

FACULTAD DE
DERECHO Y
CIENCIAS POLÍTICAS



Carrera de Derecho y Ciencias Políticas

“LA INTERPRETACIÓN DE LA CORTE SUPREMA
SOBRE EL ARTÍCULO 71.4 DEL CÓDIGO
PROCESAL PENAL Y EL DERECHO A LA TUTELA
JURISDICCIONAL EFECTIVA”

Tesis para optar el título profesional de:

Abogado

Autor:

Bach. Carlos Eduardo Cabel Villarroel

Asesor:

Mg. Carlos Héctor Uriarte Medina

Trujillo - Perú

2020

ACTA DE APROBACIÓN DE LA TESIS

Los miembros del jurado evaluador asignados han procedido a realizar la evaluación de la tesis del estudiante: Carlos Eduardo Cabel Villarroel *para aspirar al título profesional con la tesis denominada:* “Interpretación del artículo 71.4 del Código Procesal Penal: la tutela de derechos como expresión del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva”.

Luego de la revisión del trabajo, en forma y contenido, los miembros del jurado concuerdan:

Aprobación por unanimidad

Aprobación por mayoría

Calificativo:

Calificativo:

Excelente [20 - 18]

Excelente [20 - 18]

Sobresaliente [17 - 15]

Sobresaliente [17 - 15]

Bueno [14 - 13]

Bueno [14 - 13]

Desaprobado

Firman en señal de conformidad:

Ing./Lic./Dr./Mg. Nombre y Apellidos
Jurado
Presidente

Ing./Lic./Dr./Mg. Nombre y Apellidos
Jurado

Ing./Lic./Dr./Mg. Nombre y Apellidos
Jurado

DEDICATORIA

A mi madre, a mi padre, a mi hermano
y a mi hermosa abuelita.

AGRADECIMIENTOS

A mis padres, por enseñarme, con su ejemplo, cómo ejercer mi libertad.

A Dayanna, por su apoyo constante e incondicional;
después de todo, *amor vincit omnia*.

Al Prof. Carlos Uriarte Medina, por brindarme su valiosa
asesoría en la presente investigación.

Y a todos aquellos que contribuyen, hasta hoy, a mi desarrollo
personal y profesional.

Kurz ist der Schmerz, und ewig ist die Freude.

CONTENIDO

ACTA DE APROBACIÓN DE LA TESIS.....	2
DEDICATORIA.....	3
AGRADECIMIENTO	4
RESUMEN.....	14
ABSTRACT	15
CAPÍTULO 1. INTRODUCCIÓN	16
1.1. Realidad problemática	16
1.2. Formulación del problema	17
1.3. Limitaciones.....	17
1.3.1. Limitación 1.....	17
1.3.2. Limitación 2.....	18
1.4. Objetivos.....	18
1.4.1. Objetivo general	18
1.4.2. Objetivos específicos.....	18
CAPÍTULO 2. MARCO TEÓRICO	19
2.1. Antecedentes	19
2.2. Bases teóricas	20
SUBCAPÍTULO PRIMERO	21
I. ¿Qué es interpretar?.....	22
1.1. La interpretación como solución de dudas sobre el significado (teoría ecléctica de la interpretación).....	22
1.2. La interpretación como comprensión general del significado... ..	23
1.3. La interpretación como conocimiento del significado... ..	23
1.4. Toma de postura	23
II. El objeto y el producto de la actividad interpretativa.....	25
2.1. Breve referencia histórica.....	25
2.2. La disposición como objeto y la norma como producto de la actividad interpretativa	26
III. El proceso interpretativo	27

3.1. Delimitación de la disposición normativa o primera aproximación interpretativa al texto jurídico	27
3.1.1. Artículos que expresan una sola disposición	29
3.1.2. Artículos que expresan dos o más disposiciones relacionadas incluyente o excluyentemente entre sí	29
3.1.3. Artículos que expresan dos o más disposiciones no necesariamente relacionadas entre sí	30
3.2. La técnica interpretativa	31
3.2.1. Técnica de interpretación literal.....	32
3.2.1.1. Concepciones de la interpretación literal.....	33
3.2.1.2. La dimensión del significado: intensión y extensión	36
3.2.1.3. Breve referencia a la ambigüedad y vaguedad del lenguaje... ..	36
3.2.1.3.1. La ambigüedad	37
3.2.1.3.2. La vaguedad	39
3.2.2. Técnica de interpretación teleológica	40
3.2.2.1. La intención del legislador como <i>finis operantis</i>	41
3.2.2.2. La <i>ratio legis</i> de la norma como <i>finis operis</i>	42
3.2.3. Técnica de interpretación extensiva	43
3.2.4. Técnica de interpretación restrictiva	44
3.2.5. Técnica de interpretación analógica	45
3.2.6. Técnica de interpretación <i>a fortiori</i>	46
3.2.6.1. <i>A maiori ad minus</i>	47
3.2.6.2. <i>A minori ad maius</i>	47
3.2.7. Técnica de interpretación sistemática... ..	47
3.2.7.1. <i>Combinato disposto</i>	47
3.2.7.2. <i>Sedes materiae</i>	48
3.2.7.3. Constancia terminológica	48
3.2.7.4. Inconstancia terminológica	48
3.2.8. Técnica de interpretación adecuadora	49
3.2.8.1. Superioridad material.....	49
3.2.8.2. Superioridad estructural	49
3.2.8.3. Superioridad axiológica	49
3.2.9. Técnica de interpretación originalista	50
3.2.9.1. Según el significado lexicográfico del texto (<i>original text</i>)	50
3.2.9.2. Según las intenciones de los legisladores (<i>original intentions</i>)	50
3.2.9.3. Según el significado aceptado convencionalmente al tiempo de la vigencia de la disposición normativa (<i>original understanding</i>)	51
3.2.9.4. Según los valores considerados por los legisladores (<i>original values</i>)	52
3.2.10. Técnica de interpretación evolutiva	52
3.2.11. Técnica de interpretación <i>a contrario</i>	53
3.2.11.1. Variante interpretativa	53
3.2.11.2. Variante productiva	55
3.3. La adscripción de significado	55

3.3.1. La teoría cognitiva	55
3.3.2. La teoría escéptica.....	57
IV. El papel de la lógica, la retórica y la tópica en el discurso interpretativo.....	59
4.1. Interpretación y lógica.....	59
4.2. Interpretación y <i>nueva</i> retórica.....	63
4.3. Interpretación y tópica jurídica	67
V. La interpretación según los sujetos que la practican.....	71
5.1. Interpretación auténtica	71
5.2. Interpretación doctrinal.....	72
5.3. Interpretación oficial.....	73
5.4. Interpretación judicial.....	73
VI. <i>Excursus</i> : interpretación, lagunas y antinomias normativas.....	74
6.1. Las lagunas en el Derecho.....	74
6.1.1. Laguna de reconocimiento... ..	75
6.1.2. Laguna normativa	75
6.1.3. Laguna técnica.....	75
6.1.4. Laguna axiológica	76
6.2. La laguna como variable dependiente de la interpretación	76
6.3. Las antinomias en el Derecho	78
6.3.1. Antinomias por incompatibilidad lógica... ..	79
6.3.2. Antinomias por incompatibilidad pragmática.....	80
6.3.3. Antinomias por incompatibilidad instrumental	81
6.3.4. Antinomias por incompatibilidad teleológica.....	81
6.3.5. Antinomias por incompatibilidad axiológica... ..	81
6.4. La antinomia como variable dependiente de la interpretación	81
VII. Conclusiones.....	85
SUBCAPÍTULO SEGUNDO.....	87
I. Sobre el concepto de derecho fundamental desde la teoría analítica de Robert Alexy	88
1.1. Normas de derecho fundamental y normas de derecho fundamental adscriptas.....	88
1.2. Dos tipos de normas: reglas y principios	90
1.2.1. La colisión entre principios y el conflicto entre reglas	91
1.2.2. El carácter <i>prima facie</i> de los principios y el carácter definitivo de las reglas.....	92
1.3. El carácter doble de las disposiciones y normas de derecho fundamental	93
1.4. El concepto de derecho fundamental como un <i>todo</i>	94
1.4.1. Primero. El concepto de derecho subjetivo... ..	94
1.4.2. Segundo. Clasificación de la posiciones	95

