la doctrina dominante. Se entiende como principio, porque como un valor axiológico, será a través del Estado que buscara su reconocimiento dentro del

³⁴⁷ GUTIERREZ CAMACHO, Walter y SOSA SACIO, Juan Manuel. La Constitución comentada, análisis artículo por artículo, edición actualizada y con nueva jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Tercera Edición, Tomo I. Editorial Gaceta Jurídica. Lima. 2015. Pág. 108.

³⁴⁸ F.j. 20 del Expediente N° 045-2004-PI/TC-Lima de fecha 29 de octubre de 2005, caso Colegio de Abogados del Cono Norte de Lima.

ordenamiento jurídico, y como derecho, porque al ser un derecho subjetivo, formará parte del catálogo de derechos fundamentales reconocidos por el texto constitucional.

2.1.4.17 El control difuso en la Constitución Política del Estado.

A manera de antecedente, el sistema difuso o americano nació en Estados Unidos en 1803 con el famoso caso *Marbury versus Madinson*, con la sentencia expedida por el Juez Marshall³⁴⁹. En nuestro país se estableció por primera vez el control difuso en el artículo XXII del Título Preliminar del Código Civil de 1936, que disponía que en caso de incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, se prefiere la primera³⁵⁰. Esta norma civil fue el punto de partida de reconocimiento del instituto de control difuso en nuestro ordenamiento jurídico.

Así mismo, el control de constitucionalidad mediante el control difuso a cargo del Poder Judicial se fue incorporando en otros textos normativos, como es el caso del Decreto Ley N° 14605 -*Ley Orgánica del Poder Judicial de 1963*-, el cual señalaba en el primer y último párrafo del artículo 8° que *“Cuando los Jueces o Tribunales, al conocer de cualquiera clase de juicios, encuentren que hay incompatibilidad entre una disposición constitucional y legal, preferirán la primera. (...) Los Jueces y Tribunales no aplicaran los decretos y reglamentos del Poder Ejecutivo o de cualquier otra autoridad contrarios a la Constitución o a las leyes”*. Además, la vigente Ley Orgánica del Poder Judicial -*D.S. N° 017-93-JUS*-, en su artículo 14° establece la *“Supremacía de la norma constitucional y control difuso de la Constitución”*, tan igual como lo señalaba la Ley Orgánica de 1963, haciéndose

³⁴⁹ VALDIVIA DEXTRE, Pedro Abraham. Análisis del Derecho Procesal Constitucional. Editorial IDEMSA. Lima. 2008. Pág. 37.

³⁵⁰ CHANAMÉ ORBE, Raúl. Comentarios a la Constitución, Quinta Edición. Editorial Jurista Editores. Lima. 2008. Pág. 425.

una precisión posteriormente, que dicha norma legal debe guardar relación con el artículo 138° de la Constitución de 1993.

Tiempo después, se reconoce constitucionalmente por primera vez el control difuso en la Constitución de 1979. Así, en un primer momento el artículo 87° *-en forma genérica-* señalaba que “*La Constitución prevalece sobre toda otra norma legal*”; para luego, el artículo 236° *-en forma específica-* mencionar que “*En caso de incompatibilidad entre una norma constitucional y una legal ordinaria, el Juez prefiere la primera. Igualmente, prefiere la norma legal sobre toda otra norma subalterna*”. Es de resaltar que es a partir de la Constitución de 1979, donde constitucionalmente los Jueces asumen la obligación de dar preminencia a la norma constitucional por encima de una norma legal, en caso de existir conflictos entre ambas normas.

Ahora bien, la Constitución de 1993, tan igual como la Constitución de 1979, reconoce al control difuso en sus dos vertientes. Así, de manera genérica la encontramos en el artículo 51° del texto constitucional, mientras que de manera específica está previsto en el artículo 138° segundo párrafo de la carta magna. En efecto³⁵¹, se ha mantenido el llamado control difuso de la constitucionalidad de las leyes, por cuya virtud se exige a los jueces el preferir, en caso de existir incompatibilidad, a la norma constitucional por encima de otras normas legales. Esta es una institución reconocida por el constitucionalismo moderno, que convierte a los jueces en los principales contralores de la legalidad constitucional.

³⁵¹ BERNALES BALLESTEROS, Enrique. La Constitución de 1993, Análisis Comparado, Quinta Edición. Editorial RAO. Lima. 1999. Pág. 612.

La intención es seguir manteniendo el control de constitucionalidad por parte del Poder Judicial, a través del instituto del control difuso³⁵², de tal manera que los jueces, en la tramitación de un proceso, de advertir incompatibilidad entre una norma legal y una norma constitucional, deberán de inaplicar la ley común, para tomar en cuenta la norma constitucional; sin embargo, el Tribunal Constitucional ha dejado en claro que dicha facultad no es solo del Poder Judicial, sino también de los funcionarios de la administración pública, precisando que *“Todo tribunal u órgano colegiado de la administración pública tiene la facultad y el deber de preferir la Constitución e inaplicar una disposición infraconstitucional que la vulnera manifiestamente, bien por la forma, bien por el fondo, de conformidad con los artículos 38.º, 51.º y 138.º de la Constitución. Para ello se deben observar los siguientes presupuestos: (1) que dicho examen de constitucionalidad sea relevante para resolver la controversia planteada dentro del proceso administrativo; (2) que la ley cuestionada no sea posible de ser interpretada de conformidad con la Constitución”*³⁵³.

Por otra parte, y en relación a lo mencionado en el párrafo precitado, la doctrina refuerza el argumento de que no solo el Poder Judicial realiza control difuso de constitucionalidad. Al respecto, César Landa Arroyo menciona que dada la distribución de competencias entre el PJ y el TC en materia de protección de los

³⁵² En efecto, la facultad contralora no se concreta en una sola sala o tribunal, sino que se disemina o dispersa en la vastedad de todos los órganos jurisdiccionales del ente judicial, los cuales poseen el poder-deber de no aplicar una ley inconstitucional en aquellos casos sometidos a su conocimiento. **GARCÍA TOMA, Víctor. Teoría del Estado y Derecho Constitucional. Editorial ADRUS, tercera edición. Lima. 2010. Pág. 660.**

³⁵³ Segundo párrafo del literal A, f.j. 50 del Expediente N° 3741-2004-AA/TC LIMA de fecha 14 de noviembre de 2005, Caso RAMÓN HERNANDO SALAZAR y ARLENQUE.

derechos fundamentales, el TC también ejerce el control difuso sobre la ley en el marco de un proceso de amparo y por extensión de habeas corpus, habeas data y cumplimiento; siendo que del mismo modo el PJ realiza el control concentrado mediante el proceso de acción popular (control de las normas administrativas)³⁵⁴.

En consecuencia, el control difuso o americano de constitucionalidad forma parte de nuestro ordenamiento jurídico desde el siglo pasado. En un primer momento fue reconocido en una ley (Código Civil de 1936), para luego formar parte de una obligación de los jueces establecida en la Constitución. Asimismo, es de precisar que si bien inicialmente fue un instituto dirigido exclusivamente a los jueces de todas las instancias del Poder Judicial; sin embargo, en la actualidad tanto el Tribunal Constitucional, así como la doctrina, no aclara que también puede ser una facultad que puede ser tomado en cuenta por los funcionarios de la administración públicas, así como también lo realiza de manera tácita el Tribunal Constitucional al momento de resolver algunos procesos constitucionales.

2.1.4.18 El Control de constitucionalidad.

Como señala Humberto Henríquez Franco, el control constitucional, particularmente en la segunda mitad del siglo XX, ha adquirido notable importancia y significación en su afán de hacer prevalecer la supremacía constitucional. Su legitimidad es cada vez mayor, especialmente, en aquellos países en donde se ha desarrollado un alto nivel de conciencia ciudadana³⁵⁵. Es una forma de control que realizan los jueces constitucionales dentro de un Estado, a fin de evitar arbitrariedad

³⁵⁴ LANDA ARROYO, César. Derecho Procesal Constitucional. Fondo Editorial de la Universidad Católica del Perú. Lima. 2018. Pág. 49.

³⁵⁵ HENRIQUEZ FRANCO, Humberto. Derecho Constitucional. Editorial FECAT. Lima. 2001. Pág. 162.

por parte del poder político, manteniendo de esa forma la democracia y garantizando la defensa de los derechos fundamentales de los ciudadanos dentro de un Estado Constitucional de Derecho. El amparo legal de constitucionalidad, en el caso peruano, lo encontramos, en un primer momento, en el artículo 38° del texto constitucional, el mismo que está referido a la defensa de la Constitución.

Por su parte, Pedro Abraham Valdivia Dextre, citando a Víctor Ortecho Villena, define al Control Constitucional como el conjunto de procedimientos tanto políticos como jurisdiccionales, destinados a defender la Constitucionalidad, es decir, la plena vigencia de la Constitución y el respeto de las normas constitucionales, como la forma más adecuada de defender un Estado Constitucional de Derecho, y por ende una manera de asegurar un ambiente de justicia, paz y progresos, en una determinada sociedad. Estas formas de control constitucional se dan mediante: a) Control constitucional político o parlamentario, b) Control constitucional jurisdiccional, c) formas especiales de control, y d) Control social³⁵⁶. Estas formas de controles se realizan en defensa y protección de la Constitución, incluso el texto constitucional establece como garantías de protección de la carta magna de manera preliminar, a los procesos constitucionales de inconstitucionalidad y de acción popular, así como los otros cinco procesos constitucionales *-señalados en el Código Procesal Penal-*, los cuales también garantizan el respeto de los derechos fundamentales previstos en la Constitución.

³⁵⁶ VALDIVIA DEXTRE, Pedro Abraham. Análisis del Derecho Procesal Constitucional. Editorial IDEMSA. Lima. 2008. Pág. 36.

Es por ello, la Constitución, en tanto norma jurídica suprema, se constituye en parámetro de validez de los actos del Estado y de los particulares, por lo que una norma o acto privado será jurídicamente válida siempre que sea conforme a ella. Esta condición se tutela mediante los procesos constitucionales a través del control de constitucionalidad³⁵⁷. En tal razón, como señala Susana Ynés Castañeda Otsu, en términos sencillos sostenemos que el control de constitucionalidad de las leyes consiste en comprobar si todas las leyes o normas con rango de ley que integran el sistema jurídico, son conformes a la Constitución, control que varía según el Constituyente³⁵⁸. Esta facultad de control constitucional no solo encuentra su amparo legal en el artículo 38° de la Constitución, sino también en el artículo 51° del texto constitucional, norma suprema que establece de manera expresa que la Constitución prevalece sobre toda norma legal.

En ese sentido, el control de constitucionalidad está relacionado a que los actos públicos o actos privados que se realicen dentro de una sociedad, tengan que guardar armonía con las normas fundamentales previstas en la Constitución. Asimismo, por la jerarquía que tiene la Constitución sobre las demás normas legales, éstas últimas no deben contraponerse en su contenido e interpretación a las normas constitucionales, caso contrario, como veremos a continuación, será labor del Tribunal Constitucional o del Poder Judicial, realizar dicha labor de control de constitucionalidad, conforme a sus atribuciones establecidas.

2.1.4.19 Sistemas o modelos de control constitucional.

³⁵⁷ LANDA ARROYO, César. Derecho Procesal Constitucional. Fondo Editorial de la Universidad Católica del Perú. Lima. 2018. Pág. 33.

³⁵⁸ CASTAÑEDA OTSU, Susana Inés. La Constitución Comentada, Análisis Artículo por Artículo, Tercera Edición. Tomo III. Editorial Gaceta Jurídica. Lima. 2015. Pág. 588.

Según la doctrina nacional dominante en nuestro país, el modelo peruano de control de constitucionalidad, toma de los dos modelos de control de constitucionalidad imperantes en muchos países: el norteamericano de revisión judicial o difuso (control difuso), a cargo de los jueces; y el europeo, concentrado o kelseniano (control concentrado), encargado a un órgano especializado, ad hoc, que puede ser un órgano constitucional autónomo, generalmente denominado Tribunal Constitucional³⁵⁹. Este sistema dual de protección de los derechos humanos se encuentra reconocido en la Constitución, específicamente en el segundo párrafo del art. 138° (Poder Judicial), así como en los arts. 201° y 202° del texto supremo (Tribunal Constitucional).

Sin perjuicio de lo mencionado en el párrafo precedente, no podemos dejar de lado el hecho de mencionar que la doctrina también reconoce otras formas de sistemas o modelos, como por ejemplo el sistema político o francés, así como el sistema mixto. Respecto del primero (sistema político), como señala Pedro Abraham Valdivia Dextre, este Sistema nace en Francia y en el que la labor de control de constitucionalidad le corresponde aún órgano político, que por lo general es el Parlamento³⁶⁰. Como se puede apreciar este sistema es una realidad distinta a la de nuestro país, de ahí por qué no se aplica este sistema. Asimismo, respecto del Sistema Mixto, se ha sostenido -en un inicio- por la mayoría de juristas peruanos que la jurisdicción constitucional en el Perú acusa un modelo mixto o híbrido, habida cuenta que la judicatura constitucional es compartida tanto

³⁵⁹ CASTAÑEDA OTSU, Susana Inés. La Constitución Comentada, Análisis Artículo por Artículo, Tercera Edición. Tomo III. Editorial Gaceta Jurídica. Lima. 2015. Pág. 588.

³⁶⁰ VALDIVIA DEXTRE, Pedro Abraham. Análisis del Derecho Procesal Constitucional. Editorial IDEMSA. Lima. 2008. Pág. 36.

por el denominado “Tribunal de Garantías Constitucionales” como por el Poder Judicial³⁶¹; sin embargo, en la actualidad se sostiene que nos encontramos ante un sistema dual o paralelo. Así, Gerardo Eto Cruz, citando a Domingo García Belaunde, señala “Por un lado, tenemos el control al estilo americano, y por otro el sistema europeo a cargo de un Tribunal especializado, llamado de Garantías Constitucionales, que funciona en forma paralela, y sin interferencias, cada cual dentro de lo suyo. Se da el caso, pues, de una coexistencia de ambos, en forma pacífica y armónica como corresponde a todo régimen democrático”³⁶². Siendo estas las razones del porque la doctrina nacional mayoritaria reconoce solamente al sistema dual o paralelo.

En ese orden de ideas, los sistemas o modelos de control de constitucionalidad son los mecanismos procesales por el cual se va a proteger y defender la Constitución y sus derechos fundamentales reconocidos en dicho texto, el mismo que se va a manifestar cuando una institución pública mediante un acto administrativo, o cuando actos jurídicos, realizado mediante normas legales privadas o infralegales, pretendan contraponerse a los derechos fundamentales previstos en la Constitución.

2.1.4.20 El control difuso.

Históricamente hablando, este sistema tiene su origen en los Estados Unidos en el año 1803, en el caso *Marbury vs Madison*, proceso que fue conocido por el Juez Jhon Marshall. Al respecto, Valdivia Dextre menciona que se le denomina difuso

³⁶¹ ETO CRUZ, Gerardo. Constitución y Procesos Constitucionales, Tomo I. Editorial adrus. Lima. 2013. Pág. 340.

³⁶² ETO CRUZ, Gerardo. Constitución y Procesos Constitucionales, Tomo I. Editorial adrus. Lima. 2013. Pág. 340-341.

porque la facultad de control jurisdiccional de las leyes se reparte entre todos los jueces, quienes en caso concreto de inconstitucionalidad, pueden pronunciarse³⁶³. Como señala Susana Castañeda Otsu, justamente una de sus características es difuso o disperso, en razón que todo Juez es competente para inaplicar en un caso concreto la totalidad o parte de una ley, independientemente de la instancia en que se encuentre desempeñando el ejercicio de la función jurisdiccional³⁶⁴. Dicha atribución lo encontramos en el art. 138° segundo párrafo de la Constitución, facultad que la misma norma constitucional otorga a cualquier magistrado del Poder Judicial a realizar control de constitucionalidad sobre las leyes, así como los actos públicos y privados.

Así mismo, en la aplicación del control difuso se debe tener muy en cuenta el principio de supremacía de la Constitución, del cual deriva su fuerza normativa³⁶⁵. Este principio se encuentra previsto en el art. 51° del texto constitucional, el cual establece de manera expresa que la Constitución está por encima de las demás leyes. De ahí, como señala el Tribunal Constitucional, el control difuso de la constitucionalidad de las normas es un poder-deber del Juez, habilitado por la Constitución para preservar los principios de supremacía constitucional y de jerarquía de las normas³⁶⁶. Este argumento precitado es la razón legal, constitucionalmente hablando, del porque cualquier Juez y de cualquier instancia, al momento de tramitar un proceso judicial, y de advertir que existe una norma

³⁶³ VALDIVIA DEXTRE, Pedro Abraham. Análisis del Derecho Procesal Constitucional. Editorial IDEMSA. Lima. 2008. Pág. 37.

³⁶⁴ CASTAÑEDA OTSU, Susana Inés. La Constitución Comentada, Análisis Artículo por Artículo, Tercera Edición. Tomo III. Editorial Gaceta Jurídica. Lima. 2015. Pág. 591.

³⁶⁵ CASTAÑEDA OTSU, Susana Inés. La Constitución Comentada, Análisis Artículo por Artículo, Tercera Edición. Tomo III. Editorial Gaceta Jurídica. Lima. 2015. Pág. 607.

³⁶⁶ F.j. 14 del Expediente N° 02030-2005-PHC/TC

legal que se contrapone a la Constitución, puede realizar control difuso, inaplicando la norma legal, sustituyéndolo por la norma constitucional.

Un aspecto a tener en cuenta es que, cuando un Juez realiza un control difuso o control de constitucionalidad difuso, sus decisiones tienen efectos particulares al caso en el que se ejerce el control de constitucionalidad, siendo que la ley en cuestión solo se inaplica al caso concreto, quedando vigente y, por ende, aplicable para otros casos³⁶⁷. Esto obedece en razón que todos los casos que se tramitan ante el Poder Judicial no son iguales, entendiendo que solo se inaplica una norma legal, cuando dentro de la tramitación de un proceso en particular se produjera un hecho *sui generis*, y del cual el Juez advirtiese que existe una norma con rango de ley que se contrapone a la Constitución, siendo esta la razón del porque se tendría que inaplicar esta norma. Nótese que el efecto del control difuso es inaplicar una norma, no dejarla sin efecto de manera permanente.

En consecuencia, el control difuso o control constitucional difuso, es un mecanismo procesal por el cual cualquier Juez del Poder Judicial, sin importancia la instancia judicial, inaplica una norma legal por contravenir la Constitución Política del Estado; siendo que, dicha inaplicación de la norma solo se da en un proceso en particular que se esté resolviendo a nivel judicial, manteniendo su vigencia la citada norma para otros casos distintos. Asimismo, el control difuso encuentra su amparo legal en el artículo 51° de la Constitución.

³⁶⁷ LANDA ARROYO, César. Derecho Procesal Constitucional. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima. 2018. Pág. 48.

2.1.4.21 El control difuso, una segunda alternativa de solución a la problemática planteada.

De lo expuesto y analizado *ut supra*, podemos colegir que el control difuso o control constitucional difuso podría ser una segunda forma de solución legal a la problemática planteado en el presente trabajo de investigación. Así, de darse el caso en que la víctima o agraviado invoque tutela de derechos a nivel de diligencias preliminares o investigación preparatoria, cuando se le vulneren su derechos fundamentales, el Juez de la Investigación Preparatoria, de advertir de manera objetiva la vulneración de los derechos reclamados por la víctima, haciendo control difuso, y al amparo del art. 51° de la Constitución, puede inaplicar el art. 71° inciso 04 del Código Procesal Penal, por contraponerse a los derechos fundamentales como son el derecho a la igualdad procesal, el derecho a la defensa procesal y la tutela jurisdiccional efectiva (acceso a la justicia), admitiendo a trámite la solicitud de tutela de derechos planteado por la víctima y convocando a audiencia, a fin de resolver lo peticionado por el agraviado.

2.1.5 El derecho de defensa, la tutela de derechos y el derecho fundamental de igualdad ante la ley en el derecho procesal penal

2.1.5.1 Consideraciones generales.

El derecho procesal penal peruano, tan igual como las demás ramas de derecho previstos en nuestro ordenamiento jurídico, ha ido evolucionando a lo largo de nuestra historia, adoptando varios sistemas que en su momento sirvieron para regular las conductas de las personas dentro de la sociedad, siendo un medio para determinar si la conducta de las personas investigadas eran típicas, antijurídicas y culpables, así como hacer efectivo las consecuencias jurídicas previstas en el derecho penal material.

Por otra parte, el hecho de que nuestro país haya suscrito diversos tratados internacionales sobre derechos humanos, como es el caso de la Convención Americana, el mismo que se encuentra vigente en nuestro ordenamiento interno desde 1981, ha motivado que nuestra legislación nacional adecue su contenido de acuerdo a las normas sobre derechos humanos, introduciendo nuevas garantías o principios, así como institutos procesales, previsto en los tratados internacionales. Como señala Víctor Cubas Villanueva, se trata de darle funcionalidad al Estado Democrático Constitucional, estructura sobre la base del respeto por las libertades y los Derechos Humanos³⁶⁸.

Así mismo, un aspecto a resaltar en el ámbito procesal penal peruano, es la labor realizada por los operadores del derecho como son: jueces, fiscales y abogados,

³⁶⁸ CUBAS VILLANUEVA, Víctor. El Proceso Penal, Teoría y Práctica, Cuarta Edición. Editorial Palestra Editores. Lima. 2000. Pág. 13.

quienes han tenido que invocar en algunos casos, y estando vigente aún el Código de Procedimientos Penales (sistema mixto), pronunciamientos emitidos por la Corte Interamericana, así como por el Tribunal Constitucional, con la finalidad de hacer mención de principios o garantías no reconocidos en el Código de Procedimientos Penales de 1940, siendo esta una de las razones primordiales del porque nuestro sistema procesal penal peruano ha tenido que adecuar su legislación. La³⁶⁹ reforma de la justicia penal se inicia con la vigencia de un nuevo sistema procesal penal acorde con la legislación moderna en el derecho comparado y con características tan particulares que permiten avizorar una mejora sustancial en la justicia peruana.

El actual modelo procesal penal peruano, de corte acusatorio, garantista y adversarial, regulado por el Decreto Legislativo N° 957, vigente en nuestro país desde el mes de julio de 2006, ha introducido una reforma en nuestra justicia penal no solo en la sustanciación del procedimiento, sino también en el reconocimiento de determinadas garantías, que si bien, como veremos a continuación, algunas de ellas ya se encontraban reconocidas por la doctrina en el sistema mixto; sin embargo, ahora en este nuevo sistema procesal se encuentran reconocidos de manera expresa en el Código Procesal Penal de 2004, así como también por la doctrina moderna. Justamente, dentro de estas garantías tenemos el derecho de defensa, la tutela de derechos y el derecho fundamental de igualdad ante la ley.

En lo que respecta al derecho a la defensa, si bien esta garantía procesal genérica no es una novedad en nuestro derecho procesal penal; sin embargo, el artículo I.3 del Código Procesal Penal vigente, bajo el principio de igualdad de armas,

³⁶⁹ SANCHEZ VELARDE, Pablo. El Nuevo Proceso Penal. Editorial IDEMSA. Lima. 2009. Pág. 27.

garantiza la eficacia de esta garantía procesal no solo de manera exclusiva para el imputado, sino también para los demás sujetos procesales, como es el caso del agraviado. Como señala Jorge Miguel Alarcón Menéndez, haciendo mención a lo señalado por Alberto Binder, el derecho a la defensa cumple en el proceso penal una función especial, pues no solo actúa junto al resto de garantías procesales, sino que es la garantía que torna operativa a todas las demás³⁷⁰. Es decir, esta garantía es de vital importancia en el proceso penal para las partes procesales, y de no respetarse acarrea la nulidad del proceso, en caso de ser valorado indebidamente por el órgano jurisdiccional.

En relación a la tutela de derechos, aparentemente este instituto procesal sería una novedad en nuestra legislación procesal penal; sin embargo, su antecedente próximo, según la doctrina, lo encontramos en la garantía procesal genérica de la tutela jurisdiccional efectiva. Se debe tener en cuenta que este nuevo modelo procesal penal considera a la tutela de derechos como un instituto procesal exclusivo para garantizar los derechos del imputado (art. 71°.4), mas no del agraviado o la víctima en la tramitación de un proceso penal, siendo este hecho una transgresión por parte de la norma procesal penal citada a los tratados internacionales, así como a la Constitución Política del Estado. Además, como señala Alonso Raúl Peña Cabrera Freyre, si bien es cierto que es el Fiscal quien asume la dirección por completo de la investigación preparatoria, no es menor cierto que el Juez de la misma, se constituye en un ente fiscalizador de la legalidad de las actuaciones que en esta etapa se realizan³⁷¹, justamente por tener una función garantista.

³⁷⁰ ALARCÓN MENÉNDEZ, Jorge Miguel. La Investigación Preparatoria en el Nuevo Sistema Procesal Penal. Editorial GRIJLEY. Lima. 2010. Pág. 95.

³⁷¹ PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. Derecho Procesal Penal, Sistema Acusatorio Teoría del Caso y Técnica en Litigación Oral, Tomo I. Editorial RODHAS. Lima. 2012. Pág. 343.

Finalmente, en lo concerniente al derecho de igualdad ante la ley, y como ya se explicó *ut supra*, el actual Código Procesal Penal prevé expresamente a este principio en el artículo I.3 del Título Preliminar, reconociéndolo no solo como un principio, sino también como una garantía que puede ser invocada por cualquier sujeto procesal en la tramitación del proceso penal. Esta garantía será de vital importancia para analizar la problemática planteada en el presente trabajo, debido a que si bien es cierto que este principio garantiza que todos somos iguales en la tramitación del proceso penal, no se entiende como de manera contraria el artículo 71°.4 del Código Procesal Penal *-respaldado por algunos acuerdos plenarios*³⁷²- considera como único titular de este derecho al imputado, y no al agraviado.

2.1.5.2 El derecho procesal.

Un aspecto a tomar en cuenta en el derecho procesal penal es concebir que se entiende en si por derecho procesal, entendido desde un panorama genérico. En nuestra sociedad actual *-así como en tiempos pasados-*, se dan casos en que determinadas personas contravienen las normas sustantivas o materiales previstas en nuestro ordenamiento jurídico, siendo el derecho procesal el encargado de darle movimiento y tramitación a estas normas. Lo que se pretende evitar con el derecho procesal es que las personas realicen su justicia privada, siendo el único encargado de establecer justicia de manera monopólica, el Estado *-en el caso penal, a través del jus puniendi-*. Es por esta razón que nuestro derecho interno establece normas jurídicas precisando quienes son las instituciones y funcionarios judiciales a cargo, los sujetos procesales, así como regulando su tramitación procesal.

³⁷² “Los jueces supremos adoptaron el Acuerdo Plenario 4-2010/CJ-116, y establecieron reglas vinculantes para la realización de la Audiencia de Tutela de Derechos”. **ARBULU MARTÍNEZ, Víctor Jimmy. La Investigación Preparatoria en el Nuevo Proceso Penal. Editorial Institución Pacífico, Actualidad Penal. Lima. 2014. Pág. 217.**

Sobre el meollo del derecho procesal, Hernando Devis Echandía menciona que en cuanto a su origen o causa primaria, responde a una necesidad que es la de encausar la acción de los asociados en el deseo de proteger sus intereses contra terceros y contra el mismo grupo, bien sea en presencia de una amenaza o de un hecho perturbatorio consumado³⁷³. Es decir, a través del derecho procesal se busca establecer el procedimiento que se ha de seguir las personas cuando se vulneren derechos tutelados.

En nuestro caso, si bien el Estado ejerce Función Jurisdiccional conforme señala el artículo 138° de la Constitución Política del Estado, empero, esta función jurisdiccional solo puede ejercer el Estado a través del derecho procesal (*dependiendo la rama del derecho que se pretenda invocar o recurrir*), mediante el cual el interesado solicitara su tutela dentro de un debido proceso. En ese entender, Cesar San Martín Castro siguiendo a Hugo Alsina, menciona que el Derecho Procesal es el conjunto de normas que regulan la actividad jurisdiccional del Estado para la aplicación de las leyes de fondo, y su estudio comprende: la organización del Poder Judicial y la determinación de la competencia de los funcionarios que lo integran y la actuación del Juez y las partes en la sustanciación del proceso. Asimismo, las normas que integran el Derecho Procesal no son sólo las procedimentales (normas estrictamente reguladoras del proceso), sino también las orgánicas (normas que

³⁷³ DEVIS ECHANDIA, Hernando. Teoría General del Proceso. Tomo I. Editorial Universidad. Buenos Aires – Argentina. 1984. Pág. 03.

regulan la creación y actividad dentro de las cuales actuaran los órganos judiciales)³⁷⁴.

Por otra parte, y a manera de antecedente, se debe tener en cuenta que el Derecho Procesal tiene una elaboración posterior al derecho sustantivo, y que su origen y desarrollo como ciencia autónoma corresponde realmente a fines del siglo XIX y comienzos del siglo XX. Además, en nuestro país el Derecho Procesal, como el de los demás países latinoamericanos, proviene de España. La Ley de Enjuiciamiento Civil (Leyes de 1855 y 1881) y de Instrucción Criminal (ley de 1882), los cuales han inspirado a nuestros ordenamientos procesales en dichas materias³⁷⁵.

En ese sentido, y estando a lo comentado en los párrafos precitados, podemos entender que el Derecho Procesal es el encargado de la tramitación de las normas sustantivas que se encuentran previstas en nuestro ordenamiento jurídico, estableciendo los funcionarios judiciales a cargo, sus procedimientos, garantías y principios, con la finalidad de que se pueda encausar de manera correcta la tutela incoada por cualquier ciudadano, al cual se pretende o se ha afectado su derecho.

2.1.5.3 Definición de derecho procesal penal.

Desde su origen primigenio en el derecho romano³⁷⁶, hasta el día de hoy, la definición de Derecho Procesal Penal ha ido evolucionando a lo largo de la historia. Esta variante en su definición también obedece a los distintos sistemas procesales

³⁷⁴ SAN MARTIN CASTRO, César. Derecho Procesal Penal. Segunda edición. Volumen I. Editorial Grijley. Lima-Perú. 2003. Pág. 03-04

³⁷⁵ CARRIÓN LUGO, Jorge. Tratado de Derecho Procesal Civil. Volumen I. Editorial Grijley. Lima. 2004. Pág. 4-5.

³⁷⁶ https://es.wikipedia.org/wiki/Derecho_procesal_penal. Esta página se visitó el 12 de marzo de 2020.

que se han dado durante su progreso *-acusatorio, inquisitivo, mixto y acusatorio garantista-*, y que en su momento tuvieron diferentes apreciaciones por la doctrina de ese entonces. Sin embargo, cualquiera sea su definición, debemos tomar en cuenta que el origen³⁷⁷ del Derecho Procesal Penal hay que situarlo, como anota Grillo Longoria, al igual que el derecho en general, luego y como consecuencia de la aparición del Estado. Este aspecto último mencionado precedentemente es importante resaltar, debido a que es el Estado el que administra justicia, y en consecuencia el que monopoliza su control en una sociedad moderna. Así, cualquiera que sea su definición siempre va a estar presente el Estado, a través de sus órganos jurisdiccionales y funcionarios judiciales.

Ahora bien, sobre su definición, el profesor César San Martín Castro, siguiendo al español Gómez Orbaneja, define al Derecho Procesal Penal como el conjunto de normas jurídicas que tienen por objeto organizar los Tribunales de lo penal, que incluye la función persecutoria del Estado en manos del Ministerio Público y su ayudante principal: la Policía Judicial, regulando la actividad dirigida a la actuación jurisdiccional del Derecho Penal material, fijando las condiciones de admisibilidad del proceso como un todo y los presupuestos, formas y efectos de los actos procesales singulares³⁷⁸. Como se aprecia, es el Estado que va a ser el encargado del regular la sustanciación del proceso penal, fijando competencia a los funcionarios judiciales a cargo, la actividad procesal y los sujetos procesales intervinientes.

³⁷⁷ CUBAS VILLANUEVA, Víctor. El Nuevo Proceso Penal Peruano. Palestra. Lima. 2016. Pág. 21.

³⁷⁸ SAN MARTÍN CASTRO, César. Derecho Procesal Penal. Segunda edición. Volumen I. Editorial Grijley. Lima-Perú. 2003. Pág. 06.

En una definición más moderna, y sin perder su noción, San Martín Castro señala que el derecho procesal penal puede ser definido como aquel sector del derecho procesal que regula los presupuestos, requisitos y efectos del proceso penal: elementos subjetivos, objeto y actos procesales penales³⁷⁹. Dicho procedimiento por lo general se encuentra establecido en el Código Procesal Penal *-en nuestro caso en el Decreto Legislativo N° 957-*, texto normativo en donde se regulan las normas procesales a tomarse en cuenta, los principios, institutos procesales, garantías, sujetos procesales y su sustanciación, la misma que va desde la notitia criminis ante la fiscalía o policía hasta la sentencia *-incluida su ejecución-*.

Un aspecto a tomar en cuenta, es que el Derecho Procesal Penal tiene por finalidad la sustanciación del Derecho Penal, siendo el encargado de la persecución del delito el Estado, como órgano de control social – jurídico, a través del Ministerio Público, y regulado por el Poder Judicial, “en su posición de garantista”. Al respecto, Alonso Raúl Peña Cabrera Freyre señala que el Derecho Penal práctico es el ámbito de aplicación del Derecho Penal Sustantivo, en cuanto, las normas jurídico-penales sólo pueden aplicarse de forma concreta a través del proceso penal. Mediante el proceso penal se aplica el Derecho penal material³⁸⁰. De ahí que el derecho procesal penal sirve como medio para verificar si el derecho penal material ha sido o no vulnerado por el investigado.

³⁷⁹ SAN MARTIN CASTRO, Cesar. Derecho Procesal Penal – Lecciones. Editoriales INPECCP y CENALES. Perú. noviembre 2015. Pág. 06.

³⁸⁰ PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. Derecho Penal Parte General. Tomo I. Editorial IDEMSA. Tercera Edición. Lima. 2011. Pág. 72.

Por su parte, y en relación a lo precitado, Luís Miguel Reyna Alfaro señala que es sentir común en la doctrina especializada considerar que el Derecho Procesal penal tiene como fin la realización de los objetivos del Derecho penal material, asumiendo *-respecto de aquel-* una posición de engarce que permita, a su vez, vislumbrar la orientación político criminal del Estado que les sirve de manto común³⁸¹. En esta parte es de recalcar el binomio o simbiosis, jurídicamente hablando, entre el derecho procesal penal y el derecho penal material, debido a que es en el proceso penal donde se verificará si el imputado habría contravenido o no el presupuesto de la norma penal, y como tal debe asumir su consecuencia jurídica.

En ese sentido, podemos decir que la definición del derecho procesal penal ha ido evolucionando a lo largo de la historia, encontrando una variedad de definiciones durante su evolución; pudiendo definirse como un conjunto de normas, principios, garantías o institutos que lo regulan, fijándose los funcionarios judiciales competentes, los sujetos procesales intervinientes y la actividad procedimental, teniendo como finalidad verificar en su sustanciación la vulneración o no del derecho penal material, por parte del sujeto investigado.

2.1.5.4 El proceso penal.

Tan igual como en el derecho procesal penal, en el proceso penal existen una variedad de definiciones por el cual se explica su contenido, fines e importancia. Se entiende como un medio o instrumento jurídico por el cual se enlaza con el derecho penal sustantivo, a fin de verificar durante su tramitación y dentro del respeto de

³⁸¹ REYNA ALFARO, Luís Miguel. Manual de Derecho Procesal Penal. Editorial INSTITUTO PACIFICO. Lima – Perú. febrero 2015. Pág. 36.

principios y garantías, si un sujeto habría o no cometido un delito. Sobre lo dicho, Eberhard Schmidt señala que el “proceso penal se desarrolla así por los actos de los órganos de prescripción del Estado, del acusado y de los tribunales, por las vías prescritas por el derecho procesal para llegar a la sentencia, la cual determina, por su parte, cuales actos son necesarios para su ejecución³⁸². El Estado se encarga de estructurar su tramitación, estableciendo principios y garantías que protejan los derechos de los sujetos procesales, en igualdad de armas, garantizándose en su sustanciación el respeto de los derechos humanos y derechos fundamentales.

Por su parte, el profesor César San Martín Castro menciona que el proceso penal busca, pues, proteger la integridad del ordenamiento jurídico penal, que en nuestro país, no solo importa imponer *-siempre que dicho ordenamiento punitivo haya sido vulnerado-* la pena o medida de seguridad respectiva, sino también determinar conjuntamente las consecuencias civiles de los mismo hechos³⁸³. Es decir, no solo se busca imponer una pena, sino también resarcir el daño moral e indemnizatorio como consecuencia de la vulneración del bien jurídico del agraviado o la víctima. En relación a esto último, el proceso penal en la actualidad está tomando en cuenta los montos de la reparación civil, tan igual como se consideran en los procesos civiles, realizando un análisis jurídico de los presupuestos o requisitos exigidos en el derecho civil. No olvidemos que el derecho civil se relaciona también con el derecho procesal penal y el derecho penal sustantivo.

³⁸² SCHMIDT Eberhard., *Los Fundamentos Teóricos y Constitucionales del Derecho Procesal Penal. Comentario Doctrinario de la Ordenanza Procesal Penal y de la Ley Orgánica de los Tribunales*, traducción de José Manuel Núñez. Editorial Bibliográfica. Buenos Aires. 1957. Pág. 38.

³⁸³ SAN MARTÍN CASTRO, Cesar. *Derecho Procesal Penal*, vols. I y II, primera reimpresión de la primera edición. Editorial Grijley. Lima. 2011. Pág. 32.

A su vez, Arsenio Ore Guardia sostiene que el proceso penal aspira a obtener la certeza respecto de la conducta ilícita imputada³⁸⁴. Sin embargo, esta afirmación no siempre se puede dar de manera absoluta en el proceso penal. Así por ejemplo, en el caso del Ministerio Público, existe un principio universal que rige para dicha institución, me refiero al principio de objetividad, principio por el cual se obliga a la Fiscalía que si de concluida las diligencias preliminares o investigación preparatoria, y de los elementos de convicción obtenidos durante dichos periodos, se determina que el investigado no habría cometido el delito, se tenga que archivar o sobreseer el proceso penal a favor del imputado. Este principio busca romper el estereotipo de que el Ministerio Público solo es un inquisidor, y por el contrario se convierte hoy endicha en funcionario judicial garantista de los derechos humanos y derecho constitucionales.

Cuando Asencio Mellado lo define como “un instrumento que ostenta el Estado por el cual la jurisdicción, en el ámbito de sus atribuciones constitucionales, resuelve y decide los diversos conflictos intersubjetivos y sociales surgidos en el seno de la comunidad, entendiendo por el conflicto toda suerte de situación que fundamente la deducción de una pretensión o petición de naturaleza jurídica”³⁸⁵; se entiende así, debido a que es el único medio o instrumento por el cual es Estado podrá administrar justicia en materia penal, facultad esta que se encuentra amparada en la Constitución.

³⁸⁴ ORE GUARDIA, Arsenio, Manual del Derecho Procesal Penal, Segunda Edición, Alternativas, Lima 1999. Pág. 18.

³⁸⁵ ASENSIO MELLADO, José María. Introducción al Derecho Procesal, Tirant lo Blanch. Valencia. 1996. Pág. 195.

En relación a su finalidad, Luís Miguel Reyna Alfaro, citando a Domingo García Rada, señala que los fines del proceso penal no eran otros que los de realización del Derecho Penal material y distinguía entre fin principal y fin secundario. El fin principal del proceso penal se vincula *-a entender de García Rada-* con la *“represión del hecho punible mediante la imposición de la pena”* y el fin secundario tenía que ver con la *“reparación civil a la víctima del delito”*³⁸⁶. Se entiende, además, a la finalidad primaria, como la materialización por parte del acusado de los elementos de la norma penal: presupuesto o supuesto de hecho y la consecuencia jurídica. Asimismo, en lo que respecta a la reparación civil como fin secundario, se entiende así, debido a que es una pena accesoria por el cual se pretende reparar el daño ocasionado al agraviado o víctima. Hasta acá, y de lo mencionado precedentemente, se podría entender que la reparación civil, como fin secundario, dependería del resultado que se pueda dar en el fin primario; sin embargo, en la actualidad, en la tramitación de un proceso penal, puede darse el caso que el órgano jurisdiccional en la tramitación de un proceso penal absuelva al acusado de la imputación formulada por el Ministerio Público, empero, disponga el pago de la reparación civil, como por ejemplo en el delito de daños. Esta última posición asumida por el Juez Penal busca que el agraviado no quede desamparado por el Estado, y por un principio de economía procesal, no tenga que recurrir a un proceso civil, con la intención de buscar tutela jurisdiccional efectiva, siendo por ello el proceso penal en la actualidad sistematizadamente completo y garantista.

2.1.5.5 Principios y garantías del derecho procesal penal.

³⁸⁶ REYNA ALFARO, Luís Miguel. Manual del Derecho Procesal Penal. Editorial Instituto Pacifico. Lima. 2015. Pág. 39.

En la praxis jurídica se crea una confusión primigenia entre principios y garantías dentro del derecho procesal penal, a tal extremo que se les considera como equivalentes o iguales; sin embargo, tal apreciación no es así, según la doctrina. Al respecto, Jorge Carrión Lugo señala que se entiende al “principio” como la base, el fundamento, la razón fundamental sobre el cual se organiza una institución y éste ejerce funciones³⁸⁷. A su vez, José Antonio Neyra Flores menciona que los principios son máximas que configuran las características esenciales de un proceso. En ese sentido, los principios son criterios de orden jurídico-político que orientan el Proceso Penal en el marco de una política global del Estado en materia penal³⁸⁸. Estos principios, por lo general, se encuentran consagrados de manera genérica en la Constitución, en nuestro caso, en el artículo 139°, los mismos que servirán como lineamientos a ser tomados en la tramitación de cualquier tipo de proceso.

Por su parte, “los principios procesales” son aquellas máximas que configuran las características esenciales de un proceso, pudiendo coincidir o no con un derecho fundamental procesal, por ejemplo, el principio de imparcialidad de los jueces o de igualdad procesal³⁸⁹. Asimismo, Juan Morales Godo menciona que esas líneas directrices que inspiran un ordenamiento procesal, es lo que podemos denominar principios procesales³⁹⁰. Estos principios del proceso penal se encuentran establecidos en el Título Preliminar del Código Procesal Penal, los cuales constituyen directrices en su sustanciación, sirviendo como lineamientos a seguir por el órgano

³⁸⁷ CARRIÓN LUGO, Jorge. Tratado de Derecho Procesal Civil. Volumen I. Editorial Grijley. Lima. 2004. Pág. 36.

³⁸⁸ NEYRA FLORES, José Antonio. Manual del Nuevo Proceso Penal & de Litigación Oral. Editorial IDEMSA. Lima – Perú. 2010. Pág. 121.

³⁸⁹ SALAS BETETA, Christian. Principios Fundamentales del Nuevo Proceso Penal. Editorial Gaceta Jurídica. Lima. 2013. Pág. 17.

³⁹⁰ MORALES GODO, Juan. Instituciones de Derecho Procesal. Editorial Palestra. Lima – Perú. 2005. Pág. 39.

jurisdiccional y el Ministerio Público en el desarrollo de todo el proceso penal, que de transgredirse, puede ser invocado por cualquier sujeto procesal.

Ahora bien, “las garantías” importan el aseguramiento y/o protección contra algún riesgo o necesidad. Las identificamos con el concepto de tutela, amparo o protección jurídica. Las garantías son el amparo que establece la Constitución y que debe prestar el Estado para el efectivo reconocimiento y respeto de las libertades y derechos de la persona individual, de los grupos sociales, e incluso del aparato estatal, para su mejor actuación y desenvolvimiento³⁹¹. Además, tan igual como los principios, las garantías también pueden de invocados por cualquier sujeto procesal que se siente afectado en la tramitación de un proceso penal, siendo el Juez Penal, como Juez de Garantías, verificar o no su afectación.

A nuestro entender, y en relación a lo mencionado precedentemente, la diferencia que existe entre ambos se da en el sentido de que: “los principios procesales”, están referidos a las directrices y lineamientos del desarrollo del proceso, es decir están orientados a la actividad procesal; mientras que “las Garantías”, están destinados exclusivamente a la seguridad y protección de los derechos fundamentales procesales, frente a la arbitrariedad del Estado, es decir de quienes administran justicia, como por ejemplo, la irrenunciabilidad a la defensa, obligación del Estado a proveer de defensa de oficio, el hecho de no auto incriminarse, la no tortura en una declaración del imputado, a ser juzgado dentro de un plazo razonable, etc. Incluso, en esta parte, me atrevería a decir que los principios en algunos casos pueden ser al

³⁹¹SALAS BETETA, Christian. Principios Fundamentales del Nuevo Proceso Penal. Editorial Gaceta Jurídica. Lima. 2013. Pág. 17-18.

mismo tiempo garantías, como señala Salas Beteta³⁹², haciendo mención a lo señalado por Víctor Cubas Villanueva³⁹³.

2.1.5.6 Autonomía del derecho procesal penal.

El tema de la autonomía del derecho procesal penal desde un inicio a creado una disyunción de opiniones entre juristas relacionado al tema; sin embargo, en nuestra realidad actual, especialmente con la entrada en vigencia del Código Procesal Penal del 2004 (D.L. N° 957), podemos apreciar que el derecho procesal penal, como sostiene Julio Maier³⁹⁴, ha alcanzado su autonomía legislativa, científica y académica, conforme analizaremos a continuación. Además, esta autonomía otorgada por el Estado se manifiesta en el hecho de contar con su propia legislación, fijarse la competencia de sus funcionarios judiciales, sus institutos procesales, los sujetos intervinientes y su sustanciación.

A. Autonomía Legislativa. Como señala Cesar San Martín Castro, la autonomía legislativa es producto de una larga evolución y separación del derecho procesal penal respecto del derecho penal material. Esta autonomía deriva del sistema, propios de los países de influencia jurídica eurocontinental, de separar en diversos cuerpos de leyes al Derecho material y al Derecho Procesal³⁹⁵. Así, en nuestro

³⁹²SALAS BETETA, Christian. Principios Fundamentales del Nuevo Proceso Penal. Editorial Gaceta Jurídica. Lima. 2013. Pág. 18.

³⁹³El Profesor Víctor Cubas Villanueva empleó el término de “garantías constitucionales del proceso penal” para referirse al cúmulo de principios, derechos y libertades fundamentales reconocidos por la Constitución, y que a su vez, se encuentra garantizados en ella misma, a través del carácter de norma fundamental que dota al ordenamiento y en especial, a las normas que regulan la función penal del Estado, de unidad y coherencia.

³⁹⁴MAIER, Julio B.J. Derecho Procesal Penal. Tomo I. Editores del Puerto. Buenos Aires – Argentina. 1996. Pág. 76-78

³⁹⁵SAN MARTIN CASTRO, César. Derecho Procesal Penal. Segunda edición. Volumen I. Editorial Grijley. Lima-Perú. 2003. Pág. 7.

caso, la legislación que regula de manera exclusiva el proceso penal es el Código Procesal Penal de 2004, y en los Distritos Judiciales en donde todavía no ha entrado en vigencia el Código precitado, su tramitación continua con el Código de Procedimientos Penales de 1940.

Históricamente en nuestro país, y durante³⁹⁶ la historia peruana republicana cinco cuerpos normativos integrales se han encargado de regular nuestro proceso penal, el Código de Enjuiciamiento en Materia Penal (1863), el Código de Procedimientos en Materia Criminal (1919)³⁹⁷, el Código de Procedimientos Penales (1939)³⁹⁸, el Código Procesal Penal (1991)³⁹⁹, vigente muy residualmente, y el nuevo Código Procesal Penal (2004)⁴⁰⁰. Estas normas procesales citadas demuestran que la tramitación del proceso penal en el Perú siempre ha tenido autonomía legislativa desde su independencia hasta nuestros días.

De lo precitado, se advierte que la legislación procesal penal en nuestro país, desde un inicio e influenciado por las corrientes procesales penales de ese entonces, siempre ha ejercido autonomía legislativa, independiente del derecho penal material. Este aspecto de autonomía no solamente se ha dado en nuestro país, sino también en los demás países vecinos, de ahí la idea de crear un Código Procesal Penal para Iberoamérica, el mismo que fue elaborado por varios juristas, entre ellos el maestro finado Julio Maier.

³⁹⁶ REYNA ALFARO, Luís Miguel. Manual de Derecho Procesal Penal, Primera Edición. Editorial Instituto Pacífico S.A.C. Lima. Febrero 2015.

³⁹⁷ Promulgado por la Ley N° 4019 de fecha 02 de enero de 1919.

³⁹⁸ Promulgado por la Ley N° 9024, y que entrará en vigencia en todo el territorio de la República, a partir del 18 de Marzo de 1940

³⁹⁹ Decreto Legislativo N° 638, promulgado el 25 de abril de 1991, y publicado el 27 de abril de 1991.

⁴⁰⁰ Decreto Legislativo N° 957, promulgado el 22 de julio de 2004, y publicado el 29 de julio de 1991.

B. Autonomía científica. Este aspecto de la autonomía científica comenzó con el encuentro de ciertos principios y máximas propias del Derecho Procesal, y con el deslinde y afirmación de su propio objeto y función frente a la ley material, reflejado también en el tipo de normas jurídicas con el que estos dos ámbitos jurídicos se expresan; y continuó con la escisión (rompimiento) de los principios procesales penales frente a los vigentes en el Derecho procesal civil⁴⁰¹. Si bien es cierto que el derecho procesal penal forma parte del derecho procesal, sin embargo, con la evolución de esta rama del derecho, se han ido creando nuevos principios e institutos procesales propios del proceso penal, con la intención de tramitar y resolver de mejor manera la sustanciación del derecho penal material vulnerado.

En relación a lo mencionado precedentemente, efectivamente esta autonomía científica del Derecho Procesal Penal se dio en un inicio, y conforme se ha mencionado *ut supra*, desde su desvinculación del derecho penal material, y posteriormente también en la autonomía de sus principios procesales. Esto último mencionado precedentemente toma más fuerza desde el momento en que nuestro país llega a suscribir y ser parte de tratados internacionales encargados de la protección de los derechos humanos (los cuales son considerados en nuestra Constitución como derechos fundamentales, por estar positivizados), y que al ser introducidos en el derecho procesal penal ya sea como principio o garantía, indudablemente ha motivado su apartamiento de los principios procesales civiles.

⁴⁰¹ SAN MARTIN CASTRO, César. Derecho Procesal Penal. Segunda edición. Volumen I. Editorial Grijley. Lima-Perú. 2003. Pág. 7.

Asimismo, en la práctica algunas normas del Derecho Procesal Penal, son objeto de investigación e estudio, en mérito a problemáticas planteadas, lo cual motiva a buscar una solución científica, basado en la metodología de la investigación.

C. Autonomía académica. Cuando se menciona que la autonomía académica es consecuencia de la autonomía científica, permite la construcción de cátedras propias que, a su vez, tiendan a desarrollar esta rama jurídica en su interrelación con el derecho material y el derecho procesal⁴⁰². Es en mérito a ello, que académicamente su aprendizaje es considerado de manera autónoma en las aulas universitarias, ya sea a nivel de pregrado o post grado. A ello, se aúna el hecho de que existen juristas especializados en derecho procesal penal que comparten sus conocimientos académicos en textos y aulas.

Esta autonomía académica guarda estrecha relación con la doctrina, debido a que los estudiosos del derecho pondrán en conocimiento de la comunidad jurídica los principios, garantías e institutos propios del derecho procesal penal, así como su evolución académica, como es el caso de resolver a través de la teoría del caso la teoría del delito, o analizar a nivel del sobreseimiento las categorías o filtros de la teoría del delito. Incluso, la jurisprudencia deberá tener en cuenta la evolución académica, a fin de resolver controversias jurídicas que se presenten en la sustanciación de un proceso penal.

2.1.5.7 El derecho penal y derecho procesal penal.

⁴⁰² SAN MARTIN CASTRO, César. Derecho Procesal Penal. Segunda edición. Volumen I. Editorial Grijley. Lima-Perú. 2003. Pág. 7.

Al respecto, César San Martín Castro señala que el Derecho penal material es, como se sabe, el conjunto de normas jurídicas que asocian a la realización de un delito como presupuesto, la aplicación de las penas y/o medidas de seguridad, como principales consecuencias jurídicas. El Derecho procesal penal, en cambio, es el conjunto de normas jurídicas necesarias para la aplicación de las consecuencias jurídicas previstas en el Derecho penal material⁴⁰³. De lo expuesto, podemos colegir preliminarmente su interrelación entre ambas ramas del derecho, ligados a la justicia penal.

Consideramos en esta última parte, y en relación al Derecho Penal material, que no solo es la aplicación de las consecuencias jurídicas lo que interesa, sino también el desarrollo de los presupuestos de este derecho dentro del Derecho Procesal Penal, debido a que en la sustanciación del proceso, se discutirá jurídicamente y con las garantías del caso, si esas normas jurídicas o tipos penales previsto en el Derecho Penal, han sido realizados o no por el imputado, y como consecuencia de ello recién se determinara las consecuencias jurídicas a aplicarse.

Es en ese sentido, que San Martín Castro, citando a Binder, señala que el Derecho penal material y Derecho procesal penal, son corresponsables de la política criminal y ejes estructuradores de lo que se denomina “Sistema Penal” o “Sistema de Justicia Penal”, que es el conjunto de instituciones vinculadas con el ejercicio de la coerción penal y el castigo estatal⁴⁰⁴. Es por ello, que el Derecho procesal penal no solo está referido al castigo, como consecuencia jurídica del

⁴⁰³SAN MARTIN CASTRO, César. Derecho Procesal Penal. Segunda edición. Volumen I. Editorial Grijley. Lima-Perú. 2003. Pág. 09.

⁴⁰⁴SAN MARTIN CASTRO, César. Derecho Procesal Penal. Segunda edición. Volumen I. Editorial Grijley. Lima-Perú. 2003. Pág. 08.

Derecho Penal material, sino al Sistema Penal de este derecho, empero, en su conjunto, incluido las normas jurídicas o tipos penales que lo conforman.

En consecuencia, queda demostrado que estas dos ramas del derecho siempre están vinculados el uno al otro, debido a que el derecho penal material no podría plasmar sus presupuestos y consecuencias jurídicas sin dejar de recurrir al Derecho Procesal Penal, y del mismo sentido, este último derecho no podría desarrollarse en caso no existiese el Derecho Penal material, siendo ambas ramas responsables del sistema penal.

A. La función del derecho procesal penal.

Entender la función del derecho procesal penal, significa conocer cuál es su destino o utilidad en nuestro derecho interno. Sobre el tema, Víctor Cubas Villanueva, citando a Winfried Hassemer y Francisco Muñoz Conde, señala que para algunos la función que cumple el Derecho Procesal Penal es realizar el derecho penal material. Por ello *-se sostiene-* es un puente entre el Derecho Penal material y la realidad y va desde la sospecha hasta la condena, una vez constatada la existencia del delito⁴⁰⁵. Claro está, que este iter procesal debe haberse realizado respetando principios y garantías procesales.

En esta misma perspectiva, Julio Maier haciendo mención a lo indicado por Beling, señala que el Derecho Penal solo vive en el papel, es el Derecho Procesal Penal quien se entiende con el hombre. Es por ello que, en el Derecho Procesal

⁴⁰⁵ CUBAS VILLANUEVA, Víctor. El Proceso Penal Teoría y Práctica. Editorial Palestra Editores. Lima-Perú. 2000. Pág. 75.

Penal, las manifestaciones del poder político son más frecuentes y notables⁴⁰⁶. Así, el medio legal para la aplicación de la ley penal, está contenido en el Derecho Procesal Penal. Entre la violación de la norma y la aplicación de la sanción existe un camino a recorrer: el proceso penal. Producido un delito, no se aplica de inmediato la ley penal, es necesario que previamente se determine si el hecho es realmente delictuoso y si su presunto autor es responsable. Es aquí donde interviene el proceso⁴⁰⁷. Esta intervención, como se ha mencionado *ut supra*, debe realizarse del canon del respeto de los derechos humanos.

De lo dicho en los párrafos anteriores, podemos colegir que el destino o utilidad que tiene el Derecho Procesal Penal como función, es la realización del Derecho Penal material, siendo que este último derecho no tendría razón de ser sin su existencia. Asimismo, y conforme se ha mencionado *ut supra*, tanto la doctrina internacional así como la doctrina nacional, coinciden en señalar que esa es la función principal primordial del Derecho Procesal penal en relación al Derecho Penal material.

B. Ámbito funcional del derecho procesal penal.

De los conceptos doctrinarios mencionados precedentemente, se entiende que ante la supuesta realización de un delito por parte de una persona, es necesario que previo a la imposición de la pena, se le siga a éste un juzgamiento dentro de un procedimiento que goce de la protección de las garantías procesales previstas

⁴⁰⁶ MAIER, Julio. Derecho Procesal Penal Argentino. Editorial Hammurabi. SR.L. Buenos Aires – Argentina. 1989. Pág. 19.

⁴⁰⁷ CUBAS VILLANUEVA, Víctor. El Proceso Penal Teoría y Práctica. Editorial Palestra Editores. Lima-Perú. 2000. Pág. 76.

por la Constitución y el Derecho Procesal Penal, a fin de establecer un Debido Proceso, y de encontrarse culpable, recién se le pueda aplicar a esa persona la pena correspondiente, conforme a lo previsto en el Derecho Penal material, como consecuencia jurídica.

- a) **El derecho de penar del Estado.** Tal como señala César San Martín Castro⁴⁰⁸, haciendo referencia a lo citado por Gimeno Sendra, menciona que el Derecho Procesal Penal se ocupa de la actuación del derecho de penar del Estado, esto es, de la pretensión penal estatal, *-el cual comprende también-* así como de la protección de los derechos a la libertad, a la tutela de la víctima y a la reinserción del imputado. La pretensión de castigar y la imposición de otras consecuencias jurídicas, constituye monopolio estatal. El Estado tiene el deber de castigar aquellas conductas que causan un gran daño social en aras de garantizar la seguridad ciudadana.

Es en relación a lo precitado, y conforme ya hemos venido mencionando en el presente trabajo, el Derecho Penal material a través del Derecho Procesal Penal ejercita sus consecuencias jurídicas, el cual consiste en castigar a través de la pena, el hecho punible cometido por una persona, debido a que dentro⁴⁰⁹ de un proceso penal se busca la convicción o certeza sobre la comisión del delito y la responsabilidad, ello, con la finalidad de restablecer el orden y la paz social.

⁴⁰⁸ SAN MARTIN CASTRO, César. Derecho Procesal Penal. Segunda edición. Volumen I. Editorial Grijley. Lima-Perú. 2003. Pág. 11-12.

⁴⁰⁹ CALDERON SUMARRIVA, Ana C. El Nuevo Sistema Procesal Penal: Análisis Crítico. Editora Egacal. Lima – Perú. 2011. Pág. 33.

b) **La garantía procesal.** Al respecto, como ya se ha venido sosteniendo *ut supra*, la realización del Derecho Penal material a través del Derecho Procesal Penal, y ante una supuesta imputación de un delito a una persona, debe realizarse dentro de un debido proceso, respetándose todas las garantías que establece nuestra legislación nacional, las mismas que se encuentra previstas en la Constitución y en la legislación procesal penal.

Una clara muestra de lo mencionado precedentemente, y que cumple la función de garantías jurisdiccionales dentro de un proceso, es lo prescrito en el artículo 139° numeral 10 de la Constitución Política del Estado, el cual señala “El principio de no ser penado sin proceso judicial”. Este principio también es conocido doctrinariamente como el “Derecho de no ser sancionado o afectado sin previo proceso o procedimiento”. Al respecto, Reynaldo Bustamante Alarcón⁴¹⁰ señala que para cumplir con esta exigencia no basta con que se inicie o trámite un proceso o procedimiento cualquiera. Es necesario que este respete aquellos elementos o garantías del debido proceso que son indispensables para que el proceso sea justo, y de que no cumplirse lo mencionado precedentemente, la exigencia prevista en el artículo 139° inciso 10 de la Constitución no habría sido satisfecha.

⁴¹⁰ BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. La Constitución Comentada. Análisis Artículo por Artículo. Tercera Edición. Tomo III. Editorial Gaceta Jurídica. Lima. 2015. Pág. 712.

De lo señalado, también se advierte que esta garantía procesal no solo está prevista en la norma constitucional citada, sino también en el artículo 139° numeral 3 de la Constitución, el mismo que está referido al Debido Proceso⁴¹¹. Esto significa, como señala Baumann, que el Derecho Procesal Penal regula un conflicto secular: persecución penal y garantía de libertad y, en tal virtud, pretende construir una regulación equilibrada de los derechos y deberes de los sujetos procesales⁴¹².

Es en ese sentido, y estando a lo ya sostenido precedentemente, no podemos dejar de mencionar en esta parte que el artículo 8° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, esta titulado como “Garantías Judiciales”, norma supranacional esta que establece de manera expresa las garantías que deben ser respetados por los Estados Parte de la Convención, dentro de un proceso penal.

2.1.5.8 La acción en el proceso penal.

El estudio de la acción no es un tema reciente para el derecho procesal penal, debido a que como otros institutos procesales han evolucionado a lo largo de la historia. Así, en un primer momento, la acción nace como una facultad de los particulares *-mediante la justicia privada-*; sin embargo, mediante el contrato social, determinadas facultades de los particulares pasaron al dominio absoluto y monopolizador del Estado, entre ellos el ejercicio de la acción. Así, como señala

⁴¹¹Al respecto, el artículo I numeral 2 del Título Preliminar del Código Procesal Penal, señala: “(...) 2. Toda persona tiene derecho a un juicio previo, oral, público y contradictorio, desarrollado conforme a las normas de este Código. (...)”.

⁴¹² SAN MARTIN CASTRO, César. Derecho Procesal Penal. Segunda edición. Volumen I. Editorial Grijley. Lima-Perú. 2003. Pág. 13.

Hernando Davis Echandía, el Estado no solo tiene el poder y derecho de someter a su jurisdicción a quienes necesitan obtener la composición de un litigio o la declaración de un derecho, sino también la obligación de actuar mediante su órgano jurisdiccional para la realización o verificación de los derechos, **cuando un particular o un funcionario público se lo solicita con las formalidades legales**⁴¹³.

Al respecto, Víctor Cubas Villanueva comenta que la evolución que ha seguido la persecución del delito, ha tenido precisamente en la acción penal su punto de referencia, así se distinguen momentos históricos que van desde la venganza privada o autodefensa hasta llegar al control monopólico del Estado en el ejercicio y administración de la acción penal durante el proceso⁴¹⁴. Por ello, en la actualidad la acción penal ha quedado a cargo del Estado, siendo una facultad exclusiva del Ministerio Público *-como representante del Estado-*, conforme lo señala de manera expresa el artículo 159° numeral 5 de la Constitución Política del Estado, el cual prescribe que son atribuciones de este órgano autónomo constitucional *“Ejercitar la acción penal de oficio o a petición de parte”*. Como se aprecia, ya sea de oficio, o por denuncia de parte del agraviado o víctima, el encargado de ejercer la acción penal pública dentro del proceso penal es el Ministerio Público.

⁴¹³ DEVIS ECHANDÍA, Hernán. Teoría General del Proceso, Tomo I. Editorial Universidad. Buenos Aires – Argentina. 1984. Pág. 178.

⁴¹⁴ CUBAS VILLANUEVA, Víctor. El Proceso Penal Teoría y Práctica, Cuarta Edición. Editorial Palestra Editores. Lima-Perú. 2000. Pág. 87.

Esta idea mencionada *-sobre la legalidad constitucional del Ministerio Público-*, se ve reforzada por Alonso Raúl Peña Cabrera Freyre, quien señala que la acción penal por tanto, es el ejercicio de un deber público que según nuestra Constitución Política la asume exclusivamente el Ministerio Público en los delitos perseguibles por acción penal pública⁴¹⁵. Bajo estos argumentos, hoy⁴¹⁶ se habla del carácter público de la acción penal, ello porque está dirigida al Estado, pues es su atribución restablecer la paz social perturbada por la comisión de un delito; sin embargo, esto constituye un elemento de la acción pública referida al poder punitivo del Estado, esto, como facultad exclusiva del Estado de reprimir hechos ilícitos a través del *jus puniendi*, y buscar de esa manera la paz pública dentro de la sociedad, como medio de control social.