1.4.2.1. La estructura del "derecho a algo".....	95
1.4.2.1.1. Derechos a acciones negativas (derechos de defensa)	96
1.4.2.1.2. Derechos a acciones positivas (derechos a prestaciones).....	96
1.4.2.1.2.1. Derechos a protección	97
1.4.2.1.2.2. Derechos a procedimientos	97
1.4.2.1.2.3. Derechos a prestaciones en sentido estricto... ..	99
1.4.2.2. La libertad jurídica	100
1.4.2.3. Las competencias.....	101
1.4.3. Tercero. La relación entre las tres clases de posiciones	102
1.4.4. Cuarto. El derecho fundamental como un "todo"	102
II. El contenido esencial de los derechos fundamentales	104
2.1. El concepto de restricción.....	105
2.2. Teorías sobre el contenido esencial de los derechos fundamentales.....	106
2.2.1. Teoría relativa	108
2.2.2. Teoría absoluta	109
2.2.3. Dos tesis paralelas a las teorías relativa y absoluta.....	113
2.2.3.1. Teoría subjetiva.....	113
2.2.3.2. Teoría objetiva	113
2.2.4. Teoría institucional.....	114
2.3. La postura del Tribunal Constitucional peruano.....	115
2.3.1. El contenido de los derechos fundamentales	116
2.3.2. El contenido constitucionalmente protegido de los derechos	116
2.3.3. El contenido esencial, según el Tribunal Constitucional	117
III. El derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva... ..	119
3.1. Sobre su fundamentalidad	119
3.2. Indeterminación semántica de la norma. Necesidad de precisar el concepto "tutela jurisdiccional"	120
3.2.1. Una referencia necesaria: el garantismo penal	122
3.2.2. La separación conceptual entre derechos y garantías.....	123
3.2.2.1. Garantías primarias	126
3.2.2.2. Garantías secundarias	127
3.3. Propuesta de una interpretación dogmática de la "tutela jurisdiccional efectiva".....	129
3.4. Ubicación del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva en la clasificación de los derechos fundamentales	132
3.5. La tutela jurisdiccional efectiva desde la idea de tutela de derechos.....	134
3.6. Las formas de tutela de los derechos.....	134
3.6.1. Tutela inhibitoria	135
3.6.2. Tutela de remoción del ilícito	136
3.6.3. Tutela resarcitoria	137
3.6.3.1. Tutela resarcitoria por el equivalente en pecunia del valor del daño.....	137
3.6.3.2. Tutela resarcitoria <i>in natura</i> o específica.....	137

3.6.4. Tutela por incumplimiento de la obligación.....	138
3.7. El proceso como técnica procesal autónoma y adecuada a las tutelas exigidas por el derecho material	138
3.8. El derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva como vínculo entre la técnica procesal y la tutela del derecho material	139
3.9. El contenido del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva.....	142
3.9.1. Los derechos contenidos en la tutela jurisdiccional efectiva.....	143
3.9.2. Las garantías primarias o los deberes correlativos a los derechos contenidos en la tutela jurisdiccional efectiva.....	143
3.9.3. Las garantías secundarias o las obligaciones de reparar o sancionar las violaciones de los derechos contenidos en la tutela jurisdiccional efectiva.....	143
3.10. El contenido esencial del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva	144
3.10.1. El libre acceso al órgano jurisdiccional	144
3.10.2. El derecho a la igualdad sustancial en el proceso	147
3.10.2.1. El derecho a la igualdad en la formulación de las leyes	148
3.10.2.1.1. Deber general de consideración normativa igualitaria.....	148
3.10.2.1.2. Deber excepcional de consideración normativa desigual	148
3.10.2.2. El derecho a la igualdad en la aplicación de las leyes.....	149
3.10.2.2.1. Deber general de aplicar la ley a todos por igual.....	150
3.10.2.2.2. Deber excepcional de no aplicar la ley de modo igual	151
3.10.2.2.3. Deber general de aplicar la ley cuando, de facto, se advierta su falta de aplicación	152
3.10.2.3. Identificación de la incidencia de la igualdad sustancial en la formulación y aplicación de la ley	153
3.10.2.4. Igualdad sustancial y proceso.....	154
3.10.3. El principio de legalidad procesal penal.....	155
3.10.3.1. El principio de legalidad procesal penal formal	155
3.10.3.1.1. El subprincipio de legalidad del procedimiento.....	155
3.10.3.1.2. El subprincipio de legalidad del tribunal.....	156
3.10.3.1.2.1. Derecho a ser juzgado por un juez u órgano con potestad jurisdiccional	157
3.10.3.1.2.2. Derecho a que la jurisdicción y competencia del juez sean predeterminadas por ley orgánica	157
3.10.3.2. El principio de legalidad procesal penal sustancial.....	158
3.10.3.2.1. El subprincipio de persecución oficiosa, obligatoria y necesaria.....	158
3.10.3.2.2. Subordinación de las estructuras procesales a la lógica de la legalidad.....	159
IV. Conclusiones.....	160
SUBCAPÍTULO TERCERO	163
I. Evolución de la idea de "tutela de derechos" en las reformas antecedentes al proceso penal peruano contemporáneo	164
1.1. Los proyectos de reforma de 1984 a 1988.....	164
1.2. El Código Procesal Penal de 1991	165

1.3. La Constitución de 1993 y el preterido proyecto de reforma del Código Procesal Penal de 1991	168
1.4. El Proyecto Huanchaco	172
II. Cuestiones generales sobre la tutela de derechos	175
2.1. Regulación <i>prima facie</i> en el Código Procesal Penal y concepto... ..	175
2.2. Naturaleza jurídica: garantía secundaria derivada del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva	177
III. Posturas de la doctrina relativas a la interpretación del inc. 4 del art. 71 del Código Procesal Penal... ..	178
3.1. Estado de la cuestión	178
3.2. La interpretación I	180
3.2.1. Exposición de postulados	180
3.2.2. Análisis crítico	181
3.3. La interpretación II	184
3.3.1. Exposición de postulados	184
3.3.1.1. La interpretación II.1	187
3.3.1.2. La interpretación II.2	188
3.3.2. Análisis crítico	190
IV. Problemas interpretativos del inc. 4 del art. 71 del Código Procesal Penal	191
4.1. Vaguedad del término "disposiciones"	191
4.2. Ambigüedad en la formulación de los supuestos de procedencia	192
V. Propuesta de interpretación del inc. 4 del art. 71 del Código Procesal Penal	194
5.1. Derechos protegidos por la garantía de tutela de derechos	195
5.1.1. Derecho al tiempo razonable para preparar la defensa	195
5.1.2. Derecho de defensa, específicamente el derecho a solicitar la incorporación de elemento de convicción a la investigación	196
5.1.3. Derecho al debido proceso, específicamente el derecho a la investigación legalmente establecida	197
5.1.4. Derecho a la congruencia entre acusación constitucional y disposición de formalización de la investigación	198
5.1.5. Derecho a la debida motivación de las decisiones fiscales	199
5.1.6. Derecho a ser investigado bajo los parámetros de la objetividad	199
5.1.7. Derecho al juez predeterminado por ley durante la investigación preliminar	200
5.1.8. Respeto al principio de imputación necesaria en diligencias preliminares	201
5.1.9. Indebida interpretación del inc. 3 del art. 68 del Código Procesal Penal	201
5.1.10. Expedición gratuita de copias de las actuaciones de la investigación	202
5.1.11. Afectación a la garantía de cosa decidida	202
5.1.12. Derecho al debido proceso, inobservancia del plazo estipulado en el inc. 1 del art. 180 del Código Procesal Penal	203
5.2. Legitimidad activa	204