Por otro lado, si bien la Constitución Política del Estado ha establecido que la titularidad de la acción penal pública está a cargo del Ministerio Público, empero, tratándose de lesiones de bienes jurídicos de índole privada dentro del derecho penal, como por ejemplo el honor o la intimidad, tales acciones penales privadas o conocidas también como *Querellas*, deberá ejercerla de manera directa el ofendido ante el órgano jurisdiccional competente, no siendo parte en este tipo de proceso especial el Ministerio Público, tal como lo señala literalmente el artículo 459° inciso 01 del Código Procesal Penal, aspecto este que será desarrollado más adelante en el presente trabajo.

⁴¹⁵ PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. Derecho Procesal Penal. Sistema Acusatorio Teoría del Caso y Técnica de Litigación Oral. Tomo I. Editorial RODHAS. 1era Edición. Lima. 2012. Pág. 149-150.

⁴¹⁶ CUBAS VILLANUEVA, Víctor. El Proceso Penal Teoría y Práctica. Editorial Palestra Editores. Lima-Perú. 2000. Pág. 89.

A. Definición de acción penal.

La doctrina establece una pluralidad de definiciones a la acción penal, ya sea como acción penal pública o acción penal privada. Al respecto, Víctor Jimmy Arbulú Martínez, haciendo mención a lo señalado por Alcalá Zamora y Castillo, señala que la acción penal es el poder jurídico de promover la actuación jurisdiccional a fin de que el juzgador se pronuncie acerca de la punibilidad de los hechos que el titular de la acción reputa como constitutivo de delitos⁴¹⁷. Esta definición debe entenderse de manera amplia, en el sentido que se considera a la acción penal como acción penal pública *-facultad exclusiva del Ministerio Público-* y como acción penal privada *-facultad exclusiva de los particulares-*, siendo que en ambas formas de acciones penales los titulares facultados por ley buscaran tutela judicial ante el órgano jurisdiccional *- como representante del Estado-*, a fin de que sancione la lesión del bien jurídico afectado.

Por otra parte, Ana Calderón Sumarriva, define a la acción penal como un derecho consustancial al ser humano, pues es el derecho que tiene a alcanzar la justicia. Incluso señala que según Pietro Castro, es el ejercicio del derecho a la justicia⁴¹⁸. Esta definición naturalista *-entendido como aquel derecho propio de un ser-*, puede entenderse como la afectación del derecho de una persona, y por ello nos podríamos encontrar en una acción

⁴¹⁷ARBULU MARTINEZ, Víctor Jimmy. La Investigación Preparatoria en el Nuevo Proceso Penal. Editorial Actualidad Penal. Lima. 2014. Pág. 75.

⁴¹⁸CALDERON SUMARRIVA, Ana C. El Nuevo Sistema Procesal Penal: Análisis Crítico. Editora Egacal. Lima – Perú. 2011. Pág. 34.

penal privada o pública; sin embargo, no podemos dejar de mencionar que en la sociedad se producen afectaciones a bienes jurídicos de instituciones públicas, así como privadas; por lo que debe entenderse a la acción penal como un instituto procesal que abarca situaciones más complejas y amplias.

Así mismo, Devis Echandía precisa que en materia penal y en un sistema de corte acusatorio, la petición es necesaria para que el Estado ponga en funcionamiento la jurisdicción, siendo que la acción puede ser instada solamente por el Ministerio Público (acción penal pública) o privada (acción penal privada), a fin de que se inicie el proceso, no cabiendo acciones penales de oficio⁴¹⁹. En la legislación constitucional y procesal penal moderna, y tratándose de delitos de acción penal pública, este argumento no tiene asidero en parte, debido a que las Constituciones actuales otorgan atribuciones amplias al Ministerio Público para que pueda ejercitar la acción penal pública de oficio, sin que exista alguna denuncia de por medio, como por ejemplo en el caso Odebrecht.

En relación a estas definiciones citadas, se entiende que la acción penal es aquella facultad pública o privada de solicitar tutela jurisdiccional efectiva ante el órgano jurisdiccional competente, a fin de que mediante un proceso penal se sancione a un responsable por la comisión de un hecho punible, como consecuencia de haber vulnerado un bien jurídico

⁴¹⁹ DEVIS ECHANDIA, Hernando. Teoría General del Proceso, Tomo I. Editorial Universidad. Buenos Aires – Argentina. 1984. Pág. 179.

reconocido en el derecho penal material, a fin de buscar la tranquilidad pública dentro de la sociedad.

A su vez, y conforme se aprecia del contenido de nuestra legislación procesal penal vigente, podemos advertir que existen dos tipos de acciones penales: la pública y la privada. A fin de aclarar el tema de acción penal pública y acción penal privada, el Dr. Pablo Sánchez Velarde⁴²⁰ señala que la acción penal, por tanto, es el ejercicio de un deber público que según nuestra Constitución Política la asume exclusivamente el Ministerio Público en los delitos perseguibles por acción penal pública, pues⁴²¹, tratándose de los delitos perseguibles por acción penal privada, esta atribución la asume la persona del ofendido.

Ahora bien, en relación a la acción penal como instituto previsto en nuestro ordenamiento jurídico, el Código de Procedimientos Penales de 1941 *-que ya no está vigente en la ciudad de Lima-*, (El 15 de junio del 2021 entró en vigor, de manera integral, el Nuevo Código Procesal Penal (NCCP) promulgado mediante Decreto Legislativo N° 957 en Lima, culminando el proceso de implementación progresiva que se inició el 2006). señalaba en su artículo 2° que la acción penal es pública o privada. Del mismo modo, el artículo 1° del Código Procesal Penal de 2004, reconoce de manera expresa a la acción penal como pública o privada. La primera, se ejercita por el Ministerio Público de oficio o a instancia de la parte agraviada, mientras que la segunda, se inicia a petición de la víctima o agraviado. El artículo 11° del Decreto Legislativo N° 052 *-Ley Orgánica del Ministerio Público-*, establece también que el titular de la acción penal es el Ministerio Público.

⁴²⁰SANCHEZ VELARDE, Pablo. Manual de Derecho Procesal Penal. Idemsa. Lima. 2004. Pág. 327

⁴²¹PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. Derecho Procesal Penal. Sistema Acusatorio Teoría del Caso y Técnica de Litigación Oral. Tomo I. Editorial RODHAS. 1era Edición. Lima. 2012. Pág. 150.

Finalmente, el Código Procesal Penal vigente ha otorgado al Ministerio Público mayor responsabilidad en la investigación del delito desde el inicio de las diligencias preliminares hasta la culminación de la investigación preparatoria, tal como se aprecia en los artículos IV del Título Preliminar del Código Procesal Penal, así como los artículos 1°, 60°, 61°, 63° y 65° del Código acotado, en donde se facultan funciones, atribuciones y obligaciones al Ministerio Público **como titular de la acción penal**, siendo que dichas atribuciones de poder⁴²² y deber⁴²³ de la acción penal pública lo dispone la Constitución Política del Estado, así como algunos tratados internacionales.

B. Características de la acción penal.

Según la doctrina nacional dominante, las características de la acción penal son las siguientes:

- a) **Es pública.** Se dice la que la acción penal es pública porque va dirigida contra el Estado para hacer valer un derecho como es la aplicación de la Ley penal. Está dirigida a satisfacer un interés colectivo: que el orden social perturbado por el delito sea debidamente

⁴²²**PODER.** Como no cabe definir la acción penal a partir de la noción de derecho, únicamente cabe calificarla de **poder jurídico**. (...) Este **poder jurídico** es común en el ejercicio de la acción penal del Ministerio Público y, en su caso, de la víctima.

⁴²³**DEBER.** En el orden jurisdiccional penal nacional, donde el Ministerio Público tiene reservado el monopolio del ejercicio de la acción penal en los delitos públicos, no es posible calificar de *derecho* la acción penal ejercitada por el Fiscal, quien la promueve en cumplimiento de un **deber** y en el ejercicio de su **función** (Así lo dispone la Constitución). (**SAN MARTIN CASTRO, César. Derecho Procesal Penal. Segunda edición. Volumen I". Ed. Grijley. Lima-Perú. 2003. Pág. 309**).

restaurado⁴²⁴. Debe tenerse en cuenta que es privada, cuando lesiona bienes jurídicos de particulares, siendo que, tan igual como el público, es de competencia del Estado.

A su vez, Alonso Raúl Peña Cabrera Freyre señala que la naturaleza pública de la acción penal se sostiene en el interés social en la persecución del delito, en la medida que la conducta criminal genera ámbitos insoportables de convivencia social, lo que desencadena una alarma social justificada⁴²⁵. En tal sentido, esa postura jurídica que asume el Estado, obedece a que una de sus funciones dentro de la sociedad, y con la finalidad de buscar la paz pública, es ejercer la labor de control social, la misma que es ejercida a través de sus funcionarios judiciales e instituciones públicas competentes, dentro de la tramitación del proceso penal.

De lo citado en los párrafos precedentes, se entiende que la acción penal es pública, debido a que la institución del Estado encargado de la persecución del delito y de la acción penal es el Ministerio Público, ello, por mandato expreso de la Constitución y de las legislaciones procesales penales vigentes en nuestro país (C. de PP y CPP), así como de lo dispuesto en su propia Ley Orgánica. En el caso de la acción penal privada también se dice que en parte es pública, debido a que el

⁴²⁴ CALDERÓN SUMARRIVA, Ana. El ABC del Derecho Procesal Penal. Editorial San Marcos. Lima. 2007. Pág. 25.

⁴²⁵ PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. Derecho Procesal Penal. Sistema Acusatorio Teoría del Caso y Técnica de Litigación Oral. Tomo I. Editorial RODHAS. 1era Edición. Lima. 2012. Pág. 150.

funcionario competente que va a conocer la denuncia privada es el Estado, a través del Juez Penal competente.

- b) **Es obligatoria.** Se dice así, debido a que el ejercicio y consiguiente promoción de la acción penal por parte del Ministerio Público es de naturaleza obligatoria, porque así lo dispone la misma Constitución como atribución; en otras palabras: la acción penal es de carácter indisponible por parte del agente fiscal, en razón del interés público que sostiene su actividad persecutora y en su vinculación al principio de legalidad⁴²⁶.

Por otra parte, Víctor Cubas Villanueva, haciendo mención a lo señalado por el Dr. Arsenio Oré Guardia, señala que se distinguen dos dimensiones: obligatoriedad extra proceso, que obliga a los funcionarios incluidos los del Ministerio Público que por mandato legal deben promover la acción penal; y la obligatoriedad que resulta del imperio estatal en la aplicación de lo que resulte del proceso⁴²⁷. Ambas dimensiones se encuentran establecidas en la Constitución, la primera, como derecho de los particulares *-como acción penal privada-* de buscar tutela jurisdiccional ante el Estado, y como atribución del Ministerio Público; la segunda, como facultad exclusiva de administrar justicia por el Poder Judicial (art. 138° de la Constitución).

⁴²⁶ PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. Derecho Procesal Penal. Sistema Acusatorio Teoría del Caso y Técnica de Litigación Oral. Tomo I. Editorial RODHAS. 1era Edición. Lima. 2012. Pág. 150.

⁴²⁷ CUBAS VILLANUEVA, Víctor. El Proceso Penal Teoría y Práctica. Editorial Palestra Editores. Lima-Perú. 2000. Pág. 92.

En ese sentido, cuando se dice que la acción penal es obligatoria, se refiere en esencia a la acción penal pública, debido a que la acción penal privada es una facultad exclusiva de los particulares, en aplicación del principio dispositivo; sin embargo, no sucede lo mismo para la primera acción penal mencionada precedentemente, debido a que tiene carácter obligatorio para el Ministerio Público por mandato expreso del artículo 159° numeral 5 de la Constitución Política del Estado, pudiendo incurrir su conducta omisiva en responsabilidad penal –*sin perjuicio del procedimiento administrativo disciplinario*-, conforme lo prevé el artículo 407° del Código Penal –*delito de omisión de denuncia*-, así como también en el delito de Omisión de Función, previsto en el artículo 377° del Código precitado.

- c) **Es indivisible.** Al respecto, Víctor Jimmy Arbulú Martínez, menciona que la indivisibilidad significa que la acción penal comprende a todos los que han participado en un hecho delictuoso, tanto es así que hasta el perdón del querellante en beneficio de un procesado se extiende a todos los demás⁴²⁸. Nos encontramos entonces ante la comisión de un hecho punible realizado por coautores, y por lo cual la acción penal deberá ser instada contra todos ellos.

Por su parte, Ana Calderón Sumarriva señala que alcanza a todos los que han participado en la comisión del delito. Todos los partícipes de

⁴²⁸ARBULU MARTINEZ, Víctor Jimmy. La Investigación Preparatoria en el Nuevo Proceso Penal. Editorial Actualidad Penal. Lima. 2014. Pág. 80.

un delito son responsables y la acción tiene que comprender a todos sin excepción⁴²⁹. Del mismo parecer, Alonso Raúl Peña Cabrera Freyre señala que la acción penal es unitaria y que debe comprender a todos aquellos que han intervenido en la comisión del injusto penal, sin interesar el grado de participación delictiva (...), pues, ellos se encuentran unidos bajo un hecho históricamente recogido que es constitutivo del delito a partir de unjuicio de carácter jurídico-penal⁴³⁰. No olvidemos que nuestro derecho penal acoge el sistema diferenciador en la comisión de un delito por varias personas, considerando dentro de ellos a los autores y partícipes, por lo que, sin interesar el grado de participación en la comisión de un delito, tendrá que iniciarse la acción penal pública contra éstos.

En ese orden de ideas, se entiende que la acción penal es indivisible, debido a que el Estado, a través del Ministerio Público y comotitular de la acción penal, no puede dividir la acción penal a favor de determinadas personas, y en contra de otras; más aún si dichas personas en un determinado caso, actuaron de manera concertada en la ejecución de un delito, ya sea como autores o partícipes.

- d) Es intransmisible.** En aplicación del principio de legalidad, y conforme a lo dispuesto en la Constitución Política del Estado, y del contenido de las normas procesal penales vigentes, se advierte que el Ministerio Público es

⁴²⁹CALDERON SUMARRIVA, Ana C. El Nuevo Sistema Procesal Penal: Análisis Crítico. Editora Egacal. Lima – Perú. 2011. Pág. 82.

⁴³⁰PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. Derecho Procesal Penal. Sistema Acusatorio Teoría del Caso y Técnica de Litigación Oral. Tomo I. Editorial RODHAS. 1era Edición. Lima. 2012. Pág. 151.

el único facultado para ejercer la acción penal pública en representación del Estado. Nótese que la misma Constitución no dice que tal función constitucional tenga que ser delegada o asumida por otra institución pública; es por ello, que se dice que la función encomendada por el Estado al Ministerio Público es intrasmisible.

Esto quiere decir, conforme señala Alonso Raúl Peña Cabrera Freyre, citando a Martínez Rave, que el agente fiscal no puede transmitir su poder persecutor bajo ningún título, a menos que pierda competencia por una casual de índole organizacional⁴³¹. Es decir, por ejemplo, que pierda esa atribución persecutoria por no estar inmerso dentro de las causales de competencia prevista en el artículo 21° del Código Procesal Penal. En este caso no nos encontramos ante un tema organizativo, sino, ante un tema territorial que la misma ley establece, bajo sanción de nulidad, cuando un funcionario judicial es competente.

De igual sentido, tratándose de un delito de acción penal privada, el particular agraviado no puede delegar esa facultad de acción contra el agresor de su bien jurídico a una tercera persona, siendo facultad exclusiva de la víctima o agraviado iniciar la acción penal.

⁴³¹PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. Derecho Procesal Penal. Sistema Acusatorio Teoría del Caso y Técnica de Litigación Oral. Tomo I. Editorial RODHAS. 1era Edición. Lima. 2012. Pág. 152.

- e) **Es irrevocable.** Se dice que es irrevocable, debido a que⁴³² una vez iniciado el proceso penal, sólo puede concluir con la sentencia condenatoria o absolutoria, un auto de sobreseimiento o abstención de la acción penal. No existiendo posibilidad de desistimiento o transacción, excepto en los procesos iniciados por ejercicio privado de la acción penal o en los casos en que se aplican los criterios de oportunidad (Principio de Oportunidad, Art. 2° del CPP).

De lo señalado, se entiende que una vez que el Ministerio Público toma conocimiento de la *notitia criminis*, y en mérito a sus atribuciones emite la Disposición Fiscal correspondiente, no se podrá dar marcha atrás, y tendrá que concluir el proceso conforme a ley. Dicha conclusión no significa que una vez iniciado la acción penal siempre deba acabar un proceso penal con una acusación fiscal, debido a que, en aplicación del principio de objetividad, también puede terminar en un sobreseimiento a favor del investigado. Asimismo, a nivel jurisdiccional, no siempre puede terminar un proceso con una sentencia condenatoria, sino también en una absolutoria, ello, cuando no se ha enervado el derecho fundamental de presunción de inocencia durante la tramitación del proceso.

Por otra parte, también existen formas especiales de concluir el proceso sin tener que llegar a juicio oral. Así tenemos, a nivel del Ministerio Público, las diligencias de principio de oportunidad y acuerdo

⁴³²CALDERON SUMARRIVA, Ana C. El Nuevo Sistema Procesal Penal: Análisis Crítico. Editora Egacal. Lima – Perú. 2011. Pág. 82-83.

reparatorio, incluso dicho funcionario puede retirar la acusación fiscal durante el juicio oral, al amparo del artículo 387°.4 del CPP. Asimismo, a nivel judicial, se pueden optar, procesalmente hablando, por el criterio de oportunidad, la terminación anticipada y la conclusión anticipada (al inicio de juicio oral).

- f) **Se dirige contra persona física determinada.** Esta característica de la acción penal es importante, debido a que en los procesos penales es necesario identificar al imputado, a fin de que el Ministerio Público ejercite la acción penal sobre esta persona, a quien se le imputa la comisión de un delito. De igual sentido ocurre en los delitos de acción penal privada.

Sobre el tema, Ana Calderón Sumarriva señala que en el Nuevo Código Procesal Penal peruano, para que el Fiscal pueda formalizar investigación, se exige la identificación o individualización del presunto autor o partícipe (Art. 336°.1) ⁴³³. En relación a esto último, debemos de señalar que el tema de la individualización del denunciado no es un tema reciente de responsabilidad del Ministerio Público, debido a que el artículo 77° del Código de Procedimientos Penales establecía que la denuncia del Fiscal debía contener la individualización del presunto autor o partícipe.

Por otra parte, si bien es cierto que el tema de la individualización del imputado es un requisito importante para el ejercicio de la acción penal

⁴³³CALDERON SUMARRIVA, Ana C. El Nuevo Sistema Procesal Penal: Análisis Crítico. Editora Egacal. Lima – Perú. 2011. Pág. 83.

por parte del Ministerio Público; sin embargo, puede darse el caso que la Fiscalía tome conocimiento de un hecho delictivo vía noticia periodística, y sin haberse identificado a los presuntos autores; siendo que, ante esta situación, el Ministerio Público de oficio puede apertura investigación preliminar contra los que resulten responsables, por no tenerse identificado plenamente al imputado, pudiendo incluso corregirse los errores de los datos personales del imputado en cualquier oportunidad, conforme señala el artículo 72° inciso 3 del Código Procesal Penal.

C. Formas del ejercicio de la acción penal.

Este aspecto doctrinario y legal de la acción penal, ya ha venido siendo analizado *ut supra*, en donde se sabe que la acción penal puede ser pública o privada. Al respecto, Víctor Cubas Villanueva, haciendo mención a lo señalado por el profesor argentino Julio Maier, señala que por regla general, está en manos del Ministerio Público (la acción penal); sin embargo, los delitos de acción privada constituyen la gran cantidad al dominio del Estado sobre el procedimiento penal, pues el interés de la víctima - o su sustituto – prevalece sobre el interés estatal y lo excluye casi totalmente, cuando ello ocurre en el proceso penal surge la necesidad de diferenciar entre acción penal pública y acción penal privada⁴³⁴. Nuestra legislación procesal penal vigente reconoce estos dos tipos de acciones.

⁴³⁴ CUBAS VILLANUEVA, Víctor. El Proceso Penal Teoría y Práctica. Editorial Palestra Editores. Lima-Perú. 2000. Pág. 91-92.

Se dice que la acción penal es pública, cuando la ley permite que la ejercite cualquier persona y esta no se limita a dar la noticia del crimen sino que pide se adelante la investigación o el proceso⁴³⁵. Entiéndase como el derecho a la acción que tiene todo sujeto de solicitar tutela jurisdiccional efectiva al Estado⁴³⁶; sin embargo, por el principio de legalidad constitucional, a nivel de la acción penal pública, esta facultad es exclusiva del Ministerio Público. Asimismo, se entiende por acción penal privada, a diferencia de la acción penal pública, cuando⁴³⁷ la ejercen los particulares y procesalmente es a impulso de parte.

El Código Procesal Penal del 2004, en su artículo 1° incisos 1 y 2, establece de manera expresa que la acción penal es pública y privada. Del mismo modo, el artículo 2° del Código de Procedimientos Penales establece estas dos formas de la acción penal. Es por ello, y estando a lo mencionado por la doctrina y las legislaciones procesales penales precitadas, en nuestra legislación se establecen dos formas de acción penal: pública y privada; la primera, como facultad exclusiva del Ministerio Público; y la segunda, como facultad intransferible de toda persona a quien

⁴³⁵DEVIS ECHANDIA, Fernando. Teoría General del Proceso, Tomo I. Editorial Universidad. Buenos Aires. Argentina. 1984. Pág. 202.

⁴³⁶El artículo 139° inciso 3 de la Constitución consagra la garantía de tutela jurisdiccional, que incluye como uno de sus elementos esenciales el derecho de acceso a los órganos jurisdiccionales, a través del cauce del ejercicio del poder jurídico de acción, que implica la atribución que tiene toda persona de acudir al órgano jurisdiccional para que éste, a través de la prestación del servicio de impartir justicia al que está obligado, resuelva un conflicto de intereses o una incertidumbre jurídica. Acuerdo Plenario N° 5-2011/CJ-116. Fundamento Jurídico N° 9.

⁴³⁷ARBULU MARTINEZ, Víctor Jimmy. La Investigación Preparatoria en el Nuevo Proceso Penal. Editorial Actualidad Penal. Lima. 2014. Pág. 82.

se le ha vulnerado su bien jurídico llamado honor o dignidad y por el cual busca tutela judicial.

2.1.5.9 Las garantías procesales en el derecho procesal penal.

Dentro de un Estado Constitucional de Derecho, el cual rige en nuestro país, se establecen mecanismos de protección con la finalidad de garantizar la no vulneración de derechos fundamentales en la tramitación de un proceso penal. Así, la Constitución establece una serie de principios y garantías que deben ser respetados por los funcionarios encargados de administrar justicia a través de sus representantes: Jueces y Fiscales, estableciéndose en el artículo 139° del texto constitucional un catálogo de mecanismos de protección que pueden ser invocados por los sujetos intervinientes en la sustanciación de un proceso, cuando se vulneren derechos fundamentales.

Así mismo, como señala Cesar San Martín Castro, materialmente en el proceso penal los derechos en conflicto son fundamentales, de relevancia constitucional, al ser integrados *-de un lado-* por el derecho de perseguir o de acusar que ejercita el Ministerio Público (art. 159° incisos 4 y 5 de la Constitución.), paralelo al derecho de punir que corresponde al Juez (arts. 138° y 139° inc. 10 Constitución), y *-de otro-* por el derecho a la libertad del imputado que hace valer la defensa (arts. 2°.24 y 139°.14 Const.)⁴³⁸. Como se aprecia, al existir derechos fundamentales en disputa procesal, se busca que en su sustanciación se garantice la discusión de estos derechos fundamentales, a través

⁴³⁸SAN MARTIN CASTRO, César. Derecho Procesal Penal. Segunda edición. Volumen I. Editorial Grijley. Lima-Perú. 2003. Pág. 79.

de un debido proceso y en igualdad de armas; siendo que, no solo la Constitución va a establecer este catálogo de garantías y principios, sino también la legislación procesal penal.

Es por ello, que en la tramitación de un proceso penal se deben regir determinadas garantías procesales, los cuales para Julio Maier son la seguridad que se otorgan para impedir que el goce efectivo de esos derechos (los fundamentales) sea conculcado por el ejercicio del poder estatal, ya en la forma de limitación de ese poder o de remedio específico para repelerlo⁴³⁹. Es importante la existencia de estas garantías procesales *-ya sea genérica o específica-*, debido a que en la tramitación de un proceso los funcionarios judiciales, en representación del Estado, pueden vulnerar derechos fundamentales, siendo estas garantías herramientas procesales que van a impedir la vulneración de estos derechos.

En ese sentido, las garantías procesales son los medios de protección o de seguridad que se otorgan en la tramitación de un proceso penal, a fin que se respeten los derechos fundamentales de las personas, ante cualquier actuación arbitraria por parte de funcionarios judiciales del Estado. Además, es de mencionar que las garantías procesales, ya sean genéricas o específicas, son garantías que se encuentran reconocidas por la Constitución. Asimismo, se debe tener en cuenta que la naturaleza jurídica de las garantías procesales no es solo de índole constitucional o porque así lo establezca nuestra legislación procesal penal, debido a que este tema rebaza el derecho nacional y se ampara en lo dispuesto en

⁴³⁹ MAIER, Julio. Derecho Procesal Penal Argentino. Editorial Hammurabi. SR.L. Buenos Aires – Argentina. 1989. Pág. 230.

las normas supranacionales. En relación a esto último, cuando aquellos derechos fundamentales se encuentran también reconocidos en tratados internacionales, nos encontramos ante garantías procesales genéricas. Una muestra de ello es lo señalado en el artículo 8° numeral 1 *-debido proceso-* de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁴⁴⁰, en donde se establece de manera expresa que toda persona tiene que derecho a ser oída, con “las debidas garantías”, norma internacional citada que también guarda relación con el artículo 14° numeral 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁴⁴¹.

A. Garantías Procesales Genéricas.

Al respecto, Christian Salas Beteta, haciendo referencia a lo señalado por César San Martín Castro, menciona que las garantías genéricas son las normas generales que guían el desenvolvimiento de la actividad procesal. En ocasiones sirven para reforzar el contenido de las garantías específicas⁴⁴². Este tipo de garantías son las más usuales a tenerse en cuenta en la tramitación de un proceso penal, y su no observancia puede acarrear la nulidad de un proceso penal.

Un aspecto a tomar en cuenta sobre estas garantías genéricas, es lo señalado por Cesar San Martín Castro, haciendo mención a lo dicho por Montero Aroca, quien señala que el valor de esta garantía se acrecienta,

⁴⁴⁰**Art. 8°.1. Convención Americana sobre Derechos Humanos.** 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías, (...)”.

⁴⁴¹**Art. 14° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.** 1 Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y **con las debidas garantías** por un tribunal competente, independiente e imparcial, (...)”

⁴⁴² SALAS BETETA, Christian. Principios Fundamentales del Nuevo Proceso Penal. Editorial Gaceta Jurídica. Lima. 2013. Pág. 18.

cuando pueden ampararse en ellas garantías concretas que, por la circunstancia que fuere, no quedaron incluidas de modo expreso en la Constitución⁴⁴³. Además, doctrinariamente⁴⁴⁴ se reconocen como garantías genéricas a: el debido proceso, la presunción de inocencia, la tutela jurisdiccional efectiva y el derecho de defensa.

En consecuencia, las garantías genéricas son aquellas directrices generales que establece la Constitución como mecanismos de protección en la tramitación de un proceso penal, sirviendo de apoyo legal a las garantías específicas, teniendo como finalidad proteger el correcto desarrollo del proceso, y el respeto de los derechos fundamentales en su sustanciación, pudiendo incurrir en nulidad el trámite procesal sino es tomado en cuenta por los funcionarios judiciales a cargo del proceso. Estas garantías genéricas no solo se encuentran prescritos en la Constitución, sino también en los tratados internacionales al cual nuestro país es parte, estando previstos como derechos fundamentales de los derechos humanos.

a) El debido proceso. Esta primera garantía genérica, así como las otras, tiene su reconocimiento en la Constitución⁴⁴⁵ y en los tratados

⁴⁴³ SAN MARTIN CASTRO, César. Derecho Procesal Penal, Segunda Edición actualizada y aumentada. Editorial Grijley. Lima. 2003. Pág. 81.

⁴⁴⁴ CUBAS VILLANUEVA, Víctor. El Proceso Penal Teoría y Práctica. Editorial Palestra Editores. Lima-Perú. 2000. Pág. 28-29; SAN MARTIN CASTRO, César. Derecho Procesal Penal. Segunda edición. Volumen I. Editorial Grijley. Lima-Perú. 2003. Pág. 81-82; y SALAS BETETA, Christian. Principios Fundamentales del Nuevo Proceso Penal. Editorial Gaceta Jurídica. Lima. 2013. Pág. 18.

⁴⁴⁵ “(...) Así, uno de los derechos y principios que informan y limitan el ejercicio de la función jurisdiccional es la “observancia al debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva”. En consecuencia, frente a cualquier acto o decisión de la judicatura ordinaria que interfiera en el goce o, peor aún, que implique la supresión de algún derecho fundamental estará habilitada una evaluación a cargo de la judicatura constitucional, evaluación que deberá realizarse dentro de los límites previstos por la Constitución (...).” **F.j.3 del Expediente N° 08332-2013-PA/TC.**

internacionales. Así, el artículo 139° numeral 3 de la Constitución prevé esta garantía como una observancia que se debe de seguir en todo tipo de proceso *-en el presente caso en materia procesal penal-*, obligación que recae en los funcionarios encargados de la administración de justicia. Asimismo, nuestra legislación penal adjetiva, y siguiendo la directriz constitucional, reconoce esta garantía procesal penal en el artículo I del Título Preliminar del Código Procesal Penal, bajo el título Justicia Penal.

Para Pablo Sánchez Velarde, se entiende por debido proceso aquel que se realiza en observancia estricta de los principios y garantías constitucionales reflejadas en las previsiones normativas de la ley procesal: inicio del proceso, actos de investigación, actividad probatoria, las distintas diligencias judiciales, los mecanismos de impugnación, el respeto a los términos procesales, etc.⁴⁴⁶. De no respetarse en la tramitación de un proceso algunos de estos actos procesales descritos, nos encontraríamos ante una probable nulidad absoluta.

Desde una perspectiva constitucional, el debido proceso también es reconocido como un derecho fundamental, debido a que forma parte de los derechos humanos (Art. 8°.1 de la Convención), de ahí que el Tribunal Constitucional en algunas sentencias emitidas lo considera como “un derecho continente”. Sobre ello, Luis Castillo Córdova menciona que el debido proceso es un derecho fundamental cuyo contenido esencial está conformado por la facultad de acceder a los órganos encargados de

⁴⁴⁶ SANCHEZ VELARDE, Pablo. Comentarios al Código Procesal Penal. Idemsa. Lima. 1994. Pág. 82.

administrar justicia, por el conjunto de garantías procesales y materiales del procesamiento propiamente dicho, y la ejecución eficaz y oportuna de la sentencia firme⁴⁴⁷.

Ahora bien, retornando a la parte procesal penal, se entiende que el debido proceso es un principio (o garantía) jurídico procesal según el cual toda persona tiene derecho a ciertas garantías mínimas, tendientes a asegurar un resultado justo y equitativo dentro del proceso, a permitirle tener oportunidad de ser oído y a hacer valer sus pretensiones legítimas frente al Juez. El debido proceso establece que todo funcionario público está subordinado a las leyes del país que protegen a las personas del Estado⁴⁴⁸. Sobre lo último mencionado, esta garantía procesal genérica es claro en señalar que el Estado, a través del Poder Judicial y del Ministerio Público, están en la obligación de respetar dentro de un proceso penal los derechos fundamentales de las personas, de no ser así, los actos procesales que se hayan realizado dentro del proceso devienen en nulidad absoluta. Al respecto, el artículo 150° literal “d” del Código Procesal Penal, establece que deviene en nulidad absoluta “la inobservancia del contenido esencial de los derechos y garantías previstos por la Constitución”.

La doctrina nacional, siguiendo lo establecido en el artículo 8° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como lo

⁴⁴⁷ CASTILLO CORDOVA, Luís. La Constitución Comentada. Análisis Artículo por Artículo. Tercera Edición. Tomo III. Editorial Gaceta Jurídica. Lima. 2015. Pág. 642.

⁴⁴⁸ LUJAN TÚPEZ, Manuel. Diccionario Penal y Procesal Penal. Editorial Gaceta Jurídica. Lima – Perú. 2013. Pág. 176.

establecido en otros tratados internacionales al cual nuestro país es parte, considera como segmento del Debido Proceso a los siguientes derechos: al Juez natural e imparcial, derecho a ser oído, duración razonable del proceso o plazo razonable, publicidad del proceso, prohibición de doble juzgamiento, la no autoincriminación, etc.⁴⁴⁹. Algunos de estos derechos constitucionales precitados, y conforme a lo mencionado *ut supra*, son derechos que, si bien no están expresamente establecidos en la Constitución, empero, son recogidos por la garantía genérica del debido proceso de manera implícita, a fin de ser tomados en cuenta en la sustanciación de un proceso *-entre ellos el proceso penal-*, una clara muestra de ello es el derecho al plazo razonable, el mismo que si bien no se encuentra taxativamente establecido en la Constitución; sin embargo, forma parte del Debido Proceso.

- b) El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.** Esta garantía procesal genérica también se encuentra prevista en el artículo 139° numeral 3 de la Constitución Política del Estado, y el hecho de que el legislador haya ubicado esta garantía procesal en la misma norma constitucional donde se ubica la garantía del debido proceso, no es una casualidad. El tema pasa por lo siguiente, si bien es cierto que toda persona tiene derecho al acceso a la justicia, a fin de hacer valer su pretensión; sin embargo, una vez admitida a trámite esa pretensión, es necesario que esa tutela accedida por

⁴⁴⁹ CUBAS VILLANUEVA, Víctor. *El Proceso Penal Teoría y Práctica*. Editorial Palestra Editores. Lima-Perú. 2000. Pág. 37-39; SAN MARTIN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*. Segunda edición. Volumen I. Editorial Grijley. Lima-Perú. 2003. Pág. 86-87.

el Estado goce de todas las garantías que justamente la establece el debido proceso, ello ante una eventual arbitrariedad por parte del Estado⁴⁵⁰.

En relación a lo señalado, el Tribunal Constitucional⁴⁵¹ ha mencionado que el derecho a la tutela jurisdiccional implica el acceso a la justicia y al debido proceso, pero también el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales. También comenta⁴⁵², que la tutela jurisdiccional efectiva supone, en su vertiente subjetiva, el derecho de toda persona de: a) acceder a órganos judiciales (incluido el Ministerio Público); b) ejercer los medios de defensa que franquea la Ley; c) Obtener una decisión fundada en derecho; y d) exigir la plena ejecución de la decisión obtenida.

En ese sentido, y desde un punto de vista procesal, se entiende que la tutela jurisdiccional efectiva es el acceso que tiene toda persona ante los órganos que administran justicia, a fin de hacer valer su pretensión de manera oportuna, eficaz y efectiva. A su vez, como señala Víctor Cubas Villanueva, el contenido de este derecho comprende: el derecho de acceso a los tribunales (derecho al proceso), el derecho a obtener una sentencia fundada en derecho, el derecho a la efectividad de las resoluciones

⁴⁵⁰ **Se afirma que entre el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y el derecho a un debido proceso, existe la misma relación que se presenta entre la anatomía y la fisiología cuando se estudia un órgano vivo**, es decir, la diferencia solo reside en la visión estática y dinámica de cada disciplina, respectivamente. **El primero es el postulado, la abstracción; en cambio, el segundo es la manifestación concreta del primero, en su actuación.** Juan Monroy Gálvez, citado por Luís Castillo Córdova en La Constitución Comentada. Análisis Artículo por Artículo. Tercera Edición. Tomo III. Editorial Gaceta Jurídica. Lima. 2015. Pág. 638.

⁴⁵¹ F.J. N° 17. Exp. N° 00015-2005-PI/TC.

⁴⁵² F.J. N° 6. Exp. N° 03386-2009-PHC/TC.

judiciales, y el derecho a un recurso legalmente efectivo (derecho a los recursos legalmente previstos)⁴⁵³, características que deben ser tomado en cuenta en la tramitación de un proceso penal, tanto por el órgano jurisdiccional, así como por el Ministerio Público.

- c) **El derecho a la presunción de inocencia.** Al igual que las otras garantías procesales genéricas, esta garantía también se encuentra prevista en la Constitución Política del Estado, específicamente en el literal e), numeral 24, artículo 2°. Asimismo, y desde el punto de vista de la legislación procesal penal, el artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Penal (D.L. N° 957) prevé esta garantía procesal como un principio que debe tomarse cuenta en la tramitación de un proceso judicial, especialmente por los funcionario judiciales, como son el Juez Penal o el Ministerio Público.

Para la doctrina, y como señala Alberto Binder, la presunción de inocencia significa, primero, que nadie tiene que “construir” su inocencia; segundo, que solo una sentencia declarará esa culpabilidad “jurídicamente construida” que implica la adquisición de un grado de certeza; tercero, que nadie puede ser tratado como culpable, mientras no existe esa declaración judicial; y cuarto, que no puede haber ficciones de culpabilidad: la sentencia absolverá o condenará, no existe otra posibilidad⁴⁵⁴. Estos límites de la presunción de inocencia deben tenerse en cuenta desde el

⁴⁵³ CUBAS VILLANUEVA, Víctor. *El Proceso Penal Teoría y Práctica*. Editorial Palestra Editores. Lima-Perú. 2000. Pág. 40.

⁴⁵⁴ Citado por VÍCTOR CUBAS Villanueva en, “*El Proceso Penal Teoría y Práctica*”. Editorial Palestra Editores. Lima-Perú. 2000. Pág. 29.

inicio del proceso *-diligencias preliminares-*, hasta su culminación, debiendo el Juez Penal, como Juez de Garantías en este nuevo modelo procesal penal, velar por su protección, incluso, evitar que no se vulnere otro derecho constitucional conexo a este, el derecho fundamental a la dignidad, debido que al presumirse su inocencia durante la tramitación de un proceso penal, debe ser tratado como tal, evitando todo tipo de adjetivos o calificativos.

Bajo estas circunstancias, la garantía procesal de la presunción de inocencia forma parte de la protección y seguridad jurídica *-procesalmente hablando-* que debe tener toda persona imputada por una supuesta comisión de un delito, protección que debe ser garantizada en la sustanciación de un proceso penal. Es por ello, que⁴⁵⁵ el reconocimiento de dicha garantía en el campo del proceso penal, constituye un punto de referencia para verificar el equilibrio relativo y alcanzado, o en todo caso buscado, entre el interés estatal en el descubrimiento y sanción de los delitos y el respeto a las libertades y derechos fundamentales de la persona.

Ahora bien, esta garantía genérica no solo forma parte de nuestra legislación nacional, sino también está previsto en los tratados internacionales al cual somos parte, y por lo tanto es de estricta observación por las instituciones encargadas de administrar justicia en nuestro país. Así, el artículo 8°.2 de la Convención Americana prevé la

⁴⁵⁵VILLEGAS PAIVA, Elky Alexander. Principios Fundamentales del Nuevo Proceso Penal. Editorial Gaceta Jurídica. Lima. 2013. Pág. 142 -143 y 149.

presunción de inocencia. Del mismo modo, el artículo 14°.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el artículo 11° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, también lo consideran. Es por ello, que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha emitido abundante Jurisprudencia sobre el tema, siendo que, en el caso Cantoral Benavides vs Perú⁴⁵⁶ ha señalado lo siguiente: “(...) *el artículo 8.2 de la Convención exige que una persona no puede ser condenada mientras no exista prueba plena de su responsabilidad penal. Si obra contra ella prueba incompleta o insuficiente, no es procedente condenarla, sino absolverla*”. Al respecto, Fernando Silva García⁴⁵⁷ menciona que la Corte ha afirmado que en el principio de presunción de inocencia subyace el propósito de las garantías judiciales, al afirmar la idea que una persona es inocente hasta que su culpabilidad sea demostrada. **Este derecho implica que el acusado no debe demostrar que no ha cometido el delito que se le atribuye, ya que el onus probando corresponde a quien acusa.**

La regla a la excepción de esta garantía procesal es la flagrancia delictiva, la misma que se encuentra configurado en sus cuatro supuestos previstos en el artículo 259° del Código Procesal Penal; siendo que, de cumplirse alguno de estos supuestos que la norma procesal precitada establece, de manera automática se disipa en una *primera face* el derecho fundamental de presunción de inocencia que protege a toda persona,

⁴⁵⁶Caso Cantoral vs Perú. Fondo, Reparaciones. Sentencia de fecha 18 de agosto de 2000. Serie C N° 69, Corte Interamericana de Derechos Humanos.

⁴⁵⁷ SILVA GARCÍA, Fernando. Jurisprudencia Interamericana sobre Derechos Humanos – Criterios Esenciales. Primera Edición. Editado por el Poder Judicial de la Federación – Consejo de la Judicatura. México. 2011. Pág. 240.

siendo incluso que el Ministerio Público, al existir verdaderos actos de prueba que destruyen esta garantía, puede requerir al órgano jurisdiccional el inicio del proceso especial de “proceso inmediato”.

En consecuencia, la presunción de inocencia⁴⁵⁸ es una garantía procesal genérica prevista en los tratados internacionales, así como en nuestra Constitución *-como derecho fundamental-*, teniendo como finalidad garantizar que toda persona imputada por la supuesta comisión de un delito, sea tratada con respeto y dignidad desde el inicio de las diligencias preliminares, así como durante la sustanciación del proceso penal, impidiendo, de ser el caso, el exceso en que puedan incurrir los funcionarios encargados de administrar justicia y sus auxiliares judiciales (como es el caso de la policía judicial), en razón que hasta que no se emita la decisión final dentro del proceso penal, y esta adquiera la condición de ejecutoriada, no puede ser tratado como autor del delito imputado, sino como inocente. Además, en el caso de que no exista certeza o exista duda sobre la responsabilidad penal (*in dubio pro reo*), prosperará la absolución del imputado, debido a que el titular de la acción penal no ha llegado a desvanecer esta garantía o principio constitucional.

- d) El derecho de defensa.** Al respecto, Arsenio Ore Guardia, citando a Gimeno Sendra, señala que el derecho de defensa constituye un presupuesto de validez para el desarrollo del proceso y la aplicación de la

⁴⁵⁸ La presunción de inocencia es un derecho fundamental de todas las personas sin excepción, la justicia a través del debido proceso debe de demostrar con evidencias –no con supuestos o indicios- la culpabilidad de un procesado, despojándolo de este derecho con una sentencia válida. **CHANAME ORBE, Raúl. Comentarios a la Constitución, Quinta Edición. Editorial Jurista Editores. Lima. 2008. Pág. 170.**

pena, en virtud del cual los sujetos procesales, titulares de tal derecho, pueden hacer valer sus respectivas pretensiones en función de los derechos subjetivos que buscar resguardar⁴⁵⁹. No olvidemos que esta garantía procesal forma parte, según lo indicado por el Tribunal Constitucional, como un derecho implícito del debido proceso, por lo que su observancia en la tramitación del proceso penal, es de estricto cumplimiento por parte de los funcionarios judiciales, bajo sanción de nulidad absoluta.

Cuando se le denomina al derecho a la defensa como una garantía procesal genérica, obedece a que no solo está previsto en la legislación procesal penal -*artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Penal de 2004*-, sino también en la Constitución, así como en los tratados internacionales al cual nuestro país es parte. Así tenemos que el artículo 139° numeral 14 de la Constitución Política del Estado, prevé el derecho a la defensa **desde sus dos vertientes: defensa material o personal y defensa procesal, eficaz o efectiva**. Del mismo modo, esta garantía procesal también se encuentra descrito en el literal d), numeral 2 del artículo 8° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como en el literal d) del artículo 3° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Por otra parte, el derecho a la defensa, como señala Benji Espinoza Ramos, es un derecho fundamental de naturaleza procesal, que

⁴⁵⁹ ORE GUARDIA, Arsenio. Derecho Procesal Penal Peruano, Análisis y comentario al Código Procesal Penal. Tomo I. Editorial Gaceta Jurídica. Lima. 2016. Pág. 153.

forma parte de las garantías del debido proceso y, en ese sentido, se le concibe de dos maneras: como principio de interdicción para afrontar cualquier indefensión; y como principio de contradicción de los actos procesales que pudieran repercutir en la situación jurídica de algunas de las partes, sea en un proceso o procedimiento, o en el caso de un tercero con interés⁴⁶⁰. Esta definición, entendida de manera genérica, y como veremos más adelante, es comprendida como aquel derecho propio del derecho procesal *-aplicable a sus distintas ramas-*, así también como un mecanismo de protección en la tramitación de un procedimiento administrativo, usado por cualquier sujeto procesal o administrado.

En relación a esto último, Cesar San Martin Castro citando a Julio Maier, señala que este derecho no solo limita la protección al imputado, pues también alcanza a otras personas que pueden intervenir en él, tales como el actor civil o el tercero. Incluso el mismo autor precitado, citando a Alex Carocca Pérez, advierte las dos dimensiones del derecho de defensa: a) como derecho subjetivo; y, b) como garantía del proceso⁴⁶¹. **Debe entenderse al primero**, como aquel derecho propio e inherente de toda persona *-en igualdad de armas-*, previsto no solo en la ley procesal penal o en la Constitución, sino también en los tratados internacionales, y por lo cual, al ser considerado como derecho fundamental o derecho humano, puede ser invocado por cualquier sujeto procesal, y respetado por

⁴⁶⁰ ESPINOZA RAMOS, Benji. Principios Fundamentales del Nuevo Proceso Penal. Editorial Gaceta Jurídica. Lima. 2013. Pág. 190.

⁴⁶¹ SAN MARTIN CASTRO, César. Derecho Procesal Penal. Segunda edición. Volumen I. Editorial Grijley. Lima-Perú. 2003. Pág. 119

los funcionarios judiciales. Asimismo, **respecto del segundo**, se entiende como un mecanismo de protección que debe ser tomado en cuenta por el órgano jurisdiccional o el Ministerio Público en la sustanciación de un proceso penal, cuando sea invocado por un sujeto procesal.

Como se aprecia, esta garantía procesal no forma parte de la exclusividad que tiene el imputado dentro de un proceso penal, debido a que esta garantía alcanza también al agraviado o víctima, así como al tercero civilmente responsable, ello en aplicación del principio de igualdad. Además, este derecho⁴⁶² debe necesariamente poder ejercerse desde que se señala a una persona como posible autor o participe de un hecho punible y solo culmina cuando finaliza el proceso.

El derecho a la defensa es un atributo genérico que comprende un cohorte múltiple de garantías, que son básicamente las siguientes: i) derecho a ser informado de los cargos o imputación necesaria; ii) derecho a contar con los medios adecuados para preparar la defensa; iii) derecho a contar con la asistencia de un traductor o interprete; iv) derecho a la información y acceso efectivo a la asistencia consular; v) derecho a la presunción de inocencia, vi) derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes; vii) principio acusatorio o de correlación entre acusación y sentencia; viii) derecho a una representación legal efectiva: asistencia de abogado de oficio o privado⁴⁶³. Además de estos derechos inherentes

⁴⁶²Caso Suárez Rosero vs Ecuador. Fondo. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C N° 35.

⁴⁶³ESPINOZA RAMOS, Benji. Principios Fundamentales del Nuevo Proceso Penal. Editorial Gaceta Jurídica. Lima. 2013. Pág. 190.

precitados, y que forman parte del derecho de defensa, la doctrina también señala que forman parte de esta garantía genérica los siguientes derechos: Inmunidad de la declaración (si decide el imputado declarar o no durante el proceso penal), autodefensa, producción de pruebas y los recursos.

Así las cosas, como señala Víctor Cubas Villanueva, se entiende que se vulnera el derecho de defensa cuando se adopta cualquiera de las siguientes actitudes: i) se niega la asistencia de un abogado; ii) se impide al abogado comunicarse con su defendido; iii) Se hacen las notificaciones con retraso; iv) Se niega el acceso al expediente o a las diligencias vinculadas al proceso; y v) Se obstaculiza los esfuerzos de la defensa para identificar, ubicar y obtener la comparecencia de testigos⁴⁶⁴. De advertirse que un acto procesal ha sido realizado por un funcionario judicial *-por ejemplo el Fiscal del caso-*, incurriendo en cualquiera de estas actitudes procesales mencionadas precedentemente, es razón suficiente para poder plantear una tutela de derechos ante el Juez de Investigación Preparatoria o de Garantías, a fin de excluir o declarar la nulidad de dicho acto procesal, justamente por haber vulnerado esta garantía procesal genérica.

En consecuencia, la garantía genérica del derecho a la defensa constituye un medio de protección que forma parte del debido proceso, mediante el cual el Estado está en la obligación de dar todas las facilidades procesales al imputado, al agraviado o al tercero civilmente responsable,

⁴⁶⁴ CUBAS VILLANUEVA, Víctor. *El Proceso Penal Teoría y Práctica*. Editorial Palestra Editores. Lima-Perú. 2000. Pág. 35-36.

a fin de que puedan producir pruebas dentro del proceso penal, y de esa manera refutar la imputación de responsabilidad penal recaída en su contra (imputado o tercero civilmente responsable) o demostrar la vulneración de su derecho conculcado (agraviado), y de no ser así, y existir actos procesales contrarios a lo reconocido por este derecho, se incurren en vicios procesales insubsanables que llevan a la nulidad absoluta.

B. Garantías procesales específicas.

Al respecto, César San Martín Castro señala que la Constitución ha reconocido un conjunto muy numeroso de garantías procesales específicas, considerándose dentro de ello a manera de ejemplo el derecho de igualdad, de investigación oficial y de publicidad⁴⁶⁵. Así también se tiene, entre otros, la garantía de igualdad de armas, la garantía del juicio previo, y la garantía de la motivación de las resoluciones judiciales.

- a) La garantía procesal específica de igualdad ante la ley o de igualdad de armas.** Esta garantía específica tiene su base legal en el artículo 2° numeral 2 de la Constitución Política del Estado, el cual expresamente señala la “igualdad ante la ley”; sin embargo, procesalmente esta garantía también se encuentra prevista en el Código Procesal Penal de 2004, específicamente en el numeral 3 del artículo I del Título Preliminar de dicho texto procesal, el cual señala *“las partes intervendrán en el proceso*

⁴⁶⁵ SAN MARTIN CASTRO, César. Derecho Procesal Penal. Segunda edición. Volumen I. Editorial Grijley. Lima-Perú. 2003. Pág. 126.

con iguales posibilidades de ejercer las facultades y derechos previstos en la Constitución y en este Código”.

Al respecto, Víctor Cubas Villanueva, menciona que la igualdad procesal se encuentra íntimamente relacionada con el derecho de defensa y la posibilidad de contradecir, lo que impone que exista una paridad entre las partes. Este derecho tiene por objeto evitar una situación de privilegio o supremacía de una de las partes, garantizando así la igualdad efectiva de las posibilidades y cargas del actor y del demandado en la alegación y prueba de los hechos controvertidos para lograr la plenitud del estado probatorio⁴⁶⁶. No puede existir en la tramitación de un proceso judicial, normal procesal que otorgue privilegios solamente a una de las partes procesales *-como si lo señala el art. 71°.4 del CPP-*, debido a que todas las partes son iguales ante la ley, y dentro de la ley, debiendo el órgano jurisdiccional garantizar la eficacia y prevalencia de esta garantía procesal específica durante su tramitación, en igualdad.

En el proceso penal, y como señala José Antonio Neyra Flores, no es suficiente que haya contradicción en el proceso, sino que, para que esta sea efectiva, se hace preciso también que ambas partes procesales, acusación y defensa, ostenten los mismos medios de ataque y defensa, lo que implica que las partes tengan idéntica posibilidad y cargas de

⁴⁶⁶ CUBAS VILLANUEVA, Víctor. *El Proceso Penal Teoría y Práctica*. Editorial Palestra Editores. Lima-Perú. 2000. Pág. 35-36.

alegación, prueba e impugnación⁴⁶⁷. Es labor del Juez Penal garantizar, en igualdad de armas, la equidad e intervención de los sujetos procesales de manera equivalente.

Por otra parte, esta garantía específica al igual que las garantías genéricas no solo se encuentra previsto en nuestro ordenamiento jurídico, sino también está previsto en las normas supranacionales. Es así, los artículos 1°.1 y 24° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos prevé esta garantía *-igualdad ante la ley-*, así como el artículo 14° numeral 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el artículo 7° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. De ahí su importancia y relación con el derecho procesal penal, como mecanismo de defensa o de protección

Además, es en mérito a estas normas supranacionales citadas, que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha emitido diferentes sentencias al respecto, como es el caso Yatama vs Nicaragua, en donde se señala: *“Los Estados Parte tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, eliminar las regulaciones de carácter discriminatorio, combatir las prácticas de este carácter y establecer normas y otras medidas que reconozcan y aseguren la efectiva igualdad ante la ley de todas las personas”* ⁴⁶⁸. Dicha

⁴⁶⁷ NEYRA FLORES, José Antonio. Manual del Nuevo Proceso Penal & de Litigación Oral. Editorial IDEMSA. Lima – Perú. 2010. Pág. 192.

⁴⁶⁸ Caso Yatama vs Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C, N° 127.

resolución final de la Corte, al ser vinculante para nuestro país -*conforme a lo dispuesto en la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución*-, debe ser tomada en cuenta por el órgano jurisdiccional y el Ministerio Público, desde el inicio del proceso.

En consecuencia, el derecho a la igualdad, como derecho continente, debe ser entendida desde sus dos variantes: igualdad ante la ley e igualdad dentro de la ley, quedando prohibido que el Estado emita leyes favoreciendo a una parte y discriminando a la otra, en la tramitación de un proceso. Asimismo, esta garantía específica se encuentra relacionado con las garantías procesales genéricas de la tutela jurisdiccional efectiva, el derecho a la defensa y el debido proceso. **En relación a la primera**, debido a que las partes deben acceder a la justicia, desde el inicio del proceso hasta su culminación, sin discriminación. **Respecto del segundo**, en razón que durante la sustanciación del proceso, tienen derecho los sujetos procesales, por igualdad de armas, a ofrecer pruebas y gozar de los principios y garantías que establecen el Código Procesal Penal; y finalmente, **respecto del tercero**, las partes deben acceder por igualdad, y sin recortarles su derecho de defensa, a los principios, garantías e instrumentos procesales, previstos en la ley, sin discriminación alguna; siendo labor del Juez Penal y de la Fiscalía, velar por su cumplimiento.

b) La Garantía de la investigación oficial. Al respecto, César San Martín Castro señala que la investigación oficial consiste en que la persecución penal es promovida por órganos del Estado, es decir, no queda librada a la

discreción del lesionado o incluso al compromiso, existente o no, de cualquier ciudadano⁴⁶⁹. Esto se da, en razón a que el Estado monopoliza, a través de sus instituciones, la administración de justicia, creando para ello funcionarios judiciales competentes a cargo de la persecución del delito, como director de la investigación desde el inicio del proceso.

En nuestro caso, la investigación oficial de la persecución del delito y de la acción penal recae en el Ministerio Público *-como representante del Estado-*, conforme a su atribución establecida en el artículo 159° numeral 1 y 5 de la Constitución, así como su ley orgánica de funcionamiento *-Decreto Legislativo N° 052-*. Así también, el artículo IV del Título Preliminar del Código Procesal Penal, establece de manera expresa que el titular del ejercicio público de la acción penal es el Ministerio Público.

En consecuencia, esta garantía específica citada, establece de manera concreta que el titular de la investigación oficial en delitos de persecución penal pública, es el Ministerio Público, debiendo esta institución actuar bajo los principios de objetividad, de interdicción de funciones jurisdiccionales, de legalidad y de transparencia, principios estos que se encuentran intrínsecamente establecidos en el artículo IV del Título Preliminar del Código Procesal Penal.

⁴⁶⁹SAN MARTIN CASTRO, César. Derecho Procesal Penal. Segunda edición. Volumen I. Editorial Grijley. Lima-Perú. 2003. Pág. 129.

- c) **La garantía de publicidad.** Esta garantía específica se encuentra expresamente reconocido en el artículo 139° numeral 4 de la Constitución Política del Estado. Además, y desde un punto de vista procesal, el artículo I inciso 2 del Título Preliminar y el artículo 357° inciso 1 del Código Procesal Penal, mencionan de manera expresa que “el juicio será público”; sin embargo, este principio no es de data reciente, debido⁴⁷⁰ a que los artículo 107° de la Constitución de 1923, y 120° de la Constitución de 1825, ya establecían este principio en sus contenidos.

Al respecto, Giovanni F. Priori Posada, señala que este derecho corresponde a cualquier tipo de procesos, salvo aquellos en los que por alguna razón constitucionalmente aceptable, pueda disponerse mantenerse la reserva del proceso. La publicidad supone que los procesos puedan ser conocidos por más personas que los directamente vinculados a él, permitiendo con ello una proyección en la sociedad⁴⁷¹. Justamente, esa proyección esperada del Estado, a través de este principio específico, busca que los integrantes de la sociedad no incurran en hechos ilícitos. Así, Percy García Cavero, citando a Claus Roxin, sostiene que la teoría de la prevención general sostiene que el sistema penal apunta a motivar a todos los ciudadanos no cometan delitos. Bajo esta perspectiva, la pena no se impone para retribuir el delito cometido, sino que lo que busca es influir en la comunidad para evitar su futura comisión⁴⁷².

⁴⁷⁰ PRIORI POSADA, Giovanni F. La Constitución Comentada. Análisis Artículo por Artículo. Tercera Edición. Tomo III. Editorial Gaceta Jurídica. Lima. 2015. Pág. 649.

⁴⁷¹ PRIORI POSADA, Giovanni F. La Constitución Comentada. Análisis Artículo por Artículo. Tercera Edición. Tomo III. Editorial Gaceta Jurídica. Lima. 2015. Pág. 650.

⁴⁷² GARCIA CAVERO, Percy. Derecho Penal Parte General, tercera edición corregida y actualizada. Editorial Ideas. Lima. 2019. Pág. 81.

Así también, en la doctrina moderna se tiene dos tipos de publicidad: la publicidad interna y la publicidad externa. **La publicidad interna**, se refiere al derecho que les asiste a los protagonistas, desde el inicio del proceso, a tener acceso a todos los documentos e información, incluida la consignada en el informe policial. **La publicidad externa**, corresponde al derecho a la ciudadanía de asistir a las etapas fundamentales del proceso, como el juzgamiento y la expedición de sentencia⁴⁷³. También en este último tipo de publicidad debe considerarse no solo la etapa de juicio oral, sino también aquellas audiencias que se desarrollan en las etapas de investigación preparatoria (*ejemplo audiencia de tutela de derechos*) o etapa intermedia (*control de acusación o sobreseimiento*).

Por otra parte, la misma Constitución Política del Estado establece las excepciones a la publicidad de los procesos, cuando indicatextualmente “salvo disposición contraria a la ley”. En esta parte, nos referimos a las excepciones que prevé el Código Procesal Penal, conformelo señalan los literales a), b), c) y d) del artículo 357°.1 de la citada normaprocesal penal⁴⁷⁴. Un típico caso común de restricción a la garantía de

⁴⁷³ CALDERON SUMARRIVA, Ana C. El Nuevo Sistema Procesal Penal: Análisis Crítico. Editora Egacal. Lima – Perú. 2011. Pág. 53.

⁴⁷⁴El artículo 215° del Código de Procedimientos Penales establecía la publicidad de las audiencias, señalando que: “Las audiencias del juicio oral serán públicas, bajo pena de nulidad. En casos excepcionales, por acuerdo del Tribunal, puede resolverse que la audiencia se celebre en privado o con una concurrencia limitada de personas. (...)”. Asimismo, el artículo 218° del mismo cuerpo legal señalaba: “**Audiencias privadas en delitos sexuales.** En los casos de delitos contra el honor sexual, la audiencia se realizará en privado”.

publicidad son las audiencias por el delito de violación sexual, ya sea de menor de edad o de una persona adulta, ello debido a que en esta clase de delitos no solo se discute la vulneración del bien jurídico libertad o indemnidad sexual, sino de por medio se busca proteger que el honor y la dignidad de la víctima no sea de conocimiento público, siendo por esta razón que este tipo de audiencias son de carácter privado. Además, esta restricción de la publicidad del juicio, como derecho relativo y no absoluto, también encuentra su amparo legal en el numeral 1 del artículo 14° del Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos⁴⁷⁵, así como en el artículo 8° numeral 5 de la Convención Americana. Asimismo, como señala Ana Calderón Sumarriva, esta limitación también puede fundarse en razones de moralidad, orden público y seguridad nacional, por la intimidad de las personas involucradas en el proceso y por la posibilidad de menoscabo de la recta administración de justicia⁴⁷⁶. Esta garantía también se relaciona con los principios de oralidad, inmediación, concentración y contradicción.

En ese sentido, se entiende a la garantía de la publicidad como aquella garantía específica prevista no solo en la Constitución y la legislación procesal penal, sino también en tratados internacionales, por el

⁴⁷⁵ La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.

⁴⁷⁶ CALDERON SUMARRIVA, Ana C. *El Nuevo Sistema Procesal Penal: Análisis Crítico*. Editora Egacal. Lima – Perú. 2011. Pág. 53.

cual se busca que la sociedad tome conocimiento de los hechos ilícitos y su consecuencia jurídica, a manera de prevención, no siendo un derecho absoluto, sino relativo, existiendo excepciones a su aplicación en juicio oral, las mismas que se encuentra establecidas en la ley.

d) La garantía del juicio previo. Esta garantía específica también es conocida en la doctrina como principio de inevitabilidad del proceso, y se encuentra previsto en nuestra Constitución en el artículo 139° numeral 10 -*principio de no ser penado sin proceso judicial*-, así como en el artículo I, numeral 2 del Título Preliminar del Código Procesal Penal⁴⁷⁷, manifestándose con la siguiente frase “*No hay pena sin juicio previo*” (*nulla poena sine iudicio*)⁴⁷⁸. Sobre el tema, Cubas Villanueva citando a Alberto Binder, señala que el juicio no significa cualquier pantomima, sino la posibilidad real y concreta de que la persona acusada controle la prueba, conozca que prueba lo incrimina, pueda defenderse y que toda la producción de la prueba tenga lugar delante del juez⁴⁷⁹. Todos estos actos procesales señalados deberán de realizarse en la etapa estelar de juicio oral, como actos previos a la sentencia que emita el Juez Penal.

Así también, José Antonio Neyra Flores establece que el Juicio Oral constituye el verdadero debate que presenta el proceso penal, en donde se ponen de manifiesto todos los principios del sistema acusatorio y en donde

⁴⁷⁷ **I. Justicia penal. 2.** Toda persona tiene derecho a un juicio previo, oral y público y contradictorio, desarrollado conforme a las normas de este Código.

⁴⁷⁸ CALDERON SUMARRIVA, Ana C. El Nuevo Sistema Procesal Penal: Análisis Crítico. Editora Egacal. Lima – Perú. 2011. Pág. 60.

⁴⁷⁹ CUBAS VILLANUEVA, Víctor. El Proceso Penal Teoría y Práctica. Editorial Palestra Editores. Lima-Perú. 2000. Pág. 58.

se puede destruir la presunción de inocencia que inspira todo el proceso penal⁴⁸⁰. Sobre esto último, el Código Procesal Penal le da importancia a esta etapa del proceso, al señalar expresamente en el artículo 356°.1 que “el juicio oral es la etapa principal del proceso”.

No debe de olvidarse que esta norma -*garantía específica procesal*- no se encuentra aislada, guarda relaciones de complementariedad y de coordinación con otras normas jurídicas con las que comparten igual jerarquía, por lo que su contenido puede ser limitado en algunos casos concretos en aras de proteger otros derechos fundamentales u otros bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, siempre y cuando el límite resulte proporcional y razonable⁴⁸¹. Esa relación que guarda con otros derechos fundamentales en esencia es: con el debido proceso, el derecho de defensa y de igualdad; siendo que su incumplimiento acarrea nulidad absoluta, por ser una garantía no solo de índole procesal, sino constitucional.