5.2.1. Legitimidad activa de la persona jurídica	205
5.2.2. Legitimidad activa del agraviado y del actor civil.....	207
5.2.3. Legitimidad activa del tercero civil responsable	211
5.3. <i>Combinato disposto</i> aplicado a la regulación de la tutela de derechos	213
5.4. Facultades del juez ante un pedido de tutela de derechos	213
5.4.1. Subsanan omisiones	214
5.4.2. Dictar medidas correctivas	214
5.4.3. Dictar medidas de protección... ..	215
VI. Conclusiones.....	216
CAPÍTULO 3. HIPÓTESIS.....	218
3.1. Hipótesis	218
CAPÍTULO 4. METODOLOGÍA.....	219
4.1. Tipo de investigación	219
4.2. Unidad de estudio.....	219
4.2.1. Unidad de estudio 1	219
4.2.2. Unidad de estudio 2	219
4.2.3. Unidad de estudio 3	219
4.3. Población.....	219
4.3.1. Población 1	219
4.3.2. Población 2.....	220
4.3.3. Población 3.....	220
4.4. Muestra.....	220
4.4.1. Muestra 1.....	220
4.4.2. Muestra 2.....	221
4.4.3. Muestra 3.....	221
4.5. Técnicas e instrumentos de colección y análisis de datos	222
4.5.1. Tablas de técnicas, instrumentos, procedimientos y métodos.....	222
4.6. Aspectos éticos	223
CAPÍTULO 5. RESULTADOS	224
5.1. Resultado 1 (respecto del OE. 1)	224
5.1.1. Acuerdo Plenario N° 04-2010	224
5.1.2. Acuerdo Plenario N° 02-2012	225
5.1.3. Casación N° 136-2013.....	226
5.1.4. Entrevista al juez superior Manuel Estuardo Luján Túpez	227
5.1.5. Entrevista a la jueza superior Norma Beatriz Carbajal Chávez	227
5.1.6. Entrevista al juez superior Víctor Burgos Mariños.....	228

5.1.7. Entrevista a la jueza superior Sara Angélica Pajares Bazán.....	228
5.1.8. Entrevista al juez Juan Martín Ramírez Sáenz.....	229
5.1.9. Entrevista al juez Rosendo Pompeyo Vía Castillo.....	229
5.1.10. Entrevista a la jueza Irene Milagritos Cruzado Zapata	230
5.1.11. Entrevista al juez Eduardo Carlos Medina Carrasco.....	231
5.1.12. Entrevista al especialista Jeans Arnol Velazco Hidalgo.....	231
5.1.13. Entrevista al especialista Edwin Adolfo Morocco Colque.....	232
5.1.14. Entrevista al especialista Arsenio Oré Guardia.....	233
5.2. Resultado 2 (respecto del OE. 2).....	233
5.2.1. Entrevista al juez superior Manuel Estuardo Luján Túpez.....	234
5.2.2. Entrevista a la jueza superior Norma Beatriz Carbajal Chávez	235
5.2.3. Entrevista al juez superior Víctor Burgos Mariños	236
5.2.4. Entrevista a la jueza superior Sara Angélica Pajares Bazán.....	236
5.2.5. Entrevista al juez Juan Martín Ramírez Sáenz.....	238
5.2.6. Entrevista al juez Rosendo Pompeyo Vía Castillo.....	239
5.2.7. Entrevista a la jueza Irene Milagritos Cruzado Zapata	240
5.2.8. Entrevista al juez Eduardo Carlos Medina Carrasco	241
5.2.9. Entrevista al especialista Jeans Arnol Velazco Hidalgo.....	243
5.2.10. Entrevista al especialista Edwin Adolfo Morocco Colque.....	244
5.1.11. Entrevista al especialista Arsenio Oré Guardia	247
5.3. Resultado 3 (respecto del OE. 3)	247
5.3.1. Acuerdo Plenario N° 04-2010	248
5.3.2. Acuerdo Plenario N° 02-2012	250
5.3.3. Casación N° 136-2013.....	251
5.4. Resultado 4 (respecto del OE. 4)	252
5.4.1. Entrevista al juez superior Manuel Estuardo Luján Túpez.....	252
5.4.2. Entrevista a la jueza superior Norma Beatriz Carbajal Chávez	253
5.4.3. Entrevista al juez superior Víctor Burgos Mariños	254
5.4.4. Entrevista a la jueza superior Sara Angélica Pajares Bazán.....	254
5.4.5. Entrevista al juez Juan Martín Ramírez Sáenz.....	255
5.4.6. Entrevista al juez Rosendo Pompeyo Vía Castillo.....	256
5.4.7. Entrevista a la jueza Irene Milagritos Cruzado Zapata.....	256
5.4.8. Entrevista al juez Eduardo Carlos Medina Carrasco.....	257
5.4.9. Entrevista al especialista Jeans Arnol Velazco Hidalgo.....	258
CAPÍTULO 6. DISCUSIÓN DE RESULTADOS	259
6.1. Discusión del resultado 1	259
6.2. Discusión del resultado 2	267
6.3. Discusión del resultado 3.....	273

6.4. Discusión del resultado 4.....	278
CAPÍTULO 7. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	289
7.1. Conclusión respecto del OE. 1... ..	289
7.2. Conclusión respecto del OE. 2... ..	289
7.3. Conclusión respecto del OE. 3... ..	289
7.4. Conclusión respecto del OE. 4... ..	290
7.5. Conclusión respecto del OG.....	290
7.6. Recomendaciones.....	291
REFERENCIA	292
ANEXOS	302

RESUMEN

En el presente trabajo se investigó la interpretación sobre el artículo 71.4 del Código Procesal Penal adoptada por la Corte Suprema de Justicia la República del Perú y su incidencia en el contenido esencial del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva.

En el primer capítulo del marco teórico se desarrolló los principales postulados de la teoría de la interpretación jurídica de la actual escuela analítica del derecho. Se determinó que la interpretación es en realidad un acto de estipulación que carece de valor de verdad, sin perjuicio de que un determinado postulado interpretativo pueda ser objeto de juicio crítico dependiendo de la afectación positiva o negativa que genere en un principio o derecho fundamental.

En el segundo capítulo se abordó en principio el concepto de derecho fundamental según el esquema teórico de Robert Alexy, seguido de las diversas teorías sobre el contenido esencial de los derechos fundamentales. A continuación, se desarrolló lo concerniente al derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva, esto es, su definición y sobre todo su contenido esencial.

Se inició el tercer capítulo con un recuento histórico de la idea de “tutela de derechos”. Luego, se desarrolló la definición, norma y naturaleza jurídica de la tutela de derechos. En seguida se expuso las distintas interpretaciones que ha merecido dicha garantía procesal y se formuló una interpretación propia. Dos fueron las conclusiones teóricas de mayor relevancia: i) la tutela de derechos se erige como una garantía secundaria derivada del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, ii) derecho que se ve optimizado con una interpretación que reconozca una lista abierta de derechos objeto de protección en vía de tutela y la legitimidad activa de otras partes procesales distintas al investigado (agraviado o actor civil, tercero civilmente responsable y persona jurídica en general).

A través del empleo de técnicas, instrumentos y métodos, las premisas teóricas fueron contrastadas con los resultados de las muestras escogidas. Entre otras conclusiones, se llegó a establecer que la Corte Suprema de Justicia restringió el ámbito de protección de la tutela de derechos a una lista cerrada de derechos y limitó la legitimidad activa a favor solo del investigado. Y dado que la adopción de una u otra interpretación desarrollada sobre la regulación de la tutela de derechos incide en el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva, se llegó a establecer finalmente que la interpretación desarrollada por la Corte Suprema afecta negativamente el contenido esencial de dicho derecho.

ABSTRACT

This thesis investigated about the interpretation on article 71.4 of the Criminal Procedure Code adopted by the Supreme Court of Justice of the Republic of Peru and its impact on the essential content of the fundamental right to effective judicial protection.

In the first chapter of the theoretical framework, the main postulates of the theory of legal interpretation of the current analytical school of law were developed. It was determined that the interpretation is in fact an act of stipulation that lacks truth value, nevertheless a certain interpretative postulate may be subject to critical judgment depending on the positive or negative effect it generates on a principle of law or fundamental right.

At the beginning of the second chapter, the concept of fundamental rights was addressed according to Robert Alexy's theory, followed by the various theories on the essential content of fundamental rights. Then the fundamental right to effective judicial protection was developed, i.e. its definition and above all its essential content.

The third chapter began with a historical account of the idea of "protection of rights". The definition, rule and legal nature of the protection of rights were then developed. The different interpretations of this procedural guarantee were then presented and our own interpretation was formulated. The two most relevant theoretical conclusions were: i) the protection of rights stands as a secondary guarantee derived from the right to effective judicial protection, ii) a right that is optimized with an interpretation that recognizes an open list of rights under protection and the active legitimacy of other procedural parties other than the investigated party (injured party or civil actor, third party civilly liable and legal person in general).

Through the use of techniques, instruments and methods, the theoretical premises were contrasted with the results of the samples. Among other conclusions, it was established that the Supreme Court of Justice restricted the scope of protection of rights to a closed list of rights and limited the active legitimacy in favour of the investigated party only. And given that the adoption of one or another interpretation developed on the regulation of the protection of rights affects the fundamental right to effective judicial protection, it was finally established that the interpretation developed by the Supreme Court negatively affects the essential content of that right.

CAPÍTULO 1. INTRODUCCIÓN

1.1. Realidad problemática.

El nuevo modelo procesal penal adoptado por el Perú a partir del año 2004 con la promulgación del Decreto Legislativo N.º 957 es parte de una reforma procesal penal de amplitud regional. Son diversos los países hispanoamericanos que iniciaron esta reforma desde antes incluso del cambio de modelo procesal penal en el Perú. La filosofía adoptada por el Código Procesal Penal de 2004 (en adelante: CPP) encuentra contenido axiológico en la visión garantista del proceso. Este cambio de paradigma se manifiesta plenamente en el esquema procesal penal peruano organizado en tres etapas procesales: la investigación preparatoria –preliminar y formal–, la etapa intermedia y el juicio oral. En cada etapa del proceso penal los operadores de justicia asumen un rol específico. En la primera –la investigación preparatoria–, es el Ministerio Público, como sujeto titular de la acción penal, el legitimado por la Constitución y el Código Procesal Penal para dirigir las indagaciones, ejecutando los actos de investigación urgentes y necesarios orientados a determinar la existencia de un hecho penalmente relevante. Una vez realizado este juicio de pronóstico, y de determinar la existencia de un delito atribuible a alguien, el fiscal remite al juez de la etapa intermedia un requerimiento acusatorio para atribuir una conducta típica, antijurídica y culpable al imputado o, de ser el caso, remite un requerimiento de sobreseimiento con el objeto de que el juez a cargo archive la investigación.

El presente trabajo analiza, específicamente, en la etapa de investigación preparatoria, la garantía denominada “tutela de derechos”. Esta garantía, en principio, se encuentra regulada en el inciso 4 del artículo 71 del CPP, cuyo tenor literal prescribe: “Cuando el imputado considere que durante las Diligencias Preliminares o en la Investigación Preparatoria no se ha dado cumplimiento a estas disposiciones, o que sus derechos no son respetados, o que es objeto de medidas limitativas de derechos indebidas o de requerimientos ilegales, puede acudir en vía de tutela al Juez de la Investigación Preparatoria para que subsane la omisión o dicte las medidas de corrección o de protección que correspondan”.

La Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, en los Acuerdos Plenarios N.º 4-2010 y N.º 2-2012, y en la ejecutoria suprema derivada del recurso de Casación N.º 136-2013, se ha ocupado de interpretar la regulación relativa a la garantía de tutela de derechos, estableciendo básicamente dos criterios jurisprudenciales vinculantes respecto a su

aplicación. El primero se encuentra referido a que esta institución protege una lista cerrada de derechos, esto es, aquellos reconocidos taxativamente en el inciso 2 del artículo 71 del CPP. El segundo criterio versa sobre la exclusiva legitimidad activa del imputado para invocar este mecanismo procesal. Así, pues, con la interpretación arribada por la Corte Suprema sobre el inc. 4 del art. 71 del CPP se ha restringido tanto el campo de protección de derechos en vía de tutela de derechos, como el marco de sujetos legitimados para invocarla. De modo que se ha dejado de lado la protección de diversos derechos fundamentales y legales del imputado distintos a los establecidos en el inciso 2 del artículo 71 del CPP y, además, se ha eliminado la protección de los derechos de titularidad de otras partes procesales: el agraviado y eventual actor civil, el tercero civil responsable y la persona jurídica incorporada al proceso. Como consecuencia, el mandato constitucional de tutela jurisdiccional de los derechos de las partes procesales en los dos aspectos antes mencionados ha sido limitado a favor solo del imputado y de ciertos derechos taxativamente establecidos.

En ese sentido, el presente trabajo pretende como objetivo general determinar de qué manera la interpretación desarrollada por la Corte Suprema sobre el inc. 4 del art. 71 del CPP, que regula la institución de tutela de derechos, incide en el contenido esencial del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva.

1.2. Formulación del problema.

¿De qué manera la interpretación desarrollada por la Corte Suprema en los Acuerdos Plenarios N.º 4-2010, N.º 2-2012 y en la Casación N.º 136-2013, sobre el inciso 4 del artículo 71 del Código Procesal Penal, que regula la tutela de derechos, incide en el contenido esencial del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva?

1.3. Limitaciones.

1.3.1. Limitación 1.

Debido a que el problema de investigación es de tipo teórico y durante su desarrollo se ejerce principalmente una actividad hermenéutica, los hallazgos no gozan del mismo grado de objetividad que una investigación empírica. Sin embargo, esta limitación se vio superada con la aplicación de instrumentos de investigación –análisis de casaciones y acuerdos plenarios y entrevistas a expertos– que permitieron dotar de mayor rigor científico al trabajo.

1.3.2. Limitación 2.

Dificultad para lograr entrevistar a jueces y especialistas en el tema de investigación, traducido en el tiempo de espera y reprogramación de citas para atender al investigador –llegando, incluso, a la espera de varios meses–. Se trató de superar esta limitación empleando los medios necesarios –verbigracia, constante comunicación con los entrevistados por vía electrónica– para obtener las entrevistas.