Por otra parte, Ana Calderón Sumarriva, citando a Bidart Campos, señala que el juicio previo no es otra cosa que la aplicación de la garantía del debido proceso ante los jueces naturales, implica que no se puede eliminar la intervención del órgano jurisdiccional. De manera que nadie puede ser penado o condenado sin la tramitación de un juicio previo

⁴⁸⁰ NEYRA FLORES, José Antonio. Manual del Nuevo Proceso Penal & de Litigación Oral. Editorial IDEMSA. Lima – Perú. 2010. Pág. 318.

⁴⁸¹ BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. La Constitución Comentada. Análisis Artículo por Artículo. Tercera Edición. Tomo III. Editorial Gaceta Jurídica. Lima. 2015. Pág. 712.

durante el cual se cumplan las etapas fundamentales del debido proceso⁴⁸². Implícitamente, esta garantía guarda relación con las garantías judiciales establecidas en el artículo 8° de la Convención Americana, debido a que forma parte del debido proceso.

En consecuencia, el juicio previo constituye una garantía constitucional de naturaleza procesal; por el cual, en la tramitación de un proceso penal, toda persona antes de ser sentenciada *-ya sea en forma condenatoria o absolutoria-*, deba ser previamente debatida su situación jurídica dentro de la etapa estelar de juicio oral, en el cual se otorguen todas las garantías de defensa, igualdad y del debido proceso que establece la ley procesal penal.

- e) **La garantía de la motivación de las resoluciones judiciales.** Esta garantía específica, al igual que las otras garantías, se encuentra establecida en la Constitución Política del Estado, expresamente en el artículo 139° numeral 5⁴⁸³. Asimismo, en lo que respecta a los actos procesales que emite el Ministerio Público, como son las Disposiciones o Requerimientos, el inciso 5 del artículo 122° del Código Procesal Penal, dispone que dichos actos *“deben estar motivados”*. Del mismo modo, en el que respecta a los actos procesales que emite el órgano jurisdiccional, el Acuerdo Plenario N° 06-2011/CJ-116, estableció como doctrina

⁴⁸² CALDERON SUMARRIVA, Ana C. El Nuevo Sistema Procesal Penal: Análisis Crítico. Editora Egacal. Lima – Perú. 2011. Pág. 53.

⁴⁸³ **Art. 139°.5 de la Constitución. Motivación de Resoluciones.** La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan.

jurisprudencial vinculante en los fundamentos jurídicos 11 al 13, la motivación escrita de las resoluciones judiciales.

Al respecto, Raúl Chanamé Orbe menciona que esta garantía procesal es válida e importante para todo proceso judicial. El juez está sometido a la Constitución y leyes, además debe apoyarse en la ley, y en los hechos probados en juicio⁴⁸⁴. A su vez, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema ha señalado que “(...) *Uno de los contenidos del debido proceso es el derecho de obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente con las peticiones oportunamente deducidas por las partes en cualquier clases de procesos. Debiendo precisar, que el contenido esencial se respeta siempre que exista fundamentación jurídica, congruencia entre lo pedido y lo resuelto y, por si misma, exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aún si esta es breve y concisa. (...)*”⁴⁸⁵. Debe tenerse en cuenta que esta garantía procesal no solo debe ser tomada en cuenta por los funcionarios judiciales, sino también por los funcionarios públicos en la sustanciación de un procedimiento administrativo.

Una resolución judicial puede basarse incluso, en razones estrictamente formales siempre y cuando razone de modo no arbitrario, en

⁴⁸⁴ CHANAME ORBE, Raúl. Comentarios a la Constitución. Quinta Edición. Editorial Jurista Editores. Lima. 2008. Pág. 442.

⁴⁸⁵ Establecido como doctrina jurisprudencial vinculante en el f.j. 4.10 de la Casación N° 41-2012-MOQUEGUA de fecha 06 de junio de 2013, Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.

absoluta congruencia con la solicitud y los alegatos de las partes⁴⁸⁶. Nótese en esta última parte, que la motivación de las resoluciones debe respetar el principio de congruencia, el cual está referido al hecho de que las resoluciones que emite el órgano jurisdiccional deben guardar relación entre lo pedido y lo resuelto.

En relación a lo mencionado precedentemente, la jurisprudencia señala que el principio de congruencia consiste en la conformidad de expresión, concepto y alcance entre el fallo y las pretensiones de las partes formuladas en el proceso; siendo una sentencia incongruente aquella que resuelve un punto no controvertido ni demandado, o aquella que revela absoluta contradicción entre los razonamientos jurídicos expuesto en la parte considerativa y en la resolutive⁴⁸⁷. Asimismo, dentro de las clases de motivaciones *-en su fase negativa-* tenemos: inexistencia de motivación o motivación aparente, falta de motivación interna del razonamiento, deficiencias en la motivación externa, justificación de las premisas, la motivación insuficiente, la motivación sustancialmente incongruente y motivaciones calificadas⁴⁸⁸.

Sobre lo dicho, y estando a lo mencionado *ut supra*, el Tribunal Constitucional ha dejado establecido que una resolución judicial no

⁴⁸⁶ NEYRA FLORES, José Antonio. Manual del Nuevo Proceso Penal & de Litigación Oral. Editorial IDEMSA. Lima – Perú. 2010. Pág. 127.

⁴⁸⁷ Casación N° 3795-2008-Arequipa de fecha 13 de noviembre de 2008. Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República.

⁴⁸⁸ F.j. 7 del Expediente N° 0896-2009-PHC/TC LIMA del 24 de mayo de 2010, Sala Primera del Tribunal Constitucional.

necesariamente tiene que ser muy extensa para justificar su motivación; indicando que *“La Constitución no garantiza una determinada extensión de la motivación, por lo que su contenido esencial se respeta siempre que exista fundamentación jurídica, congruencia entre lo pedido y lo resuelto y, por sí misma, exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun si esta es breve o concisa, o se presenta el supuesto de motivación por remisión. (...) En materia penal, el derecho en referencia garantiza que la decisión expresada en el fallo sea consecuencia de una deducción razonable de los hechos del caso, las pruebas aportadas y la valoración jurídica de ellas en la resolución de la controversia. En suma, garantiza que el razonamiento empleado guarde relación y sea proporcionado y congruente con el problema que al juez penal corresponde resolver”*⁴⁸⁹. Por ello, como señala Eugenia Ariano Deho, citando a Luigi Ferrajoli, la motivación es unánimemente concebida como una garantía, es más, se ha dicho que es una “garantía de cierre del sistema” en cuenta ella “puede ser considerada como el principal parámetro tanto a la legitimación interna como de la externa o democrática de la función judicial⁴⁹⁰.

Por otra parte, esta garantía específica, a nivel de los derechos humanos, ha sido analizado por la Corte IDH, así, este órgano jurisdiccional supranacional ha precisado: *“La Corte ha señalado que la motivación “es la exteriorización de la justificación razonada que permite*

⁴⁸⁹ F.j. 11 del Expediente N° 1230-2002-HC/TC de fecha 20 de junio de 2002, Caso César Humberto Tineo Cabrera.

⁴⁹⁰ ARIANO DEHO, Eugenia. La Constitución Comentada. Análisis Artículo por Artículo. Tercera Edición. Tomo III. Editorial Gaceta Jurídica. Lima. 2015. Pág. 656.

llegar a una conclusión”. El deber de motivar las resoluciones es una garantía vinculada con la correcta administración de justicia, que protege el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por la razones que el derecho suministra, y otorga credibilidad de las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática. El Tribunal ha señalado que las decisiones que adopten los órganos internos que pueden afectar derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serian decisiones arbitrarias”⁴⁹¹.

En ese sentido, la garantía específica de la motivación de las resoluciones judiciales forman parte del debido proceso, el mismo que está referido al hecho de que las resoluciones expedidas por el órgano jurisdiccional, así como los actos procesales que emita el Ministerio Público *-Disposiciones o Requerimientos-*, deben contener congruencia lógica jurídica entre lo pedido por las partes y lo resuelto en definitiva por el Juez Penal, caso contrario deviene en nulidad.

- f) **El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.** Hablar de esta garantía específica, es hacer mención sobre el derecho al plazo razonable en que se deben emitir los actos procesales dentro del proceso penal, siendo esta garantía un derecho constitucional implícito a la garantía procesal genérica del debido proceso, aunque algunos autores, como por ejemplo Giovanni Priori Posada, lo consideran como una de las

⁴⁹¹ SILVA GARCIA, Fernando. *Jurisprudencia Interamericana sobre Derechos Humanos Criterios esenciales*, primera edición. México. 2011. Pág. 203.

características de la tutela jurisdiccional efectiva; razón por lo cual, tiene su amparo legal en el artículo 139° numeral 3 de la Constitución. Así, el hecho de que se⁴⁹² obtenga una declaración judicial en un plazo razonable es una aspiración de todos los que alguna vez se han visto involucrados en un proceso. Al ser una garantía procesal, su naturaleza jurídica obedece al proceso penal.

Conforme ya se indicó *ut supra*, el derecho al plazo razonable es un derecho que le corresponde a todo sujeto procesal involucrado en un proceso penal, no siendo una exclusividad del imputado, ello en aplicación del derecho fundamental de igualdad ante la ley. Esto último tiene sentido, debido a que no solo el imputado se ve perjudicado con la demora de un proceso penal en su contra, sino también el agraviado o la víctima tiene esa necesidad de que su derecho sea resuelto en definitiva y de forma rápida por el órgano jurisdiccional.

Desde el punto de vista procesal, el numeral 1 del artículo I del Título Preliminar del Código Procesal Penal, prescribe que “*La justicia penal se imparte con imparcialidad por los órganos jurisdiccionales competentes y en un plazo razonable*”. Se advierte de lo señalado por la misma ley procesal penal, y en aplicación del principio de literalidad, que el derecho al plazo razonable se imparte de forma imparcial para las partes procesales, es decir, fiscalía, imputado, agraviado o tercero civilmente

⁴⁹² CUBAS VILLANUEVA, Víctor. El Proceso Penal Teoría y Práctica. Editorial Palestra Editores. Lima-Perú. 2000. Pág. 52.

responsable, tienen el mismo derecho de poder invocar esta garantía específica, cuando en la sustanciación de un proceso penal se adviertan dilaciones indebidas. De ahí, razón tiene Giovanni Francesco Priori Posada en señalar que esta garantía específica forma parte de la tutela jurisdiccional efectiva, constituyendo⁴⁹³ una obligación por parte del órgano jurisdiccional de reconocer o restablecer un derecho, sin dilaciones indebidas y en un plazo ajustado a la razón o equidad.

En ese sentido, esta garantía específica del proceso sin dilaciones indebidas, viene a ser un mecanismo de control que puede ser invocado por cualquier sujeto procesal en la tramitación de un proceso penal, constituyendo parte del debido proceso, así como una característica de la tutela jurisdiccional efectiva, siendo por ello que su vulneración no solo constituye una afectación a la ley procesal penal, sino también a los derechos fundamentales y los derechos humanos. En la praxis, esta garantía puede ser invocada cuando exista rémora en la tramitación de una investigación fiscal, o en su defecto, cuando el órgano jurisdiccional dilate de manera innecesaria la sustanciación de un proceso penal.

C) Las garantías procesales penales de la víctima o agraviado. El derecho procesal penal vigente establece una serie de garantías de protección a favor de la víctima o agraviado en la tramitación del proceso penal, en aplicación del principio de igualdad ante la ley. Así, esta garantía con la que cuenta la

⁴⁹³ FLORES SAGASTEGUI, Abel Ángel G. Derecho Procesal Penal I, Desarrollo Teórico y modelos según el nuevo proceso penal. Editado por la Universidad Católica los Ángeles de Chimbote. Chimbote – Perú. 2016. Pág. 117.

víctima en la sustanciación del proceso, no sólo es reconocido por nuestra legislación nacional interna, sino también ha sido tomado en cuenta por los tratados internacionales al cual nuestro país es parte. Por tal razón, se⁴⁹⁴ admite que los sujetos procesales o intervinientes son más que los tradicionalmente se consideraban en el viejo sistema, que eran solo el tribunal, el imputado y, si comparecía, el agraviado. (...) debemos incluir además de los tribunales y el Ministerio Público, a los cuales ya nos hemos referido, a la víctima.

Al respecto, el artículo 25°.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁴⁹⁵, en resumen, señala que “toda persona” tiene derecho a un recurso sencillo y rápido ante los tribunales de justicia competentes, quienes deben amparar los actos violatorios de sus derechos fundamentales vulnerados en su contra. Es en mérito a esta norma supranacional que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha emitido diferentes fallos al respecto, como es el caso de la Masacre de la Rochela vs Colombia⁴⁹⁶, en donde la Corte ha establecido que “(...) *En cuanto a la participación de las víctimas, se debe garantizar que, en todas las etapas de los respectivos procesos, las víctimas pueden formular sus pretensiones y presentar elementos probatorios y que estos sean analizados de forma completa y seria por las autoridades antes de que se resuelvan sobre hechos,*

⁴⁹⁴ CAROCCA PEREZ, Alex. Manual el Nuevo Sistema Procesal Penal. Editorial Lexis Nexis. Chile. 2005. Pág. 77.

⁴⁹⁵ Art. 25°1 de la Convención. “1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”.

⁴⁹⁶ Caso de la Masacre de Rochela vs Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de fecha 11 de mayo de 2007. Serie C N° 163.

responsabilidades, penas y reparaciones. (...)”. No olvidemos que los fallos emitidos por la CorteIDH son vinculantes para nuestro país, conforme lo dispone la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución.

Por tal sentido, el tema de las garantías procesales a favor del agraviado o la víctima, no es un aspecto facultativo que tiene el Estado para garantizar y proteger sus derechos, sino el tema pasa por una obligación impuesta por la ley supranacional (principio de legalidad), como es el caso de lo dispuesto expresamente en el artículo 25°.2.a) de la Convención, en donde se señala que *“Los Estados Partes se comprometen a garantizar que la autoridad competente prevista en el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso”* (se refiere a lo dispuesto en el artículo 25°.1 y en el art. 8.1). Aspecto este que ha sido tomado en cuenta en el artículo IX.3 del Título Preliminar del Código Procesal Penal.

Debe tenerse en cuenta que hasta⁴⁹⁷ antes de la década de los sesenta, la dogmática penal, la criminología y el derecho procesal penal centraron su estudio durante largo tiempo en las causas de la conducta ilícita, en la respuesta estatal frente a ésta y en el juicio donde se determinaría la procedencia de la reacción penal pública, quedando el ofendido del delito ausente de la definición del delito, de la pena y de sus finalidades, siendo que a través de la disciplina de la nueva victimología se volcó una preocupación en dos ámbitos distintos: en primer lugar, en los derechos y necesidades de las

⁴⁹⁷PIEDRABUENA RICHARD, Guillermo. La Víctima y el Testigo en la Reforma Procesal Penal. Editorial Fallos del Mes. Chile. 2003. Pág. 15-16.

víctimas; y en segundo término, en el estudio de cómo repercute la conducta de la víctima en la valoración jurídico penal del comportamiento del partícipe del delito.

Por su parte, César San Martín Castro señala que, parece ser que, por lo menos la víctima tiene dos derechos fundamentales de a ser protegidos en un proceso penal: en primer lugar – de carácter procesal-, el derecho a la verdad y a intervenir en el proceso penal a fin de que se esclarezca el delito en su agravio, lo cual dimana del deber del Estado de investigar diligentemente los hechos, llevado a cabo por órganos competentes que impulsen en forma efectiva la causa hasta lograr, de ser el caso, la debida sanción al responsable; y, en segundo lugar –de carácter material-, el derecho a una reparación y a una indemnización adecuada⁴⁹⁸. Aspectos estos que deben ser considerados por los funcionarios judiciales, siendo que en el tema de la participación del agraviado en el proceso penal, los artículos 94° y 98° del Código Procesal Penal regulan su participación, así como el artículo 104° de dicho cuerpo legal le otorga atribuciones.

En consecuencia, el agraviado o la víctima goza de las garantías procesales que el derecho procesal penal establece a su favor, ya sean de forma genérica o específica, a fin de que sus pretensiones afectadas puedan ser atendidas de manera oportuna por los jueces y fiscales *-así como por la Policía Nacional-*, debiendo ser informado del estado del proceso, de sus derechos y de las actividades que deba realizar para ejercerlos, garantías estas que no solo

⁴⁹⁸SAN MARTIN CASTRO, César. Derecho Procesal Penal. Segunda edición. Volumen I. Editorial Grijley. Lima-Perú. 2003. Pág. 139

se encuentran previstas en nuestro ordenamiento interno, sino también se encuentran garantizados por las normas supranacionales, al cual somos parte, debiendo los funcionarios judiciales tener en cuenta este aspecto durante la sustanciación del proceso penal.

2.1.5.10 Las etapas del proceso penal común en el Código Procesal Penal.

Al respecto, José Antonio Neyra Flores citando a Ellen Schluchter y Alberto Binder, señala que el proceso penal, como único instrumento para imponer una resolución penal, no debe desarrollarse de cualquier modo, sino ordenadamente, pues muchas de las garantías y principios que pueden presentarse en las bases del proceso penal podrían verse distorsionadas por la estructura incorrecta de las mismas, ya que la organización y principios básico, muchas veces sucumben ante las reglas de organización procesal⁴⁹⁹. En efecto, una forma ordenada en la que se debe llevar a cabo la tramitación del proceso penal, es por etapas, de tal manera que vamos a tener una etapa instructora, en donde se van a recabar los medios de convicción suficientes, a fin de acusar o sobreseer a su culminación; una segunda etapa en donde se va a sanear el proceso, ya sea de los defectos formales o sustanciales; y, finalmente, una última etapa decisoria, en donde se va a resolver la situación jurídica de una persona investigada.

En tal sentido, el Código Procesal Penal de 2004, y en relación a los procesos comunes u ordinarios, ha establecido en el Libro Tercero que las etapas del proceso son tres: La Investigación Preparatoria (sección I), La Etapa

⁴⁹⁹ NEYRA FLORES, José Antonio. Manual del Nuevo Proceso Penal & de Litigación Oral. Editorial IDEMSA. Lima – Perú. 2010. Pág. 267.

Intermedia (sección II) y el Juicio Oral (sección III). De esta forma el Estado busca de una manera sistemática, y sin atentar contra las garantías y principios que gozan las partes en el proceso penal, una correcta tramitación procesal, debido a que la⁵⁰⁰ lógica del proceso penal responde al tratamiento de conflictos humanos y como tal está orientado a sus consecuencias “prácticas”, es decir, a las consecuencias que se producen en la solución o en la redefinición de este conflicto.

Por su parte, Pablo Sánchez Velarde menciona, desde una perspectiva funcional, en el nuevo procesal penal se pueden distinguir cinco etapas que se caracterizan por su continuidad y cada una de ellas con claras limitaciones: la investigación preliminar, la investigación preparatoria, la etapa intermedia, el juzgamiento y la etapa de ejecución⁵⁰¹. Así, si bien el Código Procesal Penal, por el principio de legalidad solo reconoce tres etapas; sin embargo, por un tema funcional y de sustanciación, la investigación preliminar y la ejecución forman parte del proceso penal en su conjunto.

En relación a la investigación preliminar, como etapa funcional del proceso *-doctrinariamente hablando-*, constituye un aspecto importante en el proceso, debido a que en esta parte se van a desarrollar los primeros actuados pre jurisdiccionales que van a servir como cimiento a futuro del proceso penal. Asimismo, en relación a la etapa funcional de ejecución, viene a ser un aspecto muy importante en la tramitación del proceso penal, debido a que guarda relación con la garantía procesal genérica de la tutela jurisdiccional efectiva; siendo que,

⁵⁰⁰NEYRA FLORES, José Antonio. Manual del Nuevo Proceso Penal & de Litigación Oral. Editorial IDEMSA. Lima – Perú. 2010. Pág. 268.

⁵⁰¹ SANCHEZ VELARDE, Pablo. El Nuevo Proceso Penal. Editorial IDEMSA. Lima. 2009. Pág. 29.

por ejemplo, si en esta última etapa material no se cumple con el pago de la reparación civil a favor de la víctima, no podríamos decir entonces que se ha cumplido con esta garantía citada, en razón de que no habría efectividad en el cumplimiento de lo dispuesto en la sentencia.

A. La investigación preparatoria. Como se ha señalado, es la primera etapa de proceso penal. Esta etapa tiene por objeto consignar y asegurar todo cuanto condujere a la comprobación de un hecho presuntamente ilícito y a la identificación de quienes hayan participado, para que el órgano público de persecución penal (Ministerio Público), pueda decidir si deducen acusación en contra de una determinada persona, pidiendo al tribunal correspondiente la aplicación de una sanción penal, previo un juicio oral, público y con todas las garantías⁵⁰². Sin embargo, en aplicación del principio de objetividad, esta etapa no va a servir solamente para que el Ministerio Público pueda postular a futuro una acusación fiscal, sino también, va a servir para que, de ser el caso, se sobreseala investigación fiscal a favor del imputado.

Al respecto, César San Martín Castro define a la investigación preparatoria como el conjunto de actuaciones, dirigidas por el Ministerio Público (artículo 322°.1 CPP), tendentes a averiguar la realidad de un hecho reputado delictivo, sus circunstancias y a la persona de su autor o partícipe *-es lo que se denomina la determinación del hecho punible y la de su autor-*, para de ese modo fundamentar la acusación y, también, las pretensiones de las demás partes, incluyendo la

⁵⁰² CAROCCA PÉREZ, Alex. Manual del Nuevo Sistema Procesal Penal. Editorial Lexis Nexis. Santiago – Chile. 2005. Pág. 113.

resistencia del imputado (art. 321.1 del CPP) *-es, pues, una labor de gestión técnico-jurídico de datos-*⁵⁰³. Esta definición guarda estrecha relación con el principio acusatorio, así como las atribuciones otorgadas por la Constitución al Ministerio Público, las previstas en su ley orgánica, así como las establecidas en el artículo IV del título preliminar y art. 61° del CPP.

En esta primera etapa procesal, y en mérito a las atribuciones señaladas en el artículo 159° numeral 5 de la Constitución Política del Estado, así como las previstas en el Código Procesal Penal, es el Ministerio Público el encargado de dirigir la investigación fiscal desde su inicio,⁵⁰⁴ dejando este nuevo proceso de estar en manos del juez del crimen, siendo que este último se encarga de controlar la actividad de investigación realizada por el Ministerio Público, convirtiéndose en un juez de garantías.

Sobre el plazo de duración que tiene esta etapa, debe tenerse en cuenta el tipo de investigación y la complejidad del caso que se viene investigando, debido que en la sustanciación del proceso pueden investigarse casos simples o comunes, complejos y de organización criminal, tal como lo describe el artículo 342°.1 del CPP. Así tenemos que para casos simples el plazo de investigación es de 120 días naturales, pudiendo ser prorrogado por única vez por 60 días más. Asimismo, excepcionalmente este plazo citado puede prorrogarse de 08 y 36 meses más, cuando se trate de investigaciones complejas y de organización criminal, respectivamente. Además, pueden deducirse en esta etapa procesal medios de defensa, conforme lo señala el artículo 7° del CPP, siendo esta la oportunidad

⁵⁰³ SAN MARTIN CASTRO, César. Derecho Procesal Penal Lecciones, conforme al Código Procesal Penal 2004. Editorial Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales y otro. Lima. 2020. Pág. 386.

⁵⁰⁴ HORVITZ LENNON, María Inés. Derecho Procesal Penal Tomo I, Segunda Edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago – Chile. 2003. Pág. 445.

procesal para que el agraviado se constituya en actor civil, así como el Ministerio Público pueda solicitar las medidas de coerción procesal.

Así también, la labor que desempeña el Ministerio Público en esta etapa procesal, la realiza de manera coordinada con la Policía Nacional (Art. 4°.2 del TP y 322° del CPP), la⁵⁰⁵ cual está obligada a ello por mandato constitucional. La Policía Nacional como órgano técnico auxiliar, debe realizar bajo la conducción del Fiscal, una investigación objetiva, destinada a la ubicación, identificación, fijación, análisis y procesamiento de las evidencias y testimonios, a través de métodos objetivos, sean técnicos o científicos, aplicando los procedimientos que aseguren la autenticidad del objeto y la veracidad de los hechos, dejando de lado todo elemento subjetivo o prejuicioso, como si lo hacían en los atestados policiales.

Por otra parte, es de mencionar que esta etapa procesal tiene una sub etapa denominada diligencias preliminares, conocido por la doctrina como investigación pre judicial o pre jurisdiccional, así como investigaciones preliminares, la cual tiene por finalidad inmediata realizar actos urgentes o inaplazables destinados a determinar si han tenido lugar los hechos objeto de conocimiento y su delictuosidad (Art. 330°.2 del CPP). En esta sub etapa, el Fiscal⁵⁰⁶ está facultado, en virtud de las atribuciones que le otorga la ley procesal, de seleccionar los casos en los que debe realizarse una investigación formal y para

⁵⁰⁵ SALAS BETETA, Christian. Principios Fundamentales del Nuevo Proceso Penal. Editorial Gaceta Jurídica. Lima. 2013. Pág. 15.

⁵⁰⁶ NEYRA FLORES, José Antonio. Manual del Nuevo Proceso Penal & de Litigación Oral. Editorial IDEMSA. Lima – Perú. 2010. Pág. 287-288.

ello dispone de una investigación preliminar encaminada a reunir los requisitos necesarios para formalizar la investigación, entre ellos individualizar al autor y reunir las pruebas mínimas. Es en esta sub etapa⁵⁰⁷ que el Ministerio Público debe reunir todos los elementos de convicción, así como identificar plenamente al autor e individualizarlo, a fin de cumplir en su oportunidad el requisito legal previsto en el artículo 336° del CPP.

En lo que respecta al plazo de duración de esta sub etapa, en un inicio el plazo de duración de las diligencias preliminares era de 20 días naturales (art. 334°.3 del CPP); sin embargo, con la promulgación de la Ley N° 30076 (art. 3°), se modificó a 60 días. Seguidamente, en mérito a la doctrina jurisprudencial dispuesta en la Casación N° 2-2008- La Libertad, la Sala Penal Suprema precisó que la fase de diligencias preliminares en los procesos comunes no podía ser mayor que el plazo máximo de la investigación preparatoria regulada en el artículo 432°.1 del Código Procesal Penal (120 días). Después, en lo que respecta a casos complejos (*como el caso del ex Gobernador de Ancash César Álvarez Aguilar*), la Sala Penal Suprema estableció como Doctrina Jurisprudencial vinculante en la Casación N° 144-2012-Ancash, que las diligencias preliminares complejas a cargo del Ministerio Público, no podrán exceder los ocho meses; por último, en la Casación N° 599-2018-Lima (Fuerza Popular), en lo que

⁵⁰⁷ Se denomina investigación preliminar, también llamada, presuntiva o instrucción preliminar, a la fase del proceso penal que se inicia inmediatamente después de que alguno de los órganos encargados de llevar a cabo la investigación (Policía o Ministerio Público) toma conocimiento de un hecho con apariencia delictiva, y que concluye, finalmente, con el pronunciamiento del Ministerio Público, a través el cual precisa si se han reunido o no los requisitos necesarios para iniciar una investigación formal contra uno o más imputados por uno o más delitos determinados. **ORE GUARDIA, Arsenio. Derecho Procesal Peruano, Análisis y Comentarios al Código Procesal Penal, Tomo III. Editorial Gaceta Jurídica. Lima. 2016. Pág. 32.**

respecta a investigaciones preliminares en caso de organización criminal, estableció que el plazo máximo de duración era de treinta y seis meses.

B. La etapa intermedia. Diseñadamente, la etapa intermedia está referida a la serie de actuaciones procesales que tienen lugar desde que concluye la investigación preparatoria hasta la emisión del auto de citación a juicio oral (artículos 343°.1 y 345° del CPP)⁵⁰⁸. Esta segunda etapa del proceso, como señala Salas Beteta, comienza con la disposición de conclusión de la investigación preparatoria. En esta etapa el juez de la investigación preparatoria interviene para controlar el requerimiento de sobreseimiento o acusación peticionado por el Fiscal, sirviendo de filtro para sanear los cuestionamientos u observaciones a aspectos formales de la acusación, así como para resolver los medios de defensa técnicos planteados, admitir o rechazar los medios probatorios ofrecidos por las partes, entre otros⁵⁰⁹. Asimismo, esta etapa aparece como una etapa autónoma, bien delimitada, prevista exclusivamente para preparar el proceso para la etapa de juicio oral.

En esas circunstancias, y conforme se aprecia del propio Código Procesal Penal, concluida la investigación preparatoria, el Ministerio Público tendrá el plazo legal de quince días para emitir dos actos procesales: el sobreseimiento o la acusación (Art. 344°.1 del CPP). Justamente, y conforme a lo mencionado precedentemente, es en esta etapa en donde se saneará la tramitación del proceso penal, siendo el Juez de Investigación Preparatoria, como Juez de Garantías, el encargado hacer un control del archivamiento solicitado por el Fiscal, o en su

⁵⁰⁸ SAN MARTIN CASTRO, César. Derecho Procesal Penal Lecciones, conforme al Código Procesal Penal 2004. Editorial Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales y otro. Lima. 2020. Pág. 540.

⁵⁰⁹ SALAS BETETA, Christian. Principios Fundamentales del Proceso Penal. Editorial Grijley. Lima. 2013. Pág. 15.

defecto, del contenido íntegro de la acusación fiscal, conforme al contenido establecido en el artículo 349° del CPP.

Sobre el sobreseimiento, José Antonio Neyra Flores señala que es la resolución emanada del órgano jurisdiccional –*en la etapa intermedia*- mediante el cual se pone fin al proceso penal iniciado con una decisión que, sin actuar el *ius puniendi*, goza de la totalidad o de la mayoría de los efectos de la cosa juzgada. El sobreseimiento pese a poner fin al proceso penal, reviste la forma de un auto y no de sentencia, pero este auto debe estar debidamente fundamentado⁵¹⁰. Es una forma anticipada de dar por concluida el proceso penal, siendo que el auto de sobreseimiento emitido por el Juez de investigación Preparatoria, es consecuencia del requerimiento de sobreseimiento petitionado por el Ministerio Público, debido a que la conducta del imputado se encuentra inmersa en uno de los cuatro presupuestos procesales previstos en el artículo 344°.2 del CPP, en aplicación del principio de legalidad.

Se debe tener en cuenta que, si el fiscal estima que la investigación en lugar de proporcionar los antecedentes suficientes para deducir la acusación, ha permitido comprobar la concurrencia de una causal legal para ello - *sobreseimiento*-, entonces, debe solicitar al juez de garantías que decrete el sobreseimiento del proceso a favor del imputado⁵¹¹. A fin de resolver el requerimiento de sobreseimiento solicitado por el Fiscal, el Juez de Investigación Preparatoria previamente correrá traslado de este requerimiento a las partes, a fin

⁵¹⁰NEYRA FLORES, José Antonio. Manual del Nuevo Proceso Penal & de Litigación Oral. Editorial IDEMSA. Lima – Perú. 2010. Pág. 301.

⁵¹¹CAROCCA PÉREZ, Alex. Manual del Nuevo Sistema Procesal Penal. Editorial Lexis Nexis. Santiago – Chile. 2005. Pág. 204.

de que manifiesten lo conveniente, para luego convocar a las partes procesales a una audiencia, la misma que se realizará siguiendo el procedimiento establecido en los artículos 345° al 348° del CPP.

Por otra parte, **la acusación fiscal** descansa sobre la base de la existencia de una acusación previa, este es, de la imputación formal por parte del órgano de la persecución penal de un hecho presuntamente ilícito concreto y preciso en el que se considera que la persona imputada ha intervenido en términos de hacerse acreedora a una sanción penal, que debe ser dada a conocer al imputado antes del inicio del juicio y que no puede ser alterado en el curso de éste⁵¹². Asimismo, el instituto procesal de la acusación no es un tema que solo forma parte del derecho nacional interno, sino también es un instituto reconocido por los tratados internacionales. Es así, en el artículo 8°.1 de la Convención se señala que *“toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro del plazo razonable, por un juez o tribunal competente, (...) en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella. (...)”*; siendo por ello, y en mérito a esta norma supranacional citada, que el artículo 350°.1 del CPP, establece la obligatoriedad de poner en conocimiento de las partes procesales el contenido de la acusación fiscal.

Ahora bien, y en relación a lo mencionado precedentemente, la función principal en esta etapa procesal, es también el control de la acusación por parte del Juez de Investigación Preparatoria⁵¹³, quien deberá verificar y controlar que la

⁵¹²CAROCCA PÉREZ, Alex. Manual del Nuevo Sistema Procesal Penal. Editorial Lexis Nexis. Santiago – Chile. 2005. Pág. 193.

⁵¹³HORVITZ LENNON, María Inés. Derecho Procesal Penal Tomo I, Segunda Edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago – Chile. 2003. Pág. 444.

acusación cumpla los requisitos previstos en el artículo 349° del CPP, así como de resolver en audiencia preliminar o “audiencia de control de acusación”, las observaciones (formales y materiales), excepciones y sobreseimiento (formulados por el acusado), conforme señala el artículo 351° del CPP, siendo necesario y obligatoriamente para dar por iniciado e instalado la audiencia precitada, contar con la presencia del fiscal, del imputado y su abogado, siendo facultativo la presencia del actor civil.

Por el principio acusatorio, **el requerimiento de acusación** constituye un acto procesal exclusivo que le compete al Ministerio Público, pues es una exigencia de este que sin acusación no hay posibilidad de llevar a cabo el Juzgamiento⁵¹⁴. Lo señalado guarda relación con lo previsto en el artículo 356°.1 del CPP, en donde se señala que *“El juicio es la etapa principal del proceso. Se realiza sobre la base de la acusación”*. Como se aprecia de lo establecido por la misma norma procesal penal, sin acusación no hay juicio oral, siendo que esta segunda etapa procesal tiene por finalidad sanear, procesalmente hablando, el proceso penal.

Así también, es de mencionar que en caso el Juez de Investigación Preparatoria resuelva las observaciones formales y sustanciales (medios de defensa y sobreseimiento) planteadas por la defensa técnica del encausado en contra de la acusación, declarándolas improcedentes o infundadas, el Juez está en la obligación de continuar con la audiencia, debiendo analizar en audiencia cuales

⁵¹⁴ NEYRA FLORES, José Antonio. Manual del Nuevo Proceso Penal & de Litigación Oral. Editorial IDEMSA. Lima – Perú. 2010. Pág. 306.

son las pruebas que serán admitidas para juicio oral, y seguidamente emitir el Auto de Enjuiciamiento; para luego, remitir el expediente judicial para su continuación al Juez Penal (Unipersonal) o Colegiado, quien en su oportunidad emitirá el Auto de Citación a Juicio, a fin de dar inicio a la etapa de juicio oral, ello conforme lo prescriben los artículos 353° al 355° del CPP.

C. El juicio oral. Esta última etapa del proceso constituye la etapa central del nuevo procedimiento, regida por los principios de inmediación, oralidad, continuidad, publicidad, contradictoriedad y libre convicción del tribunal en relación a las pruebas producidas⁵¹⁵, así como por los principios de concentración de los actos del juicio, identidad física del juzgador y de presencia obligatoria del imputado y su defensor, principios estos previstos en el artículos 356°.1 del CPP.

El mismo Código Procesal Penal señala que el juicio oral es la etapa principal del proceso penal, es decir, como señala Alex Carocca Pérez, esta etapa es el núcleo central del nuevo sistema de justicia penal, siendo que el tribunal pronuncia su sentencia de acuerdo al mérito de la prueba que ve y percibe por sus propios sentidos y no mediante actas o informes escritos de lo que han presenciado otras personas, sean otros jueces o funcionarios del tribunal⁵¹⁶, ello mediante el principio de inmediación. Además, como señala Cesar San Martín Castro, el juicio oral se divide en tres periodos o sub faces: **inicial** -*consta de seis actuaciones: actos preparatorios, actos de instalación y apertura, alegatos de apertura, actos*

⁵¹⁵ HORVITZ LENNON, María Inés. Derecho Procesal Penal Tomo I, Segunda Edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago – Chile. 2003. Pág. 444.

⁵¹⁶ CAROCCA PÉREZ, Alex. Manual del Nuevo Sistema Procesal Penal. Editorial Lexis Nexis. Santiago – Chile. 2005. Pág. 221.

de asistencia judicial, conformidad y ofrecimiento de pruebas-, **probatoria** -se refiere a la actuación de los medios de prueba previsto en los artículos 375°-385° del CPP-, y **decisoria** -que consta de dos grandes pasos, los alegatos finales y la deliberación y sentencia (artículos 386°-403° del CPP)-⁵¹⁷; iniciándose el juicio bajo la acusación postulada por el Ministerio Público y los principios que la ley procesal penal establece.

Así mismo, esta etapa constituye⁵¹⁸ el verdadero debate que presenta el proceso penal, en donde se ponen de manifiesto todos los principios del sistema acusatorio y en donde se puede destruir la presunción de inocencia que inspira todo el proceso penal, es decir, como señala Pabla Sánchez Velarde, se busca convencer al juzgador sobre la inocencia o la culpabilidad del acusado⁵¹⁹. Para ello, en la sustanciación del juicio oral se tendrán que dilucidar dos aspectos importantes: la suficiencia probatoria y la certeza; así, de la demostración y existencia de estos dos aspectos, se puede desvanecer la garantía constitucional de la presunción de inocencia, caso contrario se tendrá que optar por una absolución a favor del imputado.

Esta etapa de juicio oral, constituye el verdadero debate procesal que se da entre el Ministerio Público, el actor civil, la defensa técnica y el acusado (*así como el tercero civilmente responsable, de ser el caso*), siendo el director del juicio el Juez Penal o el Juez Presidente del Juzgado Colegiado, y para su instalación será

⁵¹⁷ SAN MARTIN CASTRO, César. Derecho Procesal Penal Lecciones, conforme al Código Procesal Penal 2004. Editorial Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales y otro. Lima. 2020. Pág. 585.

⁵¹⁸ NEYRA FLORES, José Antonio. Manual del Nuevo Proceso Penal & de Litigación Oral. Editorial IDEMSA. Lima – Perú. 2010. Pág. 306.

⁵¹⁹ SANCHEZ VELARDE, Pablo. Introducción al Nuevo Proceso Penal. Editorial Idemsa. Lima. 2005. Pág. 121.

necesario la presencia obligatoria del Juez, el Fiscal, el acusado y su abogado defensor, siendo facultativo la presencia del actor civil, quien en caso de no concurrir de manera continua a dos sesiones siguientes, corre el riesgo de perder la condición jurídica de actor civil. Se inicia con el alegato de apertura, para luego el Juez informar al acusado sobre sus derechos, e incluso si se desea acoger a la conclusión anticipada del proceso, debiendo el acusado consultar esto último con su abogado. En esta parte se dan dos supuestos: el primero, que el acusado, y previa consulta con su abogado, se acoja a la conclusión, por lo tanto el Juez emitirá una sentencia de conformidad; y la segunda, que no acepte, o acepte en parte, y se continúe con el desarrollo del juicio oral. No podemos dejar de mencionar en esta parte, que desde el inicio del juicio oral hasta su culminación rigen los principios del juicio oral, los cuales no⁵²⁰ son nada menos que las líneas o directrices, es decir la columna vertebral que sostiene e inspira la realización o actividad del juzgamiento.

De continuarse con el proceso, el Juez también preguntará a las partes procesales presentes si existe prueba nueva por admitir, las cuales sólo podrán ser admitidas si tiene como fecha posterior a la audiencia de control de acusación. Asimismo, se procederá a la actuación probatoria (*examen del acusado, testigos, peritos y otras pruebas*), así como a la lectura de la prueba documental, y de ser el caso el ofrecimiento de pruebas de oficio (*art. 385° del CPP*); para luego de concluido el debate probatorio, se procederá a los alegatos finales, debiendo respetarse el orden previsto en el artículo 386°.1 del CPP. Con ello, el proceso

⁵²⁰NEYRA FLORES, José Antonio. Manual del Nuevo Proceso Penal & de Litigación Oral. Editorial IDEMSA. Lima – Perú. 2010. Pág. 324.

queda expedito para que el Juez Unipersonal o el Colegiado deliberen y emita sentencia conforme a ley.

En consecuencia, esta última etapa de juicio oral, viene a ser la etapa estelar o principal del proceso, en donde se resuelve la situación jurídica del acusado, respecto de su supuesta responsabilidad o no de índole penal, debiendo actuarse bajo las garantías y principios que el derecho procesal penal, la Constitución y los tratados otorgan a esta etapa, así como una correcta valoración de los medios probatorios ofrecidos y actuados, en aplicación del principio de la sana crítica, debiendo el Juez Unipersonal o el Colegiado escuchar por igual los alegatos propuestos por las partes procesales, a fin de que el órgano jurisdiccional emita en su oportunidad su decisión final conforme a derecho.

2.1.5.11 Los tratados internacionales como fuente del derecho procesal penal.

Para un mejor entendimiento del tema, es necesario comprender que se entiende por tratado. Al respecto, Fabián Novak Talavera citando a Paul Reuter, señala que existe consenso entre los publicistas en entender por “tratado” el acuerdo de voluntades celebrado en forma verbal o escrita, entre dos o más sujetos del Derecho Internacional, destinado a producir efecto jurídico y regulado por dicho ordenamiento⁵²¹. Así también, el mismo autor precitado, pero esta vez citando a Ernesto de la Guardia, menciona que el término tratado a lo largo de la historia ha recibido diversas denominaciones, como por ejemplo: Modus Vivendi,

⁵²¹ NOVAK TALAVERA, Fabián. La Constitución Comentada. Análisis Artículo por Artículo. Tercera Edición. Tomo II. Editorial Gaceta Jurídica. Lima. 2015. Pág. 251.

protocolo, acta, convención, concordato, compromiso, pacto y arreglo⁵²². Se entiende, por ello, como actos jurídicos internacionales por el cual un país, de manera voluntaria, reconoce su vigencia dentro de su ordenamiento jurídico, y se somete al cumplimiento íntegro de las normas previstas en un instrumento internacional.

En nuestro caso, el artículo 55° de la Constitución Política del Estado, reconoce que *“Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional”*. Esta norma constitucional citada, guarda estrecha relación con la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, el cual señala que: *“Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”*. De ahí, bajo el mandato dispuesto en la misma Constitución de 1993, todos los procesos judiciales reconocidos en nuestro derecho interno, y sin importar a que rama del derecho corresponda, deberá respetar en su tramitación no solo las normas previstas en nuestro derecho ordenamiento jurídico, sino también las previstas en los tratados internacionales, por ser parte de nuestra legislación nacional.

Ahora bien, como señala César San Martín Castro, dos son los tratados fundamentales en materia procesal penal que es del caso tener presente: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre

⁵²² NOVAK TALAVERA, Fabián. La Constitución Comentada. Análisis Artículo por Artículo. Tercera Edición. Tomo II. Editorial Gaceta Jurídica. Lima. 2015. Pág. 251.

Derechos Humanos⁵²³, sin perjuicio de tenerse en cuenta también la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948. Sobre lo dicho, el artículo 1º.1 de la Convención, señala de manera expresa que *“Los Estados Partes de la Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidas en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción (...)”*. Así también, el artículo 2º.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establece que *“Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, (...)”*.

De lo mencionado precedentemente, se colige que es de obligación de los Estados Parte, en el presente caso del Perú, adecuar tanto su Constitución, así como sus leyes, de acuerdo a los derechos fundamentales establecidos tanto en la Convención como en el Pacto. Sobre este tema, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha emitido jurisprudencias al respecto. Así, en el caso *Olmedo Bustos y otros vs Chile*, ha señalado: *“De la obligación de respeto al contenido de los derechos fundamentales reconocidos en la CADH, dimana el deber de los Estados de adecuar su constitución nacional al Pacto de San José. De manera que si el Estado mantiene vigente la norma constitucional que permite la censura cinematográfica, falta al deber de respetar los derechos garantizados convencionalmente (libertad de pensamiento y expresión), de conformidad con los artículos 1.1 y 2 del Pacto de San José”*⁵²⁴. Así también, en el caso *Baena*

⁵²³ SAN MARTIN CASTRO, César. Derecho Procesal Penal. Segunda edición. Volumen I. Editorial Grijley. Lima-Perú. 2003. Pág. 19.

⁵²⁴ Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de fecha 05 de febrero de 2001. Serie C N° 73.

Ricardo y otros vs Panamá, ha mencionado que: *“El Estado al emitir una ley, debe cuidar de que se ajuste a la normativa internacional de protección, y no debe permitir que sea contraria a los derechos y libertades consagrados en un tratados internacional del cual sea parte”*⁵²⁵. La importancia, como fuente del Derecho Procesal Penal, del denominado derecho internacional de los derechos humanos, ha sido ratificada y consolidada por el Tribunal Constitucional⁵²⁶.

En ese sentido, los tratados internacionales son fuentes principales dentro del derecho procesal penal, los cuales sirven para reforzar y proteger mediante los derechos humanos, aquellos principios y garantías que deben ser tomados en cuenta en la sustanciación de un proceso penal, ello, ante el abuso de poder monopólico por parte del Estado a través de los encargados de administrar justicia en nuestro país, debiendo el Estado tener en cuenta su vigencia y respeto de estos tratados internacionales en el desarrollo del proceso penal, además de adecuar su legislación nacional a los estándares establecidos en las normas supranacionales, en caso de que exista una norma de derecho interno que sea contrario a las normas internacionales, del cual somos parte.

2.1.5.12 La víctima o agraviado en el Derecho Procesal Penal.

2.1.5.13 Consideraciones generales.

Como señala Víctor Jimmy Arbulú Martínez, cuando se realiza una conducta punible, hay afectados directos e indirectos. Así, podemos entender el rol de la víctima en el delito; sin embargo, el tema no queda ahí, es necesario

⁵²⁵ Caso Baena Ricardo y otros vs Panamá. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de fecha 02 de febrero de 2001. Serie C N° 72.

⁵²⁶ SAN MARTIN CASTRO, César. Derecho Procesal Penal. Segunda edición. Volumen I. Editorial Grijley. Lima-Perú. 2003. Pág. 20.

entender cómo ha evolucionado el concepto e importancia de la víctima dentro del proceso penal, a lo largo de la historia⁵²⁷. El Código Procesal Penal de 2004, protege los derechos del agraviado durante el desarrollo de la investigación preliminar, en aplicación del principio de igualdad de armas (art. I.3 del TP del CPP), así como durante la investigación preparatoria otorga amplias facultades a dicho sujeto procesal (art. 104° del CPP), facultades estas que también son ejercidas en la etapa de juicio oral.

Al respecto, y conforme a lo señalado *ut supra*, se tiene que el derecho procesal penal y sus disciplinas jurídicas, así como el derecho penal, durante largo tiempo se avocaron al estudio de la conducta del imputado y la respuesta estatal frente a esta, dejando de lado al perjudicado del delito, es decir la víctima; sin embargo, como señala Guillermo Piedrabuena Richard, un nuevo giro se verificó a partir de fines de la década de los sesenta, en que la nueva victimología volcó su preocupación en dos ambientes distintos. En primer lugar, en los derechos y necesidades de las víctimas; y en segundo término, en el estudio de cómo repercute la conducta de la víctima en la valoración jurídico-penal del comportamiento del partícipe del delito, dando origen de este modo a la victimodogmática⁵²⁸. En tal razón, el nuevo Código Procesal Penal iberoamericano, elaborado por Julio Maier y otros juristas, insertaron en su contenido el otorgamiento de principios, garantías y facultades que puedan ser usados por el agraviado desde el inicio hasta la culminación del proceso penal.

⁵²⁷ARBULU MARTINEZ, Víctor Jimmy. La Investigación Preparatoria en el Nuevo Proceso Penal. Editorial Actualidad Penal. Lima. 2014. Pág. 279.

⁵²⁸PIEDRABUENA RICHARD, Guillermo. La Víctima y el Testigo en la Reforma Procesal Penal. Editorial Fallos del Mes Ltda. Chile. 2003. Pág. 15.

Todos estos hechos precitados, aparentemente parecieran haberse solucionados en su totalidad, por ejemplo, como es el caso de nuestro Código Procesal Penal de 2004; siendo que, en la práctica todavía existen algunas deficiencias procesales que no han sido superados por el derecho procesal penal moderno a favor de la víctima. Un ejemplo de lo dicho son los derechos que establece a favor del investigado el artículo 71° del Código Procesal Penal, derechos estos conocidos en la práctica como tutela de derechos, los mismos que según la norma procesal penal solo puede ser invocado por el imputado, mas no por el agraviado o la víctima. Este hecho en la actualidad ha tenido que ser superado, no por el legislador, sino por el Juez Penal, quien en algunos casos ha tenido que realizar control difuso, amparado en el derecho a la igualdad que gozan las partes ante la ley, derecho fundamental previsto en la Constitución, así como reconocido en los derechos humanos. Sobre esto último, como señala Felipe Villavicencio Terreros, La Declaración sobre Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y Abuso de Poder reconoce que las víctimas serán tratadas con respeto a su dignidad y tendrán derecho a la pronta reparación del daño que hayan sufrido, de manera que se reforzarán los mecanismo judiciales y administrativos que les permitan obtener reparaciones incluso del Estado cuando el agresor es un funcionario público⁵²⁹.

De lo expuesto, pareciera que este nuevo Código Procesal Penal todavía contendría algunos rezagos del Código de Procedimientos Penales de 1940, al existir algunas deficiencias normativas de carácter procesal que no favorecen al agraviado o la víctima; sin embargo, estas deficiencias vienen siendo superadas

⁵²⁹ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Derecho Penal Parte General. Editorial Grijley. Lima. 2016. Pág. 119.

de manera paulatina por el Juez Penal, en relación a las casuísticas que se presentan, debido a que la víctima o agraviado goza de la protección de los derechos fundamentales y de los derechos humanos. Pero por lo demás, y a través de la victimología, se han insertado en este nuevo modelo procesal penal una serie de garantías, como es el ejercicio de los derechos de información y de participación procesal de la víctima o agraviado, así como que el Estado está en la obligación de velar por su protección y brindar un trato acorde a su condición jurídica.

2.1.5.14 La víctima o agraviado en la Constitución Política del Estado.

En un primer momento, es de señalar que el derecho fundamental que reconoce a la víctima o agraviado en la Constitución, lo encontramos en el artículo 1° de dicho texto constitucional, el cual señala que: “*Defensa de la persona. La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado*”. Como señala Guillermo Piedrabuena Richard, el valor supremo de la Carta Política lo constituye la dignidad de la persona. Ésta se erige como el fundamento de todos los derechos constitucionales y su protección es el fin de tales derechos, siendo que, mediante el cual se obliga a respetar al sujeto en su calidad de tal, resguardándolo de vejámenes y afrentas, y a afirmar su pleno desarrollo espiritual y material⁵³⁰. Efectivamente, lo que constitucionalmente se protege no solo es la vida de las personas, sino también su dignidad, entendiendo esto último como la afectación

⁵³⁰ PIEDRABUENA RICHARD, Guillermo. La Víctima y el Testigo en la Reforma Procesal Penal. Editorial Fallos del Mes. Chile. 2003. Pág. 21.

moral y psicológica que va a ocasionarse a las víctimas indirectas o familiares, como consecuencia de la lesión del bien jurídico por parte del agente.

Es por ello, como señala Carlos Fernández Sessarego, el enunciado contenido en el artículo 1° de la Constitución peruana de 1993 es el eje sobre el cual gira la interpretación de las normas de este cuerpo legal, así como de todas aquellas otras que integran el ordenamiento jurídico del país. La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad constituyen la razón de ser del derecho⁵³¹. Este aspecto postulado por la Constitución, y que es de estricto cumplimiento para el derecho penal y el derecho procesal penal, debe ser tomado en cuenta por los funcionarios judiciales en la tramitación del proceso penal, debiendo la víctima, por igualdad, gozar de todos los mecanismo procesales que garanticen la defensa de sus derechos, así como de sus familiares que lo representan, dentro del proceso penal. Por ello, la dignidad viene a ser el primer derecho fundamental que guarda relación con la víctima o agraviado, debido a que a través de este derecho se protegen la integridad física y psicológica de la persona.

Ahora bien, un segundo derecho fundamental de la Constitución que guarda relación con la víctima o el agraviado, es el derecho de igualdad ante la ley, la misma que se encuentra prevista en el artículo 2°.2 de la norma constitucional. Este derecho fundamental citado establece de manera expresa que todos somos iguales ante la ley, es decir, no solo el investigado o el imputado

⁵³¹FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. La Constitución Comentada. Análisis Artículo por Artículo. Tercera Edición. Tomo I. Editorial Gaceta Jurídica. Lima. 2015. Pág. 45.

tiene derecho a que en el procesal penal se le dé mayor importancia y beneficios dentro del proceso, debido a que al amparo de este derecho también la víctima o agraviado debe recibir igual trato por la norma procesal penal. Sobre lo dicho, Arsenio Ore Guardia menciona que el principio de igualdad procesal exige que se regule un procedimiento único, en el que las partes enfrentadas en un proceso, gocen de las mismas posibilidades de actuar en este, así como de influir en la decisión del Juez⁵³².

Es en mérito a lo anotado, que la igualdad constitucional puede abordarse desde dos perspectivas: como principio constitucional, siendo la igualdad una regla básica que el Estado debe garantizar y preservar; y como un derecho fundamental de la persona, es decir, exigible en forma individual, por medio del cual se confiere a todo sujeto el derecho de ser tratado con igualdad ante la ley y a no sufrir discriminación alguna⁵³³. De lo mencionado, ya sea como principio constitucional o derecho fundamental, es a través del derecho de igualdad ante la ley que la víctima o agraviado debe tener igual trato que el investigado, en todos sus aspectos, dentro del proceso penal, por lo tanto también sería factible por parte de este sujeto procesal de poder solicitar tutela de derechos ante el órgano jurisdiccional, en caso se pretenda vulnerar sus derechos en la tramitación de un proceso, ya sea al inicio de este, o dentro de su sustanciación.

2.1.5.15 Concepto de víctima o agraviado en el derecho procesal penal.

⁵³² ORUE GUARDIA, Arsenio. Derecho Procesal Penal Peruano, Análisis y comentario al Código Procesal Penal. Tomo I. Editorial Gaceta Jurídica. Lima. 2016. Pág. 136.

⁵³³ GUTIERREZ CAMACHO, Walter y SOSA SACIO, Juan Manuel. La Constitución Comentada. Análisis Artículo por Artículo. Tercera Edición. Tomo I. Editorial Gaceta Jurídica. Lima. 2015. Pág. 105.

Al respecto, Alonso Raúl Peña Cabrera Freyre, menciona que la víctima es aquella persona que ve afectados sus bienes jurídicos o disminuidos su capacidad de disposición de aquellos, como consecuencia de una conducta infractora de una norma jurídico-penal, pudiendo ser el agente culpable o inculpable⁵³⁴. Asimismo, el artículo 94° del Código Procesal Penal define al agraviado o víctima como todo aquel que resulte directamente ofendido por el delito o perjudicado por las consecuencias del mismo. Como se ha mencionado *ut supra*, la ofensa criminal puede recaer de manera directa en la víctima, o en su defecto, en los familiares, como agraviados indirectos, pero que también resultan perjudicados por el comportamiento del imputado, como es el caso en el delito de homicidio.

Por su parte, José Antonio Neyra Flores menciona que la víctima es un ser al cual se le ocasiona un daño, teniendo esta la potestad o no de resarcirse⁵³⁵. Así también, Arbulú Martínez señala que, además, de ser el sujeto que se postula, o aparece como puntual y concretamente ofendido por los hechos delictivos. Es quien aduce ser sujeto pasivo de las acciones ilícitas, es decir, aquel que ha padecido de manera real la ofensa criminal⁵³⁶. Sobre lo dicho, sin importar si es víctima directa o indirecta, lo cierto es que siempre va a existir la lesión de un bien jurídico en el agraviado, debiendo entenderse al bien jurídico, según Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Aran, como aquellos presupuestos que la

⁵³⁴ PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. Derecho Procesal Penal. Sistema Acusatorio Teoría del Caso y Técnica de Litigación Oral. Tomo I. Editorial RODHAS. 1era Edición. Lima. 2012. Pág. 373.

⁵³⁵ NEYRA FLORES, José Antonio. Manual del Nuevo Proceso Penal & de Litigación Oral. Editorial IDEMSA. Lima – Perú. 2010. Pág. 253.

⁵³⁶ ARBULU MARTINEZ, Víctor Jimmy. La Investigación Preparatoria en el Nuevo Proceso Penal. Editorial Actualidad Penal. Lima. 2014. Pág. 279.

persona necesita para su autorrealización y el desarrollo de su personalidad en la vida social⁵³⁷.

Por su parte, Víctor Cubas Villanueva menciona que el agraviado es la persona que ha sido víctima de la comisión de un delito. Todo delito ocasiona perjuicio material a la víctima y el autor está obligado a reparar tal perjuicio, por ello como consecuencia del delito surgen dos acciones, una dirigida a obtener la aplicación de la sanción penal y otra dirigida a obtener el resarcimiento por el daño causado⁵³⁸. No olvidemos que en la sustanciación del proceso penal el fiscal y el actor civil persiguen dos fines distintos: el primero, como persecutor del delito, tiene como atribución la sanción penal del imputado, en caso de encontrarse responsable; mientras el segundo, busca en el proceso el pago de la reparación civil, como consecuencia de los daños y perjuicios ocasionados a su bien jurídico.

En consecuencia, la víctima o el agraviado, procesalmente hablando, es aquella persona que ha sido directamente perjudicado y ofendido su bien jurídico por la comisión de un delito, teniendo por ello legitimidad directa o indirecta (familiares) para reclamar el resarcimiento por el daño sufrido, utilizando para ello los mecanismos legales que el Código Procesal Penal establece, a fin de que pueda efectivizarse en las decisiones judiciales emitidas por el órgano jurisdiccional, dentro de un debido proceso.

2.1.5.16 La identificación del agraviado en el proceso penal.

⁵³⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCIA ARAN, Mercedes. Derecho Penal Parte General Octava Edición. Editorial Tirant Lo Blanch Libros. Valencia –España. 2010. Pág. 59.

⁵³⁸ CUBAS VILLANUEVA, Víctor. El Proceso Penal Teoría y Práctica. Editorial Palestra Editores. Lima-Perú. 2000. Pág. 152.

Procesalmente identificamos al agraviado, de acuerdo a lo establecido en el artículo 94° del CPP, el cual señala que *“se considera agraviado a todo aquel que resulte directamente ofendido por el delito o perjudicado por las consecuencias del mismo”*. En esta parte, y como señala José Burgos Alfaro citando a Rodríguez Manzanera, el sujeto pasivo es el titular de un bien jurídicamente protegido, por lo que consecuentemente se llamará ofendido *“aquel que sufre un perjuicio debido al acaecimiento del delito y que tiene derecho a la reparación del daño”*; y el perjudicado, *“todo aquel que sufre un perjuicio por el acaecimiento del delito, aunque no tenga culpa ni participación en el ilícito”*⁵³⁹. De lo expuesto, se puede colegir que para tener la condición procesal de víctima o agraviado, es necesario entender, según el derecho penal parte general, que se entiende por sujeto pasivo, para de este modo comprender cuando procesalmente se puede considerar a una persona ofendida o perjudicada, víctima o agraviado.

Sobre lo dicho, Percy García Caveró señala que a la persona sobre la que recae la lesividad de la conducta típica se le conoce, por su parte, como sujeto pasivo del delito⁵⁴⁰. Asimismo, Felipe Villavicencio Terreros menciona que en ciertos casos, el sujeto, en quien recae la acción delictiva, no viene a ser el titular del bien jurídico protegido, sino otro diferente. En dichas circunstancias, se distingue un **sujeto pasivo del delito** y un **sujeto pasivo de la acción**. El primero, no es más que el titular del bien jurídico tutelado; mientras que el segundo es la persona en quien recae de manera directa la acción delictiva del sujeto pasivo. Ejemplo, en los delitos de robo, una persona será el perjudicado patrimonial

⁵³⁹ BURGOS ALFARO, José. Principios Fundamentales del Nuevo Proceso Penal. Editorial Gaceta Jurídica. Lima. Pág. 507.

⁵⁴⁰ GARCIA CAVERO, Percy. Derecho Penal Parte General, tercera edición corregida y actualizada. Editorial Ideas. Lima. 2019. Pág. 410.

(sujeto pasivo del delito) y otra podrá ser la que sufrirá de la violencia o amenaza necesaria para la sustracción del bien mueble (sujeto pasivo de la acción)⁵⁴¹. En ambas situaciones expuestas, siempre se tendrá la lesión del bien jurídico tutelado por el derecho penal.

Así mismo, a manera de precisión, el sujeto pasivo es la persona titular del bien jurídico tutelado, puesto en peligro o lesionado por el delito. El sujeto pasivo puede ser tanto una persona física (sea o no imputable) o una persona jurídica, como también lo puede ser la sociedad o el Estado⁵⁴². En términos sustantivos, se trata del titular de aquella realidad material o inmaterial que representa el bien jurídico, mientras que procesalmente le corresponde la calidad de víctima del delito⁵⁴³. De esa manera, y una vez precisado quienes tienen la condición de sujeto pasivo en la comisión de un delito, es que dentro del derecho procesal penal vamos a identificar de manera plena la condición de víctima o agraviado.

Por otra parte, el proceso penal en su tramitación no solo se relaciona con el derecho penal, sino también con otras ramas del derecho y leyes especiales, como es el caso con el derecho civil, la ley de sociedades, etc. Así, por ejemplo, el CPP identifica como víctimas o agraviados a los representantes de los incapaces o personas jurídicas, los herederos legales *-tratándose de la muerte del agraviado*, así como los accionistas, socios, asociados o miembros y las asociaciones cuyos objetos sociales se vinculen directamente con esos intereses; siendo necesario

⁵⁴¹ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Derecho Penal Parte General. Editorial Grijley. Lima. 2016. Pág. 305-306.

⁵⁴² VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Derecho Penal Parte General. Editorial Grijley. Lima. 2016. Pág. 305.

⁵⁴³ GARCIA CAVERO, Percy. Derecho Penal Parte General, tercera edición corregida y actualizada. Editorial Ideas. Lima. 2019. Pág. 410.

identificar plenamente a la víctima o agraviado en la sustanciación del proceso penal, a fin de que éste sujeto procesal pueda tener facultades plenas y pueda ejercer sus derechos, en igualdad de armas.

En consecuencia, y en relación a lo mencionado precedentemente, es necesario de manera preliminar identificar que personas podrían tener la condición de víctima o agraviado en la sustanciación del proceso penal, para ello es necesario tomar como base doctrinaria al derecho penal, y sobre este cimiento doctrinario establecer la condición jurídica de víctima, procesalmente hablando, a fin que durante la tramitación del proceso dicho sujeto procesal ejerza su derecho de defensa dentro de un debido proceso, y como consecuencia jurídica, se le resarza los daños y perjuicios que se le ha ocasionado, de manera directa o indirecta, a su bien jurídico protegido por el derecho. Asimismo, como señala Alberto Binder, cuando la víctima ingresa al proceso penal busca, fundamentalmente, una reparación; sobre todo, muchas veces, una reparación pecuniaria, y no la venganza⁵⁴⁴.

2.1.5.17 Derechos de la víctima en el derecho procesal penal.

Conforme se mencionado *ut supra*, de un tiempo a esta fecha, y a través de la victimología, se ha tomado en cuenta la importancia y posición que ocupa el agraviado o la víctima dentro del derecho procesal penal. Como señala César San Martín Castro, citando a Larrauri, menciona que actualmente la victimología cobija tres áreas de conocimiento: (i) las encuestas de victimización (información

⁵⁴⁴ BINDER, Alberto. Introducción al Derecho Procesal Penal. Editorial Ad Hoc SRL. Buenos Aires – Argentina. 1999. Pág. 229.

acerca de las víctimas); (ii) la posición de la víctima en el proceso penal (los derechos de las víctimas); y, (iii) la atención asistencial y económica a la víctima (las necesidades de las víctimas)⁵⁴⁵. De estas tres áreas de conocimiento mencionadas precedentemente, las dos primeras son de competencia del Poder Judicial, mientras que la tercera área está a cargo del Ministerio Público. Así, en relación a la **primera área de conocimiento**, está referido a los datos estadísticos que maneja no solamente el Poder Judicial, sino también la Defensoría del Pueblo, y sirve para hacer un monitoreo y control de la eficacia del proceso penal y su tramitación, respecto de las lesiones de los bienes jurídicos que sufren la víctima o el agraviado.