1.4. Objetivos.

1.4.1. Objetivo general (OG).

Determinar de qué manera la interpretación desarrollada por la Corte Suprema en los Acuerdos Plenarios N.º 4-2010, N.º 2-2012 y en la Casación N.º 136-2013, sobre el inciso 4 del artículo 71 del Código Procesal Penal, que regula la tutela de derechos, incide en el contenido esencial del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva.

1.4.2. Objetivos específicos (OE).

OE.1. Establecer y analizar los fundamentos de la institución de tutela de derechos y su naturaleza jurídica.

OE.2. Identificar los presupuestos para solicitar tutela de derechos, según la regulación normativa del Código Procesal Penal.

OE.3. Analizar la interpretación desarrollada por la Corte Suprema respecto de la institución de la tutela de derechos en los Acuerdos Plenarios N.º 04-2010, N.º 02-2012 y en la Casación N.º 136-2013.

OE.4. Determinar si existe incidencia entre las posibles interpretaciones de las disposiciones normativas que regulan el mecanismo de tutela de derechos y el contenido esencial del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva.

CAPÍTULO 2. MARCO TEÓRICO.

2.1. Antecedentes.

Existen cuatro antecedentes de investigación cuyos objetivos son similares a lo que se desarrollará en el presente trabajo de investigación. Descritos en orden de lo general a lo particular, a continuación se detalla cada trabajo:

- Tesis de David Alexander Sánchez Sánchez para obtener el título profesional de abogado por la Universidad Nacional de Cajamarca, titulada *“El carácter amplio de la tutela de derechos en la protección de las garantías procesales”* (2019). El trabajo de investigación tiene por objetivo demostrar el carácter amplio de la garantía de tutela de derechos. En específico, el carácter amplio de su ámbito de protección de derechos. Para ello, se propone otorgar a la tutela de derechos una naturaleza constitucional y convencional.
- Tesis de Karina Delgado Nicolás para optar el grado de magister en Derecho con mención en Derecho Penal y Ciencias Criminológicas por la Universidad Nacional de Trujillo, intitulada *“La vigencia efectiva del principio de igualdad procesal y los derechos del agraviado”* (2016). Esta tesis tiene un campo de investigación más amplio que el pretendido en el presente trabajo. Resulta pertinente, empero, en la medida que dedica el segundo capítulo a analizar la institución de tutela de derechos. Sobre la garantía de tutela de derechos desarrolla fundamentalmente la posibilidad de admitir la legitimidad activa de la víctima y, lógicamente, del actor civil, para solicitar tutela de derechos, sobre la base del principio de igualdad procesal reconocido en el Título Preliminar del Código Procesal Penal.
- Tesis de Karla Denisse Ferrer de la Cruz para optar el grado académico de abogada en Derecho por la Universidad Privada del Norte, cuyo título es *“La no regulación de la tutela de derechos a favor del agraviado en el código procesal penal y el derecho al debido proceso”* (2012). Esta tesis es citada en tercer lugar por abordar una realidad positiva más específica, la hipótesis del trabajo está referida a la ausencia de regulación expresa de la garantía de tutela de derechos a favor del agraviado. En ese sentido, aborda la necesidad de incorporar expresamente al agraviado como sujeto legitimado para solicitar la tutela de sus derechos. La tesis concluye que la regulación de la tutela de derechos, hasta el año 2012, desfavorece la protección de los derechos del agraviado.

- Tesina de suficiencia profesional de Ingrid Susan Ipanaque Hidalgo por la Universidad Científica del Perú, intitulada: “*Tutela de derechos solicitada por la parte agraviada en el NCPP 2015*” (2015). Esta investigación desarrolla, al igual que la investigación anterior, la legitimidad activa de la parte agraviada para solicitar tutela de derechos ante el juez de garantías sobre la base del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. La tesina concluye que la tutela de derechos es el mecanismo idóneo para controlar la constitucionalidad de los actos de investigación, sin necesidad de acudir al juez constitucional, y que además puede ser ejercida sólo por el imputado, sino también por el agraviado.

Estos antecedentes sirven como sustento para demostrar el interés científico del estudio de la garantía de tutela de derechos. Sin embargo, resulta necesario dotar de mayor amplitud al análisis del presente mecanismo procesal. El primer trabajo de investigación citado se circunscribe únicamente al ámbito de protección de derechos por la vía de la tutela de derechos. Los demás, por otra parte, dan cuenta de la necesidad de incorporar a la víctima del delito como sujeto legitimado para acudir en vía de tutela de derechos. Hasta ahora, no ha merecido interés científico el estudio de la legitimidad activa para solicitar tutela de derechos de otras partes procesales reconocidas en el Código Procesal Penal, como la persona jurídica o el tercero civilmente responsable. Tampoco se ha analizado la garantía de tutela de derechos desde la perspectiva de la actual teoría analítica del derecho y de la teoría de los derechos fundamentales, tal como se pretende en el presente trabajo. Esto se constituye en razón suficiente para proceder a desarrollar la presente investigación.

2.2. Bases teóricas.

SUBCAPÍTULO PRIMERO
TEORÍA DE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA.

I. ¿Qué es interpretar?

El término interpretar no es unívoco, sino equívoco. Su significado depende del objeto sobre el cual recae la actividad interpretativa (comportamientos humanos, eventos históricos o textos). En palabras de Viola y Zaccaria (2007):

Como hallazgo y atribución de sentido, la interpretación puede concernir no sólo a enunciados lingüísticos, sino también a entidades y acontecimiento extralingüísticos, tal como son los comportamientos humanos. Además de a textos, puede referirse a hechos, a actos, a prácticas, a hábitos y costumbres, de los cuales quiere captar el sentido interno. (p. 115)

La actividad jurisdiccional, por ejemplo, interpreta comportamientos humanos cuando decide sobre la intención –dolosa o culposa– de una determinada persona en la ejecución de una conducta con relevancia jurídica; en este caso, interpretar significa determinar un hecho psicológico. Cuando se trata de interpretar eventos de la naturaleza, se describen hechos que obedecen a las leyes de causa-efecto, así se opera cuando se trata de determinar la causa de la muerte de una persona; interpretar, en este contexto, consiste en explicar una ley causal o natural.

En el caso de la comprensión de textos, que es donde se ubica la interpretación de disposiciones normativas, “interpretar significa atribuir significado –sentido (Sinn) y referencia (Bedeutung)– a algún fragmento de lenguaje (vocablos, sintagmas, enunciados)” (Guastini, 2018, p. 30). No obstante, esta última acepción, en el campo jurídico, no siempre es aceptada. Existen por lo menos tres modos de definir el acto interpretativo sobre los textos jurídicos.

1.1. La interpretación como solución de dudas sobre el significado (teoría ecléctica de la interpretación).

La teoría ecléctica de la interpretación puede ser expresada por el aforismo “*in claris non fit interpretatio*”. Los partidarios de esta teoría “emplean el vocablo ‘interpretación’ para referirse a la atribución de significado a un texto normativo (exclusivamente) en presencia de dudas o controversias en torno a su significado o a su campo de aplicación” (Guastini, 2018, p. 32). En ese sentido, para la teoría ecléctica no existe

actividad interpretativa en los casos de textos claros, sino en los textos de dudosa comprensión.