Respecto **de la segunda área de conocimiento**, conforme ya se señaló *ut supra*, hoy en día la víctima o agraviado tiene reconocido una serie de derechos y facultades en el Código Procesal Penal de 2004, a diferencia del Código de Procedimientos Penales de 1940. Es así, el Código Procesal Penal de manera primigenia, ha consagrado en su título preliminar derechos que fortalecen la intervención de la víctima de la tramitación del proceso penal. Así, en un primer momento se tiene el derecho de igualdad de armas, mediante cual se considera que todos los sujetos procesales pueden intervenir en la sustanciación del proceso de manera equitativa. Seguidamente, en el artículo IX numeral 3 del Título Preliminar del código citado, se prescribe que el proceso penal garantiza el derecho a la información y participación procesal de la víctima en el proceso.

⁵⁴⁵ SAN MARTIN CASTRO, César. Derecho Procesal Penal Lecciones, conforme al Código Procesal Penal de 2004. Editorial Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales y otro. Lima. 2020. Pág. 277.

Por otra parte, los artículos 95°, 104° y 105° del CPP, establecen los derechos del agraviado, así como las facultades del agraviado una vez constituido en actor civil, respectivamente. Al respecto, César San Martín Castro establece que, en una perspectiva más amplia, hoy en día, expandiendo la garantía de tutela jurisdiccional en sede penal, se reconoce una perspectiva del proceso penal que habla de tres derechos amplios a favor de la víctima: derecho a saber o derecho a la verdad, derecho a la justicia y derecho a la reparación civil⁵⁴⁶. Es en la tramitación del proceso penal que la víctima tendrá derecho a saber la verdad, mediante la decisión final que emita el Juez Penal, y por ello también tendrá derecho a la justicia, derecho este último que debe ser respetado desde el inicio del proceso hasta su ejecución; para finalmente, en la sentencia establecerse una reparación civil a favor de la víctima, reparación que consiste en un pago por parte del acusado a favor de la víctima, por la lesión o puesta en peligro de su bien jurídico.

En relación a la **tercera área de conocimiento**, referente a la **atención asistencial y económica a la víctima**, esta área debe entenderse en dos aspectos: atención asistencial (Ministerio Público) y económica (el mismo que corresponde al pago de la reparación civil fijado en la sentencia). Sobre esto último ya se ha mencionado *ut supra*; por lo que, en lo referente a la labor asistencial a favor de la víctima, hoy en día el Ministerio Público tiene creado, como parte de la implementación del Código Procesal Penal, un área o unidad encargada de la protección de víctima y testigos, llamado UDAVIT. Esta oficina se encarga de

⁵⁴⁶ SAN MARTÍN CASTRO, César. Derecho Procesal Penal Lecciones, conforme al Código Procesal Penal de 2004. Editorial Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales y otro. Lima. 2020. Pág. 280

proteger a la víctima que han sufrido daños psicológicos, así como de las víctimas que vienen siendo amenazadas por sus agresoras.

En ese sentido, hoy en día la víctima ocupa un rol importante dentro del derecho procesal penal, reconociéndoles una serie de derechos y facultades que la misma ley establece de manera expresa, las mismas que tienen que ser respetados por los funcionarios judiciales desde el inicio del proceso hasta su culminación, incluso en la etapa funcional de ejecución. Este respeto de los derechos de la víctima se extiende hacia las autoridades, quienes también están obligados a respetar sus derechos. Asimismo, dentro del proceso penal se resaltarán dos derechos importantes: el derecho a la verdad y el derecho a ser indemnizado por el perjuicio ocasionado a su bien jurídico tutelado.

2.1.5.18 La víctima como testigo en el derecho procesal penal.

En un primer momento, es necesario conocer que se entiende por testigo. Al respecto, como señala José Burgos Alfaro, se dice que los testigos son los terceros o extraños al juicio que declaran bajo juramento acerca de la verificación de ciertos hechos que se convierten en el proceso⁵⁴⁷. Así también, se tiene que el testigo⁵⁴⁸ es una persona física (las jurídicas pueden emitir informe pero no testificar), con la condición de tercero respecto de los sujetos de la relación procesal, que tiene conocimiento extraprocesal sobre los hechos controvertidos en el proceso penal, obtenido mediante una percepción directa (testigo directo) o

⁵⁴⁷ BURGOS ALFARO, José. Principios Fundamentales del Nuevo Proceso Penal. Editorial Gaceta Jurídica. Lima. Pág. 525.

⁵⁴⁸ PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. Derecho Procesal Penal. Sistema Acusatorio Teoría del Caso y Técnica de Litigación Oral. Tomo I. Editorial RODHAS. 1era Edición. Lima. 2012. Pág. 445.

porque la información ha sido obtenida de otra fuente distinta de su propia percepción del hecho (testigo indirecto).

Ahora bien, el artículo 96° del CPP, señala como un deber del agraviado, el hecho de que intervenga como actor civil; sin embargo, no le exime del deber de declarar como testigo en las actuaciones de la investigación y del juicio oral. Al respecto, José Antonio Neyra Flores⁵⁴⁹ menciona que el agraviado tiene el deber de declarar como testigo en las actuaciones de la investigación y del juicio oral, lo cual es la correspondencia de su actuación de sujeto procesal, pues así como tiene derechos, también tiene deberes para con el proceso.

Esta obligación o deber impuesto por el Código Procesal Penal, en relación a su participación del agraviado o la víctima tanto a nivel de investigación preparatoria o de juicio oral, es considerada por algunos juristas como una afectación a sus derechos fundamentales reconocidos dentro del proceso penal, como es el caso de los derechos fundamentales a la dignidad y a la intimidad, existiendo incluso una contraposición a su derecho a recibir un trato digno y a la protección a su integridad, conforme lo señala el artículo 95°.1. c) del CPP, situación⁵⁵⁰ que no se le debería aplicar a la víctima porque precisamente si lo hiciese, no se le estaría brindando un trato acorde a su situación.

A ello, se suma el hecho de que el agraviado tiene el derecho de no declarar y guardar silencio, lo cual en esta condición no tendría sentido su presencia en el

⁵⁴⁹ NEYRA FLORES, José Antonio. Manual del Nuevo Proceso Penal & de Litigación Oral. Editorial IDEMSA. Lima – Perú. 2010. Pág. 258.

⁵⁵⁰BURGOS ALFARO, José. Principios Fundamentales del Nuevo Proceso Penal. Editorial Gaceta Jurídica. Lima. Pág. 526.

juicio oral. Además, debe tomarse en cuenta que el agraviado como perjudicado del delito, y tratándose de delitos graves, ha sufrido un perjuicio psicológico, y el hecho de participar como testigo en el juicio oral, perjudicaría a un más el daño psíquico y moral que viene padeciendo. Asimismo, el fundamento jurídico 10 del Acuerdo Plenario N° 02-2005, establece los requisitos de certeza que debe tener la declaración del agraviado en el proceso penal, los cuales son: ausencia de incredibilidad subjetiva, verosimilitud y persistencia en la incriminación.

En consecuencia, consideramos que el tema de la declaración de la víctima o el agraviado como testigo dentro del proceso penal, ya sea a nivel de la investigación preparatoria o a nivel del juicio oral, debe coadyuvar al mejor esclarecimiento de los hechos, debiendo ser uniforme, coherente y persistente desde el inicio de la investigación fiscal hasta su declaración en juicio oral.

2.1.5.19 Oportunidad y facultades del agraviado como actor civil en el derecho procesal penal. El Código Procesal Penal establece de manera expresa en el artículo 101°, que la oportunidad que tiene el agraviado o la víctima para constituirse en actor civil dentro del proceso penal, es antes de la culminación de la etapa de investigación preparatoria, mediante escrito de solicitud dirigido al Juez competente⁵⁵¹, después de esta oportunidad, y en aplicación del principio de preclusividad, no podrá constituirse como tal, debiendo asumir el ejercicio de la acción civil, así como el pago indemnizatorio a favor de la víctima, el Ministerio

⁵⁵¹ Como requisito formal la demanda o solicitud de constitución en actor civil se presenta por escrito ante el juez de la investigación preparatoria –en este último caso se trata de un presupuesto procesal del órgano jurisdiccional-. **SAN MARTIN CASTRO, César. Derecho Procesal Penal Lecciones, conforme al Código Procesal Penal 2004. Editorial Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales y otro. Lima. 2020.**

Público, conforme a lo dispuesto en el artículo 11°.1 del CPP. Esta oportunidad procesal que tiene la víctima de constituirse en actor civil, busca a futuro que dicho sujeto procesal se encuentre inmerso en las facultades previstas en los artículos 104° y 105° del CPP, y en especial, garantizar el ejercicio de la acción civil, así como que pueda fijar el mismo el quantum indemnizatorio a su favor, como consecuencia de la lesión o puesta en peligro de su bien jurídico por parte del imputado.

Debe tenerse en cuenta que el actor civil es un sujeto procesal que, dentro del proceso penal, juega su rol accionario relacionado con el objeto de este, como causa de obligación, pero limitado al campo civil reparatorio e indemnizatorio⁵⁵². En relación a lo último señalado, la parte final del artículo 105° del CPP, señala de manera expresa que al agraviado “no le está permitido pedir sanción”. Este hecho obedece a que es facultad del Ministerio Público el ejercicio de la acción penal y la persecución del delito *-tal como lo dispone el artículo 159° de la Constitución y el art. V del Título Preliminar del CPP-*, y como tal es el encargado de postular en la acusación la sanción a imponerse al imputado, siendo el facultado únicamente a defender su tesis propuesta, conforme al principio acusatorio.

Un aspecto a tomar en cuenta, y que sucede en la tramitación del proceso penal, se postula mediante la siguiente interrogante *¿Qué sucede si el agraviado solicita la constitución de actor civil antes de la culminación de la investigación preparatoria, sin embargo, el Juez señala fecha y hora para la audiencia de*

⁵⁵²ARBULU MARTINEZ, Víctor Jimmy. La Investigación Preparatoria en el Nuevo Proceso Penal. Editorial Actualidad Penal. Lima. 2014. Pág. 281.

constitución en actor, cuando el Fiscal ya ha emitido su acusación fiscal?. En la praxis suelen presentarse estos casos, debido a la recargada labor que tiene el Juez de Investigación Preparatoria, empero, se toma en cuenta el plazo de presentación de la solicitud de constitución en actor civil presentado por la víctima ante este órgano jurisdiccional, siendo válido la presentación oportuna realizada por el agraviado ante el Juzgado, incluso el Juez al momento de resolver la petición formulada, deja constancia de tal acto en la resolución que expide.

Así mismo, otro aspecto procesal a tomarse en cuenta se da respecto a la oportunidad procesal de constitución en actor civil en la tramitación de un proceso inmediato. Como señala Miguel Ángel Falla Rosado, citando a Alfredo Araya Vega, el proceso inmediato surge como un mecanismo que busca alcanzar una justicia de calidad, esto es, una justicia pronta y oportuna⁵⁵³, empero, siempre respetándose los derechos humanos y los derechos fundamentales en su tramitación. De la revisión del contenido del artículo 448° del CPP, no se ha fijado la oportunidad que tendría la víctima para constituirse en actor civil; sin embargo, este aspecto ha sido aclarado por el Acuerdo Plenario Extraordinario N° 2-2016/CIJ-116, así el f.j. 26 -quinto párrafo- de dicho acuerdo plenario, señala que “(...) 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); segundo, que antes de la instalación de la audiencia única de incoación del proceso inmediato solicite, por escrito y en debida forma, su constitución en

⁵⁵³ FALLA ROSADO, Miguel Ángel. El Proceso Inmediato. Editorial Instituto Pacífico. Lima. 2017. Pág. 176.

actor civil (artículo 100 NCPP); y, tercero, que previo traslado contradictorio el juez de la Investigación Preparatoria decida sobre su mérito, resolución que se emitirá a continuación del pronunciamiento de la medida coercitiva y antes de la decisión acerca de la constitución en tercero civil”.

En relación a lo expuesto en el párrafo precitado, se entiende que la víctima tendrá la oportunidad de constituirse en actor civil en la sustanciación de un proceso inmediato⁵⁵⁴, antes de la instalación de la audiencia única de incoación de proceso inmediato, pudiendo ser oralizado su petición en dicha audiencia, después de ser instalada válidamente por el Juez de Investigación Preparatoria; siendo que, en caso de que la víctima no pueda hacerlo en dicha oportunidad procesal, debido a que tanto la policía o la fiscalía no le informó al agraviado de la citada audiencia, se da el caso que en la praxis jurídica, y a fin de no vulnerar las garantías procesales genéricas del debido proceso, la tutela jurisdiccional efectiva y el derecho a la defensa, el Juez Penal también puede resolver la constitución de actor civil, solicitado previamente por la víctima, al inicio de la audiencia única de juicio inmediato.

Por otra parte, las facultades que el Código Procesal Penal otorga al agraviado o a la víctima, se encuentran establecidos en los artículos 104° y 105° de dicho texto legal. Es así que dentro de sus facultades están la de deducir nulidad de actuados, ofrecer medios de investigación y de prueba, participar en los actos

⁵⁵⁴ El proceso inmediato es un proceso penal especial y además una forma de simplificación procesal que se fundamenta en la facultad del Estado de organizar la respuesta del sistema penal con criterios de racionalidad y eficiencia sobre todo en aquellos casos en los que, por sus propias características, son innecesarios mayores actos de investigación”. F.j. 7 del Acuerdo Plenario N° 6-2010/CJ-116, citado por **OSORIO ROMAN, Roosevelt. Revista de Actualidad Jurídica Las Dos Caras de la Moneda. Año III – N° 4 – 2014. Editorial ISPACJ. Lima. 2014. Pág. 473.**

de investigación y de prueba, intervenir en el juicio oral, interponer los recursos impugnatorios, intervenir cuando corresponda en el procedimiento para la imposición de penas limitativas de derechos, y formular solicitudes en salvaguarda de su derecho. Además, el Código citado le otorga facultades adicionales como la de colaborar con el esclarecimiento del hecho delictivo y la intervención de su autor o participe, así como acreditar la reparación civil que pretende. De lo dicho, se advierte que en este nuevo modelo procesal penal se faculta al agraviado a tener mayor participación en el desarrollo del proceso penal, conforme lo establece el Art. IX inciso 3 del Título Preliminar del CPP.

Asimismo, José Antonio Neyra Flores señala que estas facultades es todo un plexo organizado de atribuciones señaladas específicamente, destinadas a garantizar su derecho de defensa y su satisfacción de resarcimiento civil en el proceso penal; sin embargo, su facultad principal es reclamar su pretensión reparatoria⁵⁵⁵. Estas facultades deberán ser tomadas en cuenta por el Juez de Investigación Preparatoria en la tramitación del proceso penal, a fin de vulnerar derechos fundamentales.

2.1.5.20 La víctima ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En relación a este tema, la Corte Interamericana, como principal defensor de los derechos humanos establecidos en la Convención Americana, ha emitido diferentes sentencias en protección no solo de la víctima, sino también de los familiares de éste. Esta última parte nos hace comprender porque el Código

⁵⁵⁵NEYRA FLORES, José Antonio. Manual del Nuevo Proceso Penal & de Litigación Oral. Editorial IDEMSA. Lima – Perú. 2010. Pág. 261

Procesal Penal en su artículo 94°.2 del CPP ha ratificado y considerado a los familiares de la víctima como agraviados.

Así, en el caso Carpio Nicolle y otros vs Guatemala, la Corte ha señalado: *“(...) Este Tribunal también ha señalado que del artículo 8° de la Convención se desprende que las víctimas de las violaciones de los derechos humanos, o sus familiares, deben contar con amplias posibilidades de ser oídos y actuar en los respectivos procesos, tanto en procura del esclarecimiento de los hechos y del caso de los responsables, como en busca de una debida reparación (...)”*⁵⁵⁶. Asimismo, en el caso Myrna Mack Chang vs Guatemala, la Corte ha establecido que: *“(...) En consecuencia, el artículo 8°.1 de la Convención Americana, en conexión con el artículo 25.1 de la misma, confiere a los familiares de las víctimas el derecho a que la muerte de estas últimas sea efectivamente investigada por las autoridades del Estado; se siga un proceso contra los responsables de estos ilícitos; en su caso, se les imponga las sanciones pertinentes, y se reparen los daños y perjuicios que dichos familiares han sufrido. (...)”*⁵⁵⁷.

En consecuencia, de lo mencionado, se aprecia que la misma Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido facultades que la víctima y sus familiares pueden actuar dentro de un proceso, facultades estas que los artículos 94° y 95° del CPP reconocen; siendo por ello, además, que las sentencias que emite la Corte son vinculantes dentro de la tramitación de un proceso penal, incluso puede ser materia de control convencional por parte del órgano

⁵⁵⁶ Caso Carpio Nicolle y otros vs Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre 2004. Serie C N° 117.

⁵⁵⁷ Caso Myrna Mack Chang vs Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre 2003. Serie C N° 101.

jurisdiccional, al amparo de lo dispuesto en la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Estado.

2.1.5.21 El Ministerio Público en el Derecho Procesal Penal.

La aparición del Ministerio Público en nuestro ordenamiento jurídico se dio en la Constitución Política del Estado de 1979, específicamente en los artículos 250° y 251° de dicho texto legal. Este hecho remarco la separación definitiva del Ministerio Público al Poder Judicial, debido a que antes de la Constitución de 1979, esta institución formaba parte del Poder Judicial y se les denominaba Agentes Fiscales. Asimismo, en la Constitución de 1993, específicamente en el artículo 158°, se le reconoce su autonomía, para luego en el artículo 159°, establecer sus atribuciones. Esta última Constitución, a diferencia de la de 1979, otorga amplias facultades y atribuciones al Ministerio Público, incluso se le otorga la facultad monopolizadora de la persecución del delito y de la titularidad de la acción penal, así como de ser el director de la investigación, con apoyo de la policía nacional, y de la carga de la prueba. Además, como señala Enrique Palacios Lino, sus integrantes realizan funciones judiciales distintas de la jurisdiccional⁵⁵⁸, siendo por ello que sus actuaciones tienen una connotación administrativa.

Como se ha estudiado, si bien el Estado ejerce el control monopolizador de la administración de justicia; sin embargo, el Estado ha descentralizado dicho poder a dos instituciones: Poder Judicial y Ministerio Público, instituciones estas

⁵⁵⁸ PALACIOS LINO, Enrique. Citado en Jurisprudencia Penal y Procesal Penal de Carácter Constitucional. Gaceta Constitucional. Lima. 2010. Pág. 225.

que cumplen roles y funciones distintas dentro del derecho procesal penal. Así, como señala Alex Carocca Pérez, en un Estado de derecho la aplicación de una pena debe ser el resultado de un proceso previo en donde se respeten las garantías, siendo evidente que el Juez debe ser un funcionario imparcial que deba resolver sobre la imputación o acusación. Para mantener esa imparcialidad, tal imputación no puede ser formulada por el mismo tribunal, sino por otro funcionario público encargado exclusivamente de esta tarea, lo que ha llevado que en la mayoría de los países se ha debido constituir un organismo que ha pasado a ser denominado Ministerio Público⁵⁵⁹.

Respecto de su autonomía, y conforme a lo dispuesto en la Constitución, el Ministerio Público no depende de ninguno de los tres poderes clásicos del Estado (legislativo, ejecutivo y judicial), y se plantea como un órgano “extra poder”. Con esta cuarta postura, no exenta de críticas ni interrogantes, se intenta evitar los peligros de judicialización o de manipulación política que exhiben los otros modelos⁵⁶⁰, siendo que en nuestro caso es considerado jurídicamente como un órgano constitucional autónomo. Este tema de la autonomía del Ministerio Público no es facultad que solamente lo estable el artículo 158° de la Constitución, sino también lo señala el artículo 5° de la Ley Orgánica del Ministerio Público - Decreto Legislativo N° 052-. (Ley Orgánica que ha sido pasible de una serie de modificaciones como se indica en el anexo N° 1).

Por otra parte, César San Martín Castro, citando a Gómez Orbaneja, menciona que el Ministerio Público debe ser visto desde una doble perspectiva,

⁵⁵⁹ CAROCCA PEREZ, Alex. Manual El Nuevo Sistema Procesal Penal. Editorial Lexis Nexis. Santiago – Chile. 2005. Pág. 17.

⁵⁶⁰ HORVITZ LENNON, María Inés. Derecho Procesal Penal Tomo I, Segunda Edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago – Chile. 2003. Pág. 132.

debido a que el Fiscal *formalmente* es parte, y como tal figura en el proceso promoviendo la acción penal, aportando pruebas, ejercitando los recursos, etc.; y, que, *materialmente*, representa el interés público, no parcial, de la realización de la justicia, el cual tanto puede contraponerse como coincidir con el de la defensa, es decir, puede acusar afirmando la pretensión punitiva del Estado o puede, a la luz de las actuaciones sumariales, requerir el sobreseimiento de la causa⁵⁶¹. Lo dicho, significa que el Ministerio Público debe cumplir con uno de sus principios, el de “legalidad”, es decir debe actuar de acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico.

Así las cosas, el Código Procesal Penal reconoce expresamente al Ministerio Público, tanto en su título preliminar, como en su cuerpo normativo, otorgándole facultades expresas como titular de la acción penal, de la persecución del delito y como director de la investigación fiscal, a diferencia del C. de P.P. de 1940. Es decir la carga de la prueba y de la investigación recae sobre él, debiendo actuar con objetividad y en cumplimiento de la ley, así como de los tratados internacionales.

2.1.5.22 Consideraciones generales.

Como señala Jorge Rosas Yataco, el Ministerio Público surge como instrumento para la persecución del delito ante el órgano jurisdiccional, en calidad de agente del interés social. De ahí que se le denomine “representante de la sociedad”⁵⁶². Asimismo, como ya se explicó *ut supra*, la finalidad de la existencia del Ministerio Público dentro de un Estado Constitucional de Derecho, obedece a

⁵⁶¹ SAN MARTIN CASTRO, César. Derecho Procesal Penal. Segunda edición. Volumen I. Editorial Grijley. Lima-Perú. 2003. Pág. 235.

⁵⁶² ROSAS YATACO, Jorge. Principios Fundamentales del Nuevo Proceso Penal. Editorial Gaceta Jurídica. Lima. 2013. Pág. 61.

un tema de independencia y autonomía que tiene este órgano constitucional en el ejercicio de sus atribuciones, funciones estas que son distintas a las del órgano jurisdiccional, siendo el director de la investigación desde el inicio del proceso penal. Además, al tener el proceso una institución encargada de investigar y luego acusar, se busca que el Juez Penal no se contamine con la investigación y actúe de manera imparcial en sus decisiones, siendo estos algunos lineamientos del modelo acusatorio garantista.

El Código Procesal Penal de 2004, reconoce de manera expresa en el artículo IV de su título preliminar al Ministerio Público, señalando que es el titular del ejercicio de la acción penal pública, y que sobre el recae el deber de la carga de la prueba. Asimismo, asume la conducción de la investigación desde su inicio, así como que actúa en defensa de la sociedad, debiendo siempre actuar en sus diligencias con objetividad, así como practicar los actos de investigación en coordinación con la policía nacional, y solicitar al órgano jurisdiccional las limitativas de derecho. El tema de la titularidad de la acción penal pública es ratificado en los artículos 1° primer párrafo, 60° y 65° del Código Procesal Penal. Como señalan Roberto Cáceres Julca y Ronald Iparraguirre, en otras palabras el Ministerio Público teniendo bajo su dirección a la Policía Nacional, es el encargado de construir jurídicamente la culpabilidad de los imputados, respetando la Constitución y las normas supranacionales, bajo los principios de concentración y celeridad procesal⁵⁶³. A estos principios precitados debemos agregar los principios de objetividad y legalidad.

⁵⁶³ CACERES JULCA, Roberto y Iparraguirre N., Ronald D. Código Procesal Penal Comentado, D. Leg. N° 957, Concordado, Jurisprudencia Índice Analítico. Editorial Jurista Editores. Lima. 2012. Pág. 50.

Por otra parte, los actos procesales que emite el Ministerio Público en la tramitación de un proceso penal están referidos a actos que deben estar debidamente motivados, y actos que son de mero trámite. El primero, se manifiesta en las formulaciones de Disposiciones, Requerimientos y Conclusiones, conforme señalan los artículos 64° y 122°.5 del CPP; y el segundo, se manifiesta en las providencias; siendo que, en relación a esto último, el artículo 122°.3 del CPP establece que se dictan para ordenar materialmente la etapa de investigación, es decir, son de mero trámite. Asimismo, la norma procesal es clara cuando dispone que la Disposiciones, Requerimientos y Conclusiones que emite la Fiscalía, deben ser específicamente motivadas (art. 64°.1 del CPP), debiendo cumplir las exigencias de motivación prevista en el artículo 139°.5 de la Constitución, así como los lineamientos fijados en la doctrina y la jurisprudencia.

Así también, se debe tener en cuenta que en la doctrina se han desarrollado una serie de principios que regulan el actuar del Ministerio Público dentro del proceso penal, los⁵⁶⁴ cuales les guían en atención a la interdicción de la discrecionalidad absoluta y sin freno que nos lleve a la actuación arbitraria del representante del Ministerio Público. Dentro de estos principios encontramos los principios de: objetividad, el de interdicción de funciones jurisdiccionales, el de legalidad en el ejercicio de las funciones públicas y el de transparencia. A su vez, Alex Carocca Pérez señala que también existen principios que han resultado de la evolución histórica en los diferentes países, ello como órgano encargado de la

⁵⁶⁴NEYRA FLORES, José Antonio. Manual del Nuevo Proceso Penal & de Litigación Oral. Editorial IDEMSA. Lima – Perú. 2010. Pág. 228-229.

persecución penal en juicio, siendo los siguientes principios: principio de autonomía constitucional, de dependencia jerárquica, de unidad, de proscripción del ejercicio de funciones jurisdiccionales (guarda relación con el principio de interdicción de funciones jurisdiccionales), de la responsabilidad, de actuación desformalizada, de probidad administrativa y de publicidad en sus actuaciones⁵⁶⁵.

En consecuencia, el Ministerio Público cumple un rol importante dentro del proceso penal, labor que es totalmente distinta a la fijada para los órganos jurisdiccionales, siendo el encargado de la persecución del delito, como titular de la acción penal, y sobre el recae la carga de la prueba. Asimismo, juntamente con la policía, es el encargado de construir los elementos de convicción que incriminen la responsabilidad penal del investigado, o en su defecto, a la conclusión de la investigación preliminar o preparatoria, solicitar su archivamiento a favor de éste, en aplicación del principio de objetividad. Además, no debemos de dejar de señalar que la etapa de juicio oral, se erige sobre la base de la acusación fiscal, es decir, sin este requerimiento fiscal no tendría sentido esta última etapa estelar del proceso penal.

2.1.5.23 Atribuciones del Ministerio Público.

Desde un punto de vista constitucional y legal, el tema de las atribuciones del Ministerio Público se encuentra previsto tanto en el artículo 159° de la Constitución, así como en el artículo 61° del CPP. En mérito a ello, el fiscal⁵⁶⁶

⁵⁶⁵CAROCCA PÉREZ, Alex. Manual del Nuevo Sistema Procesal Penal. Editorial Lexis Nexis. Santiago – Chile. 2005. Pág. 19-29.

⁵⁶⁶ARBULU MARTINEZ, Víctor Jimmy. La Investigación Preparatoria en el Nuevo Proceso Penal. Editorial Actualidad Penal. Lima. 2014. Pág. 206.

como funcionario público, defensor de la legalidad y titular de la persecución penal, debe actuar en el proceso penal con independencia de criterio, esto le permite evitar y rechazar cualquier tipo de influencia en sus decisiones, o intromisiones indebidas.

Por ello, la doctrina procesal penal ha señalado las atribuciones más importantes del Ministerio Público, siendo las siguientes:

A. Como defensor de la legalidad. Al respecto, dado su carácter de organismo público, tanto el Ministerio Público institucionalmente, como los fiscales y demás funcionarios que lo integran, deben actuar respetando estrictamente la legalidad vigente⁵⁶⁷; empero, no solo es obligación del Ministerio Público respetar la legalidad, sino también defenderlo.

Este argumento citado, tiene su sustento legal en la Constitución, específicamente en el artículo 159° numeral 1 de la Constitución, quien en su calidad de titular de la acción penal actúa en defensa de la legalidad. Además, hay un sector⁵⁶⁸ de la doctrina que postula que, si todos los órganos públicos deben someterse a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, entonces es una tautología legislativa atribuir al Ministerio Público en defensa de la legalidad. Asimismo, todos los poderes públicos están sometidos al imperio de la legalidad, piedra fundamental y esencial del Estado de Derecho,

⁵⁶⁷CAROCCA PÉREZ, Alex. Manual del Nuevo Sistema Procesal Penal. Editorial Lexis Nexis. Santiago – Chile. 2005. Pág. 24.

⁵⁶⁸ En 2 Jurisprudencia Penal y Procesal Penal de Carácter Constitucional. Gaceta Constitucional. Lima. 2010. Pág. 228-229.

pero solo el Ministerio Público es el órgano creado constitucionalmente y estructurado para la defensa y mantenimiento de la legalidad.

Por su parte, el Tribunal Constitucional⁵⁶⁹ ha señalado: “(...) *La facultad de ejercitar la acción penal es discrecional y debe de ejecutarse de una forma razonable y sin desconocer los principios y valores constitucionales, ni transgrediendo los derechos fundamentales. (...)*”. Es por ello que el Ministerio Público, por mandato constitucional y legal, es el encargado de velar por la defensa de la legalidad, ello como titular de la acción penal pública, debiendo no solo cumplirla, sino también defenderla.

B. La tutela de los intereses generales de la sociedad. Esta otra atribución también se encuentra previsto en el artículo 159° numeral 1 de la Constitución Política del Estado; sin embargo, ya no está referido a la defensa de la legalidad, sino a la defensa de los intereses generales de la sociedad (intereses públicos tutelados por el derecho).

Al respecto, la función⁵⁷⁰ del Ministerio Público de promoción de la actuación de la justicia en defensa de los intereses generales de la sociedad, no resulta sencilla la definición de su contenido; sin embargo, en el ámbito penal, y desde la óptica aludida, la actuación está justificada en los delitos perseguibles de oficio, en los que se encuentra involucrado el *ius puniendi* del Estado, cuya defensa tiene una notoria repercusión en el interés general.

⁵⁶⁹Fundamento Jurídico N° 07 del Expediente N° 06204-2006-PHC/TC.

⁵⁷⁰En 2 Jurisprudencia Penal y Procesal Penal de Carácter Constitucional. Gaceta Constitucional. Lima. 2010. Pág. 230.

En relación a lo mencionado precedentemente, si bien el Ministerio Público a través de su actuar de oficio, persigue la comisión de un delito que afecta los intereses generales de la sociedad, sin embargo, no debe de olvidarse del respecto de las garantías y derechos fundamentales establecidos en la ley y en la Constitución.

C. Fungir como órgano de control. Al respecto, Raúl Chanamé Orbe señala que el Ministerio Público, sin tener injerencia en el ejercicio de la función jurisdiccional, ni tener capacidad disciplinaria, ejerce una labor que acompaña a los jueces produciendo dictámenes (requerimientos y disposiciones) y participando en los actos procesales. De esta manera, en representación de la sociedad, es un vigilante que ejerce atribuciones dentro de cada procedimiento⁵⁷¹. Esta labor que realiza el Ministerio Público lo realiza como defensor de la legalidad y de la sociedad.

Esta atribución de control facultada al Ministerio Público tiene su naturaleza constitucional, prevista en el artículo 159° numeral 2 de la Constitución, el cual prescribe “*velar por la independencia de los órganos jurisdiccionales y por la recta administración de justicia*”. Asimismo, como señala Alberto Bianchi, coadyuva a que los jueces no se aparten del correcto ejercicio de sus funciones, convirtiéndose “en el órgano que garantiza la verdadera independencia y juricidad de aquellos órganos que tienen en sus

⁵⁷¹ CHANAME ORBE, Raúl. Comentarios a la Constitución. Quinta Edición. Editorial Jurista Editores. Lima. 2008. Pág. 496.

manos la decisión definitiva”⁵⁷²; siempre como defensor de la legalidad y la correcta administración de justicia.

De lo dicho, no significa que el Ministerio Público siempre va a actuar como un órgano máximo de control (porque para ello existe el OCMA), sino que, por imperio de la Constitución debe velar por la independencia de los órganos jurisdiccionales (que no reciba influencias externas y actúen de manera independiente), así como asegurar la correcta administración de justicia. Es por ello, como señala Mariano Grondona, los controles mutuos son necesarios para la transparencia y constituye la clave misma del sistema democrático constitucional; que nadie ejerza un poder sin que algún otro tenga derecho de controlarlo⁵⁷³. Dicha labor constitucional es propia del Ministerio Constitucional como defensor de la independencia de los órganos jurisdiccionales.

D. Titular de la acción penal. Esta atribución monopólica otorgada al Ministerio Público, y en representación del Estado, tiene su naturaleza desde un aspecto constitucional, así como procesal. Se dice que es constitucional porque esta atribución está establecido en el artículo 159° numeral 5 de la Constitución; y se dice que es procesal, porque los artículos IV del TP, 1° y 60° del Código Procesal Penal, le otorgan de manera expresa esta atribución, siendo la única institución pública encargada de la persecución del delito.

⁵⁷² BIANCHI, Alberto. Citado en En 2 Jurisprudencia Penal y Procesal Penal de Carácter Constitucional. Gaceta Constitucional. Lima. 2010. Pág. 231.

⁵⁷³ GRONDONA, Mariano. La Corrupción. Editorial Planeta. Buenos Aires – Argentina. 1993. Pág. 166.

Como señala Alonso Raúl Peña Cabrera Freyre, el tema de la acción penal es la potestad soberana que tiene el Estado de perseguir los delitos y faltas que se comentan en el territorio nacional, es un poder – deber que se sostiene sobre la función protectora de bienes jurídicos penalmente tutelados. La acción constituye un “derecho” o “poder” jurídico que se ejerce frente al Estado –en sus órganos jurisdiccionales- para reclamar la actividad jurisdiccional⁵⁷⁴. Esta atribución soberana facultada al Ministerio Público, deberá realizarse respetando los principios y garantías constitucionales, así como los derechos humanos previstos en tratados internacionales, y al cual somos parte.

A su vez, la Constitución Política del Estado y el Código Procesal Penal facultan al Ministerio Público para que pueda ejercitar la acción penal, ya sea de oficio, a pedido de parte, por acción popular o por noticia policial, para⁵⁷⁵ que previo razonamiento de la misma, califique y haya así, una primera evaluación sobre su procedencia, teniendo⁵⁷⁶ como basamento ideológico el reconocimiento y respeto de los derechos de la persona humana plasmados en el texto constitucional.

Además, es de mencionar que el tema de la titularidad de la acción penal no solo es un aspecto legal que lo prevé la Constitución Política del Estado y

⁵⁷⁴PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. Derecho Procesal Penal. Sistema Acusatorio Teoría del Caso y Técnica de Litigación Oral. Tomo I. Editorial RODHAS. 1era Edición. Lima. 2012. Pág. 80.

⁵⁷⁵CHANAME ORBE, Raúl. Comentarios a la Constitución. Quinta Edición. Editorial Jurista Editores. Lima. 2008. Pág. 499.

⁵⁷⁶CUBAS VILLANUEVA, Víctor. Principios Fundamentales del Nuevo Proceso Penal. Editorial Gaceta Jurídica. Lima. 2013. Pág. 54.

el Código Procesal Penal, sino también su propia Ley Orgánica – Decreto Legislativo N° 052 de fecha 10 de marzo de 1981, el cual en su artículo 11° establece esta facultad o atribución que nuestro ordenamiento jurídico le otorga, normativa esta que guarda armonía con la Constitución Política y la ley procesal penal.

E. El Ministerio Público como director de la investigación. El Código

Procesal Penal otorga esta atribución al Ministerio Público, en sus artículos IV.1 del Título Preliminar y 60°.2 del CPP. Asimismo, el artículo 159° numeral 4 de la Constitución, concede esta facultad a la citada institución.

Al respecto, es de mencionar que no⁵⁷⁷ basta con que el agente fiscal oficie la realización de ciertas pruebas a la policía, sino que éste deberá trazar toda la estrategia de investigación, deberá intervenir en todas las diligencias preliminares que amerite su presencia, y, algo muy importante: deberá controlar jurídicamente la investigación policial, es decir, se constituye en un ineludible defensor de los derechos humanos sostenido sobre una cultura jurídica humanista.

Es la actualidad, el fiscal conduce desde el inicio la investigación del delito, labor que al desempeñar con iniciativa y autonomía, el fiscal investigador termina sustituyendo al juez instructor, quien cuya función queda limitada a dirigir la etapa procesal de juzgamiento. Esto es lo que se ha denominado como estructuración de un verdadero proceso “acusatorio

⁵⁷⁷ PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. Derecho Procesal Penal. Sistema Acusatorio Teoría del Caso y Técnica de Litigación Oral. Tomo I. Editorial RODHAS. 1era Edición. Lima. 2012. Pág. 85.

garantista”⁵⁷⁸; sin embargo, esta actividad procesal legítima del Ministerio Público, no es una atribución reciente considerada en la Constitución de 1993 o en el CPP de 2004, debido a que la Constitución de 1979 otorgaba esta facultad a la Fiscalía en su artículo 250°.5 de dicho texto constitucional. Asimismo, la tramitación del proceso penal con el C. de PP de 1940, otorgaba esta atribución al Ministerio Público, y si bien este Código no estableció de manera expresa el instituto procesal de las diligencias preliminares, sin embargo, el Fiscal, mediante Resolución, disponía a la Policía Nacional, y bajo su dirección, las diligencias que debían de realizarse, dentro de un plazo que se fijaba en dicha resolución.

En consecuencia, es necesaria y obligatoria la participación del Ministerio Público en el proceso penal, en su calidad de director, desde el inicio de la investigación (preliminar, y luego preparatoria, de ser el caso), a fin de darle la legalidad del caso a la investigación que se realiza tanto a nivel de la policía nacional, como a nivel de despacho fiscal, debiendo respetarse tanto los derechos fundamentales, como los derechos humanos.

2.1.5.24 El Ministerio Público y el respeto de los derechos fundamentales.

El Tribunal Constitucional ha señalado expresamente que “(...) *el Ministerio Público, cuya función principal es representar a la sociedad en los procesos judiciales, así como la de defender la legalidad y los intereses públicos, (...)*”⁵⁷⁹.

⁵⁷⁸ CHANAME ORBE, Raúl. Comentarios a la Constitución. Quinta Edición. Editorial Jurista Editores. Lima. 2008. Pág. 498.

⁵⁷⁹ Fundamento Jurídico N° 26. Expediente N° 00022-2004-AI/TC, de fecha 12 de agosto de 2005. Caso Dino Baca Herrera y más de cinco mil ciudadanos.

Esta función otorgada por la Constitución Política del Estado al Ministerio Público, no significa que la Fiscalía tenga que actuar de manera arbitraria (interdicción a la arbitrariedad) y contraviniendo los principios y garantías establecido en un Estado Constitucional de Derecho, sino más bien, en aplicación al principio de legalidad que rige a dicha institución, debe actuar desde el inicio del proceso, y durante la investigación, respetando que los derechos fundamentales, principios y garantías del proceso, se cumplan a cabalidad.

Por esta razón, el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 05811-2015-PHC, ha establecido que: “(...) *Por ello, los representantes del Ministerio Público en sus actuaciones y/o decisiones deben observar atentamente el contenido de los derechos y principios constitucionales. Esta obligación de todos los poderes públicos (que incluye al Ministerio Público) viene a ser la denominada eficacia vertical de los derechos fundamentales. (...)*”⁵⁸⁰. Como se ve, el máximo intérprete de la Constitución señala que es de obligación del Ministerio Público velar por el estricto cumplimiento y respeto de los derechos fundamentales, por ello esta⁵⁸¹ entidad tiene como alguna de sus misiones fundamentales “la defensa de la legalidad y de los intereses públicos tutelados por el derecho”. No olvidemos que los derechos fundamentales, en su gran mayoría guardan relación y provienen de los derechos humanos reconocidos por los tratados internacionales.

Esto último señalado en el párrafo precitado, nos llama a colación el hecho de que, el tema del respeto a los derecho fundamentales por parte del Ministerio

⁵⁸⁰ Fundamento Jurídico N° 42. Expediente N° 05811-2015-PHC, de fecha 20 de octubre de 2015. Caso Nadine Heredia Alarcón.

⁵⁸¹ CHANAME ORBE, Raúl. Comentarios a la Constitución. Quinta Edición. Editorial Jurista Editores. Lima. 2008. Pág. 494.

Público dentro del proceso penal no sólo es un tema que la Constitución lo obliga, sino también los tratados al cual nuestro país es parte. Es así, el artículo 1° de la Convención Americana de Derechos Humanos, señala de manera expresa que “*los Estados Partes se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en esta norma supranacional*”. Lo mismo establece el artículo 2° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el cual señala que “*los Estados Partes se comprometen a respetar los derechos reconocidos en el presente pacto*”. En tal sentido, el respeto de los derechos fundamentales por parte del Ministerio Público, no solo obedece a un tema constitucional, sino también, obedece a un tema de respeto de los derechos humanos, al cual somos parte, y que conforme lo dispone el artículo 55° de la Constitución, forma parte de nuestro derecho nacional interno.

En consecuencia, en mérito a lo dispuesto por nuestra legislación nacional, así como por lo ordenado por las normas supranacionales, el Ministerio Público está en la obligación de respetar los derechos fundamentales durante la tramitación del proceso penal, ello, como defensor de la legalidad.

2.1.5.25 El derecho de defensa en el derecho procesal penal.

2.1.5.26 Consideraciones generales.

Como señala César Nakasaki Servigón, el derecho de defensa, hace efectiva la garantía de la defensa en el proceso penal por que mediante la asistencia letrada se realizan los principios de igualdad de las partes y de contradicción al establecerse el equilibrio con el Ministerio Público, integrado por

los fiscales que son abogados⁵⁸². De lo analizado *ut supra*, se ha explicado que este derecho forma parte de las garantías procesales genéricas reconocidas por el derecho procesal penal, su razón, debido a que no solo se encuentra reconocido en la Constitución, sino también en estamentos internacionales, al cual nuestro país es parte. Asimismo, guarda estrecha relación con los principios constitucionales del debido proceso y el derecho a la igualdad.

Este derecho, garantía o principio constitucional es llamado también por el Tribunal Constitucional como derecho continente, debido a que es un mecanismo de control utilizado por diversos países en la substanciación de un proceso penal. Es de estricto cumplimiento no solo por los funcionarios judiciales encargados de la administración de justicia, sino también por los funcionarios públicos en la tramitación de un procedimiento administrativo sancionador. El fin de este derecho es garantizar que ya sea el investigado o administrado –*en la tramitación de un procedimiento administrativo*–, no sea vea indefenso desde el inicio del proceso o procedimiento, hasta su ejecución, debiendo los funcionarios dotarlos de toda información, acceso al proceso, obtención de copias, participación conjunta con un letrado abogado de su libre elección, participar de manera efectiva en los diferentes tipos de audiencias, etc.

Por otra parte, Arsenio Ore Guardia, citando al profesor Alberto Binder, señala que el derecho de defensa cumple, dentro del proceso penal, un papel particular; por una parte, actúa en forma conjunta con las demás garantías y, por

⁵⁸² Nakasaki Servigón, Cesar. El Derecho Penal y Procesal Penal, desde la Perspectiva del Abogado Penalista Litigante. Editorial Gaceta Jurídica. Lima – Perú 2017. Pág. 469-470.

la otra, es la garantía que torna operativas a las demás⁵⁸³. Efectivamente, como se señaló, este derecho actúa dentro del proceso penal de manera sistematizada con las otras garantías procesales, ya sean genéricas, específicas o de la víctima, teniendo como intención, evitar la arbitrariedad y el abuso en que pueden incurrir tanto los funcionarios judiciales, así como las autoridades, durante la tramitación.

Dentro del derecho a la defensa encontramos una de sus vertientes, el derecho a la defensa formal, procesal, técnica o efectiva. Al respecto, Nakasaki Servigón precisa que la defensa técnica es la defensa realizada por los abogados que cumplen en el proceso penal la función técnico-jurídica de defensa de las partes con la finalidad de promover la garantía de sus derechos⁵⁸⁴. Esta obligación que deben tomar en cuenta los funcionarios judiciales, así como las autoridades, bajo sanción de nulidad (art. 150° del CPP), obedece no solo a mandatos constitucionales, sino a obligaciones previstas en tratados internacionales. La intención es que el imputado, así como la víctima, en aplicación del principio de igualdad de armas, cuente con una defensa eficaz desde el inicio del proceso hasta su culminación.

2.1.5.27 Concepto de derecho de defensa.

La doctrina establece al respecto una pluralidad de definiciones y conceptos, siendo que, cualquiera que sea el concepto que se realice, siempre su estructura va a tener como contenido la protección material y procesal del investigado *-también de la víctima-* de este derecho, desde el inicio hasta su

⁵⁸³ ORE GUARDIA, Arsenio. Derecho Procesal Penal Peruano, Análisis y comentario al Código Procesal Penal. Tomo I. Editorial Gaceta Jurídica. Lima. 2016.

⁵⁸⁴ Nakasaki Servigón, Cesar. El Derecho Penal y Procesal Penal, desde la Perspectiva del Abogado Penalista Litigante. Editorial Gaceta Jurídica. Lima – Perú 2017. Pág. 469.

culminación, siendo un derecho innato. El⁵⁸⁵ derecho de defensa le asiste a un individuo desde el momento en que recae sobre su persona una imputación de carácter criminal, y esta defensa puede ejercerla a través de su representante legal; a la primera de ellas, se le denomina “defensa material” la ejerce directamente el imputado; mientras que la segunda de ellas, se denomina “defensa técnica”, es la que se ejerce por medio del abogado defensor, el cual es designado directamente por el imputado.

Como se ha explicado *ut supra*, el ejercicio de este derecho, ya sea por el imputado o la víctima en la tramitación de un proceso penal, constituye no una facultad del Estado, sino por el contrario una obligación imperante, la misma que se encuentra exigida en los tratados internacionales. Así, por ejemplo, cuando el artículo 8° numeral 2, literal d) de la Convención Americana, establece de manera expresa el derecho del inculcado de ejercer su defensa personal o ser asistido por un letrado de su libre elección desde el inicio del proceso, debiendo entenderse de manera extensiva también como beneficiario de este derecho humano al agraviado (toda persona), esta disposición supranacional es de estricto cumplimiento por nuestro país, debido que el artículo 1° de la Convención establece la obligación de respetar el contenido de este tratado internacional por parte de los Estados que han reconocido este estamento supranacional. Esta obligación se encuentra reconocido en nuestra Constitución en los artículos 44° y 55° del texto constitucional.

⁵⁸⁵ Peña Cabrera Freyre, Alonso R. DERECHO PROCESAL PENAL, Sistema Acusatorio Teórico del caso y Técnicas de Legitimación Oral. Editorial RODHAS. Lima - Perú 2012. Pág. 139.

Por otra parte, Víctor Cubas Villanueva señala que el derecho de defensa es la facultad de las partes de sostener sus posiciones y de contradecir los fundamentos del contrario⁵⁸⁶. Esta forma de derecho es lo que también se conoce como defensa procesal, formal, técnica o eficaz. Al respecto, César San Martín Castro, citando a Julio Maier, señala que la garantía procesal comprende la facultad de intervenir en el procedimiento penal abierto para decidir acerca de una posible reacción penal contra él y la de llevar a cabo en él todas las actividades necesarias para poner en evidencia la falta de fundamento de la potestad penal del Estado o cualquier circunstancias que la excluya o atenúa⁵⁸⁷. Se entiende como aquella libertad abierta del investigado de poder contradecir cualquier imputación en su contra, no existiendo ninguna limitación para participar en el desarrollo del proceso, debiendo ser comunicado por parte del Ministerio Público de toda diligencia que se vaya realizar a nivel de fiscalía, a fin de no recortar su derecho.

Así mismo, si bien la garantía de defensa procesal hace mención del imputado; sin embargo, esta garantía se reconoce a todos los sujetos procesales intervinientes en la substanciación del proceso penal, como es el caso de la víctima o agraviado, en aplicación del principio de igualdad de armas⁵⁸⁸. Esta aclaración nos da a entender que la legislación procesal penal no debe tener normas procesales que solamente puedan favorecer el uso de algunos institutos o herramientas procesal, solamente a favor de un sujeto procesal; siendo que, en caso de ser así, se estaría manifestando en el proceso penal una conducta procesal

⁵⁸⁶ CUBAS VILLANUEVA, Víctor. *El Nuevo Proceso Penal Peruano, Teoría y Práctica de su Implementación*. Editorial Palestra. Lima. 2016. Pág. 69.

⁵⁸⁷ SAN MARTIN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal Lecciones, conforme al Código Procesal Penal 2004*. Editorial Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales y otro. Lima. 2020. Pág. 158.

⁵⁸⁸ SAN MARTIN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal Lecciones, conforme al Código Procesal Penal 2004*. Editorial Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales y otro. Lima. 2020. Pág. 159.

discriminatoria, la misma que se encuentra proscrita por mandato constitucional, así como por los tratados internacionales al cual nuestro país es parte; caso contrario, a la postre, de manifestarse este hecho en la tramitación del proceso penal, se podría dar algunos vicios procesales que incurrirían en nulidad absoluta.

En consecuencia, el derecho de defensa, como concepto, contiene una variedad de comentario doctrinarios, empero, se busca entender que su contenido se encuentra estructurado por una defensa material y procesal, siendo este derecho no solo una exclusividad del investigado, sino también del agraviado, siendo que éste último sujeto procesal tiene la libertad de poder incorporar al proceso elementos de convicción que pueda fortalecer su teoría del caso, coadyuvando la investigación que realiza el Ministerio Público, esto, en aplicación al derecho a la igualdad.

2.1.5.28 El derecho de defensa como garantía y principio en el derecho procesal penal.

El derecho a la defensa, al ser un derecho contiene, es posicionado en la legislación nacional de un Estado como derecho, garantía y principio. Así, César Nakasaki Servigón, en lo que respecta al derecho a la defensa como garantía, señala que la defensa procesal no es, solamente, un derecho subjetivo, por su importancia para la existencia del hombre en sociedad supera tal categoría; en la teoría general del Derecho se le asigna la naturaleza jurídica de garantía. Al ser la defensa procesal una garantía, el Estado tiene la exigencia de no solo reconocerla formalmente sino además le corresponde procurar que sea real y efectiva en el

proceso⁵⁸⁹. Efectivamente, como ya se ha señalado *ut supra*, el derecho a la defensa constituye en la tramitación del proceso penal como aquel mecanismo o herramienta procesal que va a ser utilizado por el investigado o la víctima, cuando se le vulneren algunos derechos fundamentales en la substanciación.

El derecho a la defensa como garantía procesal, busca que los funcionarios judiciales, y dentro de un Estado Constitucional de Derecho, respeten y no incurran en arbitrariedades durante su tramitación, de tal manera que se garantice su vigencia plena dentro del proceso penal, no siendo condicionado ni restringido por algún funcionario o autoridad. La idea es que tanto la víctima o investigado, en igualdad de armas, puedan ejercer este derecho de manera plena desde el inicio del proceso hasta su culminación; siendo por ello que el derecho a la defensa forma parte de las garantías procesales genéricas reconocidas por la doctrina.

Ahora bien, en lo que respecta al derecho de defensa como principio, debemos partir señalando que se encuentra reconocido como tal a nivel constitucional (art. 139°.14), así como a nivel procesal (art. IX del TP del CPP). Se entiende como principio constitucional, como aquel derecho establecido dentro del catálogo de principios de la función jurisdiccional previstos en el art. 139° de la Constitución, siendo un principio no solo a tomarse en cuenta a nivel del proceso penal, sino también, en otras ramas del derecho. Al respecto, Enrique Bernales Ballesteros señala que el derecho de defensa es esencial en todo ordenamiento jurídico. Mediante él se protege una parte medular del debido

⁵⁸⁹ NAKASAKI SERVIGÓN, Cesar. El Derecho Penal y Procesal Penal, desde la Perspectiva del Abogado Penalista Litigante. Editorial Gaceta Jurídica. Lima – Perú 2017. Pág. 466.

proceso. Las partes enjuicio deben estar en la posibilidad jurídica y fáctica de ser debidamente citadas, oídas y vencidas mediante prueba evidente y eficiente. El derecho de defensa garantiza que ello sea así⁵⁹⁰. De ahí, que todo sujeto procesal tiene facultad de gozar de este derecho en la tramitación de un proceso, sin importar la rama de derecho que este en debate o juicio.

Así también, en lo que respecta al derecho de defensa como principio reconocido en el proceso penal (art. IX del TP del CPP), esta razón obedece a que este principio guarda relación con los derechos humanos previstos en tratados internacionales. Así, como señala Giovanni Priori Posada, los tratados internacionales sobre derechos son fuentes del derecho procesal al reconocer valores y principios de orden procesal que rigen al sistema procesal nacional, y que permiten determinar el contenido de los derechos fundamentales relativos al proceso⁵⁹¹. En tal sentido, nuestro Código Procesal Penal al haber insertado en su título preliminar el derecho a la defensa, busca que como principio sea tomado en cuenta durante la sustanciación del proceso penal, en razón que es un principio no solo reconocido por nuestra legislación nacional, sino también por los pactos internacionales, siendo que, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 55° de la Constitución, forman parte de nuestro derecho nacional interno.

En consecuencia, el derecho a la defensa como garantía o principio, debe ser tomado en cuenta en la tramitación del proceso penal por los funcionarios judiciales a cargo, así como por las autoridades respectivas, debido a que como

⁵⁹⁰ BERNALES BALLESTEROS, Enrique. La Constitución de 1993, Análisis Comparado, Quinta Edición. Editora RAO SRL. Lima. 1999. Pág. 633.

⁵⁹¹ PRIORI POSADA, Giovanni. El Proceso y la Tutela de Derechos. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima. 2019. Pág. 51.

tal, es reconocido no solo por nuestra legislación nacional, sino también por los tratados internacionales al cual nuestro país los ha reconocido; siendo por ello, que forma parte del conjunto de principios que van a fijar los lineamientos y directrices a tomarse en cuenta no solo en el proceso penal, sino también en la tramitación de cualquier tipo de proceso. Además, como garantía, constituye un mecanismo de control que los sujetos procesales pueden invocarlo, en aplicación al derecho a la igualdad y dentro de un debido proceso.

2.1.5.29 La Tutela de Derechos en el derecho procesal penal.

2.1.5.30 Consideraciones generales.

Este nuevo modelo procesal penal, a diferencia del Código de Procedimientos Penales de 1940, reconoce de manera expresa el instituto procesal de la tutela de derechos en el artículo 71°.4 del CPP. Así, se establece como una facultad exclusiva del imputado, quien ante la vulneración de sus derechos fundamentales durante la tramitación del proceso penal, puede invocar este instituto ante el Juez de Investigación Preparatoria, con la finalidad de excluir una prueba que ha sido obtenida de manera directa o indirecta afectado derechos constitucionales. Se entiende a la tutela de derechos como una especie de habeas corpus dentro del proceso penal, debido a que se insta a fin de controlar, constitucionalmente hablando, la obtención de una prueba, y de esa manera pedir su exclusión, y de ser el caso, su nueva actuación, empero, con las garantías procesales que fija la legislación constitucional y procesal.

La tutela de derechos viene a ser un derivado de la tutela jurisdiccional efectiva, el cual es de naturaleza procesal o procedimental, siendo este último un

principio constitucional previsto en el art. 139° numeral 3 del texto constitucional. Al respecto, Manuel Lujan Túpez, señala que la tutela jurisdiccional efectiva se configura, como una concretización transversal del resguardo de todo derecho fundamental sometido a un ámbito contencioso, y supone la habilitación que posee todo ciudadano para acudir a los órganos judiciales y exigir de ellos una solución para algún problema o conflicto jurídico⁵⁹². Es por ello, gracias al acceso a la justicia, el cual forma parte de una de las características de la tutela jurisdiccional efectiva, es que se puede dar inicio a la acción en el proceso penal. En el caso de la tutela de derechos, el imputado busca a través del acceso a la justicia, excluir del proceso penal una prueba, diligencia o acto procesal, el cual ha sido realizado vulnerando derechos fundamentales, contraviniendo lo dispuesto en el artículo VIII.2 del Título Preliminar del CPP.

Este instituto procesal guarda estrecha relación con el debido proceso, siendo éste último derecho constitucional, tan igual como la tutela jurisdiccional efectiva, una garantía o principio que debe ser respetado en la sustanciación de un proceso penal. Además, se entiende que la tutela de derechos es la única vía procesal de protección que tiene el investigado, frente a circunstancias especiales que se puedan dar durante su tramitación, y por el cual se pretenda vulnerar el debido proceso.

Por otra parte, Cesar San Martin Castro, sobre la tutela de derechos, menciona que el imputado tiene expedita una específica garantía de tutela

⁵⁹² LUJAN TÚPEZ, Manuel. Diccionario Penal y Procesal Penal. Editorial Gaceta Jurídica. Lima – Perú. 2013. Pág. 527.

jurisdiccional, concebida como una protección jurisdiccional especial a cargo del Juez de la Investigación Preparatoria frente a las actuaciones de persecución penal, que no tenga origen jurisdiccional⁵⁹³. Sobre esto último, se entiende a las diligencias no jurisdiccionales, como aquellas diligencias o actos procesales realizados por el Ministerio Público durante las diligencias preliminares o propiamente dentro de la etapa de investigación preparatoria, los cuales por su forma de actuación, no son de carácter jurisdiccional, sino son de naturaleza pre jurisdiccional.

En consecuencia, la tutela de derechos, a manera de introducción, viene a ser aquella tutela jurisdiccional invocada exclusivamente por el imputado durante la etapa procesal de investigación preparatoria, en razón a que determinadas diligencias o actos procesales realizados por el Ministerio Público durante esta etapa procesal, y a nivel pre jurisdiccional, contravienen derechos fundamentales reconocidos en la legislación nacional, así como en tratados internacionales, y que al ser obtenidas de manera contrarias a estas legislaciones, estarían inmersas en nulidad. Asimismo, lo que se busca es excluir del proceso penal actuaciones arbitrarias, siendo el Juez de la Investigación Preparatoria el encargado de garantizar dicha tutela dentro de un debido proceso.

2.1.5.31 Definición de tutela derechos.

A manera de definición, podemos decir que la tutela de derechos consiste en la protección, resguardo y consiguiente efectividad de los derechos del

⁵⁹³ SAN MARTIN CASTRO, César. Derecho Procesal Penal Lecciones, conforme al Código Procesal Penal 2004. Editorial Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales y otro. Lima. 2020. Pág. 304.

imputado reconocidos por la Constitución y las leyes. Desde esta perspectiva, el Juez de la Investigación Preparatoria se erige en un Juez de Garantías durante las diligencias preliminares y la investigación preparatoria ejerciendo su función de control de los derechos ante la alegación del imputado de que se ha producido la vulneración de uno o varios de sus derechos reconocidos específicamente en el artículo 71° del NCPP, responsabilizando al Fiscal o a la Policía del agravio⁵⁹⁴. Es decir, se entiende a la tutela de derechos como aquella tutela jurisdiccional penal, por el cual el imputado busca que se respeten sus derechos fundamentales durante el desarrollo de las diligencias preliminares o de la investigación preparatoria, los cuales vienen siendo vulnerados. Se entiende, que antes de invocar la tutela de derechos ante el Juez de la Investigación Preparatoria, previamente debe existir un requerimiento por parte del imputado dirigido al Fiscal del caso *-en caso la vulneración de los derechos fundamentales sean vulnerados por el Ministerio Público-*, poniéndole en conocimiento la afectación de su derecho fundamental vulnerado, y por el cual solicita la nulidad de una diligencia o acto procesal realizado; siendo que, en caso de no dar respuesta el Ministerio Público dentro de un plazo razonable, recién se podrá plantear este instituto procesal ante el Juez de la Investigación Preparatoria.

Así mismo, la institución de la Tutela de Derechos permite que el Juez de Investigación preparatoria (Juez de Garantías) realice un control de legalidad a la actividad de persecución del delito que realiza la fiscalía, con la finalidad de verificar si su estrategia se enmarca dentro del marco del respeto de las garantías constitucionales. La Tutela Derechos no es preventiva, se recurre a ella cuando ya

⁵⁹⁴ F.j. N° 11 del Acuerdo Plenario N° 4-2010/CJ-116.

se produjo la vulneración de un derecho fundamental⁵⁹⁵. Este último aspecto es necesario a tomar en cuenta, debido a que el imputado insta la tutela de derechos cuando su derecho previsto en la constitución o en la ley procesal penal, ya ha sido vulnerado por el Ministerio Público o la Policía Nacional.

Por su parte, Víctor Jimmy Arbulú Martínez, señala que la tutela de derechos es un mecanismo eficaz tendente al restablecimiento de los derechos vulnerados. No tiene finalidad preventiva, porque se debe solicitar cuando ya se consumó la infracción. Este razonamiento de la Corte Suprema posibilita, entonces que el afectado emplee el habeas corpus si hay afectación al derecho de la libertad individual, o en todo caso, la acción de amparo, ya que ambas tienen finalidades preventivas. Tiene como finalidad proteger los derechos de imputado reconocidos por la Constitución y las leyes⁵⁹⁶. Al respecto, efectivamente la tutela de derechos es la única herramienta procesal que faculta el Código Procesal Penal al imputado para que pueda emplear dentro del proceso penal cuando se vulneren sus derechos reconocidos en tratados, la Constitución y la ley procesal penal.

En ese sentido, podemos definir a la tutela de derechos como aquella herramienta procesal que puede ser utilizado por el imputado cuando se le ha vulnerado sus derechos fundamentales en la tramitación de un proceso penal, a nivel de investigación preliminar o investigación preparatoria. Esta petición de tutela tiene que ser dirigida al Juez de la Investigación Preparatoria, quien decidirá

⁵⁹⁵ RUIZ BRAVO, Hernán y MAYOR SANCHEZ, Jorge Luís. Actualidad Penal al día con el Derecho. Editorial Instituto Pacífico. Lima. 2019. Pág. 203.

⁵⁹⁶ ARBULU MARTÍNEZ, Víctor Jimmy. La Investigación Preparatoria en el Nuevo Proceso Penal. Editorial Institución Pacífico, Actualidad Penal. Lima. 2014. Pág. 218-219.

si un acto procesal o diligencia se excluye o no de la investigación fiscal, así como, de ser el caso, se realice una nueva diligencia.

2.1.5.32 Finalidad de la tutela de derechos.

Como señalan los fundamentos jurídicos 11 y 13 del Acuerdo Plenario N° 4-2010/CJ-116, la tutela jurisdiccional de derechos tiene como finalidad esencial la protección, resguardo y consiguiente efectividad de los derechos del imputado⁵⁹⁷ reconocidos por la Constitución y las leyes. Asimismo, constituye un instrumento idóneo para salvaguardar las garantías del imputado y, a su vez, regular las posibles desigualdades entre perseguidor y perseguido, siendo uno de los principales mecanismos para realizar el control de legalidad de la función del fiscal, quien deberá conducir y desarrollar toda su estrategia persecutoria siempre dentro del marco de las garantías básicas.

Así también, la finalidad de la tutela de derechos no solo se enmarca en el reconocimiento y protección de los derechos del imputado reconocidos en el derecho nacional, sino también en aquellos derechos previstos en tratados sobre derechos humanos, los mismos que guardan relación con los derechos fundamentales previstos en la Constitución, y forman parte del debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva.

Por otra parte, un aspecto a tomar en cuenta es que la tutela de derechos, como fin, es un mecanismo eficaz tendiente al restablecimiento del statu quo de

⁵⁹⁷ La condición de imputado (...), supone que este puede ejercer su derecho de defensa y, a través de él, exigir el cumplimiento de todos los derechos que le asisten durante el desarrollo de todo el proceso penal. **ORE GUARDIA, Arsenio. Derecho Procesal Penal Peruano, Análisis y comentarios al Código Procesal Penal, Tomo I. Editorial Gaceta Jurídica. Lima. 2016. Pág. 250.**

los derechos vulnerados, que encuentra una regulación expresa en el CPP, y que debe utilizarse única y exclusivamente cuando haya una infracción *-ya consumada-* de los derechos que asiste al imputado⁵⁹⁸. Al respecto, Víctor Jimmy Arbulú Martínez menciona que el Juez de la Investigación Preparatoria se erige en un juez de garantías durante las diligencias preliminares e investigación preparatoria, ejerciendo su función de control de derechos ante la alegación del imputado de haber sido la víctima de vulneración, responsabilizando al fiscal o a la policía⁵⁹⁹. Además, la tutela de derechos tiene como fin, sin perjuicio de proteger los derechos fundamentales del imputado, de excluir o de declarar viciados determinados actos de investigación que hayan sido recabados por el Ministerio Público contraviniendo el art. VIII.2 del Título Preliminar del CPP, así como los previstos en el art. 71° del mismo cuerpo legal, y de ser el caso el art. 159° del Código acotado.

En consecuencia, estando a lo mencionado en los párrafos precitados, se tiene que la tutela de derechos tiene como finalidad principal la protección de los derechos fundamentales del imputado durante la tramitación del proceso penal a nivel de diligencias preliminares e investigación preparatoria, buscando evitar las arbitrariedades en que pudieran incurrir el fiscal o la policía nacional. Asimismo, como función secundaria, busca excluir del proceso aquellos actos de investigación que se encuentren viciados por haber sido realizados contraviniendo la Constitución y la ley procesal penal, así como que se subsane la omisión o se dicte las medidas de corrección o de protección que correspondan.

⁵⁹⁸ F.j N° 12 del Acuerdo Plenario N° 4-2010/CJ-116.

⁵⁹⁹ ARBULU MARTÍNEZ, Víctor Jimmy. La Investigación Preparatoria en el Nuevo Proceso Penal. Editorial Institución Pacífico, Actualidad Penal. Lima. 2014. Pág. 218.

2.1.5.33 Oportunidad y trámite de la tutela de derechos en el proceso penal.

El Código Procesal Penal, y en aplicación del principio de legalidad, establece en el artículo 71°.4 la oportunidad procesal que tiene el imputado para invocar tutela de derechos⁶⁰⁰, cuando se vulneren sus derechos fundamentales durante la sustanciación de un proceso penal. Así, de manera expresa determina que tal oportunidad deberá realizarse dentro de la investigación preliminar o investigación preparatoria, siendo competente para conocer su tramitación, el Juez de la Investigación Preparatoria. Al respecto, Alonso Raúl Peña Cabrera Freyre señala que el derecho del imputado de acudir a la tutela jurisdiccional efectiva del Juez de la Investigación Preparatoria, se da cuando considere que durante las diligencias preliminares o en la investigación preparatoria no se ha dado cumplimiento a las disposiciones antes comentadas⁶⁰¹.

Así mismo, se debe de precisar que la tutela de derechos es de carácter residual. Al respecto, los fundamentos jurídicos 13 *-segundo párrafo-* y 14 del Acuerdo Plenario N° 4-2010/CJ-116 de fecha 16 de noviembre de 2010, así como el fundamento jurídico 9 del Acuerdo Plenario N° 2-2012/CJ-116 de fecha 26 de marzo de 2012, establecen que no es errado en afirmar que la audiencia de tutela es residual, esto es, opera siempre que el ordenamiento procesal no especifique un camino determinado para la reclamación de un derecho afectado. Del mismo,

⁶⁰⁰ *Adicionalmente, y en vía complementaria, el imputado tiene expedita una específica garantía de tutela jurisdiccional, concebida como una protección jurisdiccional especial a cargo del Juez de la Investigación Preparatoria frente a las actuaciones de persecución final, que no tengan origen jurisdiccional. Está contemplada en el artículo 71°.4 del CPP. SAN MARTIN CASTRO, César. Derecho Procesal Penal Lecciones, conforme al Código Procesal Penal 2004. Editorial Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales y otro. Lima. 2020. Pág. 304.*

⁶⁰¹ PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. Derecho Procesal Penal, Sistema Acusatorio, Teoría del Caso y Técnicas de Litigación Oral, Tomo I. Editorial RODHAS. Lima. 2012. Pág. 343.

Víctor Jimmy Arbulú Martínez menciona que la audiencia de tutela es residual, puesto que otros derechos del imputado sí tienen una vía propia⁶⁰²; es decir, se dice que la tutela de derechos es residual debido a que existen otros mecanismos de protección que pueden garantizar el respeto del debido proceso en la tramitación de un proceso penal. Así tenemos el caso, por ejemplo, cuando se vulnera el derecho fundamental al plazo razonable, en este caso el imputado puede proteger este derecho **mediante un control de plazo**⁶⁰³, o en su defecto, cuando se trate de un reexamen de la intervención de las comunicaciones telefónicas o análogas (artículo 231°.3 del CPP). Así también, el f.j. 18 del acuerdo plenario señalado, establece que el acto procesal que emite el Ministerio Público, como es la Disposición de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria, no podrá cuestionarse vía tutela de derechos. Del mismo modo, no⁶⁰⁴ podrá cuestionarse la inadmisión de diligencias sumariales solicitadas por el imputado y denegadas por el Fiscal, debido a que el artículo 337°.5 del CPP, establece el mecanismo procesal para proteger su derecho del imputado.

Un aspecto a resaltar, es lo establecido en el fundamento jurídico 15 del Acuerdo Plenario N° 4-2010/CJ-116, en donde se establece que está habilitado el Juez de la Investigación Preparatoria para realizar un control de admisibilidad de la petición respectiva y, en su caso, disponer el rechazo liminar, cuidando siempre de verificar cada caso en particular. Si bien el CPP no le otorga de manera expresa esta facultad al Juez citado; sin embargo, es el acuerdo plenario mencionado

⁶⁰² ARBULU MARTÍNEZ, Víctor Jimmy. La Investigación Preparatoria en el Nuevo Proceso Penal. Editorial Institución Pacífico, Actualidad Penal. Lima. 2014. Pág. 224.

⁶⁰³ F.j. 13, segundo párrafo, del Acuerdo Plenario N° 4-2010/CJ-116.

⁶⁰⁴ ARBULU MARTÍNEZ, Víctor Jimmy. La Investigación Preparatoria en el Nuevo Proceso Penal. Editorial Institución Pacífico, Actualidad Penal. Lima. 2014. Pág. 219.

precedentemente que le faculta al Juez de la Investigación Preparatoria que haga este control de admisibilidad, debido a que pueden suceder casos excepcionales en que la defensa técnica del imputado busque dilatar de manera innecesaria el desarrollo de la investigación fiscal, así como realizar actos de obstrucción.

Por otra parte, **respecto del trámite de la tutela de derechos**, el art. 71° inciso 04 del CPP señala que cuando el imputado considere que se está afectando sus derechos, tendrá que acudir al Juez de la Investigación Preparatoria a fin de que se protejan sus derechos fundamentales, siendo que dicho funcionario judicial convocará a audiencia, conforme a lo previsto en el art. 8° del CPP. En esta parte es de señalar que, conforme se ha mencionado *ut supra*, el Juez de la Investigación Preparatoria al momento de recibir la solicitud del imputado puede examinar su admisibilidad, a fin de verificar si el derecho reclamado por el investigado se encuentra o no dentro de los derechos protegidos por el instituto procesal de la tutela de derechos.

Al respecto, César San Martín Castro menciona que el Juez de la Investigación Preparatoria tiene una intervención activa frente a una solicitud de tutela: indagar sumariamente la realidad de los hechos alegados por el peticionario, citar a una audiencia con el concurso de las partes y decidir. En lo pertinente, se seguirán las reglas del artículo 8° del CPP. El Juez tiene poder de subsanación de la omisión *-si la conducta denunciada fuere omisiva-*, así como de corrección y protección, según si la conducta denunciada fuere comisiva o activa y merezca, adicionalmente, una medida judicial de satisfacción para superar

la violación legal establecida⁶⁰⁵. El trámite de la tutela de derechos no solo garantiza la protección de los derechos fundamentales con el que cuenta el imputado, sino también forma parte del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

En ese sentido, y estando a lo mencionado en los párrafos precitados, se colige que la oportunidad procesal que tiene el imputado para poder proteger sus derechos fundamentales ante los excesos en que pudiesen incurrir el Ministerio Público o la Policía Nacional, es a nivel de diligencias preliminares o investigación preparatoria, siendo competente el Juez de la Investigación Preparatoria, teniendo como finalidad primaria proteger los derechos fundamentales que gozan los imputados en la tramitación de un proceso penal; y como función secundaria, excluir o declarar nulidad de actos procesales que se encuentren viciados por haber sido realizado contraviniendo la Constitución y la ley procesal penal. Asimismo, respecto del trámite, dicho procedimiento se encuentra regulado en el artículo 71°.4 del CPP, aplicándose supletoriamente el trámite previsto en el artículo 8° del CPP.

2.1.5.34 ¿Qué derechos protege la tutela de derechos?

El artículo 71° inciso 02 del CPP, señala cuales son aquellos derechos del imputado que son materia de protección vía tutela de derechos, siendo los siguientes:

⁶⁰⁵ SAN MARTIN CASTRO, César. Derecho Procesal Penal Lecciones, conforme al Código Procesal Penal 2004. Editorial Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales y otro. Lima. 2020. Pág. 305.

- A. Conocer los cargos formulados en su contra, y en caso de detención, a que se le exprese la causa o motivo de dicha medida, entregándole la orden de detención girada en su contra, cuando corresponda.** Este primer derecho guarda estrecha relación con el derecho a la defensa material o personal, previsto en el artículo 139° numeral 14 de la Constitución, así como en el art. IX.1 del Título Preliminar del CPP, el cual es ejercido de manera directa por el imputado desde el inicio de las diligencias preliminares, siendo un acto previo a la defensa formal o procesal. Como señala Víctor Cubas Villanueva, el derecho a la defensa constituye la esfera intangible que tiene todo ciudadano a defenderse de los cargos que se le imputan, mereciendo el respeto de todos los poderes públicos, en especial del Poder Judicial⁶⁰⁶. Esta obligación se hace extensiva al Ministerio Público, así como a la Policía Nacional, quienes están en la imperiosa obligación de respetar este primer derecho.
- B. Designar a la persona o institución a la que debe comunicarse su detención y que dicha comunicación se haga en forma inmediata.** Este derecho de manera implícita guarda relación con la defensa material, debido a que el imputado, desde que es detenido, tiene derecho a comunicarse de manera inmediata con la persona que considere idónea, a fin de que pueda contar con un abogado defensor de su libre elección.
- C. Ser asistido desde los actos iniciales de investigación por un Abogado defensor.** Este tercer derecho reconocido por la ley procesal penal a favor del imputado, está referido al derecho a la defensa formal, procesal, técnica, cautiva o efectiva, prevista también en el art. 139°.3 de la

⁶⁰⁶ CUBAS VILLANUEVA, Víctor. El Nuevo Proceso Penal Peruano. Editorial Palestra. Lima. 2016. Pág. 69.

Constitución y en el art. IX.1 del Título Preliminar del CPP, así como en los tratados internacionales, como por ejemplo en el artículo 8°.2, literal d) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Así, Carocca Pérez señala que la presencia del abogado defensor es un requisito de validez de ciertas actuaciones, lo que significa que si el abogado no está presente, dichas actuaciones son nulas⁶⁰⁷. En nuestro caso, el art. VIII.2 del Título Preliminar del CPP, prescribe que carece de efecto legal aquellas pruebas que hayan sido obtenidas de manera directa o indirecta vulnerando derechos fundamentales.

D. Abstenerse de declarar; y si acepta hacerlo, a que su Abogado Defensor esté presente en su declaración y en todas las diligencias en que se requiere su presencia. El hecho de que el imputado se abstenga de declarar, no significa que su situación jurídica se agrave dentro de la investigación fiscal, en aplicación del principio de la no autoincriminación. Al respecto, Alonso Raúl Peña Cabrera Freyre señala que el imputado puede optar por mantener silencio, éste es un derecho que se deriva del principio de presunción de inocencia, y que se expresa en el *nemo tenetur se ipso accusare*, pues, en un sistema procesal acusatorio, el imputado no está obligado a ofrecer prueba en su contra, a menos que así lo convenga⁶⁰⁸. Esto, en razón a que constitucionalmente hablando, el Ministerio Público es el titular del ejercicio de la acción penal, y sobre él recae la carga de la prueba.

⁶⁰⁷ CAROCCA PÉREZ, Alex. Manual del Nuevo Sistema Procesal Penal. Editorial Lexis Nexis. Santiago – Chile. 2005. Pág. 90.

⁶⁰⁸ PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. Derecho Procesal Penal, Sistema Acusatorio Teoría del Caso y Técnica en Litigación Oral, Tomo I. Editorial RODHAS. Lima. 2012.

Por otra parte, respecto de que la defensa técnica del acusado debe asistirlo en todo momento durante el desarrollo del proceso, se tiene que dicha obligación legal forma parte de lo establecido de manera imperativa en los tratados internacionales, así como en nuestra Constitución, hacer lo contrario afecta las garantías procesales genéricas del debido proceso y el derecho a la defensa.

E. Que no se emplee en su contra medios coactivos, intimidatorios o contrarios a su dignidad, ni a ser sometido a técnicas o métodos que induzcan o alteren su libre voluntad o a sufrir una restricción no autorizada ni permitida por Ley. Este derecho que le asiste al imputado guarda estrecha relación con lo establecido en el artículo 8° numeral 3 de la Convención Americana, el cual señala que *“la confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza”*. Asimismo, el art. 2° numeral 24, literal h) de la Constitución Política del Estado, en donde se establece que *“Nadie debe ser víctima de violencia moral, psíquica o física, ni sometido a tortura o a tratos inhumanos o humillantes”*⁶⁰⁹.

Sobre lo expuesto, César San Martín Castro señala que no se puede atentar contra su autonomía personal, a la vez que se debe de salvaguardar su dignidad y observar el principio de proporcionalidad⁶¹⁰. Así, el

⁶⁰⁹ El derecho a la integridad personal, va a buscar proteger la dignidad de la persona humana de manera primordial, se encuentra además vinculado a la protección del derecho a la vida, a la salud, a la seguridad personal y al libre desarrollo y bienestar. **REYNAL HIDALGO, Hayley. La Constitución Comentada, Análisis Artículo por Artículo, Tercera Edición, Tomo I. Gaceta Jurídica. Lima. 2016. Pág. 478.**

⁶¹⁰ SAN MARTÍN CASTRO, César. Derecho Procesal Penal Lecciones, conforme al Código Procesal Penal 2004. Editorial Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales y otro. Lima. 2020. Pág. 305.

imputado tiene derecho a guardar silencio y no declarar, en aplicación del principio de la no autoincriminación, debiendo respetarse este derecho, además de su integridad física y su dignidad, desde el momento en que es detenido, obligación directa esta que recae en la Policía Nacional, así como en el Ministerio Público.

F. Ser examinado por un médico legista o en su defecto por otro profesional de la salud, cuando su estado de salud así lo requiera.

Cuando este derecho señala “cuando así lo requiera”, se entiende desde dos aspectos: **el primero**, que necesita ser examinado por un médico legista debido a la violencia psicológica o física o por haber sido sometido a tortura y tratos humanos denigrantes, durante su detención, tal como lo dispone el literal h), numeral 24 del art. 2° de la Constitución; **y segundo**, que durante su detención ante la Policía Nacional pueda padecer cualquier tipo de enfermedad, y por tal razón es necesario trasladarlo a un nosocomio local. Este derecho que le asiste al imputado debe ser tomado en cuenta tanto a nivel de detención preliminar, así como en caso el imputado se encuentre privado de su libertad mediante prisión preventiva. Incluso, de aquellos imputados que se encuentran sentenciados, cumpliendo su condena en un establecimiento penitenciario.

2.1.5.35 Legitimidad para solicitar tutela de derechos en el Código Procesal Penal.

La tutela de derechos, según el art. 71°.4 del CPP, constituye un mecanismo procesal legitimado exclusivamente para el imputado⁶¹¹. Así, como

⁶¹¹ El imputado tiene derechos de actuación activo –de participación– y pasivo frente al poder estatal, asimismo de protección frente a los medios de comunicación. **SAN MARTÍN CASTRO, César. Derecho Procesal Penal Lecciones. Editorial INPECCP. Lima. 2015. Pág. 237.**

señala Arbulú Martínez, el NCPP, en protección de los derechos de los imputados previstos en la Constitución del Estado, ha establecido esta audiencia especial (de tutela de derechos) para que el Juez de la Investigación Preparatoria los tutele si fuesen afectados por actos del Ministerio Público o la Policía⁶¹². Como se advierte de lo expuesto, de manera preliminar podemos decir que tanto la ley, así como la doctrina, establecen que el único sujeto procesal legitimado para solicitar tutela de derechos, es el imputado.

Por otra parte, lo señalado por la ley y la doctrina, también ha sido reforzado por la jurisprudencia. Es así, de la revisión del Acuerdo Plenario N° 4-2010/CJ-114 de fecha 16 de noviembre de 2010, podemos advertir que el fundamento jurídico 19, solo establece como sujeto procesal facultado para solicitar tutela de derechos al imputado. Del mismo modo, el Acuerdo Plenario N° 2-2012/CJ-116 reconoce la exclusividad de este mecanismo procesal al investigado. Debe tenerse en cuenta que ambos acuerdos plenarios mencionados precedentemente, constituyen doctrina jurisprudencial de carácter obligatorio para los jueces de todas las instancias judiciales, tal como se acuerda en la parte final de dichos acuerdos precitados.

Hasta acá, la Ley, la doctrina y la jurisprudencia es uniforme en señalar que el único legitimado para poder invocar tutela de derechos durante las diligencias preliminares o investigación preparatoria es el imputado; sin embargo, pueden darse algunos casos excepcionales en donde se vean afectados no

⁶¹² ARBULU MARTÍNEZ, Víctor Jimmy. La Investigación Preparatoria en el Nuevo Proceso Penal. Editorial Institución Pacífico, Actualidad Penal. Lima. 2014. Pág. 218.

solamente los derechos del imputado, sino también los derechos fundamentales de la víctima o agraviado, y por lo tanto el único mecanismo procesal inmediato de remediar estos actos violatorios, sería también la tutela de derechos. Así, si revisamos el art. I.3 del Título Preliminar del CPP, se establece de manera expresa el principio de igualdad de armas, principio por el cual **los sujetos procesales intervienen en el proceso con iguales posibilidades de ejercer las facultades previsto en la Constitución y en el CPP**, entre ellos la tutela de derecho. Como señala Luís Miguel Reyna Alfaro, obsérvese como es que el CPP hace referencia a la “igualdad de posibilidades” y no, de modo más genérico, a la igualdad a las partes⁶¹³.

De lo expuesto precedentemente, aparentemente existiría una antinomia entre el art. I.3 del Título Preliminar del CPP y el art. 71.4 del mismo cuerpo legal, en razón que el primero faculta a los sujetos **procesales a intervenir en el proceso penal con iguales posibilidades y facultades**, y por otra parte, el segundo, que solo faculta la legitimidad de la tutela de derecho únicamente al imputado; empero, como diría Nolberto Bobbio, el derecho no admite antinomias. Esto último es cierto, si revisamos lo dispuesto en el art. X del Título Preliminar del CPP, se señala que las normas que integran el título preliminar del Código acotado, **prevalecen sobre cualquier otra disposición de este código**. Entonces, la interpretación que se haga del contenido de las normas procesales, deberán realizarse bajo los lineamientos fijados en los principios previstos en el título preliminar del CPP. Se entiende así, porque los principios son aquellos

⁶¹³ REYNA ALFARO, Luís Miguel. El Proceso Penal Acusatorio, Funcionamiento, Fundamentos y Cuestiones Trascendentes. Editorial Instituto Pacífico. Lima. 2015. Pág. 24.

lineamientos que reflejan principios establecidos en la Constitución, así como en tratados sobre derechos humanos, de ahí su importancia para todo el proceso.

Es por esta razón legal y de interpretación sistemática del CPP, que las víctimas tienen legitimidad, en igualdad de armas, de poder invocar tutela de derechos cuando en la sustanciación del proceso penal se vean afectados sus derechos fundamentales, y como bien ha señalado el Tribunal Constitucional, el Juez no deberá realizar una interpretación restringida del artículo 71°.4 del CPP, atentatoria al derecho a la igualdad de armas entre las partes⁶¹⁴. Es facultad del Juez de la Investigación Preparatoria, de presentarse un caso similar, realizar una interpretación sistemática de la legislación procesal penal, así como de nuestra Constitución, y de ser el caso, aplicar control difuso, al amparo del segundo párrafo del art. 138° del texto constitucional.

2.1.5.36 Contravención entre la norma procesal penal y los tratados internacionales y la Constitución sobre la legitimidad de peticionar la tutela de derechos.

Como se ha explicado *ut supra*, la norma procesal penal tiene relación directa con la Constitución, así como también con los tratados internacionales sobre derechos humanos; así, en relación al primero, tiene una relación directa por una cuestión de jerarquía normativa, según nuestro ordenamiento jurídico; y respecto del segundo, porque el art. 55° de la Constitución reconoce de manera expresa que los tratados forman parte de nuestro derecho nacional. Además, desde el momento que el Estado ha reconocido de manera voluntaria ser parte de un

⁶¹⁴ Fundamento jurídico N° 05 del Expediente N° 03631-2011-AA/TC- PUNO, Caso Pedro León Gómez Achocalla, de fecha 16 de abril de 2013.

tratado, como por ejemplo la Convención Americana, la misma norma supranacional obliga al Estado a adecuar su legislación de acuerdo al contenido de dicho tratado (art. 2° de la Convención). Es decir, no puede existir una normativa interna que contravenga las disposiciones legales previstas en un tratado, hacer lo contrario significaría que un acto procesal realizado pudiera incurrir en vicio procesal, y a la postre se declare su nulidad, incluso viciar la sustanciación del proceso penal.

Así también, no podemos dejar de mencionar que la tutela de derechos o tutela jurisdiccional efectiva, es un derecho que guarda estrecha relación con el derecho a la igualdad, el derecho a la defensa⁶¹⁵ y el debido proceso. Así, de los tres derechos constitucionales descritos precedentemente, es de resaltar que el derecho a la igualdad es aquel derecho que faculta que la tutela jurisdiccional invocada por cualquier sujeto procesal en la tramitación de un proceso penal, sea admitida sin discriminación. Entonces, cuando el artículo 71°.4 del CPP señala como facultad exclusiva de la tutela de derechos solamente al imputado, tal normativa procesal estaría vulnerando la Constitución, así como los derechos humanos, debido a que todos somos iguales ante la ley, y dentro de la tramitación de una ley, no pudiendo crearse favoritismo o facultades exclusivas a un solo sujeto procesal.

⁶¹⁵ “El derecho a la defensa se concibe como un derechos de rango fundamental, atribuido a las partes de todo proceso, que consiste básicamente en la necesidad de que éstas sean oídas, en el sentido de que puedan alegar y probar para conformar la resolución judicial, y de que conozcan y puedan rebatir todos los materiales de hecho y de derecho que puedan influir en la resolución judicial”. Texto de Montero Aroca, citado por **HORVITZ LENON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián. Derecho Procesal Penal Chileno Tomo I. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 2002. Pág. 77.**

Desde el punto de vista Constitucional, y como señala Ángela Vivanco Martínez, citando a Mario Verdugo Marinkovic y otros, el derecho a la igualdad se entiende como aquel derecho por el cual todo ser humano no es superior ni inferior a cualquier otro; ninguna persona es más que cualquier otra persona en dignidad y derechos, nadie puede ser discriminado⁶¹⁶. Este aspecto, viene a ser la primera razón constitucional del porque no puede existir favoritismo dentro de una ley, en especial, dentro de la ley procesal penal. De existir una ley que otorga atribuciones y facultades solamente a un sujeto procesal, se estaría atentando contra el derecho fundamental de la igualdad, por existir discriminación constitucional en relación a los demás sujetos procesales.

Ahora bien, en lo que respecta a los tratados sobre derechos humanos, y haciendo un análisis a nivel del Sistema Interamericano, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado en el Caso Yatama vs Nicaragua que este principio (*derecho a la igualdad y sin discriminación*) posee un carácter fundamental para la salvaguardia de los derechos humanos, tanto en el derecho internacional como en el interno; se trata de un principio de derecho imperativo⁶¹⁷. Asimismo, la Corte ha señalado que el principio fundamental de igualdad y no discriminación forma parte del derecho internacional general, en cuanto es aplicable a todo Estado, independientemente de que sea parte o no en determinado tratado internacional. Así, revestido de carácter imperativo, acarrea obligaciones

⁶¹⁶ VIVANCO MARTÍNEZ, Ángela. Curso de Derecho Constitucional, Aspecto Dogmáticos de la Carta Fundamental de 1980, Tomo II, Segunda Edición Ampliada. Ediciones Universidad Católica de Chile. Santiago – Chile. 2006. Pág. 33.

⁶¹⁷ SILVA GARCÍA, Fernando. Jurisprudencia Interamericana sobre Derechos Humanos, Criterios Esenciales, Primera Edición. Editado por el Poder Judicial de la Federación. México. 2011. Pág. 429-430.

erga omnes de protección que vinculan a todos los Estados y generan efectos con respecto a terceros, inclusive particulares⁶¹⁸.

En tal sentido, y estando a los lineamientos fijados por la CorteIDH, el cual es de carácter obligatorio para nuestro país, conforme a lo dispuesto en la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, la norma procesal penal debe ser interpretada a la luz de los derechos humanos, no debiendo hacerse interpretaciones restrictivas; siendo que, está sería otra de las razones del porque la víctima o agraviado tendría derecho a la tutela de derechos, en igualdad de armas y sin discriminación.

2.1.5.37 El derecho fundamental de igualdad ante la ley en el Derecho Procesal Penal.

2.1.5.38 Consideraciones generales.

Conforme se ha mencionado *ut supra*, esta garantía procesal específica es aplicada en el proceso penal, en mérito a lo dispuesto en el artículo I inciso 03 del Título Preliminar del Código Procesal Penal, el cual señala que “las partes intervendrán en el proceso con iguales posibilidades”⁶¹⁹. Asimismo, como señala Francisco Fernández Segado, la igualdad en la ley impide que el legislador y el poder reglamentario puedan configurar los supuestos de la norma de modo tal que

⁶¹⁸ SILVA GARCÍA, Fernando. Jurisprudencia Interamericana sobre Derechos Humanos, Criterios Esenciales, Primera Edición. Editado por el Poder Judicial de la Federación. México. 2011. Pág. 430.

⁶¹⁹ La doctrina distingue entre igualdad en el trato dado por la ley o *igualdad en la ley* que consiste en el límite puesto al ejercicio del poder legislativo; e *igualdad en la aplicación de la ley*, lo que impone que un mismo órgano no pueda modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales. TORRES VASQUEZ, Aníbal, citando a Francisco Fernández Segado. **Introducción al Derecho, Teoría General del Derecho**. Editorial Palestra Editores. Lima. 1999. Pág. 734.

se dé trato distinto a personas que encuentran en igual situación⁶²⁰. De ahí que el principio de igualdad de armas debe ser tomado en cuenta durante la sustanciación del proceso penal, sin importar que sujeto procesal lo invoque.

Al respecto, Carlos Fernández Sessarego precisa que la igualdad es un permanente desafío para el derecho, más aún en un verdadero mundo en que las diferencias se revelan y reclaman a cada instante, siendo por ello que opera para asegurar el goce real, efectivo y pleno del plexo de derechos que la Constitución y las leyes reconocen y garantizan⁶²¹. Efectivamente, ese goce real, efectivo y pleno del plexo de derechos constitucionales que gozan los sujetos procesales dentro de un debido proceso, y en ejercicio de su derecho de defensa, para que sea efectivo, no debe ser discriminado por ningún funcionario judicial a cargo de la administración de justicia en nuestro país.

En ese sentido, de las dos vertientes que nacen, procesalmente hablando, del derecho a la igualdad: igualdad en la ley e igualdad en la aplicación de la ley, la primera de ella es la que nos interesa analizar en el presente trabajo, y por el cual se busca afirmar, legal y doctrinariamente hablando, que los sujetos procesales -víctima e imputado- pueden solicitar tutela de derechos en la tramitación de un proceso penal, cuando se le vulneren sus derechos fundamentales, en aplicación al derecho fundamental de igualdad ante la ley y sin discriminación.

⁶²⁰ FERNANDEZ SEGADO, Francisco. El Sistema Constitucional Español. Editorial Dykison. Madrid – España. 1992. Pág. 204.

⁶²¹ FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. La Constitución Comentada. Análisis Artículo por Artículo. Tercera Edición. Tomo I. Editorial Gaceta Jurídica. Lima. 2015. Pág. 104-105.

2.1.5.39 Concepto de igualdad de armas.

Encontrar en la doctrina un concepto unitario de igualdad resulta muy corto. Así, como señala Francisco Rubio Llorente, en el terreno jurídico el concepto de igualdad adquiere otro nivel de complejidad. En él ha de convivir con otras normas y principios, ámbito en el que no serán infrecuentes las colisiones, en especial con el derecho a la libertad, pues libertad e igualdad son categorías que se implican recíprocamente⁶²². Esta relación con la libertad no proviene del derecho contemporáneo, sino, desde la revolución francesa, en donde se utilizaron como lema de la revolución las frases: libertad, fraternidad e igualdad; siendo que, de estos tres derechos citados, la fraternidad ha sido reemplazado hoy en día por la dignidad. Sin embargo, desde el punto de vista procesal también guarda relación con el derecho a la defensa y el debido proceso.

En relación a lo mencionado precedentemente, Aníbal Torres Vásquez señala que la dignidad del ser humano, idéntica en todos los casos y consubstancial con su existencia, exige que toda persona tenga igualdad de tratamiento en igualdad de circunstancias. El ser humano nace igual en dignidad formando parte de una sociedad que le debe ofrecer los mismos derechos de que gozan los demás y con las mismas limitaciones para todos⁶²³. Por tal razón, cuando se realiza dentro del proceso penal un trato desigualitario, carente de razonabilidad y objetividad, en ese momento dicha conducta se materializa en un acto discriminatorio, lo cual implícitamente afecta el derecho constitucional de la dignidad, basado en el derecho de recibir un trato igualitario.

⁶²² RUBIO LLORENTE, Francisco. La Forma del Poder, Estudios sobre la Constitución. Editorial Centro de Estudios Constitucionales. Madrid – España. 1993. Pág. 105.

⁶²³ TORRES VASQUEZ, Aníbal. Introducción al Derecho, Teoría General del Derecho. Editorial Palestra Editores. Lima. 1999. Pág. 734.

Por otra parte, Walter Gutiérrez Camacho y Juan Manuel Sosa Sacio, precisan que la tarea de dotar de significado al concepto de igualdad se complica cuando comprobamos que este derecho fundamental, lo mismo que todos los de su género, son derechos históricos, en el sentido de que su contenido va formándose gradualmente, al extremo de llegar a puntos radicalmente distanciados⁶²⁴. Así, el derecho a la igualdad ha ido evolucionando a lo largo de la historia, teniendo apreciaciones distintas durante esos periodos de tiempo, encontrando su madurez en el derecho contemporáneo y con ayuda fundamental del derecho constitucional. En tal sentido, desde el punto de vista constitucional, la igualdad como derecho implica tanto la interdicción de la discriminación, como la igual atribución y disfrute de los derechos y libertades reconocidos por el ordenamiento ante situaciones similares, siendo los ciudadanos sujetos de derecho en la misma proporción⁶²⁵.

Así también, como principio, Giovanni Francezco Priori Posada, citando a Montero Aroca, señala que, este principio, que completa a los anteriores, requiere conceder a las partes de un proceso 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. Este concepto, como principio, guarda estrecha relación con el derecho procesal, en razón que como principio se encuentra previsto en el título preliminar de la norma procesal penal, debiendo ser tomado en cuenta durante la tramitación del proceso penal.

⁶²⁴ GUTIERREZ CAMACHO, Walter y SOSA SACIO, Juan Manuel. La Constitución Comentada, Análisis Artículo por Artículo, Tercera Edición, Tomo I. Editorial Grijley. Lima. 2015. Pág. 103.

⁶²⁵ GUTIERREZ CAMACHO, Walter y SOSA SACIO, Juan Manuel. La Constitución Comentada, Análisis Artículo por Artículo, Tercera Edición, Tomo I. Editorial Grijley. Lima. 2015. Pág. 108.

Desde el punto de vista del proceso penal, se debe entender al derecho a la igualdad como un principio que guarda relación directa con la Constitución. Al respecto, Alonso Raúl Peña Cabrera Freyre menciona que los principios proclamados en el Título Preliminar del Código Procesal Penal, vienen a constituirse como los valores fundamentales que promueven la Constitucionalización del proceso penal, de que los principios constitucionales se integren definitivamente en el proceso penal⁶²⁶. Bajo esa premisa constitucional surge el principio de igualdad procesal, por el cual está⁶²⁷ prohibido establecer o consagrar *discriminaciones* cuando se trate de personas, hechos, situaciones o circunstancias semejantes. Así, las partes procesales deben contar con idénticas oportunidades para defender en paridad sus pretensiones. Entendida también como la “igualdad en el proceso penal”, esta manifestación consiste en la paridad o equilibrio de oportunidades o posibilidades que deben tener las partes procesales para hacer valer sus derechos y garantías.

En consecuencia, se entiende al derecho a la igualdad, desde el punto de vista del proceso penal, como un principio derivado de la constitución, de ahí, que se le conoce como el principio de igualdad procesal, mediante el cual se busca que los sujetos procesales tengan iguales oportunidades y posibilidades en la sustanciación del proceso penal, no debiendo existir dentro de la ley procesal penal aspectos de defensa que solo pueda favorecer a uno de los sujetos procesales, poniendo en desventaja al resto de las partes.

⁶²⁶ PÉÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. Derecho Procesal Penal, Sistema Acusatorio Teoría del Caso y Técnica en Litigación Oral, Tomo I. Editorial RODHAS. Lima. 2012. Pág. 41.

⁶²⁷ ORE GUARDIA, Arsenio. Derecho Procesal Penal Peruano, Análisis y comentario al Código Procesal Penal. Tomo I. Editorial Gaceta Jurídica. Lima. 2016. Pág. 137.

2.1.5.40 El derecho fundamental de igualdad y la igualdad de armas en el Derecho Procesal Penal.

Como ya se ha explicado *ut supra*, el derecho a la igualdad, como derecho fundamental previsto en la Constitución, busca que las partes procesales sean iguales ante la ley, y dentro de la tramitación de la ley, en cualquier tipo de proceso. No debe existir una ley que solamente favorezca a una de las partes, y discrimine con un trato procesal desigualitario a la otra parte. Asimismo, este derecho constitucional, cuando es tratado dentro del proceso penal se manifiesta como un principio, el cual no solo porque guarda relación con la Constitución, sino también con los Tratados sobre derechos humanos, del cual somos parte, siendo esta la razón primordial del porque es considerado como principio procesal, y porque se encuentra establecido en el Título Preliminar del Código Procesal Penal.

Ahora bien, en relación al principio de igualdad de armas *-entendido también como principio de igualdad procesal-*, Víctor Jimmy Arbulú Martínez señala que las partes en el proceso penal deben tener el mismo conjunto de derechos y armas defensivas, y ofensivas en paridad⁶²⁸. Es por ello, como señala Luís Miguel Reyna Alfaro, los Jueces deben preservar el principio de igualdad procesal, debiendo allanar todos los obstáculos que impidan su vigencia o debiliten⁶²⁹. En este sistema acusatorio garantista adversarial por el cual se rige

⁶²⁸ ARBULU MARTÍNEZ, Víctor Jimmy. La Investigación Preparatoria en el Nuevo Proceso Penal. Editorial Institución Pacífico, Actualidad Penal. Lima. 2014. Pág. 40.

⁶²⁹ REYNA ALFARO, Luis Miguel. Manual de Derecho Procesal Penal. Editorial INSTITUTO PACIFICO. Lima – Perú. 2015. Pág. 24.

nuestra norma procesal penal, viene a ser importante la labor de Juez dentro del proceso penal, en razón que como de juez de garantías debe evitar desigualdades de las partes en la tramitación del proceso penal, entendiendo esta desigualdad en oportunidades y posibilidades de intervención de los sujetos procesales.

Por otra parte, César San Martín Castro precisa que el principio de igualdad de armas procesales es otro principio autónomo –*manifestación procesal del más general “igualdad de todos los ciudadanos ante la ley”*–, que, igualmente, tiene un carácter absoluto y la justicia es una exigencia elemental, que es impuesto al legislador y al juez; tiene incidencia en todo el desarrollo legal y fáctico del procedimiento. Se desprende de la relación de dos normas constitucionales, referidas a la igualdad ante la ley y al debido proceso penal (artículos 2°.2 y 139°.3)⁶³⁰. Efectivamente, y como se indicó *ut supra*, dentro del proceso penal este principio de igualdad procesal guarda estrecha relación con los principios del derecho de defensa y el debido proceso; siendo que, en relación a este último principio, es a través del debido proceso que se busca que la sustanciación del proceso penal se realice respetando no solo el principio de igualdad, sino los demás principios previstos en el título preliminar, así como las normas previstas en la legislación procesal penal; por lo que, debemos entender que el hecho de que no se le pueda facultar al agraviado a que pueda invocar el instrumento procesal de la tutela de derecho –*dentro de una igualdad de posibilidades y oportunidades*– cuando se le vulnere sus derechos fundamentales en el estadio procesal de las

⁶³⁰ SAN MARTIN CASTRO, César. Derecho Procesal Penal Lecciones, conforme al Código Procesal Penal 2004. Editorial Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales y otro. Lima. 2020. Pág. 70.

diligencias preliminares o investigación preparatoria, constituiría una afectación al principio constitucional y procesal del debido proceso legal.

En ese sentido, y de lo expuesto en los párrafos precedentes, podemos colegir que el principio de igualdad procesal, como derivado del derecho fundamental de igualdad ante la ley, busca que durante la tramitación del proceso penal existan desigualdades procesales entre los sujetos procesales, y de existir un trato desigualitario, no solo se afectaría este principio, sino también el principio del debido procesal legal, el mismo que forma parte del abanico de principios previstos en el artículo I del Título Preliminar del Código Procesal Penal⁶³¹.

2.1.5.41 La necesidad de modificar el artículo 71° del Código Procesal Penal, a fin de que tenga legitimidad para petitionar tutela de derechos el agraviado o víctima, una tercera alternativa procesal de solución a la problemática.

De lo analizado en los párrafos precedentes del presente capítulo, podemos deducir de manera directa, y al amparo legal de las normas supranacionales y nacionales materia de análisis, que el derecho o principio de igualdad ante la ley es aquella situación jurídica por el cual los sujetos procesales intervienen de manera igualitaria dentro de la tramitación de un proceso penal, no debiendo existir normal legal que otorgue privilegios exclusivos a una parte procesal, y en desigualdad a la otra parte. Si eso es así, a nivel de los derechos humanos, derechos

⁶³¹ Se podría calificar al Título Preliminar de normas rectoras –primeras normas que constituyen la cabeza del ordenamiento procesal penal-, pues reconoce y desarrolla los principios y garantías básicas del nuevo proceso penal, así como fija las pautas cardinales del funcionamiento de un sistema procesal penal, sin duda muy distinto al pretérito, reglado por el ACPP (C.dePP). **SAN MARTIN CASTRO, César. Derecho Procesal Penal Lecciones, conforme al Código Procesal Penal 2004. Editorial Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales y otro. Lima. 2020. Pág. 175.**

fundamentales y como principio procesal penal, se estaría contraviniendo el derecho a la igualdad de las partes, y sin discriminación.

En tal sentido, está demostrado que el artículo 71°.4 del CPP, el cual está referido a la facultad de invocar el instituto procesal de la Tutela de Derechos solamente por parte del imputado, y no el agraviado o la víctima, contraviene de manera expresa no solo el principio de igualdad procesal de las partes fijado en la legislación procesal penal, sino también la prohibición de crear normas legales que solamente favorezcan a un sujeto procesal, prohibición imperativa que se encuentra regulado en la Constitución y los tratados internacionales al cual somos parte. Por tal razón, al ser dicha norma procesal penal (art. 71°.4 del CPP), contraria a la Constitución, así como a las normas supranacionales, debe ser modificada en su contenido, debiendo otorgar dichas facultades del uso de la tutela de derechos también a la víctima o agraviado, por igualdad procesal de las partes.

La norma legal que motivaría el cambio de la citada norma procesal penal no obedece al hecho de que exista una disposición legal interna que imperativamente lo disponga a la fecha, en razón a que excesivamente al día de hoy habría transcurrido el plazo legal para plantear una acción de inconstitucional, tal como lo establece el artículo 100° del Código Procesal Constitucional, sino, pasa por un tema supranacional. Así, el artículo 2° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos señala que los Estados Parte deben adecuar su ordenamiento jurídico de acuerdo al contenido de las normas previstas en el mencionado tratado; por lo que, al estar contraviniendo la norma procesal penal materia de cuestionamiento el artículo 25° de la Convención –*derecho a la*

igualdad-, nuestra legislación debe adecuar la citada norma procesal de acuerdo a lo prescrito en la norma convencional; siendo esta la razón legal del porque y como se debe modificar el artículo 71°.4 del Código Procesal Penal.

2.1.6 El derecho de defensa, la tutela de derechos y el derecho fundamental de igualdad ante la ley en la constitución y el código procesal penal en el derecho comparado de chile.

2.1.6.1 Consideraciones generales.

Los derechos fundamentales como el derecho de defensa, la tutela de derechos y el derecho a la igualdad, al ser derechos universales por tener la condición de derechos humanos, son considerados también como derechos dentro del ordenamiento jurídico de la República de Chile. Así, en un primer nivel, la Constitución Política de la República de Chile de 1980, contiene estos derechos precitados dentro de su texto constitucional como derechos fundamentales, para luego, en un segundo nivel, el Código Procesal Penal chileno de 2000, considera también estos derechos dentro de su cuerpo normativo como garantías procesales.

En lo que respecta a la Constitución Política de 1980, tan igual como la nuestra, esta Constitución ha sufrido diversas modificaciones desde su entrada en vigencia. Así tenemos que, a partir del año de 1989 la citada Carta Fundamental ha sufrido varias modificaciones⁶³², una de estas razones por la cual se tuvo que modificar el texto constitucional fue a razón de la entrada en vigencia del Código Procesal Penal de 2000, debido a que se tuvo que adecuar en otros aspectos, algunas instituciones

⁶³² VIVANCO MARTÍNEZ, Ángela. Curso de Derecho Constitucional, Aspectos Dogmáticos de la Carta Fundamental de 1980, Tomo II, Segunda Edición Ampliada. Ediciones Universidad Católica de Chile. Santiago – Chile 2006. Pág. 29.

públicas, como es el caso por ejemplo del Ministerio Público mediante⁶³³ la Ley de Reforma Constitucional N° 19.519 de fecha 16 de septiembre de 1997, así como la Defensoría Penal Pública mediante Ley N° 19.718 de fecha 10 de marzo de 2001, y su Reglamento el Decreto N° 495 de fecha 19 de agosto de 2002, con el cual se inicia la saga de cuerpos legales del sistema de justicia criminal.

Así también, en relación a los derechos fundamentales de igualdad ante la ley y de defensa, es de indicar que estos derechos se encuentran reconocidos de manera expresa en el primer y segundo párrafo del numeral 3 del artículo 19° del Texto Constitucional chileno, respectivamente. Además, es de advertir que el derecho fundamental de tutela de derechos o tutela jurisdiccional efectiva, de manera literal y expresa como tal, no se encuentra descrito en la Constitución citada; sin embargo, haciendo una lectura y análisis del texto constitucional chileno, podemos señalar que este derecho fundamental se encuentra previsto implícitamente en el primer párrafo del artículo 20° de la Constitución, reconocido como recurso de protección, así como en el artículo 19°, numeral 3, inciso quinto de la carta fundamental.

Ahora bien, respecto del Código Procesal Penal Chileno, de manera preliminar, debemos de señalar que es un antecedente próximo a nuestro Código Procesal Penal de 2004 -D.L. N° 957-, tan igual como lo es el derecho procesal penal colombiano; sin embargo, es la norma procesal penal chilena la que se asemeja más a nuestra legislación procesal penal, la misma que es materia de análisis en la presente investigación.

⁶³³ HORVITZ LENNON, María Inés y LOPEZ MASLE, Julián. Derecho Procesal Penal Chileno, Tomo II. Editorial Jurídica de Chile. Santiago – Chile. 2002. Pág. 17.

El derecho procesal penal chileno tuvo su reforma procesal en su procedimiento en el año 2000, mediante la Ley N° 19.696, publicada en fecha 12 de octubre de 2000. Con esta reforma se terminó con el sistema inquisitivo, y se estableció un esquema acusatorio, en el que se dividen las funciones de investigar, procesar, y dictar sentencias en las causas⁶³⁴, quedando de lado el Código de Procedimientos Penales. Asimismo, se empezó a aplicar el Código Procesal Penal desde el mes de diciembre de 2000, en la Regiones chilenas de Coquimbo y la Araucanía, para luego ingresar progresivamente en otras regiones, siendo en el año 2005, que comenzó a regir en la Región Metropolitana de Santiago, completando de esta forma su entrada de vigencia en toda la República de Chile.

Con la entrada en vigencia de este Código Procesal Penal chileno, el procedimiento en el proceso penal cambia de manera sustancial, siendo los juicios orales y públicos, y no escritos como lo eran antes. Así también se crea el Ministerio Público, cuyos fiscales son los encargados de dirigir las investigaciones, formalizar y acusar a los imputados (tal igual como en el sistema procesal penal peruano), se creó la Defensoría Penal Pública para otorgar profesional a los que no pueden tener un abogado que los defienda. En esta parte, es de resaltar que los defensores pueden ser públicos o privados, entendiéndose que son privados cuando son llamados mediante licitación o concurso público por la Defensoría. Es una forma de buscar un mejor servicio competitivo y de calidad en la defensa penal pública a favor de los usuarios.

⁶³⁴ Nuevo Código Procesal Penal, República de Chile. Editorial Galas Ediciones. Chile. 2015. Pág. 5.

Por otra parte, es de señalar que la norma procesal penal chilena también reconoce los derechos a la defensa, la tutela de derechos y la igualdad ante la ley en su contenido. Así, los artículos 8° y 102° del Código precitado, reconocen al derecho de defensa como una garantía procesal. A su vez, un aspecto a tomar en cuenta es la protección y el acceso a la tutela derechos por igualdad que tienen las partes procesales en la tramitación del proceso. Este hecho lo advertimos de los artículos 109° literales b) y c), artículo 173° (presentar denuncia), artículo 352° (interponer recursos), etc. Además, en lo que respecta al derecho de igualdad ante la ley, el Código Procesal Penal chileno es claro en este aspecto, al establecer derechos que protegen no solo al imputado, sino también a la víctima. Este hecho está garantizado en el primer párrafo del artículo 6° del texto procesal citado, en el cual se ha establecido que “(...) *el Tribunal garantizará conforme a ley la vigencia de sus derechos(victima) durante el procedimiento*”.

En ese sentido, y de lo indicado en los párrafos mencionados precedentemente, se tiene que los derechos a la defensa, a la tutela de derechos y a la igualdad ante la ley, son derechos que se encuentran reconocidos no solo en la Constitución de 1980, sino también en el Código Procesal Penal de 2000, aspecto este que será desarrollado en el presente trabajo.

2.1.6.2 La Constitución Política de Chile.

La República de Chile a lo largo de su historia ha tenido diversas constituciones, así tenemos que, como señala Ángela Vivanco Martínez⁶³⁵, el Constituyente de este

⁶³⁵ VIVANCO MARTÍNEZ, Ángela. Curso de Derecho Constitucional, Aspectos Dogmáticos de la Carta Fundamental de 1980, Tomo II, Segunda Edición Ampliada. Ediciones Universidad Católica de Chile. Santiago – Chile 2006. Pág. 27.

país consagró como cartas fundamentales: el Reglamento Constitucional de 1812, el Reglamento Constitucional de 1814, la Constitución Provisoria de 1818, la Constitución de 1822, la Constitución de 1828, la Constitución de 1833, la Constitución de 1925, y finalmente la Constitución de 1980. En total, son ocho las constituciones que la República de Chile ha tenido a lo largo de su historia.

La Constitución de 1980, fue elaborada por una Comisión que se encargó del anteproyecto, siendo designada mediante Decreto Supremo N° 1.064, presidida por Enrique Ortúza Escobar. Esta Comisión entregó el anteproyecto en fecha 16 de agosto de 1978, al Presidente de la República Augusto Pinochet, quien a su vez lo presentó para su análisis al Consejo de Estado, el cual estaba presidido por Jorge Alessandri Rodríguez, siendo que finalmente este Consejo entregó el proyecto al Presidente Augusto Pinochet en fecha 08 de junio de 1980. Fue la Junta de Gobierno que se encargó de realizar algunas modificaciones al proyecto, entrando finalmente en plena vigencia el 11 de marzo de 1981; siendo que, es a partir del año 1989 que este texto constitucional ha sufrido diversas modificaciones.

Por otra parte, la Constitución de 1980, reconoce una serie de derechos fundamentales que estaban reconocidos en tratados internacionales y a la cual la República de Chile es parte. Con relación a los tratados supranacionales, Chile es parte del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁶³⁶. Estos textos supranacionales precitados, obligaron tanto al Comité del Anteproyecto, al Consejo de Estado y a la

⁶³⁶ HORVITZ LENNON, María Inés y LOPEZ MASLE, Julián. Derecho Procesal Penal Chileno, Tomo II. Editorial Jurídica de Chile. Santiago – Chile. 2002. Pág. 17.

Junta de Gobierno que tengan que adecuar el Proyecto de la Constitución a los derechos humanos reconocidos en estos Tratados, tal como lo exige, por ejemplo, el artículo 2^o⁶³⁷ (Deber de adoptar disposiciones de derecho interno) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Como señala Guillermo Piedrabuena Richard, en relación al derecho constitucional chileno, cabe destacar, en primer lugar, que el valor supremo de la Carta Política lo constituye la dignidad de la persona. Esta se erige como el fundamento de todos los derechos constitucionales y su protección es el fin de tales derechos⁶³⁸. Este argumento precitado, es tomado en cuenta también en nuestro derecho constitucional peruano, por ello, sobre la base de este derecho fundamental (dignidad de la persona) se erigen los demás derechos fundamentales, siendo entre ellos el derecho de defensa, igualdad y tutela jurisdiccional efectiva o tutela de derechos.

2.1.6.3 El derecho de defensa, la tutela de derechos y el derecho fundamental de igualdad ante la ley en la Constitución Política de Chile.

Conforme a lo mencionado in supra, la Constitución Política de Chile de 1980 reconoce de manera expresa a los derechos fundamentales de defensa y de igualdad ante la ley en el artículo 19^o numeral 3 de dicho texto constitucional; sin embargo, en lo que respecta a la tutela de derechos o tutela jurisdiccional, implícitamente es

⁶³⁷ **Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno.** Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

⁶³⁸ PIEDRABUENA RICHARD, Guillermo. La Víctima y el Testigo en la Reforma Procesal Penal. Editorial Fallos del Mes Ltda. Chile. 2003. Pág. 21.

reconocido, en un primer momento, en el artículo 20° de la Carta Fundamental Chilena, como recurso de protección; y en un segundo momento, vía aclaración realizada por el Tribunal Constitucional a través de la jurisprudencia, implícitamente dentro del segundo párrafo, numeral 3 del artículo 19°, aspecto último este que desarrollaremos más adelante.

Por otra parte, algunos doctrinarios chilenos, como es el caso de Guillermo Piedrabuena, consideran que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, si bien no está consagrada en forma específica en el texto constitucional con anterioridad a la reforma de 1997, es posible considerarlo incluso en el artículo 19° numeral 3, como una emanación del derecho al debido proceso⁶³⁹. Este aspecto es razonable, porque en el caso peruano la tutela jurisdiccional efectiva se encuentra acompañado con el derecho al debido proceso en el numeral 3 del artículo 139° de la Constitución Política de Perú, teniendo ambos derechos fundamentales una estrecha vinculación.

2.1.6.4 El derecho de defensa en la Constitución Política de Chile.

Este derecho fundamental se encuentra reconocido de manera expresa en el segundo párrafo, numeral 3 del artículo 19° de la Constitución Política de Chile, el cual prescribe que toda persona tiene derecho a la defensa jurídica en la forma que la ley lo señale y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiere sido requerido.

⁶³⁹ PIEDRABUENA RICHARD, Guillermo. La Víctima y el Testigo en la Reforma Procesal Penal. Editorial Fallos del Mes Ltda. Chile. 2003. Pág. 32-33.

De lo expuesto, se entiende que el derecho constitucional de defensa, se refiere en términos amplios al derecho de toda persona a acceder a una asesoría legal cuando lo requiera, es decir, que toda persona tiene derecho a actuar representada por un abogado en las causas judiciales, en que actúe como parte, o solicitante⁶⁴⁰. Asimismo, la jurisprudencia chilena, ha señalado que la persona revestida de las facultades para defender ante los tribunales los derechos de las partes litigantes no es sino el abogado⁶⁴¹. Este último aspecto ha sido considerado por el Tribunal Constitucional peruano como el derecho de defensa procesal (entendiendo que existe primero el derecho de defensa material, por el cual una persona ejerce su propia defensa).

Por otra parte, como señala Guillermo Piedrabuena, haciendo mención a lo indicado por el profesor colombiano Cafferata, se debe entender que el derecho a la defensa importa, la facultad de cualquier persona a ser oída por los tribunales de justicia para reclamar el reconocimiento de un derecho y demostrar el fundamento del reclamo, así como argumentar y demostrar la falta total o parcial de fundamento de lo reclamado en su contra⁶⁴². Este argumento señalado en la doctrina precitada, también es reconocido en nuestra Constitución en el artículo 139°.14, así como en el Art. IX del Título Preliminar el Código Procesal Penal peruano, norma procesal en el cual se establece que tanto el imputado como el agraviado tienen derecho a ejercer este derecho continente.

⁶⁴⁰ VIVANCO MARTÍNEZ, Ángela. Curso de Derecho Constitucional, Aspectos Dogmáticos de la Carta Fundamental de 1980, Tomo II, Segunda Edición Ampliada. Ediciones Universidad Católica de Chile. Santiago – Chile 2006. Pág. 344.

⁶⁴¹ Corte de Apelaciones de Temuco de fecha 18 de octubre de 1965. LXII Revista de Derecho y Jurisprudencia, Sección 4ª. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 1965. Pág. 452.

⁶⁴² PIEDRABUENA RICHARD, Guillermo. La Víctima y el Testigo en la Reforma Procesal Penal. Editorial Fallos del Mes Ltda. Chile. 2003. Pág. 34.

Nótese de lo expuesto en los párrafos precitados, que la norma constitucional chilena, así como su doctrina, reconocen de manera expresa la igualdad del derecho de defensa a las partes procesales dentro de un debido proceso. Es por ello, como veremos más adelante, la norma procesal penal chilena ha establecido una serie de garantías que avalen el uso de este derecho fundamental no solo al imputado, sino también a la víctima o agraviado.

2.1.6.5 La tutela de derechos como tutela jurisdiccional efectiva en la Constitución Política de Chile.

De la lectura de los 129 artículos que contiene la Constitución Política de la República de Chile, se advierte que el derecho o principio constitucional de la tutela jurisdiccional efectiva no se encuentra previsto de manera expresa en su texto constitucional; sin embargo, eso no ha sido motivo para considerarse de manera implícita a este principio dentro del derecho interno chileno.

Como señala Fernando Rey Martínez⁶⁴³, los derechos fundamentales nacen mediante dos fórmulas: o nacen por parto natural en la Constitución o por cesárea producida por la jurisprudencia constitucional. Esta metáfora nos da a entender que los derechos fundamentales que no se encuentran previstos expresamente en una Constitución, pueden ser creados mediante sentencias con carácter de jurisprudencia vinculante o doctrina jurisprudencial vinculante que emite el Tribunal Constitucional dentro de sus funciones, tal como sucede en nuestro país

⁶⁴³ REY MARTÍNEZ, Fernando. "¿Cómo Nacen los derechos? (Posibilidades y Límites de la Creación Judicial de Derechos)", *Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo*, Tomo II. Editorial Bazán. Buenos Aires – Argentina. 2010. Pág. 1477.

con los derechos fundamentales al plazo razonable, a la prueba, a la verdad, etc., derechos estos que han sido creados por el Tribunal Constitucional peruano a través de sus sentencias, e insertados implícitamente dentro de un derecho fundamental expreso, como es el caso del derecho al debido proceso.

Ahora bien, cuando se dice que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es considerado en el derecho nacional interno de Chile como derecho implícito⁶⁴⁴, esto obedece a que la República de Chile ha reconocido una serie de tratados que también forman parte de su ordenamiento interno. Uno de esos tratados es la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, el cual es reconocido por la República de Chile mediante el Decreto N° 873, el cual entró en vigencia el 05 de enero de 1991. Este tratado supranacional precitado establece en los artículos 8°.1 y 25°.1 el acceso a la justicia que tiene toda persona a través de un recurso sencillo y rápido.

El Tribunal Constitucional de Chile, basado en los tratados internacionales al cual es parte, así como en el derecho implícito, ha desarrollado en su Jurisprudencia como es que se debe entender a la tutela judicial efectiva. Es así, en la Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 1130 de fecha 7 de octubre de 2008, considerando 6, ha precisado *"el artículo 19, número 3° inciso quinto, de la Constitución establece el derecho a las garantías de un racional y justo procedimiento, que se traducen conjuntamente con el derecho a la acción y la legalidad del juzgamiento, en el logro de la tutela judicial efectiva"*. Nótese en

⁶⁴⁴ El derecho implícito es una expansión natural del contenido de un derecho expreso por su aplicación a supuestos fácticos nuevos. REY MARTÍNEZ, Fernando. "¿Cómo Nacen los derechos? (Posibilidades y Límites de la Creación Judicial de Derechos)", Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo, Tomo II. Editorial Bazán. Buenos Aires – Argentina. 2010. Pág. 1478.

esta parte que esta norma constitucional y numeral precitada, también en su primer párrafo prescribe: “*La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos*”. Hablar del ejercicio de derecho, es que ese derecho tiene que ejercerse mediante el acceso a la justicia, y en consecuencia accederse tácitamente a la tutela jurisdiccional efectiva, dentro de un debido proceso.

Así también, el Tribunal Constitucional de Chile en la Sentencia Rol N° 815, de fecha 19 de agosto de 2008, considerando 10, ha establecido que la tutela jurisdiccional efectiva es un “*derecho fundamental autónomo, que tiene por finalidad que las personas accedan al proceso como medio ordinario de resolución de los conflictos jurídicos, lo que resulta un presupuesto mínimo de todo Estado de Derecho*”. En ese mismo orden de ideas Guillermo Buenapiedra⁶⁴⁵ lo señala como una especie de derecho constitucional autónomo a la pretensión, que no es sino el reconocimiento del derecho a la tutela judicial efectiva, de los ofendidos por el delito.

Un aspecto a tomar en cuenta es que este derecho, como todo otro derecho, no es absoluto, sino relativo, así Humberto Nogueira Alcalá⁶⁴⁶ señala que el derecho a la tutela judicial no es un derecho absoluto ejercitable en todo caso, sino que dicho derecho debe ejercerse dentro del proceso legalmente establecido, cumpliendo los requisitos fijados razonablemente a fin de no limitar o afectar sustancialmente el derecho complementario a la defensa. Este aspecto formal y procesal es tomado en cuenta en los requisitos previstos en los procesos civiles,

⁶⁴⁵ PIEDRABUENA RICHARD, Guillermo. La Víctima y el Testigo en la Reforma Procesal Penal. Editorial Fallos del Mes Ltda. Chile. 2003. Pág. 34.

⁶⁴⁶ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. El Debido Proceso en la Constitución y en el Sistema Interamericano. Editorial Librotecnia. Santiago – Chile. 2007. Pág. 243.

penales, laborales, etc., como requisito previo para poder acceder a la justicia, y que tiene que ser cumplido con el interesado que invoca tutela.

Por otra parte, y sin perjuicio de lo mencionado in supra, una alternativa de solución expresa para poder recurrir al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, lo encontramos en el artículo 20° de la Constitución Política de Chile, conocido por la doctrina y la jurisprudencia⁶⁴⁷ chilena como recurso de protección, el mismo que es definido como una acción cautelar de ciertos derechos fundamentales frente a los menoscabos que puedan experimentar como consecuencias de acciones u omisiones ilegales de la autoridad o particulares⁶⁴⁸. Esta, es una forma directa de poder acceder a la justicia ante la vulneración de derechos fundamentales por quien se siente afectado.

En consecuencia, el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva, si bien no se encuentra consagrada de manera expresa en la Constitución, empero, haciendo una interpretación extensiva de los párrafos primero y quinto del numeral 3, artículo 19° de la Constitución de Chile, así como las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional de ese país, y el artículo 20° del texto constitucional precitado, podemos colegir que este derecho fundamental si se da dentro del ordenamiento jurídico del citado país de manera implícita, por lo tanto la tutela de derechos puede ser reclamada por quien se siente agraviado u ofendido, así como por quien considere que se le están vulnerando sus derechos

⁶⁴⁷ Corte Suprema, 20 de enero de 1982. LXXXII. Revista de Derecho y Jurisprudencia. 1985, sección 5ª, página 196.

⁶⁴⁸ VIVANCO MARTÍNEZ, Ángela. Curso de Derecho Constitucional, Aspectos Dogmáticos de la Carta Fundamental de 1980, Tomo II, Segunda Edición Ampliada. Ediciones Universidad Católica de Chile. Santiago – Chile 2006. Pág. 533.

en la tramitación de un proceso, es decir, por el imputado o agraviado, dentro de un debido proceso.

2.1.6.6 El derecho fundamental de igualdad ante la ley en la Constitución Política de Chile.

Este derecho fundamental, a diferencia de la tutela jurisdiccional efectiva, si se encuentra consagrada de manera expresa en el primer párrafo, numeral 3 del artículo 19° de la Constitución Política de Chile, estableciendo la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos. Asimismo, este derecho constitucional también se encuentra reconocido en los artículos 1° (primer párrafo) y 19°.2 de la Constitución de Chile; sin embargo, es la norma constitucional mencionada de manera preliminar, la que nos da a entender la igualdad de las partes procesales en la tramitación de un proceso y ante la administración de justicia (Poder Judicial y Ministerio Público).

Como señala la Dra. Vivanco Martínez⁶⁴⁹, la garantía de la igualdad en la ley consiste, de este modo, en asegurar que los derechos que le son reconocidos en abstracto a las personas requieren de la existencia de una organización procesal adecuada para que en la práctica no sean vulnerados. Lo que se pretende es hacer justiciables o defendibles directamente los derechos que se tienen en la teoría.

Un aspecto a tomar en cuenta, y conforme a lo advertido precedentemente, es que el derecho a la igualdad se encuentra reconocido en la Constitución de Chile

⁶⁴⁹ VIVANCO MARTÍNEZ, Ángela. Curso de Derecho Constitucional, Aspectos Dogmáticos de la Carta Fundamental de 1980, Tomo II, Segunda Edición Ampliada. Ediciones Universidad Católica de Chile. Santiago – Chile 2006. Pág. 533.

desde dos panoramas: la primera, cuando señala **la igualdad ante la ley** (Art.19°.2), y la segunda, cuando establece **la igual protección de la ley** (Art. 19°.3). Se entiende por el primero, que las normas jurídicas del ordenamiento nacional chileno reconocen de manera previa el derecho fundamental de igualdad, de tal razón, cuando cualquier ciudadano, sin importar su condición social y su género, recurra ante la administración de justicia o la administración pública buscando tutela, este derecho constitucional se encuentre garantizado y previsto. Lo expuesto, guarda relación con los pronunciamientos emitidos por la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos, quien señala que los Estados deben combatir las prácticas discriminatorias en todos sus niveles, en especial de los órganos públicos, y finalmente deben adoptar las medidas positivas necesarias para asegurar una efectiva igualdad ante la ley de todas las personas⁶⁵⁰.