1.2. La interpretación como comprensión general del significado.

De acuerdo con esta segunda acepción, toda actividad de comprensión de un texto (en estricto, de *atribución de significado*), ya sea irreflexiva o reflexiva, es interpretación. El hecho de que la interpretación se ejecute sobre un texto claro, obvio para la generalidad de personas, no supone que no exista sobre él un acto interpretativo. No debe confundirse la dificultad de la interpretación con la ausencia de esta, *“incluso un significado obvio siempre es un significado, y el significado es una variable dependiente de la interpretación”* (Guastini, 2018, p. 36).

1.3. Interpretación como conocimiento del significado.

Básicamente, para esta tercera acepción de interpretación, la actividad interpretativa no consiste en atribuir significado a un texto (nótese que en los puntos 1.1 y 1.2. se hizo referencia a “atribución de significado”). Interpretar, desde esta postura, implica determinar el (o los) significado(s) preconstituido(s) de un texto, en otras palabras, llegar a conocer la verdad que expresa el texto. Luego, la actividad de “atribución” (elección) del significado es una elección política, no hermenéutica. El profesor Guastini (2018) resume correctamente esta tercera acepción: *“cuando un texto expresa potencialmente una pluralidad de significados, constituye interpretación la actividad consistente en destacarlos todos, en registrarlos «imparcialmente». Por el contrario, no constituye interpretación, sino decisión y volición, la elección de un significado en lugar de otros”*. (p. 37)

1.4. Toma de postura.

La actividad interpretativa, antes que nada, está presente en todos los casos de comprensión del texto jurídico. Es indiferente que se trate de un texto jurídico oscuro, ambiguo y de difícil comprensión o un texto jurídico claro, preciso y de fácil comprensión. Esto es así porque incluso afirmar que un texto se presenta nítido ante el entendimiento supone que sobre él se haya desplegado un acto de interpretación, que en general se sirve de una interpretación literal *prima facie*. Viola y Zaccaria (2007) han refuta con

certeza, desde la teoría hermenéutica del derecho, la postura según la cual solo se interpreta ante textos jurídicos de difícil comprensión:

Cuando se sostiene que in claris non fit interpretatio se confunde el punto de llegada con el punto de partida: lejos de ser una precondition garantizada, la claridad es el resultado de un procedimiento intelectual, que es precisamente el procedimiento interpretativo. (p. 125)

Ahora bien, la interpretación implica por supuesto un acto de intelección objetivo que consiste en explicitar los posibles significados de un texto en general, y de las disposiciones normativas, en particular. Los textos están configurados, en general, por símbolos, cuyos posibles sentidos se encuentran objetivados por un *factum histórico*; es decir, por el proceso histórico de evolución del propio lenguaje, que, cuando alcanza un determinado desarrollo dentro de una determinada sociedad, llegan, los posibles sentidos, a adquirir institucionalidad o, dicho de otro modo, llegan a ser reconocidos en tratados de lenguas, diccionarios e instituciones oficiales (v. gr.: la Real Academia Española), etc.

En ese sentido, cada término ostenta un significado (o significados) predado(s) o aceptado(s) *convencionalmente*, que permite(n) al autor formular un enunciado. Sin embargo, dicho significado, si bien delimitable *a priori*, adquirirá en muchas ocasiones *a posteriori* un significado adicional distinto o similar al querido por el autor condicionado por diversos factores ajenos a la voluntad de este. Estos hechos pueden ser la función ambigua de un término en la estructura del texto, el contexto en el que se inserta el término o el enunciado, las teorías de la dogmática, el método interpretativo que elegido o simplemente las decisiones vinculantes de los órganos jurisdiccionales con respecto al significado de un determinado enunciado o término normativo. En ese sentido, la actividad interpretativa no supone *conocer* un significado predado en el texto, sino, como se verifica generalmente en la práctica jurídica, en *adscribir* o *elegir* uno de varios posibles.

El acto interpretativo sobre un enunciado normativo puede implicar la determinación o conocimiento de los posibles significados de un texto, entendido esto como la constatación de los significados que otros intérpretes ya han otorgado al texto, sin embargo, el propio intérprete por sí mismo puede atribuir al texto su propio significado, siempre que este se apoye en las reglas del razonamiento jurídico aceptadas por una

determinada cultura jurídica. Estas reglas del correcto razonar jurídico pueden llegar más allá incluso del tenor literal de la disposición normativa o en otras palabras de su significado lógico-objetivo. Cuando se dice que determinado operador jurídico interpreta el texto normativo A como X, se supone que ese operador jurídico ha escogido el significado X entre otros N significados posibles. Este acto de elección o toma de decisión es fundamental en el acto interpretativo.

El momento de la decisión no puede ser suprimido del ámbito de la interpretación específicamente jurídica, si no se quiere volver a caer en la postura iuspositivista tradicional, para la cual quien aplica el derecho tiene que limitarse a operaciones de tipo lógico-cognoscitivas. (Viola y Zaccaria, 2007, p. 123)

Por tanto, la interpretación implica no solo la determinación de significados posibles, al modo del método analítico, sino también la elección de uno de esos significados, actividad puramente volitiva. Esta acepción de interpretación, además, responde al uso común del vocablo, pues cuando se dice que alguien interpreta, se está haciendo referencia a que alguien postula u ofrece un determinado sentido a una disposición normativa.

II. El objeto y el producto de la actividad interpretativa.

2.1. Breve referencia histórica.

En la tradición analítica del derecho no es extraño encontrar afirmaciones sobre la distinción conceptual entre disposición normativa y norma. Incluso, en los albores de esta tradición, según informa Chiassoni (2017) en un breve pero sustancial pie de página, Jeremy Bentham, en *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, introduce en el marco de su teoría de las normas jurídicas, la siguiente distinción:

By the word law then, as often as it occurs in the succeeding pages, is meant that ideal [logical, intellectual, ndr] object of which the parts, the whole, or the multiple, or an assemblage of parts, wholes, and multiples mixed together, is exhibited by a statute; not the statute which exhibits them. (p. 71)

En el párrafo, Bentham distingue claramente entre *law* y *statute*. El primero sería aquel objeto ideal que se encuentra expresado, en todo o en sus partes, en el *statute*. Este último sería lo que actualmente se conoce como disposición normativa. Lo interesante de la teoría benthamiana de la norma jurídica radica –como nos cuenta Chiassoni (2017)– en que para Bentham parece ser que “*los enunciados legislativos no se corresponden (prácticamente) nunca con normas jurídicas (completas); estas últimas deben, por tanto, ser (re)construidas bajo el cuidado de los juristas expositores, a partir de los textos legislativos*” (p. 73). Esto es, que la norma jurídica, como idea, se encuentra esparcida en los textos legislativos, y para obtener la idea en su completitud resulta necesario recurrir, en una suerte de interpretación sistemática, a distintos textos legislativos. Esto lleva a sostener que bajo las coordenadas de la teoría de Bentham “*sería incauto presumir a priori una correspondencia puntual, biunívoca, entre los enunciados legislativos, por una parte, y las normas legislativas que estas expresan, por otra*” (Chiassoni, 2017, p.72).

Si esto es así, si no existe correspondencia necesaria, sino a lo sumo contingente, entre disposición normativa y norma en sentido estricto, ¿cuál es entonces el objeto del intérprete u operador del derecho: la disposición normativa o la norma?

2.2. La disposición como objeto y la norma como producto de la actividad interpretativa.

El intérprete emplea como objeto de su actividad interpretativa no a la norma, sino al texto, al enunciado generalmente escrito (positivo) que se encuentra plasmado en las fuentes del derecho, v. gr.: la Constitución, la ley o el reglamento. Al texto jurídico se le conoce como disposición normativa.