En lo que respecta al segundo, y a diferencia del primero, en este panorama el interesado ya se encuentra tramitando su tutela ante la administración de justicia o administración pública, siendo que el Estado a través de sus funcionarios públicos, deben garantizar el cumplimiento de este derecho constitucional en la tramitación de un proceso o un procedimiento. Como señala Carlos Andrade, la igualdad en la ley se refiere a la igualdad como derecho fundamental, a su eficacia vinculante frente al derecho, frente al legislador⁶⁵¹.

⁶⁵⁰ Caso de las niñas Yean y Bosico vs República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de fecha 08 de septiembre de 2005. Serie C N° 130. SILVA GARCIA, Fernando. Jurisprudencia Interamericana sobre Derechos Humanos, Criterios Esenciales. Edit. Poder Judicial de la Federación. México. 2011. Pág. 431.

⁶⁵¹ ANDRADE GEYWITZ, Carlos. Elementos de Derecho Constitucional Chileno. Editorial Jurídica de Chile. Santiago – Chile. 1963. Pág. 172 y siguientes.

De lo expuesto, se entiende a este derecho continente como aquel derecho que tiene que ser ejercido, antes o durante el proceso, de manera igual y sin miramientos de la parte procesal, sin importar si el ciudadano que forma parte de un proceso, en el caso de un proceso penal, tenga la condición de imputado o agraviado, es decir⁶⁵², el obtener un igual tratamiento práctico respecto de la aplicación del estatuto ya existente, y contar con las debidas herramientas de protección para ello, se manifiesta fundamentalmente en la relación de las personas con los tribunales de justicia, lo cual debe ser equiparado y por igual.

2.1.6.7 El Código Procesal Penal Chileno.

La norma procesal penal vigente en la República de Chile, entró en vigencia en el año 2000, mediante la Ley N° 19.696, publicada en fecha 12 de octubre del mismo año, con lo cual se dejó de lado el sistema procesal penal inquisitivo a través de su Código de Procedimiento Penales de 1906, para pasar a un sistema procesal acusatorio, el cual se encuentra vigente a la fecha.

Como señala Carocca Pérez, la reforma se basó en la progresiva conciencia y evidencia sobre la inadecuación del antiguo sistema de justicia penal frente a los requerimientos de la sociedad actual. No se trataba evidentemente de problemas que pudieran atribuirse a las personas que debían desempeñarse en él, sino de una estructura inadecuada, siendo las principales razones de su insuficiencia: a) Había sido ideado para otro tipo de criminalidad; b) Se contemplaba prácticamente un único procedimiento; c) La indagación se encomendaba a un único magistrado, que después

⁶⁵² VIVANCO MARTÍNEZ, Ángela. Curso de Derecho Constitucional, Aspectos Dogmáticos de la Carta Fundamental de 1980, Tomo II, Segunda Edición Ampliada. Ediciones Universidad Católica de Chile. Santiago – Chile 2006. Pág. 343.

debió delegar sus funciones; d) No había un reconocimiento explícito de los derechos y garantías fundamentales; e) El sometimiento a proceso era esencial y traía aparejada la prisión preventiva; f) El eje central del proceso era el expediente escrito; y, g) El plenario generalmente carecía de relevancia⁶⁵³. Es decir, el cambio sustancial del proceso penal chileno no era un tema factor humano, sino pasaba por un tema estructural y de sistema procesal, acorde no solo a la actualidad de la sociedad chilena, sino también a los tratados que Chile había suscrito.

Una clara muestra de lo expuesto precedentemente, obedece al tratado suscrito por la República de Chile en relación a la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, el cual fue reconocido por el Ordenamiento Jurídico de ese país el 05 de enero de 1990 mediante Decreto N° 873. Este tratado establecía en su artículo 2° el deber que tenían los Estados Partes en adoptar y adecuar su legislación nacional al contenido de las normas previstas en la Convención, como es el caso de las garantías judiciales señaladas en el artículo 8° de dicho cuerpo supranacional, entre otras normas de derechos humanos establecidas en ella.

Por otra parte, con la publicación de la Ley de Reforma Constitucional N° 19.519 de fecha 16 de septiembre de 1997, en el cual se establece la institución del Ministerio Público, se inicia la modificación de cuerpos legales que dicen guardar relación con la transformación del sistema de justicia criminal que regía en Chile. El nuevo modelo procesal penal chileno tuvo como fuente principal el Código Procesal Penal Modelo

⁶⁵³ CAROCCA PEREZ, Alex. Manual el Nuevos Sistema Procesal Penal, Tercera Edición. Editorial Lexis Nexis. Santiago – Chile. 2005. Pág. 7.

para Latinoamérica, siendo que la versión final de este Código fue preparada por el profesor argentino Julio B. Maier⁶⁵⁴.

En ese sentido, de lo expuesto, se tiene que el Código Procesal Penal chileno de 2000, cambió el sistema sustancial del proceso penal en Chile, debido a que el Código de Procedimientos Penales de 1906, quedó desfasado con la criminalidad y la sociedad moderna de ese país. Asimismo, el hecho de formar parte de tratados internacionales referidos a derechos humanos, fue otra razón legal que obligó a la República de Chile adecuar su legislación interna, incluido su norma procesal penal, acorde a los derechos humanos reconocidos en dichos tratados. Este último aspecto fue relevante porque las normas sobre derechos humanos no solo están referidos a normas materiales, sino también a normas procesales, como es el caso por ejemplo de las garantías judiciales previstas en el artículo 8° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

2.1.6.8 Los sujetos procesales en el derecho procesal penal chileno.

Como en todo derecho procesal existen sujetos de la relación jurídica procesal. Así, el profesor Hernando Devis Echandía⁶⁵⁵ señala que hay que distinguir **los sujetos de la relación jurídica sustancial**, que deba ser discutida o simplemente declarada en el proceso, **y los sujetos de la relación jurídica y del proceso**. Los primeros son **los sujetos titulares**, activos y pasivos del derecho sustancial o de la situación jurídica sustancial que debe ventilarse en el proceso (por ejemplo: el acreedor y su deudor, el hijo extramatrimonial y su supuesto padre, el auto del hecho ilícito y la víctima del

⁶⁵⁴ HORVITZ LENNON, María Inés y LOPEZ MASLE, Julián. Derecho Procesal Penal Chileno, Tomo II. Editorial Jurídica de Chile. Santiago – Chile. 2002. Pág. 17-23.

⁶⁵⁵ DEVIS ECHANDIA, Hernando. Teoría General del Proceso, Tomo II. Editorial Universidad. Buenos Aires – Argentina. 1985. Pág. 333.

mismo); y los segundos, **son las personas** que intervienen en el proceso como funcionarios encargados de dirigirlo y dirimirlo (Juez) o como partes (Ejemplo: demandantes, demandados, Ministerio Público, imputado).

Por su parte, Víctor Jimmy Arbulú Martínez señala que el elemento subjetivo del proceso penal lo constituyen los sujetos procesales quienes tienen un interés para actuar o interactuar a efectos que se tutelen sus derechos tanto en las decisiones interlocutorias como en las finales⁶⁵⁶. Asimismo, Alex Carocca Pérez, señala que un sistema de justicia penal con el alto nivel de sofisticación que se ha introducido en el país de Chile exige contar con diferentes actores institucionales que puedan asumir los diversos roles señalados⁶⁵⁷.

En consecuencia, es a través de los sujetos procesales que el proceso penal se va a desarrollar, estableciéndose en la norma procesal penal una serie de principios y garantías procesales (genéricas o específicas) que instauren mecanismos de protección a favor de éstos, así como las atribuciones y obligaciones de los funcionarios públicos encargados de administrar justicia, dentro de un debido proceso, en el cual se respeten los derechos humanos y los derechos fundamentales.

2.1.6.9 El Ministerio Público.

Conforme a lo mencionado in supra, mediante Ley de Reforma Constitucional N° 19.519 de fecha 16 de septiembre de 1997, se establece en la

⁶⁵⁶ ARBULU MARTÍNEZ, VICTOR JIMMY. La Investigación Preparatoria en el Nuevo Proceso Penal. Editorial Instituto Pacífico. Lima. 2014. Pág. 203.

⁶⁵⁷ CAROCCA PEREZ, Alex. Manual el Nuevos Sistema Procesal Penal, Tercera Edición. Editorial Lexis Nexis. Santiago – Chile. 2005. Pág. 17.

Constitución de la República de Chile la institución del Ministerio Público, estando previsto a la fecha en los artículos 83° al 91° del texto constitucional. Asimismo, sus atribuciones, organización y sus principios se encuentran regulados en la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público (denominado LOCMP), Ley N° 19.640 de fecha 15 de octubre de 1999.

Tan igual como en el caso peruano, la Fiscalía de Chile y el Ministerio Público son la misma institución, siendo un organismo estatal autónomo, que no es parte de ninguno de los poderes del Estado, siendo el representante del Ministerio Público el Fiscal, quien se encarga de dirigir la investigación de los delitos, acusar a los imputados ante los tribunales para que sean juzgados, si corresponde, y dar protección a víctimas y testigos.

Dentro de los principios que residen en la organización y actuación del Ministerio Público, se tiene una serie de principios que⁶⁵⁸ se han ido estableciendo como resultado de la larga evolución histórica que en los diferentes países han llevado a que el Ministerio Público haya adquirido sus actuales contornos, como órgano encargado de la persecución penal en juicio. Así, dentro de estos principios tenemos: a) Principio de autonomía constitucional; b) Principio de dependencia jerárquica; c) Principio de unidad; e) Principio de proscripción del ejercicio de funciones jurisdiccionales; f) Principio de objetividad; g) Principio de legalidad; h) Principio de la responsabilidad; i) Principio de actuación desformalizada; j) Principio de probidad administrativa; y, k) Principio de publicidad en sus actuaciones.

⁶⁵⁸ CAROCCA PEREZ, Alex. Manual el Nuevos Sistema Procesal Penal, Tercera Edición. Editorial Lexis Nexis. Santiago – Chile. 2005. Pág. 19.

Además, y sin perjuicio de los principios señalados precedentemente, se debe tener en cuenta lo señalado por la Dra. Horvitz Lennon⁶⁵⁹, quien señala que dentro de los principios se tiene también el principio de eficiencia, el mismo que se encuentra previsto en el artículo 6° de la LOCMP, el cual impone a los fiscales y funcionarios del Ministerio Público la obligación de eficiencia en dos ámbitos: a) En la administración de los recursos y bienes públicos, y b) En el cumplimiento o desempeño de las funciones.

Nótese, que gran parte de los principios que rigen en el Ministerio Público de Chile, son principios que también son tomados en cuenta por la doctrina nacional en relación al Ministerio Público peruano. Así tenemos por ejemplo, los principios⁶⁶⁰ institucionales que definen su organización, de carácter interno, son los de jerarquía y unidad de la función, a través de los cuales se pretende conseguir la uniformidad de la interpretación de la ley y la continuidad en la actividad por parte del Ministerio Público, independientemente de los cambios de los concretos fiscales que se vayan produciendo.

Ahora bien, en lo que respecta a su organización, el Ministerio Público se organiza jerárquicamente en la Fiscalía Nacional -es el Jefe Superior del Ministerio Público- y las Fiscalías Regionales, las que a su vez organizan su trabajo en las Fiscalías Locales, en la que se desempeñan los Fiscales Adjuntos. Además, existirá un Consejo General que, presidido por el Fiscal Nacional e integrado por

⁶⁵⁹ HORVITZ LENNON, María Inés y LOPEZ MASLE, Julián. Derecho Procesal Penal Chileno, Tomo II. Editorial Jurídica de Chile. Santiago – Chile. 2002. Pág. 17-23.

⁶⁶⁰ SAN MARTIN CASTRO, César. Derecho Procesal Penal Lecciones. Impreso por Jakob Comunicadores & Editores S.A.C. Lima. 2015. Pág. 204.

los Fiscales Regionales, actúa como organismo asesor del propio Fiscal Nacional (Art. 12° de la LOCMP)⁶⁶¹. Asimismo, a la fecha existen 19 Fiscalías Regionales en todo Chile, y 145 Fiscalías Locales y oficinas de atención.

En lo referente a las funciones del Ministerio Público, tanto la Constitución, así como el artículo 1° de la LOCMP establecen las funciones que corresponden al Ministerio Público. En primer lugar, se encuentra a su cargo la dirección exclusiva de la investigación de los hechos constitutivos de delito, los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado; en segundo lugar, el ejercicio, en su caso, de la acción penal pública en la forma prevista por la ley; y tercero, la adopción de medidas de protección de víctimas y testigos⁶⁶². Estas funciones también guardan relación, en nuestro caso, con el Ministerio Público peruano, los cuales se encuentran previstos en los artículos 159° de la Constitución Política del Estado de 1993, así como en los artículos 1° y 11° de la Ley Orgánica del Ministerio Público -Decreto Legislativo N° 052-. Así, el Dr. Pablo Sánchez Velarde⁶⁶³, señala que la Fiscalía ejerce el monopolio del ejercicio público de la acción penal: promueve de oficio, o a petición de parte, la acción penal (Art. 159°.1); conduce o dirige la investigación del delito (Art. 159°.4).

En ese sentido, y de lo señalado en los párrafos precitados, se tiene que el Ministerio Público de Chile, tal igual como el nuestro, es un organismo

⁶⁶¹ CAROCCA PEREZ, Alex. Manual el Nuevos Sistema Procesal Penal, Tercera Edición. Editorial Lexis Nexis. Santiago – Chile. 2005. Pág. 29.

⁶⁶² HORVITZ LENNON, María Inés y LOPEZ MASLE, Julián. Derecho Procesal Penal Chileno, Tomo II. Editorial Jurídica de Chile. Santiago – Chile. 2002. Pág. 143.

⁶⁶³ SANCHEZ VELARDE, Pablo. El Nuevo Proceso Penal. Editorial IDEMSA. Lima - Perú. 2009. Pág. 71.

constitucional autónomo, independiente de los demás poderes del Estado, estando previsto sus atribuciones y organización en la Constitución de la República de Chile (Arts. 83° al 91°), así como en la LOCMP. Asimismo, sus principios señalados precedentemente guardan relación con los principios previstos en el Ministerio Público peruano, así como de otros países (por ser principio universales de esta institución), teniendo como finalidad no solo ser titular de la acción penal pública, director de la investigación o persecutor del delito, sino también brindar protección a las víctimas y testigos, hecho último este que también se da en nuestro país a través de UDAVIT.

2.1.6.10 Los Tribunales con competencia en lo penal.

La creación de nuevos tribunales en materia penal ante la entrada de vigencia del Código Procesal Penal en la República de Chile, mediante Ley N° 19.696 de fecha 12 de octubre de 2000, motivó que el Código Orgánico de Tribunales (COT) tenga que ser modificado en cuanto a su organización estructural u organigrama en materia procesal penal. El nuevo reto de Chile era el cambio de sistema procesal que se daba en la justicia penal, el entrar a un sistema procesal penal acusatorio, y dejar, por otro lado, el desfasado sistema procesal penal inquisitivo.

Así mismo, como señala Horvitz Lennon⁶⁶⁴, en el origen de la reforma procesal penal chilena estuvo particularmente presente la discusión sobre el ámbito y límites del papel del Juez en el nuevo sistema de justicia criminal. Aunque la decisión de la separación estricta entre las funciones de investigar y juzgar, por un lado, y acusar y juzgar, por el otro, fue considerada el presupuesto

⁶⁶⁴ HORVITZ LENNON, María Inés y LOPEZ MASLE, Julián. Derecho Procesal Penal Chileno, Tomo II. Editorial Jurídica de Chile. Santiago – Chile. 2002. Pág. 195-196.

básico para el diseño de la estructura del nuevo proceso (...). En ese contexto, el desafío mayor consistía en emancipar a los jueces y demás operadores del sistema de prácticas inquisitivas fuertemente arraigadas que podían poner en peligro el diseño y la lógica del nuevo sistema.

Es por ello, como señala Alex Carocca Pérez, aparecen dos nuevos tribunales: los Juzgados de Garantía y los Tribunales Orales en lo Penal, para cuya creación ha sido necesario dictar la Ley N° 19.665, publicada en el Diario Oficial el 09 de marzo de 2000, sobre reforma al Código Orgánico de Tribunales (COT)⁶⁶⁵, con lo cual se modificó el artículo 5° del Código precitado. Estos dos órganos jurisdiccionales señalados, tienen como instancia superior inmediata a la Corte de Apelaciones, y de manera mediata, a la Corte Suprema, quedando de esta manera estructurada orgánicamente el sistema judicial procesal penal en la República de Chile.

Ahora bien, en lo referente a **los Juzgados de Garantía**, el Juez de Garantía es el órgano jurisdiccional, unipersonal y letrado, con competencia para ejercer las atribuciones que la ley le reconoce desde el inicio de la etapa de investigación preparatoria hasta la dictación del auto de apertura de juicio oral que da término al procedimiento intermedio⁶⁶⁶, cautelando los derechos y garantías de las personas y la preparación de juicio oral, y que conocen y fallan de los procedimientos abreviados, simplificado y monitorios⁶⁶⁷. Es decir, el Juez de

⁶⁶⁵ CAROCCA PEREZ, Alex. Manual el Nuevos Sistema Procesal Penal, Tercera Edición. Editorial Lexis Nexis. Santiago – Chile. 2005. Pág. 41.

⁶⁶⁶ HORVITZ LENNON, María Inés y LOPEZ MASLE, Julián. Derecho Procesal Penal Chileno, Tomo II. Editorial Jurídica de Chile. Santiago – Chile. 2002. Pág. 195-196.

⁶⁶⁷ CAROCCA PEREZ, Alex. Manual el Nuevos Sistema Procesal Penal, Tercera Edición. Editorial Lexis Nexis. Santiago – Chile. 2005. Pág. 42.

Garantía conoce solamente las dos primeras etapas del proceso penal, la de investigación -que comprende del artículo 166° al 258- y la de preparación de juicio oral -que comprende desde el artículo 259° al 280°.

Además, si bien los artículos 14° al 16° del Código Orgánico de Tribunales hacen mención del Juzgado de Garantías; sin embargo, es en el artículo 14° en donde se establecen las atribuciones de este Juzgado, siendo entre ellas: a) Asegurar los derechos del imputado y demás intervinientes en el proceso penal, de acuerdo a la ley procesal penal; b) Dirigir personalmente las audiencias que procedan, de conformidad a la ley procesal penal; c) Dictar sentencia, cuando corresponda, en el procedimiento abreviado que contemple la ley procesal penal; d) Conocer y fallar las faltas penales de conformidad con el procedimiento contenido en la ley procesal penal; e) Conocer y fallar, conforme a los procedimientos regulados en el Título I del Libro IV del Código Procesal Penal, las faltas e infracciones contempladas en la Ley de Alcoholes, cualquiera sea la pena que ella les asigne; f) Hacer ejecutar las condenas criminales y las medidas de seguridad, y resolver las solicitudes y reclamos relativos a dicha ejecución, de conformidad a la ley procesal penal; g) Conocer y resolver todas las cuestiones y asuntos que la ley de responsabilidad penal juvenil les encomienden, y, h) Conocer y resolver todas las cuestiones y asuntos que este Código, la ley procesal penal y la ley que establece disposiciones especiales sobre el Sistema de Justicia Militar les encomienden.

Por otra parte, en lo que respecta a los **Tribunales de Juicio Oral en lo Penal**, este Tribunal se encuentra previsto en los artículos 17° al 21°A del Código

Orgánico de Tribunales, siendo un órgano jurisdiccional, colegiado y letrado⁶⁶⁸. Así mismo, el primer y segundo párrafo del artículo 17° del precitado Código, y a diferencia del Juzgado de Garantías, establece que los Tribunales estará integrado por tres miembros, siendo dirigido por un Juez Presidente de Sala, quien se encargara de dirigir la audiencia, tan igual como ocurre en nuestro caso peruano cuando el juicio oral es realizado por un Colegiado.

Un hecho a tomar en cuenta es que, a pesar de su importancia, su competencia específica no es extensa, ya que el legislador con la intención de especializarlos, sólo les confiere competencia para conocer de los juicios orales y de las incidencias que se promuevan en ellos. Su principal y casi única atribución es la de conocer de las causas por crimen o simple delito que sean llevadas a juicio oral⁶⁶⁹. Es decir, el Tribunal solo conoce la última etapa del proceso penal (juicio oral), la cual se encuentra previsto en el Código Procesal Penal de los artículos 281° al 351°, el⁶⁷⁰ mismo que comienza desde el momento de la dictación del auto de apertura del juicio oral hasta el pronunciamiento de la sentencia definitiva. Este acto procesal (sentencia), como señala Aldo Figueroa Navarro⁶⁷¹, es la máxima expresión del poder jurisdiccional del Estado, dictada por los jueces que conocieron del juicio. Es un acto jurisdiccional privativo de los jueces de juicio, como representantes de la Nación.

⁶⁶⁸ HORVITZ LENNON, María Inés y LOPEZ MASLE, Julián. Derecho Procesal Penal Chileno, Tomo II. Editorial Jurídica de Chile. Santiago – Chile. 2002. Pág. 208.

⁶⁶⁹ CAROCCA PEREZ, Alex. Manual el Nuevos Sistema Procesal Penal, Tercera Edición. Editorial Lexis Nexis. Santiago – Chile. 2005. Pág. 49.

⁶⁷⁰ HORVITZ LENNON, María Inés y LOPEZ MASLE, Julián. Derecho Procesal Penal Chileno, Tomo II. Editorial Jurídica de Chile. Santiago – Chile. 2002. Pág. 208.

⁶⁷¹ FIGUEROA NAVARRO, Aldo. El Juicio en el Nuevo Sistema Procesal Penal, Lineamiento Teóricos y Prácticos. Editorial Instituto Pacífico. Lima. 2017. Pág. 504.

Así mismo, las atribuciones del Tribunal de Juicio Oral se encuentran previstas en el artículo 18° del COT, el cual establece que corresponderá a los tribunales de juicio oral: a) Conocer y juzgar las causas por crimen o simple delito, salvo aquellas relativas a simples delitos cuyo conocimiento y fallo corresponda a un juez de garantía⁶⁷²; b) Resolver, en su caso, sobre la libertad o prisión preventiva de los acusados puestos a su disposición; c) Resolver todos los incidentes que se promuevan durante el juicio oral; d) Conocer y resolver todas las cuestiones y asuntos que la ley de responsabilidad penal juvenil les encomiende, y, e) Conocer y resolver los demás asuntos que la ley procesal penal y la ley que establece disposiciones especiales sobre el Sistema de Justicia Militar les encomiende.

En ese sentido, y de lo expuesto en los párrafos precitados, podemos colegir que tanto el Juzgado de Garantías, así como el Tribunal de Juicio Oral en lo penal, son los encargados de administrar la justicia penal en Chile, a nivel de primera instancia, siendo el primero, competente para conocer la tramitación de los procesos penales en las etapas de instrucción y preparación para juicio oral, mientras que el segundo es competente para conocer la etapa estelar de juicio oral, encontrándose regulado sus atribuciones de ambos tribunales en el COT, y su actuación procesal en el Código Procesal Penal de 2000. Asimismo, estos tribunales mencionados precedentemente, tienen una semejanza con el Juzgado de Investigación Preparatoria y Unipersonal o Colegiado de nuestro país. La comparación parte en relación a la competencia de las etapas procesales que

⁶⁷² La excepción corresponde a aquellos casos en que se solicite la aplicación del procedimiento abreviado, del procedimiento simplificado o del monitoreo. HORVITZ LENNON, María Inés y LOPEZ MASLE, Julián. Derecho Procesal Penal Chileno, Tomo II. Editorial Jurídica de Chile. Santiago – Chile. 2002. Pág. 211.

conocen cada uno de estos Juzgados. Es así, en relación a los primeros Juzgados (de garantías o investigación preparatoria), solamente conocen las dos primeras etapas del proceso penal, es decir, la de investigación y la de preparación para juicio oral (etapa intermedia); mientras que en relación a los segundos juzgados (Tribunal de juicio oral en lo penal y Colegiado u Unipersonal), solamente conocen la última etapa del proceso penal, la de juicio oral.

2.1.6.11 La Defensoría Penal Pública.

El hecho de que la Constitución de Chile de 1980, reconozca en el tercer párrafo, numeral 3 del artículo 19º, “el derecho irrenunciable de toda persona imputada de delito de ser asistida por un abogado defensor proporcionado por el Estado en la oportunidad establecida por la ley”, motivó que el ordenamiento jurídico de ese país tenga que adecuar su legislación a esa necesidad exigida por la Constitución. A ello, sumado la entrada en vigencia del Código Procesal Penal en fecha 12 de octubre de 2000, fue otra razón legal para la creación de la defensoría penal pública, debido a que muchos⁶⁷³ imputados no disponen de los recursos suficientes para contratar un abogado de confianza, naturalmente surge el deber del Estado de proporcionar un abogado a todos aquellos que carezcan de uno, surgiendo el defensor de oficio o defensor penal público.

Sin embargo, esta exigencia constitucional de que el Estado tenga que proporcionar un abogado defensor cuando el investigado por un delito no cuente con recursos económicos, y de esa manera garantizar el derecho fundamental de

⁶⁷³ CAROCCA PEREZ, Alex. Manual el Nuevos Sistema Procesal Penal, Tercera Edición. Editorial Lexis Nexis. Santiago – Chile. 2005. Pág. 57.

defensa, no era un tema que solo era exigido por la Constitución de la República de Chile, sino una obligación que los tratados internacionales le obligaba a dicho país. Un claro ejemplo era la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al cual la República de Chile es parte desde el 05 de enero de 1990, norma supranacional que en el literal e), numeral 2, artículo 8°, establece “el derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley”. Es por ello, que este⁶⁷⁴ mandato supranacional precitado, exigía también la instalación de un nuevo sistema para proveer de defensor a todas las personas que no dispongan de abogados en el marco del nuevo sistema acusatorio.

La Ley N° 19.718, promulgado el 27 de febrero de 2001, y publicado el 10 de marzo del mismo año, crea la Defensoría Penal Pública. Así, el artículo 2° de la citada ley establece que la finalidad de la Defensoría es proporcionar defensa penal a los imputados o acusados por un crimen, simple delito o falta que sea de competencia de un juzgado de garantía o de un tribunal de juicio oral en lo penal y de las respectivas Cortes, en su caso, y que carezca de un abogado. Asimismo, en lo que respecta a su organización, el artículo 4° de la mencionada ley, señala que la Defensoría se encuentra organizada de la siguiente manera: Defensoría Nacional, Defensorías Regionales, Defensorías Locales, Consejo de Licitaciones de la Defensoría Penal Pública y Comités de Adjudicación Regionales; siendo el

⁶⁷⁴ CAROCCA PEREZ, Alex. Manual el Nuevos Sistema Procesal Penal, Tercera Edición. Editorial Lexis Nexis. Santiago – Chile. 2005. Pág. 58.

Defensor Nacional el Jefe Superior de esta institución, teniendo su sede en la Región de Santiago.

Ahora bien, la Defensoría Regional, como señala el artículo 16° de dicha ley, es la encargada de la administración de los medios y recursos necesarios para la prestación de la defensa penal pública en la Región, o en la extensión geográfica que corresponda si en la Región hubiera más de una, a los imputados o acusados por un crimen, simple delito o falta, y que sea de competencia del Juzgado de Garantías o Tribunal de Juicio Oral, así como ante las respectivas cortes, que no cuenten con abogado defensor. Además, las Defensorías Regionales existen en cada una de las regiones del país (Art. 17°).

Por otra parte, las Defensorías Locales son unidades operativas en la que se desempeñan los defensores locales de la Región. Si la defensoría local cuenta con dos o más defensores locales, se nombrará un defensor jefe (Art. 23°). Como señala Alex Carocca Pérez⁶⁷⁵, y haciendo mención a lo señalado en el artículo 24° de la Ley en cuestión, por razones económicas, no se contempla que las Defensorías Locales puedan estar situadas en todas las ciudades del país, sino que sólo en 80 de ellas.

El artículo 31° de la Ley de la Defensoría Penal Pública, señala que los defensores locales serán funcionarios a contrata. El acceso a los empleos correspondientes se efectuará por concurso público. Son⁶⁷⁶ los abogados que

⁶⁷⁵ CAROCCA PEREZ, Alex. Manual el Nuevos Sistema Procesal Penal, Tercera Edición. Editorial Lexis Nexis. Santiago – Chile. 2005. Pág. 69.

⁶⁷⁶ CAROCCA PEREZ, Alex. Manual el Nuevos Sistema Procesal Penal, Tercera Edición. Editorial Lexis Nexis. Santiago – Chile. 2005. Pág. 69.

deberán desempeñarse en las Defensorías Locales. Desde ellas, deberán trasladarse los defensores a las localidades que corresponda en las que estén situados los Juzgados de Garantía o en los Tribunales Orales en lo Penal.

Así también, es de mencionar que la precitada ley establece de manera expresa en su artículo 35°, que los beneficiarios de la defensa penal pública son todos los imputados y acusados que carezcan de un abogado y requieran de un defensor. Nótese en esta parte de la ley, que la norma es expresa cuando solo señala al imputado o acusado de un delito como la única persona que puede ser beneficiado por esta ley, exceptuando al agraviado o la víctima. Asimismo, el artículo 52° de la ley, establece que el imputado o acusado de un delito, elige de la nómina al abogado que esté disponible para su defensa.

Un aspecto a tomar en cuenta, es que la defensa penal pública en la República de Chile no solo está a cargo de los defensores locales, sino también de abogados y personas jurídicas de derecho público o privado, es decir, de prestadores externos. En⁶⁷⁷ lo que respecta a la elección de estos últimos, la ley establece en los artículos 42° al 50° la licitación en la defensoría penal pública y su procedimiento de selección. Para ello, en fecha 19 de agosto de 2000, se publicó el Decreto N° 495, denominado Reglamento sobre Licitaciones y Prestación de la Defensoría Penal Pública, estableciendo en su artículo 1° que el ámbito del reglamento tiene por objeto regular el mecanismo de licitaciones para seleccionar abogados y personas jurídicas que presten defensa penal pública, los mecanismos

⁶⁷⁷ CAROCCA PEREZ, Alex. Manual el Nuevos Sistema Procesal Penal, Tercera Edición. Editorial Lexis Nexis. Santiago – Chile. 2005. Pág. 69.

de control y evaluación de la defensa, y la responsabilidad de las personas que ejercen tal defensa. Por ello, el sistema contempla personas jurídicas y abogados particulares que puedan prestar el servicio, seleccionados mediante licitaciones, el cual está a cargo del Consejo de Licitaciones de la Defensoría Penal Pública⁶⁷⁸, tal como lo dispone el artículo 11° de la Ley.

De lo mencionado precedentemente, se advierte que la misma ley establece expresamente que los prestadores externos de defensa lo constituyen los abogados y las personas jurídicas de derecho público o privado; por lo que, como señala el mismo artículo 4° del Decreto N° 495, los prestadores de la Defensoría son: los Defensores locales, las personas naturales y las personas jurídicas. Además, como se ha señalado, estos prestadores externos asumen responsabilidades civiles y penales, en caso que incumplan sus funciones contractuales o incurran en actos ilícitos, como serían actos de corrupción. Por ello, para poder controlar las actividades de trabajo no solo de los prestadores externos, sino también de los defensores locales, la Defensoría realiza inspecciones sin aviso previo (Art. 57° de la Ley) y auditorías externas, así como los defensores locales o externos emiten sus informes semestrales a la Defensoría Regional o Nacional⁶⁷⁹.

En ese sentido, y de lo mencionado en los párrafos precitados, se tiene que la Defensoría Penal Pública de Chile aparece como consecuencia, en un primer momento, de la entrada en vigencia del Código Procesal Penal de 2000; y en un segundo momento, como una necesidad de adecuar lo exigido por la Constitución

⁶⁷⁸ El artículo 12° de la Ley N° 19.718, establece que está integrado por cinco personas, tres funcionarios del Estado y dos docentes universitarios.

⁶⁷⁹ Tal obligación se encuentra previsto en los artículos 44° y 45° del Decreto N° 495, así como en el artículo 62° de la Ley N° 19718.

de 1980 y los Tratados Internacionales al cual Chile es parte. Asimismo, orgánicamente e internamente la Defensoría se encuentra estructurado por la Defensoría Nacional, los Defensores Regionales y los Defensores Locales, y externamente, son partes de la Defensoría mediante licitaciones públicas los abogados y las personas jurídicas de derecho público o privado. Es decir, de manera genérica, los que ejercen la defensa pública de los investigados y acusados ante los Juzgados de Garantía y Tribunales de Juicio Oral son los defensores locales, los abogados y las personas jurídicas de derecho público y privado, quienes están obligados en presentar sus informes semestrales de actividades a la Defensoría Nacional o Regional, así como también son pasibles de sanciones civiles o penales. Además, los únicos beneficiarios de la defensa pública son los imputados o acusados.

2.1.6.12 La víctima.

Como señala María Inés Horvitz Lennon⁶⁸⁰, uno de los principales objetivos políticos criminales del nuevo sistema de justicia criminal, declarada reiteradamente en el Mensaje del Proyecto de Código Procesal Penal de Chile, es la “promoción de los intereses concretos de las víctimas de los delitos”. A los fiscales se les impone la obligación de velar por sus intereses y a los jueces la de garantizar la vigencia de sus derechos. En fin, se otorga a la víctima el estatus de sujeto procesal, sin necesidad de constituirse en querellante, al mismo tiempo que se le reconoce “un conjunto de derechos que buscan romper su actual situación de marginación”. Estos derechos reconocidos a la víctima en la legislación procesal

⁶⁸⁰ HORVITZ LENNON, María Inés y LOPEZ MASLE, Julián. Derecho Procesal Penal Chileno, Tomo II. Editorial Jurídica de Chile. Santiago – Chile. 2002. Pág. 208.

penal de Chile, guardan relación con los principios constitucionales del derecho a la igualdad y a la defensa, reconocidos en el artículo 19° numeral 3 de la Constitución de 1980.

En relación a lo mencionado precedentemente, y sin perjuicio de los principios o derechos constitucionales destacados, es de tenerse en cuenta lo señalado por Guillermo Piedrabuena Richard, quien precisa que pasando ahora a revisar la situación de la victimología en relación con nuestro derecho constitucional, cabe destacar, en primer lugar, que el valor supremo de la Carta Política la constituye la dignidad de la persona⁶⁸¹. Tan igual como nuestra Constitución peruana, la dignidad de la persona constituye uno de los fines supremos de la Constitución, y sobre la base de este derecho fundamental se erigen otros derechos fundamentales de las personas, los cuales son tomados en cuenta por las normas de segundo y tercer nivel previstas en el ordenamiento jurídico.

Así mismo, para entender en un primer momento que se entiende por víctima, como tal, es necesario recurrir a la doctrina, así tenemos que el Dr. Víctor Cubas Villanueva⁶⁸², haciendo mención a la decisión marco adoptada por el Consejo de la Unión Europea en fecha 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, se entiende que la víctima es la persona física que haya sufrido un perjuicio, en especial lesiones físicas o mentales, daños emocionales o un perjuicio económico, directamente causado por un acto u omisión que infrinja la

⁶⁸¹ PIEDRABUENA RICHARD, Guillermo. La Víctima y el Testigo en la Reforma Procesal Penal.

⁶⁸² CUBAS VILLANUEVA, Víctor. El Nuevo Proceso Penal Peruano, Teoría y Práctica de su implementación, Segunda Unidad. Editorial Palestra. Lima. 2016. Pág. 269

legislación penal de un Estado. A su vez, Alonso Raúl Peña Cabrera Freyre menciona que víctima⁶⁸³ es aquella persona que ve afectados sus bienes jurídicos o disminuidos su capacidad de disposición de aquellos, como consecuencia de una conducta infractora de una norma jurídico-penal pudiendo ser el agente culpable o inculpable.

Ahora bien, en un segundo momento, y desde una perspectiva procesal, el Código Procesal Penal Chileno considera a la víctima en sus artículos 108° al 110°. Así, en el artículo 108°, establece el concepto de víctima, estableciendo que, para los efectos de este código, se considera víctima al ofendido por el delito. Asimismo, como señala Alex Carocca Pérez, existen delitos en los cuales la víctima no puede ejercer los derechos que la ley le confiere, por diversas circunstancias, edad, estado de salud, etc., así como en el caso en que resulte la muerte de la víctima, situaciones en las cuales el concepto de víctima se extiende a la conyugue y a los hijos; a los ascendientes; al conviviente; a los hermanos, y al adoptado o adoptante, en ese orden de prelación (Art. 108° segundo y tercer párrafo)⁶⁸⁴. Además, los derechos de la víctima se encuentran consagrados en *numerus clausus* en el artículo 109° del Código Procesal Penal chileno, derechos con los cuales el agraviado podrá intervenir en el procedimiento penal, conforme a ley.

Un aspecto a tomar en cuenta es que, uno de los principios básicos establecidos en el mismo Código Procesal Penal es la protección de la víctima, en

⁶⁸³ PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. Derecho Procesal Penal, Sistema Acusatorio Teoría del Caso y Técnicas de Litigación Oral, Tomo I. Editorial RODHAS. Lima. 2012. Pág. 373.

⁶⁸⁴ CAROCCA PEREZ, Alex. Manual el Nuevos Sistema Procesal Penal, Tercera Edición. Editorial Lexis Nexis. Santiago – Chile. 2005. Pág. 78.

virtud del cual se contempla una obligación perentoria para el Ministerio Público de “velar por la protección de la víctima del delito en todas las etapas del procedimiento penal”, tal como lo dispone el artículo 6° primer párrafo de la norma procesal penal⁶⁸⁵. Además, el artículo 110° del mismo texto procesal penal le obliga al Ministerio Público a informar a los familiares descritos en el segundo párrafo del artículo 108°, del resultado del proceso, cuando estos no hubiesen intervenido.

En ese sentido, el agraviado juega un rol importante, como sujeto de proceso, dentro de la tramitación del derecho procesal penal de Chile, siendo protegido por el Ministerio Público en todas las etapas del procedimiento penal, sin perjuicio de hacer valer sus derechos por sí mismo; siendo que, en caso de que éste no pudiese reclamar de manera personal la lesión de su bien jurídico, por ejemplo por causa de muerte u otro factor, entonces tal derecho podrá ser reclamado por su familiares, respetando el orden sucesorio previsto en el segundo párrafo del artículo 108° del texto procesal penal, aspecto legal este que en nuestra legislación procesal peruana también ha sido considerado en el artículo 94° inciso 02.

2.1.6.13 El querellante.

En lo que respecta a este sujeto procesal, la Dra. María Inés Horvitz Lennon señala que pareciera, pues, que la víctima (con el nuevo proceso penal) recupera buena parte del protagonismo perdido con el advenimiento del proceso inquisitivo aunque, en nuestro sistema, nunca se le haya excluido totalmente como sujeto dotado de facultades procesales, lo que se refleja en la existencia de delitos de

⁶⁸⁵ CAROCCA PEREZ, Alex. Manual el Nuevos Sistema Procesal Penal, Tercera Edición. Editorial Lexis Nexis. Santiago – Chile. 2005. Pág. 77-78.

acción penal privada, del querellante particular y la posibilidad del ofendido de interponer la acción civil dentro del proceso penal⁶⁸⁶, hecho este que fue tomado en cuenta por el Código de Procedimientos Penales de Chile de 1906. Es así, que en la legislación procesal chilena se advierten dos tipos de querellantes, los que derivan de una acción penal pública (excepcionalmente en algunos delitos de acción penal pública se requiere la denuncia previa del agraviado, tal como lo señala el último párrafo del artículo 53° del CPP), y los que derivan de una acción penal privada (solo podrá ser ejercido por la víctima, de acuerdo a los delitos previstos en el artículo 55° del CPP). Esto último está previsto en el artículo 53° del CPP de Chile, en el cual se establece la clasificación de la acción penal.

Un hecho casi similar sucede en nuestra legislación procesal penal peruano, en donde tampoco se dejó de lado a la víctima o al agraviado, empero, tanto el Código de Procedimientos Penales de 1940⁶⁸⁷, así como el Código Procesal Penal (D.L. N° 957)⁶⁸⁸, y a diferencia de la legislación chilena, solamente consideran en nuestra legislación procesal penal al querellante⁶⁸⁹ proveniente de una acción penal privada, mas no de una acción penal pública; sin embargo, a fin de que la víctima pueda reclamar la indemnización y el perjuicio ocasionado en su contra

⁶⁸⁶ HORVITZ LENNON, María Inés y LOPEZ MASLE, Julián. Derecho Procesal Penal Chileno, Tomo II. Editorial Jurídica de Chile. Santiago – Chile. 2002. Pág. 281-282.

⁶⁸⁷ El Código de Procedimientos Penales de 1940, establece como un procedimiento especial el proceso de Querrela, el mismo que está referido para los delitos de Calumnia, Difamación, Injuria y Contra el Honor Sexual (Derogado por la Ley N° 27115), incluso se llegó a considerar a los delitos de Lesiones Culposas Leves (Art. 124° primer párrafo del C.P.) y delitos de Violación de la Intimidación (Art. 158° del C.P.).

⁶⁸⁸ Proceso especial previsto desde los artículos 459° al 467° del Código Procesal Penal (D.L. N° 957°).

⁶⁸⁹ “La querrela está reservada para los delitos que se persiguen por acción privada, es decir para aquellos que requieren denuncia e impulso de la parte agraviada. Estos delitos están expresamente señalados en el Código Penal”. **CUBAS VILLANUEVA, Víctor. El Proceso Penal, Teoría y Práctica, Cuarta Edición. Editorial Palestra Editores. Lima. 2000. Pág. 83-84.**

dentro del proceso penal, llamado también por el Código Penal peruano como Reparación Civil, y que se determina conjuntamente con la pena (Art. 92° del C.P.), la legislación procesal penal ha previsto la figura de actor civil (en el C. de PP se llamaba Parte Civil), figura esta que es tan igual que el Querellante en el CPP Chileno.

Ahora bien, el Código Procesal Penal chileno regula esta condición de sujeto procesal desde el artículo 111° al 121°. Asimismo, en lo que respecta a quienes pueden tener legitimidad para interponer y ser querellante, el artículo 111° de la norma procesal penal establece preliminarmente que podrá ser interpuesta por la víctima, su representante legal o su heredero testamentario. Este aspecto mencionado en la norma procesal penal precitada, ha sido considerado por la Dra. María Inés Horvitz Lennon como un concepto, al señalar que el Querellante es la víctima, su representante legal o su heredero testamentario, así como las personas que se individualizan en el artículo 111° incisos 2 y 3 del CPP, que al interponer querrela en el procedimiento penal y mientras ella se encuentre vigente tienen los derechos y facultades que la ley procesal penal les acuerda⁶⁹⁰.

La figura del sujeto procesal de querellante en los delitos de acción penal pública, tal como se ha mencionado líneas atrás, tiene una analogía y parecido en el caso peruano con el sujeto procesal de actor civil, sujeto este que tiene los mismos derechos y facultades previstas en los artículos 104° y 105° del CPP peruano; siendo que, en caso que el agraviado no pueda constituirse en actor civil,

⁶⁹⁰ HORVITZ LENNON, María Inés y LOPEZ MASLE, Julián. Derecho Procesal Penal Chileno, Tomo II. Editorial Jurídica de Chile. Santiago – Chile. 2002. Pág. 304.

será representado en el proceso penal por el Fiscal, tal como lo señala el artículo 11° inciso 1 de nuestro CPP.

En lo que respecta a la oportunidad procesal para interponer una querrela ante el Juez de Investigación, el artículo 112° del CPP señala que podrá interponerse en cualquier momento de la primera etapa del proceso penal, hasta antes que el Ministerio Público declare cerrada la investigación. Esta oportunidad señalada también es considerada en el CPP peruano en el artículo 101°, en donde se establece que la oportunidad procesal para constituirse en actor civil es hasta antes que el Fiscal de por concluido la investigación preparatoria. Asimismo, el segundo párrafo del artículo 112°, señala que una vez admitida a través la petición de querrela solicitada por la víctima, el Juez de Investigación lo remite a la Fiscalía, a fin de que el querellante ejerza sus derechos que le confiere el artículo 261° del CPP, tan igual como en el caso peruano le otorga facultades al actor civil los artículos 104° y 105° del CPP.

Por otra parte, los requisitos para tener la condición de querellante, así como su inadmisibilidad, se encuentran expresamente señalados en los artículos 113° y 114° del CPP de Chile, respectivamente. En nuestro caso peruano los requisitos para ser actor civil se encuentran descritos en el artículo 100° del CPP. Asimismo, en caso de que se declare la inadmisibilidad de querellante solicitado por el agraviado, la norma procesal penal prevé en su artículo 115°, la facultad de interponer recurso de apelación, tal como sucede en nuestro caso con el artículo 103° del CPP peruano, ello en aplicación del principio constitucional de pluralidad de instancia

Así también, por el contrario, no pueden presentar querrela entre sí, los conyugues, salvo delitos cometidos contra el otro (feminicidio) o los hijos (parricidio) o delito de bigamia, o consanguíneos, colaterales y afines hasta el segundo grado, salvo delitos cometidos por unos contra los otros, contra su conyugue e hijos, tal como lo señala el artículo 116° del CPP⁶⁹¹. Este aspecto no ha sido consignado en nuestro CPP peruano, debido a que, dentro del catálogo de delitos previstos en el Código Penal peruano, se encuentran previstos los delitos de feminicidio (delito cometido por un conyugue contra el otro), parricidio (de madre a hijo o viceversa) y bigamia de manera independiente.

Un aspecto a tomar en cuenta en el artículo 117° del CPP chileno, es que puede darse el caso de que la querrela presentada por el agraviado pueda declararse inadmisibile por que fue presentada extemporáneamente dentro de la oportunidad procesal que establece la ley, o que, habiéndose otorgado un plazo al agraviado, este no lleo a subsanar la omisión advertida por el Juzgado, empero, al tratarse de un delito de acción pública o previa instancia particular, el Juez podrá tener en cuenta los hechos de dicha querrela como denuncia, poniendo en conocimiento del Ministerio Público, siempre y cuando se constate que los hechos investigados no han sido iniciados de otra forma.

Así mismo, los artículos 118° y 119° del CPP chileno, establecen el instituto procesal del desistimiento, señalando que el querellante podrá desistirse de su querrela en cualquier momento del procedimiento, es decir, en cualquiera de las

⁶⁹¹ CAROCCA PEREZ, Alex. Manual el Nuevos Sistema Procesal Penal, Tercera Edición. Editorial Lexis Nexis. Santiago – Chile. 2005. Pág. 78.

tres etapas que el proceso penal establece, evento en el que tomará a su cargo las costas que pronuncie el tribunal al finalizar el proceso (Art. 118° del CPP)⁶⁹². Asimismo, el hecho de que el querellante se desista de su querrela, habilita al querrellado a ejercer la acción penal o civil, por la denuncia calumniosa realizada en su contra, así como el pago de la indemnización respectiva, exceptuándose este derecho del querrellado, siempre y cuando no hubiese aceptado expresamente el desistimiento del querellante. Este instituto procesal del desistimiento no se encuentra regulado en el CPP peruano de manera expresa como un título a una norma procesal penal; sin embargo, el artículo 106° del CPP establece el impedimento del actor civil de acudir o solicitar en la vía extra penal (civil y procesal civil) una demanda indemnizatoria; siendo que, si podrá realizarlo, siempre y cuando se desista de la condición de actor civil hasta antes del requerimiento de acusación fiscal, pudiendo recién ejercer la acción indemnizatoria en la otra vía extrapenal.

Otro instituto procesal que prevé el CPP chileno es el instituto del Abandono. Como señala Alex Carocca Pérez, no basta con que el querellante deduzca su querrela, sino se requiere que luego persevere en su tramitación. Si no lo hace, se produce el abandono de la querrela, de oficio o a petición de los intervinientes⁶⁹³. Es así, que el artículo 120° del CPP establece los supuestos en el que puede incurrir en abandono una querrela.

⁶⁹² CAROCCA PEREZ, Alex. Manual el Nuevos Sistema Procesal Penal, Tercera Edición. Editorial Lexis Nexis. Santiago – Chile. 2005. Pág. 80.

⁶⁹³ CAROCCA PEREZ, Alex. Manual el Nuevos Sistema Procesal Penal, Tercera Edición. Editorial Lexis Nexis. Santiago – Chile. 2005. Pág. 80.

En esta parte, es de mencionar que la legislación chilena establece el abandono por no concurrir el querellante a la etapa de preparación de juicio o a la etapa de juicio oral; sin embargo, en nuestro caso, el CPP peruano no establece de manera expresa que en caso el actor civil no concurra a la etapa intermedia pueda perder tal facultad, más aún, que el artículo 351° inciso del CPP establece que la instalación de la audiencia es obligatoria la presencia del Fiscal y el abogado defensor del acusado, siendo por ello facultativo la concurrencia del actor civil, caso contrario que no sucede en la etapa de juicio oral, en donde el artículo 359° inciso 7 del CPP, ha establecido que en caso el actor civil no concurra a la instalación de la audiencia o a dos sesiones, se tendrá por abandonado su constitución en actor civil. Además, es de tenerse en cuenta que la resolución que declara el abandono de la querella puede ser materia de apelación, sin que se suspenda la tramitación del procedimiento. Así también, la resolución que niegue el abandono es inapelable, siendo que, la declaración del abandono de la querella tiene como efecto jurídico impedir que éste ejerza los derechos que el CPP los reconoce, esto en su condición de querellantes conjunto autónomo⁶⁹⁴.

En ese sentido, y estando a lo mencionado en los párrafos precitados, podemos señalar que el sujeto procesal denominado querellante (dentro de la acción penal pública) en el CPP chileno, tiene una casi semejanza procesal con el

⁶⁹⁴ “A diferencia del querellante conjunto adhesivo, este acusador (querellante conjunto autónomo) tiene atribuciones semejantes a las del Ministerio Público y las ejerce de modo paralelo y autónomo. La consecuencia más radical de este planteamiento es que el querellante puede acusar, aunque el Ministerio Público no lo haga; (...)”. **HORVITZ LENNON, María Inés y LOPEZ MASLE, Julián. Derecho Procesal Penal Chileno, Tomo I. Editorial Jurídica de Chile. Santiago – Chile. 2002. Pág. 307.** Esta facultad del querellante en los delitos de acción penal pública, de poder acusar particularmente, es una facultad que el CPP de Chile le otorga, tal es así que, de no hacerlo dentro de la oportunidad procesal que señala el artículo 120° literal a) del CPP chileno, se le da por abandonado la querella interpuesta.

sujeto llamado actor civil en nuestro CPP, en lo que respecta a la legitimidad, la oportunidad procesal para constituirse, los requisitos, el recurso impugnatorio ante la denegación del Juzgado, el desistimiento y el abandono⁶⁹⁵, teniendo una diferencia en lo que respecta a la prohibición de querrela entre familiares (conyugues o consanguíneo), así como el abandono que se puede dar en la segunda etapa del proceso penal; siendo que, en ambos casos, este sujeto procesal no solo persigue el pago de la indemnización por el daño causado por el agente como consecuencia de la vulneración de su bien jurídico, sino también coadyuvay colabora con el esclarecimiento del hecho delictivo.

2.1.6.14 El imputado.

Este otro sujeto procesal, denominado también interviniente según el artículo 12° del CPP chileno, es aquel participante contra quien se dirige la pretensión punitiva del Estado⁶⁹⁶. Asimismo, es la persona objeto de la persecución penal, desde que esta comienza, con la primera actuación del procedimiento hasta que concluye, lo que puede acontecer hasta la completa ejecución de la sentencia, sino han operado antes otros medios de solución o de término del proceso⁶⁹⁷. Así también, para Arsenio Ore Guardia, y a manera de concepto, el imputado es aquel sujeto, persona física, contra quien, por ser presuntamente autor o participe de la comisión de un hecho criminal, se dirige la acción penal. Como no podría ser de otro modo, tiene un papel protagónico en el proceso y es indispensable no solo

⁶⁹⁵ Estos institutos procesales del desistimiento y el abandono que se dan en la querrela por acción penal pública, también están previstos en el artículo 64° del Código Procesal Penal de Chile, cuando la víctima de un delito ocasionado en su contra, interpone una querrela como consecuencia de una acción penal privada (acciones civiles).

⁶⁹⁶ HORVITZ LENNON, María Inés y LOPEZ MASLE, Julián. Derecho Procesal Penal Chileno, Tomo I. Editorial Jurídica de Chile. Santiago – Chile. 2002. Pág. 223.

⁶⁹⁷ CAROCCA PEREZ, Alex. Manual el Nuevos Sistema Procesal Penal, Tercera Edición. Editorial Lexis Nexis. Santiago – Chile. 2005. Pág. 81.

para el desarrollo del mismo, sino para su existencia, pues no puede existir proceso penal sin imputado⁶⁹⁸.

Por otra parte, como señala Horvitz Lennon, el Código (CPP chileno) establece como principio básico del nuevo proceso penal el derecho que tiene el imputado para hacer valer sus facultades, derechos y garantías constitucionales y legales desde el momento mismo en que se le atribuya participación de un hecho punible. (...) Con ello se supera aquella concepción inquisitiva que tendió a ver al imputado como un objeto del procedimiento y de la investigación judicial, esto es, como una fuente de información destinada a la averiguación de la verdad material⁶⁹⁹. Esta nueva apreciación jurídica que tiene el imputado en el nuevo sistema procesal penal acusatorio garantista, obedece a que se encuentra protegido por principios y garantías procesales que no solo se encuentran previstos en el ordenamiento jurídico nacional, sino también en los tratados internacionales al cual la República de Chile es parte, tan igual como sucede en el caso peruano. Un claro ejemplo al respecto, son las abundantes sentencias que ha emitido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en donde se han fijado lineamientos de protección a favor del imputado dentro de un debido proceso, como por ejemplo sobre el derecho al plazo razonable, la residualidad y última ratio de la prisión preventiva y el principio de la presunción de inocencia, entre otros, aspectos estos que tienen que ser tomados en cuenta convencionalmente por los funcionarios públicos que administran justicia.

⁶⁹⁸ ORE GUARDIA, Arsenio. Derecho Procesal Penal Peruano, Análisis y comentarios al Código Procesal Penal, Tomo I. Editorial Gaceta Jurídica. Lima. 2016. Pág. 251.

⁶⁹⁹ HORVITZ LENNON, María Inés y LOPEZ MASLE, Julián. Derecho Procesal Penal Chileno, Tomo I. Editorial Jurídica de Chile. Santiago – Chile. 2002. Pág. 225.

Un aspecto a tomar en cuenta es que, si bien el CPP chileno regula en los artículos 93° al 101° los derechos, garantías y la condición jurídica de rebelde del imputado dentro del procedimiento penal, empero, también existen otros artículos sistematizados en la legislación procesal penal chilena que guardan coherencia con este sujeto procesal, como es el caso del juicio previo y del principio del ne bis in ídem, previsto en el artículo 1°; el principio de la presunción de inocencia, establecido en el artículo 4°; la calidad de imputado, previsto en el artículo 7°; el ámbito a la defensa que goza todo imputado dentro de un debido proceso, el cual se encuentra prescrito en el artículo 8°; el hecho de que cuando se limiten o restrinjan sus derechos dentro de un proceso penal, se tenga que hacer previa autorización judicial (Art. 9°); y la cautela de garantías o tutela de derechos a su favor, conforme lo señala el artículo 10° del CPP de Chile. Es así, que estos artículos precitados también forman parte del catálogo de derechos y garantías con que cuenta el imputado dentro del Código Procesal Penal.

Ahora bien, el artículo 93° del CPP, establece los derechos y garantías con que cuenta el imputado dentro de la tramitación del proceso penal, estos derechos en especial, se encuentran descritos en los literales a) al i) del artículo mencionado precedentemente. Así, sobre el derecho a conocer el contenido de la imputación realizada en su contra, y los derechos que le asisten (Art. 93°.a), es de señalar que este primer derecho es importante -tan igual como los otros-, porque es en esta primera oportunidad que el imputado ejerce su defensa material⁷⁰⁰, debiendo

⁷⁰⁰ “(...) i) garantiza al imputado de ejercer su propia autodefensa, desde el mismo instante en que toma conocimiento de los hechos fácticos presuntamente delictivos incriminados por el Ministerio Público (...)”. MIRANDA ABURTO, Elder J. Actualidad Penal Al Día con el Derecho, Diciembre 2017/ N° 42. Editorial Instituto Pacífico. Lima. 2017. Pág. 280.

tomar conocimiento de manera previa y detallada de la imputación realizada en su contra -tal como lo señala el Art. 8°.2, b) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos-. Al respecto, Alex Carocca Pérez señala que resulta imprescindible para realizar una defensa eficaz⁷⁰¹, conocer el contenido de la imputación que se realiza contra una determinada persona⁷⁰². Esta defensa procesal justamente se va a materializar cuando el imputado sea asistido por un abogado defensor desde los actos iniciales de la investigación fiscal (Art. 93°.b).

Otros derechos especiales están referidos a que el imputado puede solicitar ante el Ministerio Público diligencias de investigación o actos de investigación, a fin de desvirtuar las imputaciones realizadas en su contra (Art. 93°.c), así como solicitar directamente al Juez se le cite para que declare sobre los hechos imputados (Art. 93°.d). Lo que se pretende con estos derechos precitados, como señala Alex Carocca Pérez, es que el imputado tenga derecho a hacer valer las alegaciones que estime conveniente para su defensa, alegaciones que deberá efectuar, por cierto, respetando las normas del procedimiento⁷⁰³. Una de estas formas de ejercer su derecho a la defensa está referido al derecho de probar, en relación a las alegaciones que realiza dentro del proceso penal, debido a que al imputado no solo le bastará alegar su defensa en argumentos subjetivos, sino que también estos argumentos deberán estar reforzados con pruebas (elementos de convicción), de tal manera que pueda crear convicción al Órgano Jurisdiccional.

⁷⁰¹ “La defensa eficaz no solo se constituye por el simple nombramiento de un abogado defensor de manera obligatoria, sino que esta tiene que ser efectiva; es decir, desarrollar el contradictorio frente a la noticia criminal del ministerio público”. MIRANDA ABURTO, Elder J. Actualidad Penal Al Día con el Derecho, Diciembre 2017/ N° 42. Editorial Instituto Pacífico. Lima. 2017. Pág. 282.

⁷⁰² CAROCCA PEREZ, Alex. Manual el Nuevos Sistema Procesal Penal, Tercera Edición. Editorial Lexis Nexis. Santiago – Chile. 2005. Pág. 81.

⁷⁰³ CAROCCA PEREZ, Alex. Manual el Nuevos Sistema Procesal Penal, Tercera Edición. Editorial Lexis Nexis. Santiago – Chile. 2005. Pág. 87.

Así también, el artículo 93° literal f) del CPP, establece la facultad del imputado de solicitar el sobreseimiento o archivamiento del proceso a su favor, así como el derecho a impugnar en caso se le rechazare. Sobre lo señalado, este instituto procesal del sobreseimiento no es una novedad en nuestra legislación peruana, debido a que también se le faculta al imputado poder invocar el sobreseimiento cuando considere que su conducta o los hechos imputados se encuentran inmersos dentro de los presupuestos previstos en el artículo 344° inciso 2 del CPP peruano. Ahora, sobre la facultad que tiene el imputado de interponer recurso impugnatorio en caso se le rechace el sobreseimiento, este derecho no es solo un derivado del principio constitucional de la doble instancia, sino también forma parte de los derechos humanos reconocidos en tratados internacionales, como por ejemplo en el artículo 8°, numeral 2, literal h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, tratado este al cual Chile es parte desde el 05 de enero de 1991.

En lo que respecta al derecho que tiene el imputado de guardar silencio, o en caso de declarar hacerlo sin prestar juramento (Art. 93°.g), es de indicar que estos derechos forman parte del catálogo de derechos humanos reconocidos también por los tratados internacionales. Así, en el caso del derecho de guardar silencio, o también conocido como “incoercibilidad del imputado”, María Inés Horvitz Lennon señala que el derecho del imputado a guardar silencio y a no ser utilizado como fuente de información lo constituyen en un sujeto incoercible del procedimiento⁷⁰⁴. A su vez, Alonso Raúl Peña Cabrera Freyre menciona que el

⁷⁰⁴ HORVITZ LENNON, María Inés y LOPEZ MASLE, Julián. Derecho Procesal Penal Chileno, Tomo I. Editorial Jurídica de Chile. Santiago – Chile. 2002. Pág. 234.

imputado puede optar por mantener silencio, éste es un derecho que se deriva del principio de presunción de inocencia, y que se expresa en el *nemo tenetur se ipso accusare*, pues, en un sistema procesal acusatorio, el imputado no está obligado a ofrecer prueba en su contra, a menos que así lo convenga⁷⁰⁵. Además, desde el punto de vista constitucional, y como derecho fundamental, este derecho se encuentra establecido en el artículo 19° numeral 7, literal f) de la Constitución de Chile; y desde el punto de vista supranacional, se encuentra previsto en el artículo 14° numeral 3, literal g) del Pacto Internacional del Derechos Civiles y Políticos, así como en el artículo 8° numeral 2, literal g) de la Convención Americana.

Debe tenerse en cuenta que esta garantía -a guardar silencio- vale tanto para los interrogatorios policiales como los del Ministerio Público, sea durante la investigación preliminar, sea durante el desarrollo del juicio⁷⁰⁶; es decir, esta garantía, como mecanismo de protección, deber ser respetado por los funcionarios públicos desde el inicio hasta la culminación de la última etapa estelar del proceso, por ser parte del debido proceso.

Así mismo, otro derecho con que cuenta el imputado durante la tramitación del proceso penal, es el “derecho a no ser sometido a tortura ni a otros tratos crueles, inhumanos o degradantes” dentro del proceso penal (Art. 93°.h). Esta garantía como tal no se encuentra previsto en la Constitución de Chile, empero, implícitamente se encuentra previsto en el artículo 19° numeral 1 del citado texto constitucional, dentro del derecho fundamental a la integridad física y psíquica de

⁷⁰⁵ PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. Derecho Procesal Penal, Sistema Acusatorio Teoría del Caso y Técnicas de Litigación Oral, Tomo I. Editorial RODHAS. Lima. 2012. Pág. 341.

⁷⁰⁶ HORVITZ LENNON, María Inés y LOPEZ MASLE, Julián. Derecho Procesal Penal Chileno, Tomo I. Editorial Jurídica de Chile. Santiago – Chile. 2002. Pág. 234.

la persona⁷⁰⁷. Así, como señala Hayley Reyna Hidalgo, si tratamos de buscar un antecedente remoto sobre el derecho a la integridad personal, lo podemos encontrar en la Carta Magna inglesa de 1215, sin embargo, será el Bill of Rights de 1689, en el cual se establecieron límites al monarca o soberano, pero también a las leyes, en donde se procuró garantizar la libertad de opinión y de pensamiento, así como la seguridad personal, las garantías procesales y el derecho a participar en la vía política. Incluso se establece de manera directa la prohibición de castigos crueles y excesivos, así como la prohibición de testificar en contra de sí mismo, el mismo que fue cambiando un siglo después, como producto de la Revolución Francesa de 1789, y consecuentemente con el fin del Estado absoluto para dar paso al Estado moderno, concretamente al Estado de Derecho⁷⁰⁸, forma de Estado en el cual prima el respeto de las leyes y la separación de poderes.

De lo expuesto, podemos colegir que este derecho con que cuenta el imputado desde el inicio de la investigación preliminar, incluso a nivel policial, no es un derecho reciente, por ello al encontrarse positivizado no solo en el ordenamiento jurídico interno, sino también en los tratados internacionales, es de estricto cumplimiento y respeto por los funcionarios públicos del Estado, esto, porque no solo afecta la integridad personal de las personas, sino también afecta implícitamente el derecho fundamental de la dignidad. Por ello, este derecho se encuentra previsto en el artículo 5° de la Declaración Universal de los Derechos

⁷⁰⁷ El derecho a la integridad personal posee una triple dimensión: física, psíquica y moral, cuya protección debe estar encaminada a erradicar situaciones graves de afectación a este derecho como los actos de tortura y también a los de menos gravedad como los actos crueles inhumanos o degradantes. REYNA HIDALGO, Hayley. La Constitución comentada, Análisis Artículo por Artículo, Tercera Edición, Tomo I. Editorial Gaceta Jurídica. Lima. 2015. Pág. 491-492.

⁷⁰⁸ REYNA HIDALGO, Hayley. La Constitución comentada, Análisis Artículo por Artículo, Tercera Edición, Tomo I. Editorial Gaceta Jurídica. Lima. 2015. Pág. 478-479.

Humanos, artículo 7° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), así como en el artículo 8° numeral 3 de la CADH.

El derecho “a no ser juzgado en ausencia” (Art. 93°.i), es otro derecho con que cuenta el imputado en la tramitación del procedimiento penal, el mismo que a su vez guarda relación con el artículo 1° del CPP chileno, en el cual se ha establecido que toda persona tiene derecho a un juicio previo, oral y público, desarrollado en conformidad con las normas de este cuerpo legal. Así, Horvitz Lennon, señala que la inadmisibilidad del juzgamiento en ausencia o del procedimiento contumacial responde al derecho de audiencia y de defensa efectiva del imputado, esto es, a la necesidad de garantizar que sea él mismo, personalmente, quien ejerza las facultades que le confiere el ordenamiento jurídico cuando sea objeto de acusación penal. Sin embargo, este derecho se garantiza únicamente en la etapa de juicio oral y se regula a través de la institución de la rebeldía⁷⁰⁹.

Este derecho, que forma parte de la garantía de la administración de justicia, establece que la prohibición de la condena en ausencia es una manifestación del debido proceso penal vinculado al derecho a la defensa⁷¹⁰. De lo mencionado, se advierte que transgredir este derecho con cuenta el imputado, es que de manera paralela se estaría trasgrediendo también dos garantías procesales genéricas, el debido proceso y el derecho a la defensa, garantías estas que tienen que ser respetadas en la tramitación de todo procedimiento penal, hacer lo contrario, es

⁷⁰⁹ HORVITZ LENNON, María Inés y LOPEZ MASLE, Julián. Derecho Procesal Penal Chileno, Tomo I. Editorial Jurídica de Chile. Santiago – Chile. 2002. Pág. 235.

⁷¹⁰ Fundamento Jurídico N° 165 del Expediente N° 003-2005-PI/TC.

que la decisión judicial que emita el Aquó, incurra en nulidad absoluta. Además, como señala Cesar Nakasaki Servigón, el núcleo, o si se prefiere, la justificación de la prohibición de condena en ausencia y por ende del derecho a asistir al proceso penal, es la garantía procesal constitucional de la defensa, el debido proceso penal respeta el derecho a la defensa, sin esta la causa penal es nula, no surte efectos jurídicos, menos una sentencia condenatoria⁷¹¹.

Su respeto de este derecho, no solo obedece porque se encuentra previsto en la legislación procesal penal chilena, así como también en nuestro ordenamiento jurídico peruano, sino que obedece porque forma parte de los derechos humanos, es así, que el artículo 10° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el artículo 14° numeral 1 del PIDCP y el artículo 8° numeral 1 de la CADH, prevé este derecho como respeto que deben realizar los Estados parte.

Por otra parte, el artículo 94° del CPP establece los derechos y garantías que tiene el “imputado que se encuentra privado de su libertad”. Este artículo citado, guarda relación con el artículo 7° literales b), c), d) y e) de la Constitución de Chile, el mismo que está referido a la libertad personal. El hecho de que el imputado sea detenido preliminarmente a nivel de instrucción, ya sea por los supuestos previstos en el CPP, así como en la Constitución, y sin todavía ser sentenciado, no es razón para que se deje de respetar sus derechos fundamentales, así como tampoco se deje de lado los derechos humanos. Al respecto, el artículo 10° del PIDCP, prescribe que “toda persona privada de libertad será tratada

⁷¹¹ NAKASAKI SERVIGON, Cesar. La Constitución comentada, Análisis Artículo por Artículo, Tercera Edición, Tomo III. Editorial Gaceta Jurídica. Lima. 2015. Pág. 734.

humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”. Esta norma supranacional, y como señala Rafael Rodríguez Campos, se debe tener en cuenta que en este tratado se reconoce expresamente que toda persona privada de libertad debe ser tratada dignamente, ello supone el cabal y pleno respeto a su dignidad inherente como ser humano⁷¹².

En lo que respecta el derecho “al amparo ante el juez de garantía” (Art. 95°), este artículo guarda relación con el artículo anterior, y establece como garantía procesal, el derecho que tiene todo imputado privado de su libertad ser puesto a la brevedad posible ante el Juez, a fin de que este funcionario examine la legalidad de su detención, así como la condición en que se encuentra privado de su libertad, pudiendo incluso ordenar su libertad, variando su detención por otra medida cautelar personal alternativa. Asimismo, la defensa técnica, sus familiares o cualquier persona, podrá concurrir ante el Juez en su nombre, solicitando la presencia del imputado ante el órgano jurisdiccional, a fin de que se garanticen sus derechos previstos en la norma procesal penal, el mismo que se dejará constancia en los registros respectivos de los Tribunales, Fiscalía y la Policía (Art. 97°). Además, si el imputado ha sido privado de su libertad mediante resolución judicial, dicho acto procesal puede ser materia de impugnación, respetándose lo establecido en el artículo 21° de la Constitución.

Los “derechos de los abogados” a favor del imputado, previsto en el artículo 96° del CPP, facultan de manera expresa el derecho que tienen los abogados de

⁷¹² RODRIGUEZ CAMPOS, Rafael. La Constitución comentada, Análisis Artículo por Artículo, Tercera Edición, Tomo III. Editorial Gaceta Jurídica. Lima. 2015. Pág. 844.

solicitar ante el funcionario público en donde se encuentra privado de su libertad el imputado, si éste se encuentra presente en dicha dependencia (policial o carceleta) o establecimiento penitenciario; para luego poder conferenciar, así como solicitar información de los actuados preliminares o documentación respectiva. Esta labor realizada por parte del abogado defensor forma parte de la defensa eficaz que este profesional ejerce a favor del imputado. Por ello, Laurence Chunga Hidalgo⁷¹³, haciendo mención a lo señalado por Luis Reyna Alfaro, sostiene que el derecho a la defensa comprende tanto la defensa material como la defensa técnica, y que el Tribunal Constitucional ya ha reconocido dichas dos dimensiones del derecho a la defensa penal. Este derecho, se encuentra amparado supranacionalmente por el artículo 9° del PIDCP, así como en el artículo 104° del CPP.

Del mismo modo, Víctor Cubas Villanueva, señala que, dentro del principio constitucional del derecho de defensa, nos encontramos con un elemento muy importante cual es el abogado defensor. (...) Doctrinariamente, se conoce esta parte del derecho de defensa, como defensa técnica⁷¹⁴. Este derecho no solo se encuentra previsto en la legislación procesal y constitucional de Chile, sino que también forma parte de los derechos humanos, así, el artículo 8° numeral 2, literal d) de la CADH, señala el derecho del imputado de defenderse personalmente (defensa material), así como de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor (defensa procesal y defensa técnica). Incluso el literal c) de la norma supranacional precitada hace mención

⁷¹³ CHUNGA HIDALGO, Laurence. Gaceta Penal & Procesal Penal, Tomo 6, junio 2012. Editorial Gaceta Jurídica. Lima. 2012. Pág. 207.

⁷¹⁴ CUBAS VILLANUEVA, Víctor. El Nuevo Proceso Penal, Teoría y Práctica de su Implementación, Segunda Edición. Editorial Palestra. 2016. Pág. 251.

del derecho que tiene el imputado de que se le conceda un tiempo razonable para que prepare su defensa, esto a fin de que prepare su estrategia procesal. Asimismo, el artículo 14° numeral 3, literales b) y d) del PIDCP, consagra este derecho procesal. En esta parte, es de señalar que el abogado defensor tiene la facultad de poder renunciar a la defensa del imputado (Art. 106°), tan igual como sucede en el caso peruano, previsto en el artículo 85° inciso 4 del CPP. Así también, se puede dar el abandono de hecho de la defensa. Ante estas circunstancias, ya sea como renuncia o abandono⁷¹⁵, el órgano jurisdiccional deberá designar de oficio un defensor público (Art. 107°), a fin de impedir la indefensión del imputado y evitar nulidades ulteriores en el desarrollo del proceso.

La “declaración del imputado como medio de defensa” (Art. 98°), es otra garantía que este sujeto procesal goza durante todo el desarrollo del proceso penal. Entonces, como señala Alex Carocca Pérez⁷¹⁶, en cuanto a la forma en que se pueden ejercer todas las facultades que confiere el derecho de defensa, capaz de alcanzar un contenido tan amplio, naturalmente aparecen dos modalidades básicas. Por el propio imputado, que da origen a la autodefensa⁷¹⁷ (defensa material), y por su abogado, que se traduce en la defensa técnica (defensa formal o procesal). Este derecho se encuentra amparado supranacionalmente por el

⁷¹⁵ “(...) La no comparecencia o el abandono injustificado del defensor a una actuación del procedimiento convocada por el Tribunal se sancionará con suspensión del ejercicio de la profesión, hasta por dos meses. (...) El Código establece que no constituirá excusa suficiente la circunstancia de tener el abogado otras actividades profesionales que realizar en la misma oportunidad en que se hubiere producido su inasistencia o abandono (Art. 33° último párrafo y último párrafo del artículo 287° del CPP). HORVITZ LENNON, María Inés y LOPEZ MASLE, Julián. Derecho Procesal Penal Chileno, Tomo I. Editorial Jurídica de Chile. Santiago – Chile. 2002. Pág. 246.

⁷¹⁶ CAROCCA PEREZ, Alex. Manual el Nuevos Sistema Procesal Penal, Tercera Edición. Editorial Lexis Nexis. Santiago – Chile. 2005. Pág. 87.

⁷¹⁷ La autodefensa consiste en que el imputado actúe personalmente en el proceso, planteando sus derechos y alegaciones e interviniendo en todas las actuaciones que lo constituyen. **CAROCCA PEREZ, Alex. Manual el Nuevos Sistema Procesal Penal, Tercera Edición. Editorial Lexis Nexis. Santiago – Chile. 2005. Pág. 89.**

artículo 8° numeral 2, literal d) de la CADH, el cual prevé expresamente estas dos facultades que tiene el imputado de defenderse en el proceso penal, la de defenderse personalmente, o de ser asistido por un abogado defensor. Sin embargo, este derecho no es absoluto, así, como señala Horvitz Lennon, si el Juez decide que el imputado no es capaz de defenderse personalmente deberá designarle un defensor letrado, sin perjuicio de su derecho a formular planteamientos y alegaciones por sí mismo, según lo dispuesto en el artículo 8°⁷¹⁸. Este argumento precitado se encuentra establecido en el último párrafo del artículo 102° del CPP, y forma parte del rol garantista que tiene el Juez en este sistema acusatorio, funcionario judicial que debe garantizar durante el desarrollo del procedimiento, la protección y cumplimiento de los derechos con que cuenta el imputado en la legislación interna, así como los previstos en los tratados internacionales.

Así mismo, en caso que el imputado opte por la defensa técnica, este es un derecho que también goza el imputado, y del cual el Estado tiene la obligación, en caso que este sujeto procesal no cuente con los recursos económicos de contar con una defensa privada, de proporcionarle un defensor público, tal como lo señala el artículo 19°, numeral 3, cuarto párrafo de la Constitución chilena, así como el segundo párrafo del artículo 8° del CPP. Incluso, puede darse el caso que varios imputados puedan tener un defensor común, siempre y cuando no exista incompatibilidad entre ellos (Art. 105°).

⁷¹⁸ HORVITZ LENNON, María Inés y LOPEZ MASLE, Julián. Derecho Procesal Penal Chileno, Tomo I. Editorial Jurídica de Chile. Santiago – Chile. 2002. Pág. 240.

Estas normas legales de carácter interno en el derecho nacional chileno, mencionadas precedentemente -respecto de que el Estado tiene que proporcionar al imputado un defensor público-, se encuentran respaldadas por el artículo 14° numeral 3, literal d) del PIDCP, así como el artículo 8° numeral 2, literal e) de la CADH, tratados estos que forman parte de ordenamiento jurídico de Chile⁷¹⁹. Es por ello, en caso que se realice un acto procesal sin contar el imputado con su abogado defensor, tal como lo señala el artículo 103° del CPP, acarrea la nulidad del mismo (Art. 159° del CPP).

En lo que respecta a la rebeldía, este instituto procesal se encuentra previsto en los artículos 99° al 101° del CPP. La rebeldía, como señala Wilvelder Zavaleta Carruitero, es una sanción impuesta al justiciable que incumple contestar un traslado o realizar un acto procesal ordenado y, es también un medio de procuración judicial⁷²⁰. Es decir, en materia procesal penal, se entiende a la inconcurrencia del imputado ante el llamado del Juez, quien a sabiendas que tiene un proceso penal seguido en su contra, no concurre, eludiendo la justicia.

Así mismo, la norma procesal penal chilena señala las causales de rebeldía (Art. 99°), indicando que el imputado tendrá esta situación jurídica cuando se

⁷¹⁹ “(...) En la especie, el señor Lapo manifestó que al rendir su declaración preprocesal, la defensora pública que la había sido adscrita no estuvo durante el interrogatorio y sólo se hizo presente para que pudiera iniciar la declaración y al final de la misma, para firmarla, lo que fue reconocido por el Estado. **La Corte considera que la actitud de la defensora pública asignada al señor Lapo es claramente incompatible con la obligación estatal de proporcionar una defensa adecuada a quien no pudiere defenderse por sí mismo ni nombrar defensor particular. En especial, la Corte resalta que la asistencia de la letrada suministrada por el Estado debe ser efectiva, para lo cual el Estado debe adoptar todas las medidas adecuadas. (...)**”. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez vs Ecuador. **SILVA GARCÍA, Fernando. Jurisprudencia Interamericana sobre Derechos Humanos, Criterios Esenciales. Editorial por el Poder Judicial de la Federación de México. 2011. Pág. 232.**

⁷²⁰ ZAVALETA CARRUITERO, Wilvelder. Código Procesal Civil, Proceso Contencioso Administrativo – Cuadro de Distancia – Normas Complementarias. Editorial RHODAS. Lima. 2005. Pág. 630.

decreta judicialmente su detención o prisión preventiva, y no es habido; o cuando se ha formalización investigación en contra de un imputado que se encuentra fuera del país, siendo improbable lograr su extradición. Se entiende por decreto judicial, al mandato que emite el juzgado a través de una resolución judicial, en razón a que el imputado no concurre a una determinada audiencia dentro del procedimiento penal (Art. 252°, literal b), así como tampoco concurre a juicio oral, siendo indispensable su concurrencia (Art. 283°, segundo párrafo), si es así, se suspende el proceso hasta que sea habido. Es por ello, conforme señala el artículo 100° del CPP, la declaración de rebeldía del imputado será emitida por el Tribunal competente al cual debe comparecer éste.

Un aspecto a tomar en cuenta, en relación al derecho procesal penal peruano, es que, en nuestro caso, no existe la institución de la rebeldía, empero, un parecido procesal tiene la situación jurídica de la contumacia. Así, como señala Víctor Cubas Villanueva, la contumacia está referida a la situación jurídica del imputado que habiendo tomado conocimiento que existe un proceso en su contra, trata de eludir la acción de la justicia, no presentándose a las diligencias de la investigación preparatoria, la etapa intermedia o al juzgamiento⁷²¹.

El efecto que produce la situación jurídica de la rebeldía, es que, las resoluciones judiciales que se emitan en la tramitación del procedimiento, se tendrán por notificadas personalmente al imputado rebelde, en la fecha en que se emiten. Además, la investigación no se suspende, continuando hasta la audiencia

⁷²¹ CUBAS VILLANUEVA, Víctor. El Nuevo Proceso Penal, Teoría y Práctica de su Implementación, Segunda Edición. Editorial Palestra. 2016. Pág. 244.

de preparación de juicio oral (en nuestro caso etapa intermedia), etapa en la cual se puede suspender de manera definitiva o temporal, de acuerdo a los actuados que hasta ese momento obren en el proceso. Asimismo, si se produce la rebeldía en la etapa de juicio oral, esta se sobreseerá -suspenderá- temporalmente hasta que el imputado concurra a juicio o sea habido. Así también, si nos encontramos ante una pluralidad de imputados, el sobreseimiento o suspensión del proceso solo afectará a los que se les declare rebelde, debiendo continuar el desarrollo del procedimiento con el resto de los imputados presentes; siendo que, el rebelde que fuera habido por la fuerza pública, pagará las costas causadas por su situación jurídica, a menos que justifique su incomparecencia (Art. 101°), como por ejemplo que no tenía conocimiento de la existencia del proceso seguido en su contra⁷²².

En ese sentido, de lo expuesto en los párrafos precitados, podemos concluir señalando que tan igual como sucede en el derecho procesal penal peruano, el imputado es aquel sujeto procesal importante para la existencia y desarrollo del proceso, el mismo que se encuentra protegido por principios (Art. IX del T.P. del CPP peruano y 139° de la Constitución de 1993), así como derechos (Art. 71° del CPP peruano), que garantizan que el procedimiento seguido en su contra se realizara dentro de un debido proceso; siendo que, en caso de que se pretenda vulnerar su derechos reconocidos por ley, el imputado podrá solicitar amparo ante el Juez de Garantía, tan igual como sucede en el Perú vía tutela de derechos⁷²³.

⁷²² En el caso peruano, se le conoce como Ausencia o reo ausente. “Desde la doctrina procesal, se reconoció la condición de reo ausente a aquella persona que se ignoraba su domicilio y que desconocía el proceso penal”. ARBULU MARTINEZ, Víctor Jimmy. *La Investigación Preparatoria en el Nuevo Proceso Penal*. Editorial Instituto Pacífico. Lima. 2014. Pág. 238.

⁷²³ “La tutela de derechos se puede definir como un mecanismo legal ordinario expeditivo que permite a los ciudadanos, que consideren que sus derechos constitucionales o legales han sido o están siendo afectados o sufren un inminente peligro a consecuencia de acciones u omisiones que impliquen un exceso del Ministerio Público o de la Policía Nacional en el uso del poder y capacidades de persecución e

Asimismo, al amparo del derecho fundamental de defensa, en su doble vertiente - material y formal o procesal-, tiene derecho a ser asistido por un abogado defensor desde el inicio de las diligencias preliminares del procedimiento, como es el caso en su declaración, debiendo el Estado proporcionarle un defensor en caso de que éste no cuenta con defensa privada. Además, el defensor puede renunciar o abandonar la defensa, tan igual como sucede en nuestro caso, claro está, en caso de abandono, el letrado es pasible de sanción. Así también, conforme a lo analizado líneas atrás, la rebeldía del imputado tiene el mismo parecido, en nuestro caso, con la situación jurídica del contumaz o reo contumaz, incluso se puede darla figura de la ausencia o reo ausente, en caso de que desconozca de la existencia de un proceso penal seguido en su contra.

2.1.6.15 La Policía.

Como señala María Inés Horvitz Lennon, la policía es un sujeto procesal no interviniente del procedimiento penal, al tenor de lo que establece el artículo 12° del CPP. Aunque tiene el carácter de auxiliar o de órgano colaborador en las tareas de investigación criminal, no cabe duda de que su función es central en la fase de investigación preparatoria de los delitos⁷²⁴. Por ello, se entiende que es aquel funcionario no jurisdiccional que coadyuva al Ministerio Público desde el inicio de las diligencias preliminares, en busca del esclarecimiento de los hechos con

indagación que se les ha dado para la etapa de la investigación preparatoria, para que les brinde protección subsanando las omisiones en que los funcionarios de dichas instituciones hubieran podido incurrir o dictando las medidas de corrección o de protección que correspondan al caso". **AVALOS RODRIGUEZ, Constante Carlos. Gaceta Penal & Procesal Penal, Tomo 36, Junio/2012. Editorial Gaceta Jurídica. Lima. 2012. Pág. 289.**

⁷²⁴ HORVITZ LENNON, María Inés y LOPEZ MASLE, Julián. Derecho Procesal Penal Chileno, Tomo I. Editorial Jurídica de Chile. Santiago – Chile. 2002. Pág. 173.

relevancia penal. Asimismo, una⁷²⁵ de las omisiones del anterior sistema de justicia penal, producto de la época en la que fue estructurado, es que no contemplaba a la policía como uno de los elementos integrantes del sistema procesal penal, omisión que estructuralmente nunca pudo ser superada del todo, a pesar de algunas postreras modificaciones legales destinadas a regular sus actividades de este orden; aspecto que ha sido superado en el sistema acusatorio.

Ahora bien, de la revisión del artículo 79° del CPP, se advierte que dentro de las “funciones de la policía en el procedimiento penal”, está la de ser auxiliar del Ministerio Público de las tareas de investigación. Es así, al reconocer a la Policía como un sujeto procesal, el CPP ha clasificado a esta institución de la siguiente manera: Policía de Investigaciones de Chile, Carabineros de Chile y Gendarmería de Chile. El primero, como su propio nombre lo dice, está referido a las investigaciones criminales que se susciten durante la investigación; el segundo, a brindar auxilio a la Fiscalía en intervenciones en delitos de acción pública previa instancia particular (Art. 54°); y el tercero, cuando sucedan hechos en el interior del establecimiento penitenciario.

Por su parte, el artículo 80° del CPP, señala que la policía en su conjunto, realizarán sus labores bajo la dirección y responsabilidad del Ministerio Público, y de acuerdo a las instrucciones que éstos dispongan para los fines de la investigación. Este mandato legal no solo está previsto en el CPP, sino también el tercer párrafo del artículo 83° de la Constitución de Chile señala que el Ministerio Público podrá impartir órdenes directas a las Fuerzas de Orden y Seguridad

⁷²⁵ CAROCCA PEREZ, Alex. Manual el Nuevos Sistema Procesal Penal, Tercera Edición. Editorial Lexis Nexis. Santiago – Chile. 2005. Pág. 101.

durante la investigación, debiendo existir una comunicación formal entre ambas instituciones, tal como lo exige el artículo 81° del CPP. Una obligación adicional que tiene la policía, es cumplir las órdenes que los jueces dispusieran durante la tramitación de un procedimiento⁷²⁶. Así también, en caso de que este funcionario policial no pudiese cumplir lo dispuesto por la Fiscalía, tendrá que comunicar de manera inmediata al Ministerio Público y a su Superior, exponiendo sus razones, tal procedimiento también procede cuando se tratase de una orden judicial (Art. 82°).

Esta labor de auxilio o apoyo que brinda la policía de Chile al Ministerio Público y al Poder Judicial, es un aspecto procesal y legal que también se da en el caso peruano. De la revisión del artículo 159°.4 de la Constitución de 1993⁷²⁷, se advierte que esta facultad también está señalada. Al respecto, Raúl Chanamé Orbe⁷²⁸, señala que para efectos del cumplimiento de esta atribución, el artículo establece la sujeción de la Policía Nacional al Ministerio Público sobre la materia específica.

Un aspecto jurídico a tomar en cuenta, es lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 101° de la Constitución de 1980, el cual prescribe que las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública están integradas sólo por Carabineros e

⁷²⁶ “La policía constituye una institución encargada de tutelar la seguridad ciudadana y sobre todo colaboradora de la justicia penal, cuyas autoridades dependen funcionalmente del Ministerio Público, en cuanto a la investigación de delitos y faltas (en el caso peruano), pues reúne los elementos de prueba obtenidos, además de cumplir órdenes de las autoridades judiciales dentro del proceso judicial. **NEYRA FLORES, José Antonio. Manual del Nuevo Proceso Penal & de Litigación Oral. Editorial IDEMSA. Lima. 2010. Pág. 223.**

⁷²⁷ “conducir desde su inicio la investigación del delito. Con tal propósito, la Policía Nacional está obligada a cumplir los mandatos del Ministerio Público en el ámbito de su función”

⁷²⁸ CHANAMÉ ORBE, Raúl. Comentarios a la Constitución, Quinta Edición. Editorial Jurista Editores. Lima. 2008. Pág. 497.

Investigaciones. En esta norma constitucional no se hace mención a la Gendarmería de Chile. Por ello, es que el artículo 83° del CPP faculta a estos funcionarios públicos precitados a realizar determinadas actuaciones sin orden previa, es decir, sin recibir instrucciones del Ministerio Público o algún mandato del Juzgado. Estas facultades están referidas cuando se trate de prestar auxilio a víctimas, detenciones por flagrancia delictiva, resguardar el escenario de los hechos, identificar a los testigos y tomar sus declaraciones, recibir las denuncias del público o noticia criminal, así como otras diligencias que le faculte la ley. Asimismo, una vez recibido la noticia criminal, deberá de comunicar de manera inmediata al Fiscal de turno, no impidiéndole realizar actuaciones cuando se traten de delitos de flagrancia (Art. 84 del CPP).

Además de las facultades precitadas, los funcionarios policiales mencionados precedentemente pueden realizar control de identidad, tan igual como sucede en nuestro caso peruano, control este que no necesita ninguna autorización previa. Es así, que el control de identidad se realizará cuando existan indicios de la comisión de un delito o falta, pidiendo para ello el documento de identidad del sospechoso, así como también podrán realizar el registro de las vestimentas (por personas del mismo sexo -Art.89°-), equipajes o vehículo. También puede realizarse control cuando existan indicios que el intervenido, al cotejar su documento de identidad, se encuentre con mandato de detención pendiente, como diríamos en nuestro caso, se encuentre requisitoriado. En caso que la persona se rehúse de manera negativa a acreditar su identidad o no se pueda ubicar su documento de identidad, luego de darle todas las facilidades, será conducido a la unidad policial más cercana para su identificación, dejándole en libertad una vez identificada. De

no ubicarse su documento de identidad, se procederá al registro de su huella digital para su identificación, no pudiendo ser detenida una persona por más de ocho horas, salvo que haya ocultado su identidad o haya proporcionado información falsa; siendo que estos casos la Policía deberá de informar al Ministerio Público de la detención, quien podrá disponer la libertad o que sea conducido al Juez dentro de las veinticuatro horas. Es más, si el Fiscal no se pronunciese al respecto, la policía de oficio debe conducir al detenido ante el Juez en el plazo precitado, a fin de no incurrir en el delito de abuso de ejercicio (Art. 85° del CPP).

De lo expuesto líneas atrás, podemos apreciar que la ley procesal penal le ha otorgado a la policía una serie de facultades, para que de manera excepcional, sin tener ninguna orden o autorización previa, pueda intervenir a personas sospechosas o que existan indicios de la comisión de un delito. Así, Carocca Pérez⁷²⁹, señala que la investigación penal, se inicia apenas algunas de las autoridades de persecución penal, y excepcionalmente los particulares en el caso de delito flagrante, toman conocimiento de la comisión de un hecho que reviste caracteres de delito, con la finalidad de establecer la efectividad de su comisión, sus circunstancias y la identidad de sus autores, cómplices o encubridores. Entre los organismos de persecución penal se incluye a la policía. Esta facultad otorgada por la ley está en relación a que la policía es un funcionario participe en el esclarecimiento de los hechos con relevancia penal, desde las primeras diligencias, por ello, al ser el primer funcionario que va a tener contacto directo con el crimen o la escena del crimen, es que la ley le ha otorgado esta prerrogativa excepcional, empero, solo cuando se susciten los supuestos previsto en el CPP.

⁷²⁹ CAROCCA PEREZ, Alex. Manual el Nuevos Sistema Procesal Penal, Tercera Edición. Editorial Lexis Nexis. Santiago – Chile. 2005. Pág. 105-106.

Por lo demás, debe de tener autorización previa del Ministerio Público o del Juzgado, hecho este que también se da en nuestro país, tal como lo señala el artículo 2°, numeral 24, literal f de la Constitución del Perú⁷³⁰, concordante con los supuestos previstos en el artículo 259° del CPP peruano; en razón, a que la detención policial -como medida cautelar personal- busca evitar la posibilidad de fuga o la elusión de los efectos de la justicia ante la demora que pueda justificar requerir al Poder Judicial la orden escrita y motivada que autoriza la detención⁷³¹.

Por otra parte, las personas que están sujetas a control de identidad, y en caso sean conducidas a la unidad policial, el funcionario que lo condujese deberán de informarle que tiene derecho de informar a su familia o a la persona que viere por conveniente, a fin de comunicarle su permanencia en dicho lugar policial. Así mismo, esta persona debe tener un trato diferente, no pudiendo estar encerrada en una celda o calabozo, ni en un ambiente con personas detenidas (Art. 86°); por ello, el Ministerio Público debe regular el procedimiento de la policía, a través de instrucciones generales (Art. 87°). Además, el Ministerio Público podrá requerir en cualquier momento los registros de las actividades que realiza la policía.

En lo que respecta al levantamiento de cadáver, la policía, a través del Jefe de la Unidad Policial podrá dar la orden para el levantamiento de cadáver, en los casos de personas fallecidas en la vía pública, debiendo seguir el procedimiento

⁷³⁰ “Por ello, en clave constitucional, la breve privación de la libertad ambulatoria por un agente policial únicamente es legítima cuando exista la imposibilidad de obtener una orden judicial previa, que ocurre cuando se presenta una situación de flagrancia, que implica pues una inmediatez temporal y personal con algún suceso delictivo”. **VILLEGAS PAIVA, Elky Alexander. La Constitución comentada, Análisis Artículo por Artículo, Tercera Edición, Tomo I. Editorial Gaceta Jurídica. Lima. 2015. Pág. 448.**

⁷³¹ CASTAÑEDA SEGOVIA, Mateo. Detención policial y configuración de la flagrancia. Análisis de la STC Exp. N° 03325-2008-PHC/TC. Gaceta Constitucional, Tomo 22/2009. Lima. 2009. Pág. 237.

establecido en la ley, siendo que, tal levantamiento podrá ser realizado por el Jefe policial o en su defecto éste podrá designar a un funcionario policial encargado (Art. 90°).

Así mismo, en cuanto al acogimiento de declaración del imputado en sede policial, como señala Alex Carocca Pérez, la regla general es que los miembros de la policía, en forma autónoma, sólo pueden interrogarlo para constatar su identidad⁷³². Sin embargo, si la entrevista al imputado está referido a los hechos que se investigan criminalmente, entonces éste deberá contar con un abogado defensor -defensa formal o técnica-, tal como lo señala el artículo 102 del CPP, caso contrario la declaración del imputado deviene en nula. Así también, la ley procesal penal establece si en ausencia del defensor, el imputado pretende declarar, entonces el funcionario policial comunicara de manera inmediata al Fiscal para que le tome su declaración, y si el Fiscal no pudiese concurrir, la policía le tomará su declaración, previa autorización del Fiscal, y bajo su responsabilidad de éste último, pudiendo el defensor incorporarse en cualquier momento de la declaración del imputado (Art. 91°).

En relación a esto último -cuando el imputado pretende declarar en ausencia de su abogado, y ante la sola presencia del Fiscal, o que la policía, por autorización del Fiscal, le pueda tomar la declaración al imputado, sin su defensa técnica-, tal aspecto señalado en el CPP de Chile estaría contraviniendo el artículo 8°.2.d) de la CADH. Así, en el caso *Maritza Urrutia vs Guatemala*, la Corte IDH ha señalado que en cuanto respecta a las garantías contempladas en los artículos 8.2 y 8.3 de

⁷³² CAROCCA PEREZ, Alex. Manual el Nuevos Sistema Procesal Penal, Tercera Edición. Editorial Lexis Nexis. Santiago – Chile. 2005. Pág. 107.

la Convención Americana, observa el Tribunal que si bien parecen contraerse al amparo de personas sometidas a un proceso judicial (artículo 8°.2) o inculpadas en el marco del mismo (8°.3), a juicio de la Corte también se tienen que respetar en procedimientos o actuaciones previas o concomitantes a los procesos judiciales que, de no someterse a tales garantías, puede tener un impacto desfavorable no justificado sobre la situación jurídica de la persona que se trata⁷³³. Esta sentencia supranacional ha sido mejor aclarada en el caso *Suarez Rosero vs Ecuador*, en donde la Corte ha indicado que el derecho a la defensa debe necesariamente poder ejercerse desde que se señala a una persona como posible autor o participe de un hecho punible y solo culmina cuando finaliza el proceso⁷³⁴. Es decir, así nos encontremos en diligencias preliminares a nivel policial, el imputado en todo momento deberá contar con su defensa técnica, aspecto que deberá ser respetado por el Ministerio Público, como defensor de la legalidad, los derechos fundamentales y los derechos humanos.

Ahora, respecto de que solo basta la presencia del Fiscal, en caso de que el imputado manifieste su deseo de declarar voluntariamente sin su abogado defensor, tal hecho indudablemente una vez más contraviene los derechos humanos, y en consecuencia, devendría en nulidad absoluta tal acto procesal, de realizarse. Así, sobre este hecho, la Corte IDH ha precisado en el caso *Lévano Barreto vs Venezuela*, indicando que el derecho a la defensa técnica no puede ser satisfecho por quien a la postre realizará la acusación, estos es, el Ministerio Público. La acusación afirma la pretensión penal; la defensa la responde y rechaza.

⁷³³ SILVA GARCIA, Fernando. *Jurisprudencia Interamericana sobre Derechos Humanos, Criterios Esenciales*. Edit. Poder Judicial de la Federación. México. 2011. Pág. 227.

⁷³⁴ Caso *Suarez Rosero vs Ecuador*. Fondo. Sentencia de fecha 12 de noviembre de 1997. Serie C N° 35.

No es razonable depositar funciones naturalmente antagónicas en una sola persona⁷³⁵. Además, de la revisión de las normas que contienen los tratados internacionales para el sistema interamericano, se advierte que no existe alguna norma supranacional que autorice tal hecho previsto en el CPP de Chile; por lo que, la regla general del derecho de defensa, es que el imputado cuente con abogado defensor desde las primeras diligencias prejurisdiccionales.

Una obligación con que cuenta la policía, es que está prohibido informar a los medios de comunicación de los detenidos, imputados, víctimas, testigos o cualquier otra persona vinculada a una investigación preliminar, en aplicación del principio de reserva del proceso penal (Art. 92°). Tal hecho también es considerado en nuestro país, es así que el artículo 324° del CPP de 2004, señala de manera expresa la reserva y secreto de la investigación. La idea de esta obligación es que la investigación preliminar que se realiza no sea obstruida, en caso de existir demás personas involucradas, así como proteger su dignidad.

En ese orden de ideas, y conforme a lo mencionado en los párrafos precitados, la policía es considerado como un sujeto procesal de vital importancia en la etapa de instrucción. Se entiende por policía a los Carabineros y la Policía de Investigaciones de Chile, siendo dichos funcionarios auxiliar del Ministerio Público, así como apoyo al órgano jurisdiccional, debiendo ejercer sus funciones, previa coordinación con la Fiscalía, siendo la excepción solamente en casos de auxilio a la víctima o de flagrancia. Tales atribuciones mencionadas, también

⁷³⁵ SILVA GARCIA, Fernando. Jurisprudencia Interamericana sobre Derechos Humanos, Criterios Esenciales. Edit. Poder Judicial de la Federación. México. 2011. Pág. 229.

forman parte en nuestra legislación peruana, siendo la Policía Nacional del Perú el órgano de apoyo del Ministerio Público, tal como lo señala el artículo 159°.4 de la Constitución de 1993, así como el artículo 67° del CPP de 2004.

2.1.6.16 El derecho de defensa, la tutela de derechos y el derecho fundamental de igualdad ante la ley en el Código Procesal Penal de Chile.

Estos tres derechos fundamentales -derecho de defensa, tutela de derecho o tutela judicial e igualdad-, conforme a lo mencionado líneas atrás, son derechos que por su misma importancia, al ser reconocidos por tratados internacionales y la Constitución, también forman parte de la legislación interna chilena; sin embargo, dentro del derecho procesal penal son reconocidos como garantías procesales⁷³⁶. Esta razón obedece en su gran mayoría, por ejemplo, que el artículo 2° de la CADH obligó a los Estados parte a adoptar en su derecho nacional los derechos y libertades reconocidos en este instrumento internacional, tratado este al cual Chile es parte desde el 5 de enero de 1991. Sobre lo dicho, la Corte IDH en el caso Tribunal Constitucional vs Perú ha señalado que “como fundamento en el artículo 1.1 CADH, el Estado está obligado a respetar los derechos y libertades reconocidas en ella y a organizar el poderpúblico para garantizar a las personas bajo su jurisdicción el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos⁷³⁷”.

⁷³⁶ “(...) Las garantías son el amparo que establece la Constitución y que debe prestar el Estado para el efectivo reconocimiento y respeto de las libertades y derechos de la persona individual, de los grupos sociales, e incluso del aparato estatal, para su mejor actuación y desenvolvimiento. (...)”. SALAS BETETA, Christian. Juicio Previo, Oral, Público y Contradictorio – Principios Fundamentales del Nuevo Proceso Penal. Editorial Gaceta Penal y Procesal Penal. Lima. 2013. Pág. 17-18.

⁷³⁷ Caso Tribunal Constitucional vs Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C N° 71.

Por ello, el Código Procesal Penal chileno de 2000, contiene dentro de sus normativas estas tres garantías procesales, derechos que en aplicación del principio de igualdad y de acuerdo a la circunstancia jurídica que se presente, puede ser usado como herramienta legal por la víctima o el imputado, a fin de proteger y reclamar su derecho. Además, conforme a lo establecido en el sexto párrafo del numeral 3, artículo 139° de la Constitución de Chile, “corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos⁷³⁸”. Sobre lo dicho, como señalan Moreno Holman y García Manzor, uno de los elementos trascendentales del nuevo sistema es la configuración de garantías procesales que aseguren la participación de los intervinientes en la formación de la decisión⁷³⁹.

En consecuencia, las garantías procesales del derecho de defensa, tutela de derecho e igualdad, forman parte del catálogo de garantías con que se cuenta en el derecho procesal penal chileno, los cuales deben ser tomados en cuenta por los sujetos procesales, teniendo como finalidad proteger y garantizar que los derechos de las personas que intervienen en la tramitación del procedimiento penal, se encuentren protegidos de cualquier arbitrariedad que puedan cometer los funcionarios del Estado. Además, se puede advertir de la revisión de la doctrina nacional peruana, que estas garantías procesales mencionadas precedentemente, también forman parte de nuestro derecho procesal penal peruano, por ser derechos también reconocidos en nuestra Constitución, por ser derechos continentales -supranacionales-.

2.1.6.17 El derecho de defensa en el Código Procesal Penal de Chile.

⁷³⁸ Frase reemplazada por el artículo único, N° 1, de la ley de Reforma Constitucional N° 19.519.

⁷³⁹ MORENO HOLMAN, Leonardo y GARCÍA MANZOR, Francisco. El Modelo Procesal Penal Chileno, El Proceso Penal Acusatorio, Fundamentos – Funcionamiento – Cuestiones trascendentales. Editorial Instituto Pacífico. Lima. 2015. Pág. 133.

Este derecho forma parte de las garantías generales del procedimiento o también conocido como garantías procesales genéricas -según Cesar San Martín Castro-. Así, la definición de derecho de defensa ha ido evolucionando a lo largo de la historia; siendo que, en un primer momento se entendía como aquel derecho propio y atribuible al imputado, sin embargo, hoy en día se entiende como aquel derecho reclamado en el proceso penal por las partes procesales -incluido la víctima o agraviado-. Esta última modificación doctrinaria obedece al contenido prescrito por los tratados internacionales, y del cual los Estados partes deben considerar en su derecho nacional interno.

Una muestra de la variación en su definición que ha tenido el derecho a la defensa en la doctrina, se aprecia por ejemplo en lo señalado por María Inés Horvitz Lennon, citando a Gimeno Sendra, quien señala que es el derecho fundamental que asiste a todo imputado y a su abogado defensor a comparecer inmediatamente en la instrucción y a lo largo de todo el proceso penal a fin de poder contestar con eficacia la imputación o acusación contra aquel existente, (...) ⁷⁴⁰. Nótese en esta parte, que la definición solo considera como sujeto de proceso facultado para ejercer esta garantía procesal al imputado, y no a la víctima o agraviado.

Por otra parte, Guillermo Piedrabuena Richard, citando a Cafferata, señala que el derecho de defensa importa, en sentido amplio, la facultad de cualquier persona a ser oída por los tribunales de justicia para reclamar el reconocimiento de un derecho y demostrar el fundamento del reclamo, así como argumentar y

⁷⁴⁰ HORVITZ LENNON, María Inés y LOPEZ MASLE, Julián. Derecho Procesal Penal Chileno, Tomo I. Editorial Jurídica de Chile. Santiago – Chile. 2002. Pág. 76.

demostrar la falta total o parcial de fundamento de lo reclamado en su contra⁷⁴¹. Acá, la definición de derecho de defensa es más amplia que la anterior, teniéndose en cuenta de manera implícita al imputado y la víctima o agraviado como sujeto de proceso beneficiado con este derecho, lo cual constituye una definición moderna y completa de esta garantía en el derecho procesal penal, formando parte del debido proceso y del derecho de igualdad.

Ahora bien, en relación al imputado, el CPP de 2000, reconoce en los artículos 8°, 93° al 98, y 102°, los derechos y garantías con que cuenta el imputado en la tramitación del procedimiento penal, dentro de ello el derecho de defensa. Es así, como señala Alex Carocca Pérez, en el ámbito del proceso, la defensa es reconocida como un derecho a reaccionar frente a un ataque previo, de carácter jurídico, que específicamente en el proceso penal está constituido por la imputación o atribución a una persona determinada de la comisión de un hecho presuntamente delictivo⁷⁴². Esta definición está referido al derecho de defensa que tiene la persona, cuando se le imputa, la supuesta comisión de un hecho delictivo, y si bien es cierto que la doctrina señala que quien atribuye la comisión de un delito a un sujeto, debe probar; empero, en la realidad jurídica también es facultad del investigado defenderse desde el inicio de las diligencias preliminares, aportando elementos de convicción de parte, a fin de que se sobresea a su favor la investigación seguida en su contra, en la primera etapa procesal.

⁷⁴¹ PIEDRABUENA RICHARD, Guillermo. La Víctima y el Testigo en la Reforma Procesal Penal. Editorial Fallos del Mes Ltda. Chile. 2003. Pág. 34.

⁷⁴² CAROCCA PEREZ, Alex. Manual el Nuevo Sistema Procesal Penal, Tercera Edición. Editorial Lexis Nexis. Santiago – Chile. 2005. Pág. 107.

Así mismo, el derecho a la defensa, conforme se ha mencionado líneas atrás, tiene dos vertientes o aspectos: derecho de defensa material y derecho de defensa formal, procesal o eficaz. Cuando se habla de la defensa material, se entiende como aquella defensa preliminar que realiza el imputado de manera personal a su favor; y por defensa formal o procesal, se entiende como aquella defensa que ejerce un abogado a favor del imputado, una vez que éste último lo designa. Sobre lo dicho, y a fin de poder entender un poco más el contenido de estos dos aspectos precitados, López Masle⁷⁴³ señala que María Inés Horvitz Lennon ha agrupado estas garantías descomponiendo a su vez el derecho de defensa en dos grandes aspectos: así, el derecho de defensa estaría integrado, por una parte, por garantías relativas al derecho de defensa material y, por otra, garantías relativas al derecho a la defensa técnica. El primer grupo, a su vez, estaría integrado por derechos de información, derechos de intervención en el procedimiento y derechos que imponen un deber de abstención a las autoridades de persecución penal pública; el segundo grupo estaría integrado por el derecho a la designación y sustitución del defensor, la defensa necesaria y los derechos y facultades del defensor mismo. Estas garantías relativas mencionadas precedentemente, tanto en la defensa material como defensa formal, procesal o técnica, han sido consideradas expresamente en el CPP de Chile, en los artículos procesales penales precitados.

En lo que respecta al derecho de defensa a favor de la víctima o agraviado, al haberse considerado en el segundo párrafo, numeral 3 del artículo 19° de la Constitución de 1980, el derecho de toda persona a la defensa jurídica en la forma que la ley señale, es que tal mandato constitucional obligó que el CPP de 2000,

⁷⁴³ HORVITZ LENNON, María Inés y LOPEZ MASLE, Julián. Derecho Procesal Penal Chileno, Tomo I. Editorial Jurídica de Chile. Santiago – Chile. 2002. Pág. 77.

considere los derechos de la víctima⁷⁴⁴ en el proceso penal chileno. Así, en un primer momento, se advierte que el artículo 12° del CPP considera a la víctima como sujeto interviniente en el procedimiento penal; razón por lo cual, sin perjuicio de la obligación que tiene el Ministerio Público de velar por la protección de la víctima (Art. 6° CPP), éste sujeto procesal puede hacer valer sus derechos por sí mismo, conforme se encuentran detallados en numerus clausus en el artículo 109° del CPP.

En ese sentido, y estando a lo mencionado en los párrafos precitados, se tiene que el derecho a la defensa, tan igual como sucede en el caso peruano, está compuesto por dos aspectos: material y formal o procesal. Además, la definición moderna del derecho de defensa, hace que no solo se considere como sujeto de este derecho al imputado, sino también a la víctima o agraviado. Esta consideración última obedece a lo dispuesto en los tratados internacionales, como es el caso en el artículo 8°.1 de la CADH, cuando se señala que “toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable”, derecho supranacional este que guarda relación implícitamente con el derecho de igualdad dentro de un debido proceso.

2.1.6.18 La tutela de derechos en el Código Procesal Penal de Chile.

⁷⁴⁴ La decisión de la víctima de recurrir a los órganos del sistema penal reclamando su intervención se funda en la expectativa de poner término a una situación, probablemente crónica, que le resulta lesiva, o en la necesidad de precaver agresiones futuras relacionadas con aquellas que motivan su decisión. **PIEDRABUENA RICHARD, Guillermo. La Víctima y el Testigo en la Reforma Procesal Penal. Editorial Fallos del Mes Ltda. Chile. 2003. Pág. 56.**

Esta garantía procesal, conforme se ha mencionado líneas atrás, es conocida también en la doctrina como tutela judicial⁷⁴⁵, debido a que el imputado peticona judicialmente ante el Juez de Garantías la protección de sus derechos reconocidos por tratados y el derecho nacional interno, los cuales vienen siendo vulnerados o restringidos durante la investigación, sea a nivel de la Policía o del Ministerio Público.

En el caso del CPP de Chile, este instituto procesal de la tutela de derechos o tutela judicial, no se encuentra previsto literalmente como tal; sin embargo, existe la Cautela de Garantías, previsto en el artículo 10° del CPP, el cual consiste en que en cualquier etapa del procedimiento, el Juez de Garantías al advertir que el imputado no está en condiciones de ejercer sus derechos reconocidos en tratados, la Constitución y en la legislación interna, adoptara las medidas necesarias para el ejercicio de dichos derechos. Esta adopción de cautela puede ser de oficio o a petición de parte, pudiendo incluso ordenar la suspensión del procedimiento y convocar a audiencia, siendo que, de lo dilucidado en dicha audiencia el Juez puede continuar con el trámite del procedimiento o decretar el sobreseimiento temporal del mismo. Un hecho a advertir del contenido de este instituto de la cautela de garantías, es que tan igual como en el Perú, este derecho es una facultad exclusiva del imputado.

⁷⁴⁵ Podría, incluso, pensarse en la denominación “tutela judicial de derechos de la investigación preparatoria”, por referirse tanto a la autoridad encargada de brindarla como a la etapa del proceso en que se otorga; cualquiera de las tres opciones resulta aplicable. **AVALOS RODRIGUEZ, Constante Carlos. Tutela Judicial de Derechos, en Gaceta Penal & Procesal Penal, Tomo 36, Junio/2012. Editorial Gaceta Jurídica. Lima. 2012. Pág. 287.**

Al respecto, como señalan Moreno Holman y García Manzor, esta institución (Cautela de Garantías) constituye la más clara manifestación del intento normativo de lograr un equilibrio institucional entre la eficacia en la persecución penal y el respeto por los derechos y garantías de los ciudadanos objeto de persecución penal. (...) Como puede observarse, esta institución denota una tomada postura legislativa clara en torno a no permitir que se siga adelante con un procedimiento en el cual no se respetan o se impide el pleno ejercicio de los derechos de los ciudadanos⁷⁴⁶. Este instituto procesal viene a ser una novedad en el CPP chileno, debido a que no figuraba en el Código de Procedimientos Penales de 1906. Además, tiene su razón de ser no solo porque el proceso penal es regulado por la Constitución, sino también obedecen a garantías previstas en tratados internacionales, al cual Chile es parte, instrumentos internacionales en el cual se han establecido un conjunto de requisitos que deben de observarse en la tramitación del proceso penal, siendo la finalidad que el imputado durante el procedimiento penal ejerza su derecho de defensa dentro de un debido proceso⁷⁴⁷ y con las garantías procesales previstas en la legislación, caso contrario se estarían vulnerando sus derechos.

Un aspecto que diferencia entre la cautela de garantías y la tutela de derechos en el Perú, es que, en el primero, el Juez de Garantías advierte de oficio o a petición de parte, que el imputado no está en condiciones de ejercer sus derechos

⁷⁴⁶ MORENO HOLMAN, Leonardo y GARCÍA MANZOR, Francisco. El Modelo Procesal Penal Chileno, El Proceso Penal Acusatorio, Fundamentos – Funcionamiento – Cuestiones trascendentales. Editorial Instituto Pacífico. Lima. 2015. Pág. 141.

⁷⁴⁷ Si bien el artículo 8° de la Convención Americana se titula “Garantías Judiciales”, su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, “sino al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales” a efecto de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos. **Caso Tribunal Constitucional vs Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 31 de enero de 2001. Serie C N° 71.**

reconocidos por el derecho positivo; mientras que en el segundo, permite⁷⁴⁸ que el Juez de Investigación Preparatoria (juez de garantías) realice un control de legalidad a la actividad de persecución del delito que realiza la Fiscalía, con la finalidad de verificar si su estrategia se enmarca dentro del marco del respeto de las garantías constitucionales, y, si no puede verificar ello, dictará una medida de tutela correctiva reparadora o subsanadora (exclusión) que ponga fin al agravio. Además, la tutela de derechos no es preventiva, se recurre a ella cuando ya se produjo la vulneración de un derecho fundamental. A diferencia de la cautela de garantías, la tutela de derechos solo procede a petición del imputado, no de oficio.

En ese sentido, y estando a los argumentos mencionados precedentemente, se tiene que el instituto procesal de la cautela de garantías es un instituto novísimo en este sistema acusatorio, al cual Chile lo ha considerado en su CPP. Asimismo, en nuestro caso, la tutela de derecho también es un instituto procesal que ha sido reconocido por primera vez en el Código Procesal Penal de 2004, no estando previsto este instituto en el Código de Procedimientos Penales de 1940. Además, el instituto de la cautela de garantías procede de oficio o a petición de parte, empero, en el caso peruano solo procede a petición del imputado; siendo que, tanto en Chile como en el Perú, estos institutos tienen como finalidad proteger los derechos del imputado, los cuales se encuentran previstos en tratados internacionales, así como en el ordenamiento jurídico interno, debiéndose solicitarse ante el Juez de Garantías –en nuestro caso Juez de Investigación

⁷⁴⁸ RUIZ BRAVO, Hernán y MAYOR SÁNCHEZ, Jorge Luís. La Tutela de Derechos en el Nuevo Código Procesal Penal ¿Qué protege?, en *Actualidad Penal al Día con el Derecho*, Noviembre 2019/N° 65. Editorial Instituto Pacífico. Lima. 2019. Pág. 203.

Preparatoria-, siendo facultad exclusiva únicamente del imputado solicitar este instituto, no teniendo esta facultad el agraviado o víctima.

2.1.6.19 El derecho fundamental de igualdad ante la ley en el Código Procesal Penal de Chile.

El Código Procesal Penal modelo en Latinoamérica, al cual Chile y el Perú han adoptado en su legislación interna, constituye una reforma en el sistema procesal penal, por la evolución del sistema inquisitivo al sistema acusatorio. Este modelo latinoamericano consideró en su contenido una serie de principios y garantías, que en sí, en el fondo, son derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales. Uno de estos derechos es el derecho a la igualdad.

El ordenamiento jurídico de Chile, reconoce el derecho fundamental de igualdad ante la ley en el artículo 19° numeral 3 de la Constitución de 1980, señalando “la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos”. Como señala César San Martín Castro, es sabido que en el proceso penal moderno, fruto del Estado de Derecho (hoy en día Derecho Constitucional de Derecho), la Constitución adquiere una gran relevancia, no sólo porque ocupa la posición de primer nivel en el ordenamiento jurídico, sino porque materialmente en el proceso penal los derechos en conflicto son fundamentales, de relevancia constitucional⁷⁴⁹. Es por ello, que gran parte de los principios y garantías del procesal penal derivan de la Constitución, a fin de otorgar garantía.

⁷⁴⁹ CASTRO SAN MARTIN, César. Derecho Procesal Penal, Segunda Edición Actualizada y Aumentada, Tomo I. Editorial Grijley. Lima. 2003. Pág. 79.

El CPP de Chile no ha hecho excepción a lo mencionado precedentemente, y si bien en su contenido no se reconoce de manera expresa como título al derecho de igualdad; sin embargo, como señala Guillermo Piedrabuena Richard, respecto del derecho fundamental a la igualdad ante la justicia, regulado en el artículo 19° N° 3 inciso 1 de nuestra Constitución, éste encuentra su desarrollo al interior del Código Procesal Penal a partir del artículo 12°, que incluye al imputado, pero también a la víctima, entre quienes son considerados intervinientes para los efectos de este cuerpo normativo⁷⁵⁰. Es decir, implícitamente este derecho o garantía procesal es reconocido en el artículo procesal penal precitado, lo que no ocurre en el caso peruano, en donde el CPP de 2004 reconoce este derecho en el artículo I numeral 3 del Título Preliminar, como Principio de Igualdad de Armas⁷⁵¹. Así, como señala Vicente Gimeno Sendra, el principio de igualdad de armas es una proyección del genérico principio de igualdad, el cual hay que estimarlo vulnerado cuando cualquier legislador crea privilegios procesales carentes de fundamentación constitucional alguna o bien el legislador, o bien el propio órgano jurisdiccional crean posibilidades procesales que se le niegan a la parte contraria⁷⁵². En el caso de Chile es función del Juez de Garantías velar por el cumplimiento de este derecho o garantías en la tramitación del procedimiento penal, a fin de que las partes procesales -víctima o imputado- intervengan en el desarrollo del procedimiento con igualdad, y sin discriminación.

⁷⁵⁰ PIEDRABUENA RICHARD, Guillermo. La Víctima y el Testigo en la Reforma Procesal Penal. Editorial Fallos del Mes Ltda. Chile. 2003. Pág. 27.

⁷⁵¹ “(...) Que el principio de igualdad de armas, previsto en el apartado 3) del artículo I del Título Preliminar del NCPP incide en la exigencia de que las partes cuenten con los mismos medios de ataque y defensa e idénticas posibilidades y cargas de alegación, prueba e impugnación, a efectos de evitar desequilibrios entre sus respectivas posiciones procesales. **F.J. N° 08, Casación N° 54-2009-La Libertad, Sala Penal Permanente.**

⁷⁵² GIMENO SENDRA, Vicente. Derecho Procesal Penal, Segunda Edición. Editorial Colex. Madrid. 2007. Pág. 91-94.

El derecho de igualdad ante la ley, como se mencionó precedentemente, pasa por un tema no solo de derecho nacional, sino también supranacional, así este derecho se encuentra previsto en el artículo 24° de la CADH, en el cual se establece el derecho a la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley que tienen todas las personas de ejercer sus derechos, y sin discriminación. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que “(...) El artículo 24° de la Convención prohíbe todo tratamiento discriminatorio de origen legal. De este modo la prohibición de discriminación ampliamente contenida en el artículo 1.1 respecto de los derechos y garantías estipulados por la Convención, se entiende al derecho interno de los Estados Partes, de tal manera que es posible concluir que, con base a esas disposiciones, estos se han comprometido, en virtud de la Convención, a no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias referentes a la protección de la ley”⁷⁵³. No está demás recordar que la República de Chile ha reconocido este tratado el 05 de enero de 1991.

En consecuencia, y de lo expuesto en los párrafos precitados, se colige que el derecho a la igualdad ante la ley es una garantía que se encuentra reconocido en la legislación procesal penal chilena, así como en el caso peruano. Asimismo, lo que se busca con este principio es que en la tramitación de un procedimiento penal no exista ninguna discriminación entre los sujetos procesales llamados imputado o víctima, siendo función del órgano jurisdiccional, como entes de garantía, velar que este derecho se cumpla en la tramitación de un procedimiento penal; siendo

⁷⁵³ Caso Perozo y otros vs Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C N° 195.

que, tal garantía deberá de cumplirse no solo porque lo reconoce el derecho nacional interno, sino por disposición de los tratados internacionales.

2.1.6.20 La Constitución Política del Estado y el Código Procesal Penal peruano y su relación con el derecho a la defensa, tutela de derecho y derecho a la igualdad ante la ley en el Derecho Comparado de la República de Chile.

Estos tres principios, derechos o garantías llamados derecho a la defensa, tutela de derecho o derecho a la igualdad ante la ley, son derechos reconocidos tanto en el ordenamiento jurídico de Perú, así como de Chile. La razón principal por el cual estos derechos se encuentran reconocidos tanto en las Constituciones de ambos países, así como en sus legislaciones procesales penales, obedece a que ambos países forman parte de tratados internacionales como son la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, siendo este último instrumento supranacional el más usado en el Sistema Interamericano.

Un aspecto a tomar en cuenta del porque estos tres derechos están reconocidos en sus legislaciones internas de ambos países, obedece al mandato dispuesto en los artículos 1° y 2° de la CADH, los mismos que se refieren a la obligación de respetar y el deber de adoptar disposiciones de derecho interno. Así, la Corte IDH nos aclara estos dos artículos precitados, señalando que, “(...) Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de Organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los

derechos humanos. (...)”⁷⁵⁴. Asimismo, de la obligación de respeto al contenido de los derechos fundamentales reconocidos en la CADH, dimana el deber de los Estados de adecuar su Constitución nacional al Pacto de San José⁷⁵⁵. En el caso peruano estos tratados internacionales mencionados precedentemente se reconocieron por primera vez en la Décima Sexta Disposiciones Generales y Transitorias de la Constitución de 1979, y en el caso de Chile en la Constitución de 1980, el cual luego ha sufrido modificaciones.

De lo expuesto, a la fecha tanto en la Constitución de Perú, así como en la de Chile, estos tres derechos: a la defensa, tutela de derecho o derecho a la igualdad ante la ley, forman parte del catálogo de derechos fundamentales reconocidos en los textos constitucionales de ambos países. En algunos casos se encuentran descritos de manera expresa, sin embargo, en otros casos de manera implícita, ello en razón de haber sido integrados como derechos fundamentales por el Tribunal Constitucional, como sucedió en el caso de Chile con el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva.

Ahora bien, en relación al Código Procesal Penal, conforme a lo analizado líneas atrás, al ser reconocidos estas tres garantías como derechos continentales, es que también se encuentran previstos en las legislaciones procesales de ambos países; siendo que, tan igual como sucede con los derechos fundamentales, en algunos casos se encuentran previstos de manera literal, en otros, de manera implícita. Este hecho sucede con los derechos de tutela de derecho y de igualdad ante la ley. Así, respecto

⁷⁵⁴ Caso Velásquez Rodríguez vs Honduras. Fondo. Sentencia del 29 de julio de 1988. Serie C N° 4.

⁷⁵⁵ Caso “La última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 05 de febrero de 2001. Serie C N° 73.

de la tutela de derechos considerada en el CPP de 2004, en el caso de Chile se encuentra prevista como Cautela de Garantías en el artículo 10° del CPP de 2000, siendo la diferencia que en el primero solo procede a petición del imputado, mientras que en el segundo caso -chileno-, de oficio o a pedido de parte, teniendo en ambos la similitud de que el único beneficiario de este instituto es el imputado. Así también, respecto de la segunda garantía -igualdad ante la ley-, en el caso peruano si se encuentra previsto en el artículo I.3 del Título Preliminar del CPP de 2004, previsto como el principio de igualdad de armas, mientras que en el caso de Chile se encuentra establecido de manera implícita en el artículo 12° del CPP de 2000.

En ese sentido, y de lo expuesto, los principios, derechos o garantías de la defensa, tutela de derecho o derecho a la igualdad ante la ley, se encuentran reconocidos en los ordenamientos jurídicos de la República de Perú y de Chile, tanto a nivel Constitucional, así como en las legislaciones procesales penales de ambos países; siendo la razón principal de homogeneidad en el reconocimiento de estos derechos en sus ordenamiento internos, el hecho de haber suscrito tratados internacionales, al cual ambos países son partes.

2.2 Marco conceptual (Definición de términos).

- a) **Agraviado.** Persona o individuo pasivo de la ofensa.
- b) **Acción penal.** El derecho de acción es un derecho consustancial al ser humano, es el derecho que tiene a alcanzar la justicia. Como señala Pietro Castro, es el ejercicio del derecho a la justicia.
- c) **Antinomia.** Conflicto o contradicción entre dos leyes, principios racionales, ideas o actitudes.

- d) **Doctrina.** Para Giuliano Belaunde Borja, es un conjunto de principios de enseñanza que constituye una ciencia. Es el fundamento teórico – filosófico de un principio o dispositivo expresado por los investigadores del derecho.
- e) **Igualdad.** La igualdad es una equivalencia o conformidad en la calidad, cantidad o forma de dos o más elementos. También indica un tratamiento equitativo de las personas.
- f) **Ley.** Regla o norma establecida por una autoridad superior para regular, de acuerdo con la justicia, algún aspecto de las relaciones sociales.
- g) **Ley procesal.** Es la principal fuente del Derecho Procesal Penal. Es el conjunto de normas que regulan los actos de investigación y juzgamiento, dentro de las cuales encontramos normas meramente formales o instrumentales que regulan los requisitos, plazos, contenido y condiciones de los actos procesales⁷⁵⁶.
- h) **Tutela.** Es la protección, defensa y custodia de alguien o de algo. Es también la defensa y el reclamo de algo.
- i) **Tutela de derechos.** La tutela de derechos es una de las nuevas instituciones jurídicas reguladas en el Nuevo Código Procesal Penal, mecanismo procesal que viene siendo utilizado como una herramienta eficaz por parte de los defensores públicos y privados para resquebrajar la teoría del caso del Ministerio Público.

2.3 Antecedentes de la investigación

2.3.1 Antecedentes internacionales. Se ha indagado sobre antecedentes que se hayan realizado respecto el tema materia de investigación, y a pesar de los esfuerzos

⁷⁵⁶ CALDERÓN SUMARRIVA, Ana. El ABC del Derecho Procesal Penal. Editorial San Marcos. Lima. 2007. Pág. 21.

desplegados, no se ha encontrado algún trabajo de investigación o publicación relacionado al tema.

2.3.2 Antecedentes nacionales. De la búsqueda de los antecedentes nacionales se encontraron los siguientes antecedentes:

Antecedente 1°.

El primer antecedente de mi trabajo de investigación lo constituye la tesis titulada: “*LA VIGENCIA EFECTIVA DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD PROCESAL Y LOS DERECHOS DEL AGRAVIADO*”. El autor es KARINA DELGADO NICOLÁS, quien presentó esta tesis en la Universidad Nacional de Trujillo para optar el grado de Maestra, en el año 2016.

Las principales conclusiones a las que arriba este estudio son:

- a) El Código Procesal Penal garantiza mínimamente la vigencia efectiva del Principio de Igualdad Procesal, por cuanto el sistema de justicia no le provee al agraviado los mecanismos idóneos para ejercerlos, como es el caso de la asistencia letrada de un abogado desde el inicio de las diligencias preliminares para que le informe sobre sus derechos, así como continuar con su denuncia.
- b) La falta de instrumentos procesales que garanticen los derechos del agraviado, tales como la tutela de derechos que actualmente es ejercido solo por el imputado.
- c) 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.