La disposición normativa está compuesta por una serie de términos que constituyen el enunciado. El enunciado cuenta con por lo menos un significado posible. Cuando se halla el significado de un enunciado, se dice que se ha hallado una norma. En otras palabras, la norma es el significado de la disposición normativa o, incluso, el significado de un conjunto de disposiciones normativas. En ese sentido, la norma es el producto de la interpretación y no su objeto.

Sin embargo, un enunciado no siempre guarda en sí un significado único, sino que, por distintas causas, puede expresar más de uno. El jurista Tarello (2018) describe este fenómeno del siguiente modo:

Pero un enunciado prescriptivo, contenido en un documento, a menudo tolera (no una sola, sino) un cierto número de “interpretaciones”: tantas interpretaciones como tantas son las posibles combinaciones de los significados atribuibles (en un ambiente histórico-cultural determinado) a los términos del lenguaje ordinario y a los términos técnicos que aparecen en ese particular enunciado prescriptivo. (p. 182)

Por ello, como se verá más adelante, no necesariamente a una disposición normativa le corresponde una única norma. Es posible que aquella exprese más de una norma. Incluso, una disposición normativa puede expresar una norma considerada como incompleta.

III. El proceso interpretativo.

Ahora bien, el proceso interpretativo, siguiendo el método analítico del presente trabajo, puede ser descompuesto en tres etapas. A continuación, se detallan.

3.1. Delimitación de la disposición normativa o primera aproximación interpretativa al texto jurídico.

El primer paso antes de iniciar con la determinación del significado del texto es, precisamente, la delimitación de lo que debe comprender el texto o disposición normativa; esto es, la delimitación del objeto a interpretar. En ese sentido, Tarello (2018) señala que:

Considerando el conjunto de todas las leyes como un discurso preceptivo continuo, está claro que frente a cada caso particular, para cualificar un comportamiento o una situación singular, no se puede utilizar globalmente todo este discurso preceptivo; será necesario recortar de él un segmento, constituido por un enunciado o por más enunciados relacionados, que se

adapte, según un significado que le es a tal efecto atribuido, al caso particular a cualificar según el derecho. (p. 49)

En efecto, el objeto que será interpretado no puede ser la totalidad del ordenamiento jurídico, sino que será un segmento del ordenamiento, esto es, un enunciado o un conjunto de enunciados. Pues el discurso de las fuentes se presenta como “un océano de escritos formado por segmentos discretos de discurso, cada uno de ellos identificable en virtud de modalidades de redacción” (Chiassoni, 2011, p. 59). En palabras de Crisafulli (2018):

Ahora, cualquiera que sea la concepción que se prefiera de las relaciones entre la fórmula individual o proposición lingüística y las disposiciones, al igual que entre éstas y las normas, aparece en este punto el problema de la individualización de la parte o del lugar del acto en el cual están situadas las disposiciones (o las fórmulas individuales o proposiciones lingüísticas integrantes de las disposiciones). (p. 122)

Generalmente, el intérprete parte por identificar como área de su interpretación aquella que comprende el artículo jurídico de una ley, esto es, el texto enumerado y generalmente también rotulado con un *nomen iuris*, que expresa enunciados prescriptivos. A primera vista, se podría pensar que existe una relación de identidad entre disposición normativa y artículo. Sin embargo, no necesariamente es de este modo. Existen por lo menos dos posturas al respecto. Conforme explica Crisafulli (2018, pp. 122-126), por un lado, el intérprete puede construir el contenido de las disposiciones y extraer de ellas las normas valiéndose de todo lo que esté escrito en la parte del acto correspondiente a las deliberaciones legislativas: títulos unidos a los artículos, encabezamiento, libros, preámbulo o exposición de motivos; por otro, el intérprete puede circunscribir la sede propia de las disposiciones a un núcleo más restringido: el artículo.

Si bien el artículo es el elemento común, básico y nuclear para expresar enunciados prescriptivos en una ley, no se debe caer en el error de confundir artículo individual con disposición normativa individual, pues un artículo puede expresar o bien una sola disposición o bien varias disposiciones, derivadas estas de un simple análisis lógico-

sintáctico de los enunciados que comprende el artículo. De este modo, se puede establecer la siguiente clasificación.

3.1.1. Artículos que expresan una sola disposición.

Normalmente, se tratan de artículos redactados según el estilo llano. Un ejemplo puede ser extraído del Título Preliminar del Código Penal: “Artículo X.- Las normas generales de este Código son aplicables a los hechos punibles previstos en leyes especiales”. Es claro que el citado artículo contiene no más que una sola disposición normativa. Si asignamos al artículo citado el término A, podría decirse que no es posible lógicamente dividir A en A1, A2, A3, AN.

3.1.2. Artículos que expresan dos o más disposiciones relacionadas incluyente o excluyentemente entre sí.

Un solo texto normativo puede ser descompuesto en distintas disposiciones conectadas entre sí, ya sea por relaciones disyuntivas o conjuntivas. Tarello (2018) habla en este punto de *enumeraciones* para referirse a las condiciones, presupuestos o supuestos que, en el discurso legislativo, se explicitan para determinar la aplicación, existencia o eficacia de un instituto, acto jurídico o hecho (pp. 142). Son disyuntivas, señala el autor, aquellas enumeraciones

“en las cuales los miembros están conceptualmente relacionados entre ellos por una «o» (que es una «o» débil, vel); naturalmente, si en el discurso del legislador a la enumeración se antepone una frase que indica la disyunción, entonces los miembros del elenco pueden ser reagrupados con una «y»”. (Tarello, 2018, p. 142)

Ejemplo de esto es el inc. 1 del art. 60 del CPP, relativo a las funciones del Ministerio Público, que expresa dos disposiciones conectadas por una relación disyuntiva: “1. El Ministerio Público es el titular del ejercicio de la acción penal. Actúa de oficio, a instancia de la víctima, por acción popular o por noticia policial”. Este artículo puede ser separado en cuatro disposiciones: (D1) El Ministerio Público actúa de oficio; (D2) El Ministerio Público actúa a instancia de la víctima; (D3) El Ministerio Público actúa por acción popular; (D4) El Ministerio Público actúa por noticia policial. En ese sentido, podríamos decir que el conjunto del inc.

1 del art. 60 del CPP (D) contiene los elementos D1... D4. En otros términos: D = {D1, D2, D3, D4}.

Por otra parte, los artículos que contienen disposiciones enumeradas en relación de inclusión son denominadas *enumeraciones acumulativas*. Tarello (2018), al respecto, dice: “*son acumulativas aquellas enumeraciones para las cuales el supuesto de hecho normativo que precede a la enumeración se realiza solo si se da la presencia de todos los miembros del elenco*” (p. 142). Generalmente, van relacionadas por el conector *y*.

Sin embargo, no todas las relaciones de disyunción o conjunción se determinan por la inclusión de un conector. Antes bien, la clase de relación puede ser inferida del modo en que está redactado el texto, es decir, por las palabras que se emplean antes de la enumeración, tales como: “deberán concurrir copulativamente” o “se requiere la presencia de los siguientes requisitos”, para el caso de relaciones conjuntivas; y, “en cualquiera de los siguientes supuestos” o “alternativamente”, para el caso de relaciones disyuntivas.

También sucede que no se puede afirmar con certeza que el texto enumere alguna de las dos relaciones; al final, es en la práctica de los operadores jurídicos y en la teoría donde se impone y consolida la comprensión por una u otra relación.