- d) No es suficiente la regulación de los derechos contenidos en el artículo 95° del Código Procesal Penal, más aún si el interés de la víctima no se limita solamente a una pretensión indemnizatoria, sino que tengan iguales posibilidades de ejercer las facultades previstas en la Constitución y en la ley, como por ejemplo ofrecer pruebas.
- e) Que del análisis de la legislación europea, se ha encontrado novedades sobre el tratamiento de las víctimas por ejemplo la regulación del derecho del agraviado a la no revictimización, esto es se debe ponderar el derecho a la dignidad e integridad del menor o víctima

Antecedente 2°.

El segundo antecedente de mi trabajo de investigación lo constituye la tesis titulada: *“PROTECCIÓN DEL AGRAVIADO Y PRINCIPIO DE IGUALDAD DE PARTES EN EL PROCESO ACUSATORIO, EN EL DISTRITO JUDICIAL DE LORETO, 2014”*. El autor es JAIME EDUARDO MELENDEZ ASPAJO, quien presentó esta tesis en la Universidad Nacional de la Amazonia Peruana para optar el grado de Doctor en Derecho, en el año 2015.

Las principales conclusiones a las que arriba este estudio son:

- a) En el Código Procesal penal se deben respetar ciertos principios y dogmas jurídicos, o teoría del derecho, tanto del inculpado, como del agraviado, ello en aplicación al debido proceso.

- b) El debido proceso es un principio jurídico procesal que brinda garantías mínimas reconocidas jurídicamente a todos los involucrados en el proceso. Es más, considera que hasta el propio Estado está subordinado a la Ley.
- c) La aplicación del principio de Igualdad de las Partes, constituyen el producto de la doctrina y jurisprudencia mundial, es considerada como aplicación fundamental en los procesos acusatorios, así como insustituible en el desarrollo de todo proceso judicial, permitiendo libertad, con sujeción a la ley.
- d) No se muestra en la tramitación de un proceso penal un nivel de igualdad al 100%, en el caso de víctimas y testigos. La ley y la protección de víctimas expresadas en las normas nacionales e internacionales, deben reunir los requisitos imprescindibles, como el de ser susceptible de ser aplicado en cualquier escenario y contar con la confianza “total” de los propios operadores de justicia.

Antecedente 3°.

El tercer antecedente de mi trabajo de investigación lo constituye el artículo titulado: “*EL DESARROLLO PROCESAL DE LA TUTELA DE DERECHOS A PROPÓSITO DE SU VACÍO NORMATIVO*”⁷⁵⁷. El autor es MIRTHA PAOLA ROJAS ROJAS.

Las principales conclusiones a las que arriba este estudio son:

- a) La Tutela de derechos debe ser tramitada con el mismo cuidado que a un Habeas Corpus, con la formalidad de un proceso de amparo y con la

⁷⁵⁷<https://scc.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/bac25e8048023a968c1c8f9a1f4793b1/El+desarrollo+de+la+Tutela+Jurisdiccional+a+prop%C3%B3sito+de+su+vac.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=bac25e8048023a968c1c8f9a1f4793b1>. Visitado el día 30 de julio de 2019.

celeridad de una prisión preventiva; si tenemos básicos estos conceptos entonces, podremos ayudar al fin que busca la Tutela de Derecho, la norma procesal y en sí la Constitución.

CAPÍTULO III

3. HIPÓTESIS Y CATEGORIAS

3.1. Hipótesis de trabajo

3.1.1. Hipótesis general.

Existen razones de orden jurídico y fáctico que justifican reconocer el derecho de defensa del agraviado en la tutela de derechos como correspondencia del derecho fundamental de igualdad ante la ley.

3.1.2. Hipótesis específica

1° El derecho fundamental de igualdad no es igual ante la ley, porque el artículo 71° inciso 04 del Código Procesal Penal, faculta el uso de la tutela de derechos dentro de la tramitación del proceso penal solamente a los investigados, mas no a los agraviados.

2° La desigualdad ante la ley del derecho fundamental de igualdad repercute no solo en la Constitución, sino en las normas supranacionales.

3° El derecho fundamental de defensa del agraviado no es ejercido de manera plena en el Código Procesal Penal, al ser discriminado cuando pretende invocar la tutela de derechos, por no tener la condición jurídica de investigado.

4° La vulneración del derecho fundamental de defensa repercute no solo en la Constitución, sino también en las normas supranacionales.

5° La Tutela de Derechos es un instituto procesal que solo puede ser utilizado en el proceso penal por el investigado cuando se vulneran sus derechos

6° La inaplicación de la tutela de derechos a favor del agraviado en el proceso penal, repercute vulnerando no solo la Constitución, sino también derechos supranacionales.

3.2. Categorías de estudio

Considerando que el presente estudio es de carácter dogmático, no se requieren variables puesto que no se pretende cuantificar el objeto de estudio, en tal sentido se identifican categorías que permiten conocer en profundidad el tema de estudio.

Por su parte Rivas (2015) refiriéndose a las categorías señala: “Es el equivalente a las variables para una investigación cuantitativa. Una categoría de análisis es una estrategia metodológica para describir un fenómeno que estamos estudiando (...) las categorías también delimitan cuales son los límites y alcances de la investigación”.

Las categorías de estudio se enuncian en el siguiente cuadro:

Tabla N° 1

Categorías temáticas	Subcategorías
----------------------	---------------

<p>Categoría 1°</p> <p>El derecho de defensa del agraviado</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. Naturaleza jurídica del derecho de defensa del agraviado 2. Correcta aplicación del derecho de defensa
<p>Categoría 2°</p> <p>El derecho fundamental de igualdad ante la ley.</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. Naturaleza jurídica derecho fundamental de igualdad ante la ley. 2. Contenido del derecho fundamental de igualdad ante la ley. 3. Alcances del derecho fundamental de igualdad ante la ley.
<p>Categoría 3°</p> <p>La tutela de derechos</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. Causas de la no tutela de derecho a favor del agraviado en el Código Procesal Penal. 2. Consecuencias de la no tutela de derecho a favor del agraviado en el Código Procesal Penal.

CAPÍTULO IV

4. METODOLOGÍA

4.1. **Ámbito de estudio**

4.1.1. **Delimitación espacial**

El ámbito espacial del presente trabajo de investigación, dado su carácter dogmático, está referido al contexto nacional donde se encuentra vigente el Código Procesal Penal desde el año 2008, el mismo que forma parte de nuestro ordenamiento jurídico vigente.

4.1.2. **Delimitación temporal**

Para efectos de nuestro trabajo de análisis de información pertinente a nuestro tema de investigación, se ha fijado como ámbito temporal inicial el año 2018, a partir de dicho tiempo se ha desarrollado la presente investigación.

4.2. **Enfoque y tipo de investigación**

4.2.1. **Enfoque de investigación**

Cualitativo: Porque tiene como objetivo la descripción de las cualidades de un fenómeno social, por lo tanto, no está basado en mediciones, estadísticas, etc., sino en el análisis y argumentación jurídica.

4.2.2. Tipo de investigación jurídica

Dogmática propositiva: Porque es una investigación que se ha orientado al análisis de derechos procesales fundamentales como el de defensa y la igualdad ante la ley, ello de forma analítica y crítica, a partir de ello se ha planteado una propuesta a fin de resolver el problema formulado en el estudio. (Jorge Witker, 1995; Castro Cuba, 2017)

4.3. Unidad de análisis

La unidad de análisis temático del presente estudio es el derecho de defensa del agraviado en la tutela de derechos como correspondencia del derecho fundamental de igualdad ante la ley.

4.4. Técnicas de recolección de información

Para el presente estudio se utilizó la técnica **documental**, y su instrumento que es la **ficha de análisis (anexo 2)**, mediante dicho instrumento se recopiló datos normativos así como de la bibliografía sobre el tema, para su análisis y posterior argumentación en la toma de posición frente al problema planteado y en la elaboración del marco teórico.

CAPÍTULO V

5. RESULTADOS Y DISCUSIÓN

5.1. El derecho fundamental de igualdad ante la ley en el marco jurídico peruano.

El derecho a la igualdad forma parte del catálogo de derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Política del Estado de 1993, encontrándose previsto en el artículo 2° numeral 2 del texto constitucional, siendo que, en la Constitución de 1979 también se encontraba en la misma ubicación legal. Este derecho, constitucionalmente hablando, está referido a la igualdad ante la ley, por el cual, toda persona en la tramitación de un proceso o procedimiento debe ser tratado de forma igualitaria. Es decir, lo que se busca con este derecho fundamental es el trato igualitario de las partes ante la ley, así como dentro de la ley, evitando cualquier forma de discriminación y perjuicio a alguna de las partes. De esta manera las personas que se encuentran en condiciones y supuestos equivalentes pueden tener la garantía de que los órganos públicos aplicarán la ley de manera idéntica para todos ellos⁷⁵⁸.

Un aspecto para tomar en cuenta, y que forma parte del contenido de este derecho fundamental, es la no discriminación, en razón que afecta la dignidad de la persona. Así, del contenido de la Constitución se advierte que está establecido de manera expresa los supuestos de discriminación; sin embargo, también el legislador ha dejado insertada en dicha norma fundamental el siguiente término “o de cualquier otra índole”, aspecto por el cual ha dejado abierta la posibilidad de que otras conductas, por analogía, puedan ser consideradas también como actos discriminatorios. Para la doctrina, especialmente penal, este tipo de analogía se conoce como analogía intra legem.

⁷⁵⁸ FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. La Constitución Comentada. Análisis Artículo por Artículo, Tercera Edición Tomo I. Editorial Grijley. Lima. 2015. Pág. 111.

Por otra parte, en nuestra legislación nacional el derecho a la igualdad no solo forma parte de la Constitución, sino también es tomado en cuenta por otras normas legales de menor jerarquía, como es el caso del Código Procesal Penal. De la revisión de la norma procesal penal, podemos advertir que en el art. I, numeral 3 del Título Preliminar, se encuentra consagrado el principio de igualdad de armas, principio procesal por el cual las partes intervienen en la sustanciación de un proceso penal de manera igualitaria y sin discriminación. En tal razón, los funcionarios judiciales deberán tener en cuenta el principio de igualdad procesal durante todo el desarrollo del proceso, incluso, deberán subsanar los obstáculos que se presenten en la sustanciación, así como de las normas que integran este Código citado. En⁷⁵⁹ virtud de este principio se requiere que se establezcan las condiciones objetivas que aseguran la actuación equitativa de las partes y se eviten privilegios irrazonables a alguna de ellas.

En ese sentido, y estando a las normas legales previstas en nuestro ordenamiento jurídico que regulan el derecho fundamental de igualdad ante la ley, se tiene que mediante este derecho constitucional y procesal penal, se busca que las partes procesales tengan igual oportunidad de intervención en la sustanciación de un proceso o procedimiento, sin discriminación y sin afectar la dignidad de las personas, debiendo tanto las normas legales, así como los institutos procesales que forman parte del derecho procesal penal, ser de invocación por cualquier sujeto durante la sustanciación, siendo responsabilidad de los funcionarios judiciales subsanar cualquier obstáculo legal que pretenda contraponerse a este derecho fundamental, el mismo que también forma parte de los derechos humanos.

⁷⁵⁹ SAN MARTIN CASTRO, César. Derecho Procesal Penal Lecciones. Editorial INPECCP y CENALES. Lima. 2015. Pág. 65.

5.2. Repercusiones que se derivan de la vulneración del derecho fundamental de igualdad ante la ley.

Como se ha explicado *ut supra*, el derecho fundamental de igualdad ante la ley, al formar parte de nuestro ordenamiento jurídico, así como ser parte de los derechos humanos, debe ser tomado en cuenta por los funcionarios judiciales en la tramitación de un proceso, como es el caso en la sustanciación de un proceso penal. Es así, por mandato constitucional, así como por disposición de los principios que regulan el derecho procesal penal, las normas legales que forman parte de la legislación procesal penal deben ser respetuosos de este derecho fundamental, así como de sus principios, entendiéndose que las normas procesales deben ser de igual invocación por cualquier sujeto procesal, no debiendo existir discriminación alguna, así como tampoco favoritismo de alguna norma o instituto procesal penal a favor de un sujeto procesal, hacer lo contrario sería afectar el derecho de igualdad procesal.

Justamente, en relación a lo último mencionado en el párrafo precitado, no olvidemos que el derecho a la igualdad, como señala el Tribunal Constitucional, es un auténtico derecho subjetivo, y se trata del reconocimiento de un derecho a no ser discriminado por razones proscritas por la Constitución⁷⁶⁰. Entonces, de actuarse de manera contraria a la exigencia de este derecho fundamental, no solo se vulneraría el derecho de igualdad procesal, sino que también va a repercutir en otros derechos fundamentales como son el derecho a la defensa y la tutela de derechos, los cuales forman parte de un debido proceso. Por ello, el principio a la igualdad de armas, establece que los sujetos procesales intervienen en el proceso con iguales facultades de ejercer cualquier derecho que este previsto en el Código Procesal Penal.

⁷⁶⁰ F.j. N° 20, Expediente 0045-2004-AI/TC, publicado el 31 de marzo de 2006.

En consecuencia, y estando a lo señalado en los párrafos precitados, se tiene que el hecho de favorecer una determinada norma procesal penal o instituto a un sujeto procesal, afecta el principio de igualdad. En tal razón, por ejemplo, cuando el art. 71°.4 del Código Procesal Penal faculta de manera exclusiva al imputado la invocación del instituto procesal de la tutela de derechos, y no al agraviado, dicha norma procesal penal afecta el principio de igualdad ante la ley, y como consecuencia va a repercutir en otros derechos fundamentales como son el derecho a la defensa y la tutela de derechos.

5.3. El derecho fundamental de defensa del agraviado en el marco jurídico peruano

El derecho fundamental a la defensa es conocido también como derecho continente, debido a que se encuentra previsto como derechos humanos en tratados internacionales al cual nuestro país es parte. Este derecho o principio, se encuentra reconocido en el artículo 139° numeral 14 de la Constitución, y por el cual establece el principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso. Nótese en esta parte que la norma constitucional no establece el uso exclusivo de algún sujeto para invocar este derecho constitucional, entendiéndose que este derecho beneficia a cualquier persona en la tramitación de un proceso, en aplicación del principio de igualdad ante la ley. Por ello⁷⁶¹, en sentido amplio, podríamos afirmar que este derecho le otorga al justiciable la facultad, atribución o garantía por medio del cual tenga a lo largo de todo el proceso la oportunidad de dar a conocer sus argumentos de resguardo y de hacer valer sus derechos.

⁷⁶¹ FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. La Constitución Comentada. Análisis Artículo por Artículo, Tercera Edición Tomo III. Editorial Grijley. Lima. 2015. Pág. 774.

Tan igual como sucede con el derecho a la igualdad, el derecho constitucional a la defensa también forma parte de las demás normas legales previstas en nuestro ordenamiento jurídico. Así, por ejemplo, el Código Procesal Penal regula este derecho fundamental como principio, estableciéndolo en el art. IX del Título Preliminar. Este principio, en concordancia con el principio de igualdad de armas, regula en el numeral 3 del artículo precitado, el derecho de defensa a favor del agraviado o víctima, por el cual garantiza la participación de la víctima durante todo el desarrollo del proceso, teniendo igual participación y derechos que el imputado. Además, conforme se ha mencionado precedentemente, tanto la norma fundamental, así como el principio del derecho de defensa, no realizan ningún tipo de discriminación en la invocación de este derecho constitucional en la sustanciación de un proceso penal, debiendo por tal razón el Juez penal evitar alguna limitación legal de este principio en agravio de la víctima durante el desarrollo del proceso, más aún, que el art. X del Título Preliminar establece que los principios previstos en el título preliminar del Código Procesal Penal prevalecen sobre las demás normas procesales que forman parte del contenido del Código citado.

En ese orden de ideas, se entiende que el derecho a la defensa del agraviado en la tramitación de un proceso penal se encuentra garantizado por mandato constitucional, así como por estar establecido como principio en el Código Procesal Penal. Como señala el Tribunal Constitucional, el contenido constitucionalmente protegido del derecho de defensa queda afectado cuando, en el seno de un proceso judicial, cualquiera de las partes resulta impedida, por actos concretos de los órganos judiciales, de ejercer los medios necesarios, suficientes y eficaces para defender sus derechos e intereses legítimos⁷⁶², como sucedería en el caso de que no pueda invocar tutela de derechos.

⁷⁶² F.j. 3 del EXP. N.º 02165-2018-PHC/TC CAJAMARCA, Caso SOLANO RODRIGO CHÁVEZ.

5.4. Repercusiones que se derivan de la vulneración del derecho fundamental de defensa.

Al estar reconocido el derecho a la defensa del agraviado tanto en la Constitución, así como en el Código Procesal Penal, es obligación del Juez Penal, en especial del Juez de la Investigación Preparatoria, tener en cuenta este principio o garantía procesal genérica en la sustanciación de un proceso penal. Como se ha explicado, la víctima o agraviado, así como el imputado, tienen los mismos derechos durante la tramitación de un proceso penal, no pudiendo existir discriminación alguna, en aplicación del principio de igualdad ante la ley. Además, no olvidemos que el derecho constitucional al derecho a la defensa forma parte del debido proceso, por lo que es una exigencia que la víctima o el agraviado pueda ejercer este principio sin ninguna limitación legal, debiendo el Juez superar cualquier obstáculo que restrinja el ejercicio de este derecho fundamental. Así, sobre lo indicado precedentemente, el Tribunal Constitucional ha señalado que el derecho de defensa constituye un derecho fundamental de naturaleza procesal que conforma, a su vez, el ámbito del debido proceso, y sin el cual no podría reconocerse la garantía de este último⁷⁶³.

Es por ello, si durante la sustanciación de un proceso penal se vulnera el derecho a la defensa del agraviado, este hecho no solo repercutiría en este derecho constitucional, sino también se vulnerarían otros derechos fundamentales conexos a este principio, como serían el derecho a la igualdad ante la ley y la tutela de derecho; en tal razón, por ejemplo, el hecho que en la sustanciación de un proceso penal el agraviado o víctima no tenga la facultad legal de utilizar el instituto procesal de la tutela de derecho cuando se

⁷⁶³ F.j. 05 del Expediente N° 05085-2006-PA/TC de fecha 07 de mayo de 2007, caso Los Álamos Machines Investments S.A.

le vulneren sus derechos, tal conducta procesal no solo afectaría al derecho a la defensa, sino también los derechos fundamentales precitados, y de ser el caso, el derecho al debido proceso.

5.5. La Tutela de Derechos en el Perú

La Tutela de derechos o también conocido en la Constitución como Tutela Jurisdiccional Efectiva, ya sea entendido como *principio o derecho*, consiste en garantizar el acceso de las personas a la administración de justicia o a la administración pública, a fin de que puedan recurrir de manera directa o a través de un representante, dentro de un proceso o procedimiento respetuoso de las garantías mínimas, sin importar la pretensión que se tramite. Este derecho fundamental se encuentra previsto en el artículo 139° numeral 3 de la Constitución Política del Estado, teniendo como una de sus principales características el acceso a la justicia que tiene todo sujeto de derecho, y por el cual busca protección del Estado, respecto de su derecho subjetivo vulnerado. También⁷⁶⁴ se dice que es un derecho genérico o complejo, porque parte de una concepción garantista y tutelar para asegurar tanto el derecho de acceso a los órganos de justicia, como la eficacia de lo decidido en la sentencia.

Por otra parte, este derecho fundamental no solo se encuentra reconocido legalmente en la Constitución, sino también forma parte de la relación de principios reconocidos en el derecho procesal penal. En la doctrina, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva forma parte de las garantías procesales genéricas que son utilizados por los sujetos procesales como mecanismos de protección cuando se

⁷⁶⁴ LANDA ARROYO, César. El Derecho al Debido Proceso en la Jurisprudencia. Ed. Diskcopy S.A.C., Perú. 2012. Pág. 15.

vulneran sus derechos en la sustanciación de un proceso penal. Además, este principio o garantía no solo se encuentra previsto en la Constitución como derecho fundamental, sino también se encuentra previsto como derecho humano en los tratados internacionales, como es el caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, encontrándose implícitamente prevista en los arts. 8°.1 y 25°.1, de ahí la razón del porque es considerado este principio como garantía procesal genérica dentro del proceso penal, siendo⁷⁶⁵ por ello el derecho de cualquier persona de promover la actividad jurisdiccional del Estado, sin que se le obstruya, impida o disuada irrazonablemente.

En consecuencia, podemos señalar que este derecho fundamental denominado tutela de derechos o tutela jurisdiccional efectiva, se encuentra reconocido en nuestro ordenamiento jurídico, así como en la doctrina, ya sea como principio o garantía procesal genérica, siendo aquel derecho que tiene toda persona de recurrir a los órganos jurisdiccionales, a fin de buscar tutela o protección de su derecho subjetivo vulnerado, siendo el acceso a la justicia una de sus principales características de este derecho fundamental.

5.6. Repercusiones que se derivan de la inaplicación de la tutela de derechos a favor del agraviado.

A fin de poder entender cuál es la repercusión que se deriva de la inaplicación de este derecho a favor del agraviado, es necesario tener en cuenta que este derecho fundamental, principio o garantía, es aquel derecho por el cual toda persona, en igualdad de armas y como integrante de una sociedad, puede acceder a los órganos

⁷⁶⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional, f.j. 16, Expediente N° 015-2001-AI/TC, citado por San Martín Castro, César Eugenio. *Derecho Procesal Penal Lecciones*. Editorial INPECCP y CENALES. Lima. 2015. Pág. 108.

jurisdiccionales para el ejercicio o defensa de sus derechos o interés, con sujeción a que sea atendida a través de un proceso que le ofrezca las garantías mínimas para su efectiva realización. Además, para que un sujeto de derecho tenga acceso a la justicia, y como tal quiera promover una petición al órgano jurisdiccional, es necesario que no exista en nuestro ordenamiento jurídico una norma legal que obstruya, impida o limite legalmente el uso de este derecho fundamental, pero aún que exista alguna norma que establezca tratos preferenciales a un sujeto procesal, discriminando a la otra parte.

Así también, la tutela de derechos o tutela jurisdiccional efectiva es el derecho de toda persona a que se le haga justicia y ejerza su derecho de defensa, sin importar la condición jurídica que tenga dentro de un proceso penal, de tal manera que cuando alguna de las partes pretenda plantear alguna pretensión en la tramitación del proceso, esta pretensión sea atendida por el órgano jurisdiccional, a través de un proceso con garantías mínimas. Además, para que este principio sea eficaz, es necesario que la tramitación de una petición, ante un derecho vulnerado, sea rápido, sencillo y oportuno, no debiendo existir desigualdad ante la ley, mucho menos discriminación. Entonces, si se transgrede este derecho constitucional, el Estado, a través de los órganos jurisdiccionales, no estaría promoviendo la efectividad del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva que por igualdad gozan las partes dentro de un debido proceso, así como el ejercicio del derecho a la defensa; en⁷⁶⁶ razón que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva implica el acceso a la justicia y el debido proceso.

En este orden de ideas, la Tutela de Derechos o Tutela Jurisdiccional efectiva es un derecho, principio o garantía prevista tanto en la Constitución, así como en el Código

⁷⁶⁶ F.j. 6 del Expediente N° 00015-2005-PI/TC.

Procesal Penal, mediante el cual se pretende que cualquier sujeto de derecho, en especial la víctima o el agraviado, pueda tener acceso por igualdad ante el órgano jurisdiccional cuando reclame la vulneración de un derecho, tanto fuera, como dentro de la tramitación de un proceso penal; razón por lo cual, en caso que el agraviado solicite tutela de derechos ante el Juez de la Investigación Preparatoria, y este le rechace, las repercusiones que se van a tener como consecuencia del tal rechazo va a consistir en que también se van a afectar los derechos a la igualdad ante la ley y el derecho a la defensa, así como el debido proceso. Así, el Tribunal⁷⁶⁷ ha señalado que en el marco de las diligencias preliminares y la investigación preparatoria, a fin de preservarse el principio de igualdad procesal, cualquiera de los sujetos procesales o partes involucradas pueden cuestionar y controlar mediante tutela de derechos el ejercicio regular de las funciones del fiscal como titular de la acción penal frente al juez de garantías.

5.7. Razones que justifican reconocer el derecho de defensa del agraviado en la tutela de derechos como correspondencia del derecho fundamental de igualdad ante la ley.

De lo expuesto en los párrafos precedentes, podemos colegir que el derecho a la tutela de derechos guarda estrecha relación con los principios o derechos a la igualdad ante la ley y el derecho a la defensa. De ahí su justificación del porque también debe ser invocado la tutela de derechos por el agraviado en la tramitación de un proceso penal. Como se ha explicado, en un primer momento, el tema pasa por el hecho de que todos somos iguales ante la ley, entendiéndose ante la ley y dentro de la ley, y como tal, no puede existir norma legal en nuestro ordenamiento jurídico que solamente otorgue cierta

⁷⁶⁷ F.j. 15 del Expediente N° 00788-2020-PA/TC HUAURA, Caso SAÚL ROBERT MANRIQUE FLORES Y OTRO de fecha 13 de mayo de 2021.

atribución a un sujeto procesal, mientras que deja desamparado al otro sujeto, tal como sucede con el art. 71° inciso 4 del Código Procesal Penal, norma procesal que solamente otorga facultades para invocar la tutela de derechos al imputado, y no al agraviado. Este hecho constituiría una conducta discriminatoria y atentatoria al derecho a la igualdad, y con lo cual también afectaría la vulneración de otros derechos fundamentales y principios, como son la tutela jurisdiccional efectiva y el derecho a la defensa.

En un segundo momento, y siguiendo los lineamientos esbozados en el párrafo precitado, el hecho de que el art. 71°.4 de la norma procesal penal atente con el derecho a la igualdad, discriminando al agraviado o víctima en la sustanciación de un proceso penal, especialmente en la etapa de investigación preparatoria, es que este hecho afectaría el derecho al acceso a la justicia que tiene todo sujeto procesal, siendo que esta afectación estaría contraviniendo a una de las características de la tutela jurisdiccional efectiva, por lo que este derecho fundamental o principio precitado también se vería afectado y vulnerado.

En ese sentido, estando a las razones señaladas en los párrafos mencionados precedentemente, al atentar el art. 71°.4 del texto procesal penal contra el derecho a la igualdad ante la ley, así como la tutela de derechos o tutela jurisdiccional efectiva, es que también atentaría dicha norma procesal penal contra el derecho a la defensa procesal, en razón que al no permitirse que el agraviado pueda invocar el instituto procesal de la tutela de derechos cuando en la sustanciación de un proceso penal a nivel de investigación preparatoria se vulneren su derechos, es que se le estaría privando del ejercicio constitucional o legal de este derecho; siendo estas las razones que justifican del porque este derecho no debe tener ningún impedimento o limitación legal.

CONCLUSIONES

PRIMERA

El derecho a la igualdad ante la ley, la tutela de derechos y el derecho a la defensa son derechos que se encuentran reconocidos como derechos humanos en los tratados internacionales al cual nuestro país es parte, en tal sentido, conforme lo señala el artículo 55° de la Constitución, así como la Cuarta Disposición Final Transitoria de nuestro texto constitucional, los tratados forman parte de nuestro ordenamiento jurídico, así como es de estricto cumplimiento los fallos emitidos por la CorteIDH; por lo que, los órganos jurisdiccionales en la tramitación de un proceso penal, en especial el Juez de la Investigación Preparatoria, deberá tomar en cuenta estos derechos humanos precitados, y de encontrar alguna norma de derecho nacional que se contraponga, vía control difuso convencional tendrá que inaplicarla, dando preferencia a la norma de derechos humanos, por jerarquía.

SEGUNDA

Desde el punto de vista constitucional, estos derechos mencionados en el párrafo precitado también se encuentran previstos en la Constitución, teniendo la denominación de derechos fundamentales, siendo algunos de ellos principios de la función jurisdiccional, sirviendo como lineamientos en cualquier tipo de proceso, siendo de estricto cumplimiento y aplicación por parte de los funcionarios judiciales, quienes de encontrar alguna contravención entre una norma constitucional y una norma legal, deberán elegir la primera, inaplicando la ley inconstitucional mediante control difuso, en mérito a la facultad que le otorga el segundo párrafo del artículo 138° de la Constitución.

TERCERA

El derecho a la igualdad ante la ley es un derecho fundamental o principio que establece lineamientos que deben ser tomados en cuenta en cualquier tipo de proceso, en especial, en el presente caso, en el proceso penal. Este derecho se encuentra consagrado en el derecho procesal penal como principio de igualdad de armas, y por el cual se busca que durante la sustanciación de un proceso penal las partes intervengan en igualdad de oportunidades, no debiendo ser discriminado ningún sujeto procesal, como sería el caso de la víctima o agraviado, debido a que las partes procesales no solo son iguales ante la ley, sino también dentro de la ley, siendo que cualquier acto discriminatorio de una norma legal vulnera la dignidad de la persona.

CUARTA

El derecho a la defensa procesal es otro derecho fundamental o derecho continente no solo previsto en la Constitución, sino también en el Código Procesal Penal. Este derecho se encuentra ligado al derecho a la igualdad ante la ley, y su afectación del primero, también repercute en este derecho. Este hecho legal sucede con el instituto de la tutela de derechos, en razón que al impedir la ley procesal penal que el agraviado no pueda invocar este instituto, se permite que los derechos afectados de la víctima no puedan ser defendidos y reclamados ante el Juez de la Investigación Preparatoria, debiendo este obstáculo legal ser superado por el A quo. Además, esta situación procesal afecta a su vez otro derecho fundamental, la tutela jurisdiccional efectiva.

QUINTA

El derecho a la tutela de derechos o tutela jurisdiccional efectiva en un derecho relevante no solo en materia constitucional, sino también en materia procesal penal. Una de sus principales características de este derecho fundamental, principio o garantía procesal genérica, es el acceso

a la justicia, por medio del cual cualquier sujeto procesal busca tutelar un derecho ante los órganos públicos; siendo que, el hecho de no acceder a este derecho o garantía por una norma legal que solo favorece a un sujeto procesal, mientras que discrimina a la otra, no permitiéndole el uso de un derecho o instituto procesal, afecta de manera directa a esta característica de la tutela de derechos, el mismo que a su vez afecta otros derechos, como son el derecho a la igualdad ante la ley y a la defensa procesal, por estar relacionados sistemáticamente estos derechos entre sí.

SEXTA

El artículo 71° inciso 4 del Código Procesal Penal establece el instituto procesal de la tutela de derechos, otorgando dicha norma facultad exclusiva de este instituto procesal solamente al imputado, mas no a la víctima o agraviado. Esta circunstancia legal vulnera los derechos, principios o garantías de igualdad ante la ley, derecho a la defensa y tutela jurisdiccional efectiva, por lo que, por el principio de igualdad de armas, este obstáculo debe ser superado por A quo. Además, el artículo X del Título Preliminar de la legislación procesal penal establece que las normas previstas en el título preliminar prevalecen sobre las demás normas legales, por lo que, mediante control judicial o difuso, el Juez de la Investigación Preparatoria debe inaplicar esta norma procesal penal (art. 71°.4), debiendo admitir a trámite la solicitud de tutela de derechos formulada por el agraviado. Asimismo, a manera de conclusión, se recomienda modificar el artículo 71° del Código Procesal Penal, debiendo insertar un apartado legal en el cual se indique que este instituto procesal también puede ser invocado por el agraviado.

RECOMENDACIONES

- Una primera recomendación que se plantea en el presente trabajo de investigación es que se tome en cuenta que los derechos a la igualdad ante la ley, derecho a la defensa y tutela de derechos o tutela jurisdiccional efectiva, son derechos humanos previstos en tratados internacionales al cual nuestro país es parte, por lo que, es de estricto cumplimiento por parte del Estado, representado a través de sus funcionarios judiciales, tomar en consideración estos derechos humanos precitados en la tramitación de un proceso penal.
- La segunda recomendación que se plantea, y en relación a lo mencionado en el párrafo precitado es que, al ser los derechos a la igualdad ante la ley, derecho a la defensa y tutela de derechos o tutela jurisdiccional efectiva, derechos previstos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y tomando en cuenta la jurisprudencia fijada por el CorteIDH, en caso que el Juez de la Investigación Preparatoria durante la tramitación de un proceso penal encuentre algún obstáculo legal, en el sentido de que la tutela de derechos solo pueda ser incoado por el imputado y no por el agraviado, vía control difuso convencional o control de convencionalidad, inaplicar el art. 71°.4 del Código Procesal Penal, por contravenir los artículos 8° numerales 1 y 2, 24° y 25°.1 de la Convención Americana, en amparo a los artículos 1° y 2° de esta norma supranacional.
- La tercera recomendación que se plantea es que, al ser estos tres derechos precitados, parte del catálogo de derechos fundamentales previstos en la Constitución Política del Estado, es que, si durante la tramitación de un proceso penal el Juez de la Investigación Preparatoria advirtiese la existencia de un pedido de tutela de derechos por parte del

agraviado, y al verificar la norma procesal penal, esta solo faculta tal derecho al imputado, mas no al agraviado o víctima, el A quo puede inaplicar el artículo 71°.4 del Código Procesal Penal vía Control Judicial o Control Difuso, al amparo del artículo 138° segundo párrafo de la Constitución, el mismo que faculta este tipo de control al órgano jurisdiccional si durante la sustanciación de un proceso el A quo advirtiese que existe una norma legal que se contrapone a una norma constitucional.

- Otra recomendación que se plantea en el presente trabajo de investigación es el hecho de que al contener el artículo 71° inciso 4 del Código Procesal, un supuesto de hecho que se contrapone a los derechos fundamentales, principios o garantías del derecho a la igualdad ante la ley, derecho a la defensa y la tutela de derechos o tutela jurisdiccional efectiva, se tenga que modificar este dispositivo legal precitado, insertándose un apartado legal en el cual también se considere como beneficiario de este instituto procesal al agraviado o la víctima.

BIBLIOGRAFIA

ALARCÓN MENÉNDEZ, Jorge Miguel. La Investigación Preparatoria en el Nuevo Sistema Procesal Penal. Editorial GRIJLEY. Lima. 2010.

ANDRADE GEYWITZ, Carlos. Elementos de Derecho Constitucional Chileno. Editorial Jurídica de Chile. Santiago – Chile. 1963.

ARBULU MARTÍNEZ, Víctor Jimmy. La Investigación Preparatoria en el Nuevo Proceso Penal. Editorial Institución Pacífico, Actualidad Penal. Lima. 2014.

ARIANO DEHO, Eugenia. La Constitución Comentada. Análisis Artículo por Artículo. Tercera Edición. Tomo III. Editorial Gaceta Jurídica. Lima. 2015.

ASENCIO MELLADO, José María. Introducción al Derecho Procesal, Tirant lo Blanch. Valencia. 1996.

AVALOS RODRIGUEZ, Constante Carlos. Tutela Judicial de Derechos, en Gaceta Penal & Procesal Penal, Tomo 36, Junio/2012. Editorial Gaceta Jurídica. Lima. 2012.

BAZÁN CHACÓN, Iván. El Impacto de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Perú. Una Evaluación Preliminar. ARS BONIT ET AEQUI, año 7 N° 2.

BERNALES BALLESTEROS, Enrique. La Constitución de 1993. Análisis Comparado. Quinta Edición. Editora RAO. Lima. 1999.

BIANCHI, Alberto. Citado en En 2 Jurisprudencia Penal y Procesal Penal de Carácter Constitucional. Gaceta Constitucional. Lima. 2010.

BINDER, Alberto. Introducción al Derecho Procesal Penal. Editorial Ad Hoc SRL. Buenos Aires – Argentina. 1999.

BOBBIO, Nolberto. Igualdad y Libertad. Edit. Paidós. México.

BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. La Constitución Comentada. Análisis Artículo por Artículo. Tercera Edición. Tomo III. Editorial Gaceta Jurídica. Lima. 2015.

CACERES JULCA, Roberto y Iparraguirre N., Ronald D. Código Procesal Penal Comentado, D. Leg. N° 957, Concordado, Jurisprudencia Índice Analítico. Editorial Jurista Editores. Lima. 2012.

CHANAME ORBE, Raúl. Comentarios a la Constitución, Quinta Edición. Editorial Jurista Editores. Lima. 2008.

CALDERON SUMARRIVA, Ana C. El Nuevo Sistema Procesal Penal: Análisis Crítico. Editora Egacal. Lima – Perú. 2011.

CAROCCA PEREZ, Alex. Manual el Nuevo Sistema Procesal Penal. Editorial Lexis Nexis. Chile. 2005.

CARRIÓN LUGO, Jorge. Tratado de Derecho Procesal Civil, Volumen I, segunda edición. Editorial Grijley. Lima. 2004.

CASTAÑEDA OTSU, Susana Ynés. Constitucionalismo y Democracia en América Latina. Controles y Riesgos. Editorial adrus. Lima. 2014.

CASTAÑEDA OTSU, Susana Inés. La Constitución Comentada, Análisis Artículo por Artículo, Tercera Edición. Tomo III. Editorial Gaceta Jurídica. Lima. 2015.

CASTAÑEDA SEGOVIA, Mateo. Detención policial y configuración de la flagrancia. Análisis de la STC Exp. N° 03325-2008-PHC/TC. Gaceta Constitucional, Tomo 22/2009. Lima. 2009.

CASTILLO CORDOVA, Luís. Comentarios al Código Procesal Constitucional, Tomo I. Editorial Palestra Editores. Lima. 2006

CASTILLO QUISPE, Máximo. Manual de Derecho Procesal Civil. Editorial Jurista Editores. Lima. 2008.

CASTILLO CORDOVA, Luís. La Constitución Comentada. Análisis Artículo por Artículo. Tercera Edición. Tomo III. Editorial Gaceta Jurídica. Lima. 2015.

CHUNGA HIDALGO, Laurence. Gaceta Penal & Procesal Penal, Tomo 6, junio 2012. Editorial Gaceta Jurídica. Lima. 2012.

Comisión Presidencial Coordinadora de la Política del Ejecutivo en Materia de Derechos Humanos –COPREDEH-, Declaración Universal versión comentada. Guatemala. 2011.

Comisión Residencial Coordinadora de la Política del Ejecutivo en Materia de Derechos Humanos -COPRODEH-. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Versión Comentada. Editado por COPRODEH. Guatemala. 2011.

CUBAS VILLANUEVA, Víctor. El Proceso Penal, Teoría y Práctica, Cuarta Edición. Editorial Palestra Editores. Lima. 2000.

CUBAS VILLANUEVA, Víctor. El Nuevo Proceso Penal Peruano. Palestra. Lima. 2016.

CUBAS VILLANUEVA, Víctor. El Nuevo Proceso Penal Peruano, Teoría y Práctica de su implementación, Segunda Unidad. Editorial Palestra. Lima. 2016.

DALLA VÍA, Alberto Ricardo. Derecho Constitucional Económico. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires. 1999.

DEVIS ECHANDIA, Hernando. Teoría General del Proceso. Tomo I. Editorial Universidad. Buenos Aires – Argentina. 1984.

DEVIS ECHANDIA, Hernando. Teoría General del Proceso, Tomo II. Editorial Universidad. Buenos Aires – Argentina. 1985.

ESPINOZA RAMOS, Benji. Principios Fundamentales del Nuevo Proceso Penal. Editorial Gaceta Jurídica. Lima. 2013.

ETO CRUZ, Gerardo. Constitución y Procesos Constitucionales, Tomo I. Editorial ADRUS D&L EDITORES. Lima. 2013.

ETO CRUZ, Gerardo. Nuevas Perspectivas del Derecho Procesal Constitucional. EDITORIAL ADRUS editores. Lima. 2018.

FALLA ROSADO, Miguel Ángel. El Proceso Inmediato. Editorial Instituto Pacífico. Lima. 2017.

FERNANDEZ SEGADO, Francisco. El Sistema Constitucional Español. Editorial Dykison. Madrid – España. 1992.

FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. La Constitución Comentada. Análisis Artículo por Artículo. Tercera Edición. Tomo I. Editorial Gaceta Jurídica. Lima. 2015.

FERRER MAC-GREGOR, Ferrer y PELAYO MOLLER, Carlos María. Convención Americana sobre Derechos Humanos, Comentarios de Christian Steiner y Patricia Uribe. Impreso por Plural Editores. Bolivia. 2014.

FERRER MAC-GREGOR POISOT, Eduardo. Derechos Humanos en la Constitución: Comentarios de Jurisprudencia Constitucional e Interamericana, Primera Edición. Editado por Suprema Corte de La Nación. México.

FLORES SAGASTEGUI, Abel Ángel G. Derecho Procesal Penal I, Desarrollo Teórico y modelos según el nuevo proceso penal. Editado por la Universidad Católica los Ángeles de Chimbote. Chimbote – Perú. 2016.

FIGUEROA NAVARRO, Aldo. El Juicio en el Nuevo Sistema Procesal Penal, Lineamiento Teóricos y Prácticos. Editorial Instituto Pacífico. Lima. 2017.

FIX-ZAMUDIO, Héctor. Derecho Constitucional Mexicano y Comparado, Sexta Edición. Editorial Porrúa. México. 2009.

FIX-ZAMUDIO, Héctor. Los Derechos Humanos y su Protección Internacional. Editorial Grijley. Lima. 2009.

Fundación Juan Vives Suriá. Derechos humanos: historia y conceptos básicos. Fundación Editorial El perro y la rana, Fundación Juan Vives Suriá y Defensoría del Pueblo. Caracas. 2010.

GARCIA CAVERO, Percy. Derecho Penal Parte General, tercera edición corregida y actualizada. Editorial Ideas. Lima. 2019.

GARCÍA TOMA, Víctor. Los Derechos Fundamentales en el Perú. Editorial Jurista Editores. Lima. 2008.

GARCÍA TOMA, Víctor. Teoría del Estado y Derecho Constitucional, Tercera Edición. Editorial adrus. Lima. 2010.

GIMENO SENDRA, Vicente. Derecho Procesal Penal, Segunda Edición. Editorial Colex. Madrid. 2007.

GRONDONA, Mariano. La Corrupción. Editorial Planeta. Buenos Aires – Argentina. 1993.

GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter. La Constitución Comentada Tomo I. Edit. Gaceta Jurídica. Lima. 2006.

GUTIERREZ CAMACHO, Walter y SOSA SACIO, Juan Manuel. La Constitución comentada, análisis artículo por artículo, edición actualizada y con nueva jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Tercera Edición, Tomo I. Editorial Gaceta Jurídica. Lima. 2015.

HENRIQUEZ FRANCO, Humberto. Derecho Constitucional. Editorial FECAT. Lima. 2001.

HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, María. “El principio de igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español (como valor y como principio en la aplicación jurisdiccional de la ley)”. En Boletín Mexicano de Derecho Comparado, N° 81, Año XXVII, Nueva Serie, setiembre-diciembre. México. 1994.

HORVITZ LENON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián. Derecho Procesal Penal Chileno Tomo I. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 2002.

HORVITZ LENNON, María Inés y LOPEZ MASLE, Julián. Derecho Procesal Penal Chileno, Tomo II. Editorial Jurídica de Chile. Santiago – Chile. 2002.

HUERTAS DÍAZ, Omar y otros. Manual Pedagógico y Didáctico para la Formación en Derechos Humanos, Tomo I (1215-1948). Grupo Editorial IBÁÑEZ. Bogotá – Colombia. 2008.

HUERTAZ DIAZ, Omar y otros. Manual Pedagógico y Didáctico Para La Formación En Derechos Humanos, TOMO II (1948-2007). Grupo Editorial IBAÑEZ. Bogotá - Colombia. 2013.

La Constitución Política del Perú. Gaceta Constitucional. Lima. 2011.

LANDA AROYO, Cesar. Convencionalización del Derecho Peruano. Editorial PALESTRA. Lima. 2016.

LANDA ARROYO, César. Derecho Procesal Constitucional. Fondo Editorial de la Universidad Católica del Perú. Lima. 2018.

LANDA ARROYO, César. El Derecho al Debido Proceso en la Jurisprudencia. Editorial Diskcopy S.A.C. Lima. 2012.

LUJAN TÚPEZ, Manuel. Diccionario Penal y Procesal Penal. Editorial Gaceta Jurídica. Lima – Perú. 2013.

MAIER, Julio. Derecho Procesal Penal Argentino. Editorial Hammurabi. SR.L. Buenos Aires – Argentina. 1989.

MAIER, Julio B.J. Derecho Procesal Penal. Tomo I. Editores del Puerto. Buenos Aires – Argentina. 1996.

MARTÍNEZ SALGUEIRO, María Elena. Nociones Básicas Sobre Derechos Humanos. La Dirección de Derechos Humanos del Ministerio de Educación y Cultura de Montevideo. Uruguay. 2008.

MEDINA QUIROGA, Cecilia. La Convención Americana: Teoría y Jurisprudencia, Vida, Integridad Personal, Libertad Personal, Debido Proceso y Recurso Judicial. Impreso en los talleres de Mundo Gráfico en San José, Costa Rica. Chile. 2003.

MESÍA RAMÍREZ, Carlos. Exegesis del Código Procesal Constitucional, Cuarta Edición, Tomo I. Editorial Gaceta Jurídica. Lima. 2013.

MIRANDA ABURTO, Elder J. Actualidad Penal Al Día con el Derecho, Diciembre 2017/ N° 42. Editorial Instituto Pacífico. Lima. 2017.

MORALES GODÓ, Juan. Instituciones de Derecho Procesal. Editorial Palestra. Lima – Perú. 2005.

MORENO CATENA, Víctor. “Sobre el Derecho de Defensa”. Editado por Teoría & Derecho, Revista de Pensamiento Jurídico, el Derecho de Defensa. Valencia – España. 2010.

MORENO HOLMAN, Leonardo y GARCÍA MANZOR, Francisco. El Modelo Procesal Penal Chileno, El Proceso Penal Acusatorio, Fundamentos – Funcionamiento – Cuestiones Trascendentales. Editorial Instituto Pacífico. Lima. 2015.

MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCIA ARAN, Mercedes. Derecho Penal Parte General Octava Edición. Editorial Tirant Lo Blanch Libros. Valencia –España. 2010.

Nakasaki Servigón, Cesar. El Derecho Penal y Procesal Penal, desde la Perspectiva del Abogado Penalista Litigante. Editorial Gaceta Jurídica. Lima – Perú. 2017.

NAKASAKI SERVIGON, Cesar. La Constitución comentada, Análisis Artículo por Artículo, Tercera Edición, Tomo I. Editorial Gaceta Jurídica. Lima. 2015.

NEYRA FLORES, José Antonio. Manual del Nuevo Proceso Penal & de Litigación Oral. Editorial IDEMSA. Lima – Perú. 2010.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. El Debido Proceso en la Constitución y en el Sistema Interamericano. Editorial Librotecnia. Santiago – Chile. 2007.

NOVAK TALAVERA, Fabián. La Constitución Comentada. Análisis Artículo por Artículo Tomo I. Editorial Gaceta Jurídica. Lima. 2006.

NOVAK TALAVERA, Fabián. La Constitución Comentada. Análisis Artículo por Artículo. Tercera Edición. Tomo II. Editorial Gaceta Jurídica. Lima. 2015.

NUÑEZ MOLINA Waldo y NUÑEZ MOLINA Cledy. Curso de Derechos Humanos (Parte General) Tomo I. Editorial WnM Ediciones. Lima. 2002.

ORE GUARDIA, Arsenio. Derecho Procesal Penal Peruano, Análisis y comentario al Código Procesal Penal. Tomo I. Editorial Gaceta Jurídica. Lima. 2016.

ORE GUARDIA, Arsenio. Manual del Derecho Procesal Penal, Segunda Edición. Editorial Alternativas. Lima. 1999.

ORGANIZACION INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES (OIM) MISION COLOMBIA, “Derechos Humanos y Trata de Persona”, en Trato con la Trata. Editorial Nuevas Ediciones. Bogotá – Colombia. 2007.

OSORIO ROMAN, Roosevelt. Revista de Actualidad Jurídica Las Dos Caras de la Moneda. Año III – N° 4 – 2014. Editorial ISPACJ. Lima. 2014.

OTAROLA PEÑARANDA, Fredy. La Constitución Comentada, Análisis Artículo por Artículo, Tercera Edición, Tomo III. Editorial Grijley. Lima. 2015.

O'DONNELL, Daniel. Protección Internacional de los Derechos Humanos. Comisión Andina de Juristas. Primera Edición. 1988.

O' DONNELL, Daniel. Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Editado por la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Bogotá - Colombia. 2004.

PAZO PINEDA, Oscar Andrés. Los Derechos Fundamentales y el Tribunal Constitucional. Editorial Gaceta Jurídica. Lima. 2014.

PECES BARBA, Gregorio, Hierro Liborio, IÑIGUEZ DE ONZOÑO Santiago, LLAMAS Ángel. Derecho Positivo de los Derechos Humanos. Editorial Debate, Colección Universitaria. Madrid – España. 1987.

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. Derecho Procesal Penal, Sistema Acusatorio Teoría del Caso y Técnica en Litigación Oral, Tomo I. Editorial RODHAS. Lima. 2012.

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. Derecho Penal Parte General. Tomo I. Editorial IDEMSA. Tercera Edición. Lima. 2011.

PIEDRABUENA RICHARD, Guillermo. La Víctima y el Testigo en la Reforma Procesal Penal. Editorial Fallos del Mes Ltda. Chile. 2003.

PIZARRO SOTOMAYOR, Andrés y MENDEZ POWELL, Fernando. Manual de Derecho Internacional de Derechos Humanos. Editorial Universal Books. Panamá. 2006.

PRIORI POSADA, Giovanni Francesco. Comentarios a la Ley del Proceso Contencioso Administrativo, 4ta Edición Corregida y Aumentada. Editorial ARA Editores. Lima Perú. 2009.

PRIORI POSADA. Giovanni F. La Constitución Comentada. Análisis Artículo por Artículo. Tercera Edición. Tomo III. Editorial Gaceta Jurídica. Lima. 2015.

PRIORI POSADA, Giovanni. El Proceso y la Tutela de Derechos. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima. 2019.

REY MARTÍNEZ, Fernando. "¿Cómo Nacen los derechos? (Posibilidades y Límites de la Creación Judicial de Derechos)", Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo, Tomo II. Editorial Bazán. Buenos Aires – Argentina. 2010.

REYNA ALFARO, Luis Miguel. Manual de Derecho Procesal Penal. Editorial INSTITUTO PACIFICO. Lima – Perú. 2015.

REYNA HIDALGO, Hayley. La Constitución comentada, Análisis Artículo por Artículo, Tercera Edición, Tomo I. Editorial Gaceta Jurídica. Lima. 2015.

RIOJA BERMUDEZ, Alexander. Constitución Política del Perú y su Jurisprudencia en nuestro Tribunal Constitucional. Editorial Jurista Editores. Lima. 2019.

RUBIO LLORENTE, Francisco. La Forma del Poder, Estudios sobre la Constitución. Editorial Centro de Estudios Constitucionales. Madrid – España. 1993.

RUIZ BRAVO, Hernán y MAYOR SANCHEZ, Jorge Luís. Actualidad Penal al día con el Derecho. Editorial Instituto Pacífico. Lima. 2019.

RUIZ BRAVO, Hernán y MAYOR SÁNCHEZ, Jorge Luís. La Tutela de Derechos en el Nuevo Código Procesal Penal ¿Qué protege?, en Actualidad Penal al Día con el Derecho, Noviembre 2019/N° 65. Editorial Instituto Pacífico. Lima.

SALAS BETETA, Christian. Principios Fundamentales del Nuevo Proceso Penal. Editorial Gaceta Jurídica. Lima. 2013.

SAN MARTIN CASTRO, César. Derecho Procesal Penal, Segunda Edición Actualizada y Aumentada, Tomo I. Editorial Grijley. Lima. 2003.

SAN MARTIN CASTRO, Cesar. Derecho Procesal Penal, vols. I y II, primera reimpresión de la primera edición. Editorial Grijley. Lima. 2011.

SAN MARTIN CASTRO, César. Derecho Procesal Penal Lecciones. Impreso por Jakob Comunicadores & Editores S.A.C. Lima. 2015.

SAN MARTIN CASTRO, César. Derecho Procesal Penal Lecciones, conforme al Código Procesal Penal 2004. Editorial Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales y otro. Lima. 2020.

SANCHEZ VELARDE, Pablo. El Nuevo Proceso Penal. Editorial IDEMSA. Lima - Perú. 2009.

Secretaria de la Corte Interamericana de Derechos Humanos San José, Costa Rica. Documentos Básicos en Materia de Derechos Humanos en el Sistema Interamericano. Editado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. San José – Costa Rica. 2012.

SCHMIDT, Eberhard. Los Fundamentos Teóricos y Constitucionales del Derecho Procesal Penal. Comentario Doctrinario de la Ordenanza Procesal Penal y de la Ley Orgánica de los Tribunales, traducción de José Manuel Núñez. Editorial Bibliográfica. Buenos Aires. 1957.

SIERRA PORTO, Humberto A., Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 7 CONTROL DE CONVENCIONALIDAD.

SILVA GARCÍA, Fernando. Jurisprudencia Interamericana sobre Derechos Humanos, Criterios Esenciales, Primera Edición. Editado por el Poder Judicial de la Federación. México. 2011.

SORIANO DÍAZ, Ramón Luís. Historia temática de los Derechos Humanos, Primera Edición. Colección Universitaria de Materiales Jurídicos, Editorial Mad S.L. Sevilla-España. 2003.

SUMARIA BENAVENTE, Omar. Introducción al Sistema de la Tutela Jurisdiccional. Editorial RODHAS. Lima. 2013.

SUMARIA BENAVENTE, Omar. Introducción al Sistema de la Tutela Jurisdiccional, Segunda Edición. Editorial RODHAS. Lima. 2014.

TORRES VASQUEZ, Aníbal, citando a Francisco Fernández Segado. Introducción al Derecho, Teoría General del Derecho. Editorial Palestra Editores. Lima. 1999.

VALDIVIA DEXTRE, Pedro Abraham. Análisis del Derecho Procesal Constitucional. Editorial IDEMSA. Lima. 2008.

VILELA CARBAJAL, Karla. El Tribunal Constitucional reescribe el Derecho. Estudios sobre la incidencia de la jurisprudencia constitucional en las diferentes especialidades del Derecho. Editorial Gaceta Constitucional. Lima. 2011.

VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Derecho Penal Parte General. Editorial Grijley. Lima. 2016. Pág. 119.

VILLEGAS PAIVA, Elky Alexander. La Constitución comentada, Análisis Artículo por Artículo, Tercera Edición, Tomo I. Editorial Gaceta Jurídica. Lima. 2015.

VIVANCO MARTÍNEZ, Ángela. Curso de Derecho Constitucional, Aspecto Dogmáticos de la Carta Fundamental de 1980, Tomo II, Segunda Edición Ampliada. Ediciones Universidad Católica de Chile. Santiago – Chile. 2006.

ZAVALETA CARRUITERO, Wilvelder. Código Procesal Civil, Proceso Contencioso Administrativo – Cuadro de Distancia – Normas Complementarias. Editorial RHODAS. Lima. 2005.

FUENTES INFORMATICAS

AMNISTÍA INTERNACIONAL, “Historia de los derechos humanos: Egipto, Mesopotamia, Grecia y Roma”, <http://www.amnistiacatalunya.org/edu/es/historia/inf-orig.html>.

HISTORIA CLÁSICA: “El código de Hammurabí”, <http://www.historiaclasica.com/2007/05/el-código-dehammurabi.html>.

http://www.humanrights.com/es_ES/what-are-human-rights/brief-history/cyrus-cylinder.html.

http://ijj.ucr.ac.cr/sites/default/files/documentos/justiciabilidad_por_conexion_proteccion_de_los_derechos.pdf.

<http://www.un.org/es/aboutun/history/>.

http://www.humanrights.com/es_ES/what-are-human-rights/brief-history/the-united-nations.html.

https://es.wikipedia.org/wiki/Derecho_procesal_penal

<http://laculturainca-cusi.blogspot.pe/2012/11/clasificacion-de-los-derechos-humanos.html>.

<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1911/5.pdf>.

Normas y Tratados:

- Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1966.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1969.
- Constitución Política del Perú de 1993.
- Código Procesal Penal de 2004.
- Código Penal de 1991.

ANEXO N° 1

CUADRO DE MODIFICACIONES DE LA LEY ORGANICA DEL MINISTERIO PUBLICO

ARTICULO AFECTACION JURIDICA FECHA DE AFECTADO PUBLICACION:

- Art. 12 MODIFICADO por el Art. Unico de la Ley N° 25037 13-06-89
- Art. 20, inc k) ADICIONADO por el Art. 2 de la Ley N° 28219 07-05-2004
- Art. 25 SUSPENDIDO por el Art. 3 de la Ley N° 26738 07-01-97
- Art. 25 SUSPENDIDO por el Art. 5 de la Ley N° 27009 05-12-98
- Art. 27 SUSPENDIDO por el Art. 3 de la Ley N° 26738 07-01-97
- Art. 27 SUSPENDIDO por el Art. 5 de la Ley N° 27009 05-12-98
- Art. 27 MODIFICADO por el Artículo 2 de la Ley N° 28367 28-10-2004
- Art. 28 SUSPENDIDO por el Art. 3 de la Ley N° 26738 07-01-97
- Art. 28 SUSPENDIDO por el Art. 5 de la Ley N° 27009 05-12-98
- Art. 29 MODIFICADO por el Art. 4 de la Ley N° 26898 15-12-97
- Art. 30 SUSPENDIDO por la Segunda Disposición Transitoria, Complementaria y Final de la Ley N° 26623 19-06-96
- Art.30 segundo párrafo SUSPENDIDO por el Art. 5 de la Ley N° 27009 05-12-98
- Art. 31 SUSPENDIDO por la Segunda Disposición Transitoria, Complementaria y Final de la Ley N° 26623 19-06-96
- Art. 31 SUSPENDIDO por el Art. 5 de la Ley N° 27009 05-12-98
- Art. 33 SUSPENDIDO por la Segunda Disposición Transitoria, Complementaria y Final de la Ley N° 26623 19-06-96
- Art. 33 SUSPENDIDO por el Art. 5 de la Ley N° 27009 05-12-98
- Art. 37 MODIFICADO por el Art. 4 de la Ley N° 26898 15-12-97
- Art. 38 SUSPENDIDO por el Art. 3 de la Ley N° 26738 07-01-97
- Art. 38 SUSPENDIDO por el Art. 5 de la Ley N° 27009 05-12-98
- Art. 42 SUSPENDIDO por la Segunda Disposición Transitoria, Complementaria y Final de la Ley N° 26623 19-06-96
- Art. 42 SUSPENDIDO por el Art. 5 de la Ley N° 27009 05-12-98
- Art. 45 MODIFICADO por el Art. 1 de la Ley N° 26767 09-04-97
- Art. 47 MODIFICADO por el Art. 1 de la Ley N° 26767 09-04-97
- Art. 48 SUSPENDIDO por el Art. 3 de la Ley N° 26738 07-01-97

Art. 48 SUSPENDIDO por el Art. 5 de la Ley N° 27009 05-12-98

Art. 49 SUSPENDIDO por el Art. 3 de la Ley N° 26738 07-01-97

Art. 49 SUSPENDIDO por el Art. 5 de la Ley N° 27009 05-12-98

Art. 50 SUSPENDIDO por el Art. 3 de la Ley N° 26738 07-01-97

Art. 50 SUSPENDIDO por el Art. 5 de la Ley N° 27009 05-12-98

Art. 51 MODIFICADO por la Novena Disposición Transitoria,
Complementaria y Final de la Ley N° 26623 19-06-96

Art. 53 MODIFICADO por la Novena Disposición Transitoria,
Complementaria y Final de la Ley N° 26623 19-06-96

Art. 62 MODIFICADO por la Novena Disposición Transitoria,
Complementaria y Final de la Ley N° 26623 19-06-96

Art. 63 SUSPENDIDO por la Segunda Disposición Transitoria,
Complementaria y Final de la Ley N° 26623 19-06-96

Art. 63 SUSPENDIDO por el Art. 5 de la Ley N° 27009 05-12-98

Art. 63 MODIFICADO por el Artículo 1 de la Ley N° 29286 04-12-2008

Art. 65 MODIFICADO por la Novena Disposición Transitoria,
Complementaria y Final de la Ley N° 26623 19-06-96

Art. 66 MODIFICADO por la Novena Disposición Transitoria,
Complementaria y Final de la Ley N° 26623 19-06-96

Art. 67 DEROGADO por la Primera Disposición Final y
Transitoria de la Ley N° 26520 08-08-95

Art. 68 DEROGADO por la Primera Disposición Final y
Transitoria de la Ley N° 26520 08-08-95

Art. 69 DEROGADO por la Primera Disposición Final y
Transitoria de la Ley N° 26520 08-08-95

Art. 70 DEROGADO por la Primera Disposición Final y
Transitoria de la Ley N° 26520 08-08-95

Art. 72 DEROGADO por la Primera Disposición Final y
Transitoria de la Ley N° 26520 08-08-95

Art. 73 DEROGADO por la Primera Disposición Final y
Transitoria de la Ley N° 26520 08-08-95

Art. 74 DEROGADO por la Primera Disposición Final y
Transitoria de la Ley N° 26520 08-08-95

Art. 75 DEROGADO por la Primera Disposición Final y

Transitoria de la Ley N° 26520 08-08-95

Art. 76 DEROGADO por la Primera Disposición Final y

Transitoria de la Ley N° 26520 08-08-95

Art. 77 DEROGADO por la Primera Disposición Final y

Transitoria de la Ley N° 26520 08-08-95

Art. 78 DEROGADO por la Primera Disposición Final y

Transitoria de la Ley N° 26520 08-08-95

Art. 79 DEROGADO por la Primera Disposición Final y

Transitoria de la Ley N° 26520 08-08-95

Art. 80-A INCORPORADO por el Art. Único de la ley N° 27380 21-12-00

Art. 80-B INCORPORADO por el Art. Único de la ley N° 27380 21-10-00

Art. 81, 2do. párrafo AGREGADO por Quinta Disposición Modificatoria y

Derogatoria de la Ley N° 28665 07-01-06

Art. 87 MODIFICADO por el Artículo 1 de la Ley N° 29286 04-12-2008

Art. 87-A INCORPORADO por el Artículo 2 de la Ley N° 29286 04-12-2008

Art. 88 MODIFICADO por el Artículo 1 de la Ley N° 29286 04-12-2008

Art. 89 inciso 8 DEROGADO por el Art. 45 de la Ley N° 23506 08-12-82

Art. 93 MODIFICADO por el Artículo 1 de la Ley N° 29286 04-12-2008

Art. 96-A MODIFICADO por el Art. 1 de la Ley N° 28494 14-04-2005

Art. 97 SUSPENDIDO por la Segunda Disposición Transi-

toria, Complementaria y Final de la Ley N° 26623 19-06-96

Art. 97 SUSPENDIDO por el Art. 5 de la Ley N° 27009 05-12-98

Art. 98 SUSPENDIDO por la Segunda Disposición Transi-

toria, Complementaria y Final de la Ley N° 26623 19-06-96

Art. 98 SUSPENDIDO por el Art. 5 de la Ley N° 27009 05-12-98

Art. 98 MODIFICADO por el Artículo 1 de la Ley N° 29286 04-12-2008

Art. 99 SUSPENDIDO por la Segunda Disposición Transi-

toria, Complementaria y Final de la Ley N° 26623 19-06-96

Art. 99 SUSPENDIDO por el Art. 5 de la Ley N° 27009 05-12-98

Art. 99 MODIFICADO por el Artículo 1 de la Ley N° 29286 04-12-2008

Art. 100 DEROGADO por la Décima Disposición Transitoria

y Final del D.Ley N° 25726 17-09-92

**ANEXO 2°
FICHA DE ANALISIS DOCUMENTAL**

<p>Documento analizado:</p> <p>Autor :</p> <p>Fecha:</p> <p>Título o tipo de documento:</p>
<p>Ideas principales:</p> <p>.....</p> <p>.....</p> <p>.....</p> <p>.....</p> <p>.....</p>
<p>Ideas secundarias:</p> <p>.....</p> <p>.....</p> <p>.....</p> <p>.....</p>
<p>Conclusión:</p> <p>.....</p> <p>.....</p> <p>.....</p> <p>.....</p>