3.1.3. Artículos que expresan dos o más disposiciones no necesariamente relacionadas entre sí.

Tal es el caso de los artículos formulados en función a incisos que expresan ideas independientes, que perfectamente pudieron ser escritos por el legislador en dos artículos distintos y que no mantienen entre ellas ninguna relación de disyunción o conjunción. Como modelo se puede recurrir al propio art. 60 del CPP antes citado. Este artículo está compuesto por dos incisos, a saber:

Artículo 60 Funciones.

1. El Ministerio Público es el titular del ejercicio de la acción penal. Actúa de oficio, a instancia de la víctima, por acción popular o por noticia policial.

2. El Fiscal conduce 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

En este caso, en términos generales, el artículo, en su inciso 2, expresa una disposición que no está vinculada con la anterior, es decir que no está formulada en la misma proposición lingüística.

Ahora bien, debe quedar claro que esta primera aproximación al texto jurídico como parece evidente supone también un acto de interpretación, aunque orientado no a atribuir significado a un determinado enunciado, sino a una etapa antecedente: delimitar o establecer cuál es ese enunciado al que, en una fase analíticamente distinta, se le atribuirá significado. Esta fase de interpretación previa sin embargo supone, como ya se ha detallado anteriormente, la identificación de la función de algunos los términos que componen el enunciado. Chiassoni (2011) la denomina “interpretación sintáctica de los artículos normativos” y la define así:

Es la actividad mediante la cual el intérprete, partiendo de los apartados de un artículo, llega a identificar las disposiciones de las que, en una fase (lógicamente) distinta y sucesiva de su operar, obtendrá una o más normas explícitas. Un apartado es precisamente un fragmento gráficamente discreto del discurso de las fuentes, que puede contener –y contiene con frecuencia– más de una disposición. (p. 59)

3.2. La técnica interpretativa.

Una vez determinada la disposición que serán objeto de interpretación, corresponde aplicar la técnica interpretativa, para pasar de aquella a la norma. En los términos de Guastini (2018) “una técnica interpretativa consiste en un procedimiento que parte de una disposición y llega a una norma” (p. 243). Se trata, pues, por decirlo de algún modo, del estadio intermedio del proceso interpretativo. Desde el punto de vista del contexto de descubrimiento “una técnica interpretativa consiste en el procedimiento intelectual a través del cual se atribuye significado a un texto normativo” (Guastini, 2018, p. 244). Desde el punto de vista del contexto de justificación, el mismo autor refiere que la

técnica interpretativa consiste en argumentar. Pues claro, si bien es cierto no es posible negar que el intérprete pasa por todo un proceso intelectual desde que analiza la disposición hasta llegar a la norma, no es menos cierto que dicho proceso no es cognoscible para un tercero más que por intermedio de la argumentación que sobre ello realiza el intérprete. Se podría decir, entonces, que la técnica interpretativa además de ser un proceso cognoscitivo, es también un proceso discursivo.

En el presente trabajo se entiende por técnica interpretativa o de interpretación no solo al hecho de atribuir significado a la disposición normativa, sino también al hecho de producir una norma parcial o totalmente nueva a partir de esa atribución. Básicamente porque resulta difícil, sino imposible, encontrar una línea de demarcación precisa entre lo que es interpretación y lo que es creación de normas. Si bien es cierto existen un terreno claro al respecto (como el caso del argumento *a contrario*, por el cual se llega claramente a producir una norma implícita no formulada explícitamente en el texto de una ley y que constituye un evidente caso de creación de norma), existen también zonas de penumbra en los que resulta difícil determinar si la actividad desplegada se trata de interpretación o de creación de derecho nuevo (como el caso de la interpretación extensiva).

Lo cierto es que tanto la interpretación como la creación de normas nuevas tienen de hecho como punto de partida (o están vinculadas con) una disposición normativa previ. “*Construction ‘produces’ legal norms that are not in the text, only associated with it*”, diría, examinando a los exponentes del *constitutional construction*, el profesor Richard S. Kay (2017, p. 11).

Expuesto lo anterior, es posible continuar. Existen distintas técnicas interpretativas (o argumentos interpretativos) que pueden ser empleadas con el objeto de extraer de una disposición normativa una norma.

3.2.1. Técnica de interpretación literal.

La técnica de interpretación literal puede ser entendida de muchas maneras. La discusión sobre qué debe entenderse por literalidad no es exclusiva del campo jurídico. La filosofía y la lingüística también se han ocupado de ella. Iturralde (2014) enumera hasta cuatro posturas formuladas en la discusión filosófico-lingüística acerca del denominado *significado literal*: i) el significado literal como

significado derivado de un contexto nulo (Katz), ii) el significado literal derivado de la fuerza ilocucionaria y el contenido proposicional del enunciado (Searle), iii) el significado literal concebido como *first meaning* (Davidson) y iv) aquella postura que niega la posibilidad de hablar de significado literal y propone distinguir entre distintos niveles de significado (Sperber-Wilson, Recanati, Bach y Ariel) (pp. 39-51).

Para efectos de la presente investigación será suficiente abordar las concepciones formuladas en la teoría jurídica, para ello se empleará la clasificación realizada por Guastini (2018).

1. **Concepciones de la interpretación literal.**

Interpretación literal como interpretación *prima facie*. Según esta concepción, la interpretación literal sería fruto de la comprensión irreflexiva del significado: de intuición lingüística (Guastini, 2018, p. 252).

La interpretación literal como interpretación *acontextual*: es decir, sin tomar en consideración la intención del legislador, las circunstancias de hecho en las que el texto normativo ha sido emanado o promulgado u otros textos o fragmentos de texto contiguos o de algún modo circundantes al texto interpretado (Guastini, 2018, p. 253). En otras palabras, es interpretación literal, según esta concepción, aquella que se realiza solo sobre el texto considerado en sí mismo, al margen de su relación con otros factores.

La interpretación literal como interpretación *no-correctiva*: esto es, ni extiende ni restringe el significado del texto normativo; se le interpreta tal cual se presenta.

La interpretación literal como interpretación de solo normas expresas: según esto, es literal aquella interpretación que no acepta la existencia de una norma inexpressa derivada de una norma expresa. Por ejemplo, dada una norma expresa formulada bajo el siguiente enunciado “D entonces S”, se deriva, con el argumento *a contrario*, que “no-D

entonces no-S". Sin embargo, según esta acepción de literalidad, el supuesto de hecho "no-D" así como su consecuencia "no-S" carecerían en realidad de regulación.

En cualquier caso, la interpretación literal es aquella que apela al significado propio de las palabras y *"consiste muy simplemente en apelar a las reglas semánticas y sintácticas del lenguaje o del lenguaje sectorial en que el texto normativo está formulado"* (Guastini, 2018, p. 257). También constituye interpretación literal *"el uso de las reglas semánticas determinadas, según los casos por el mismo legislador para los términos definidos por él, o por la doctrina para los términos restantes"* (Guastini, 2018, p. 259).

Sin embargo, formular una interpretación literal no es tarea tan sencilla como parece. Al emplear el método literal de interpretación se debe determinar la función de los signos de puntuación y de los términos o sintagmas en la estructura del texto, v. gr. determinar si se tratan de conectores disyuntivos o conjuntivos, de adjetivos, de verbos, de pronombres, de sujetos de la oración, etc.; y se debe determinar el significado de los términos, es decir el contenido semántico de cada uno. Solo de este modo se podrá inferir el significado de la disposición normativa desde el punto de vista literal.

Pero este proceso de interpretación no está exento de controversias. Un ejemplo de ello, en el plano de la identificación de la función de un término en la estructura del texto, es aquel que deriva de la redacción del artículo 27 del Código Penal (en adelante, CP). Se dice que esta disposición normativa, que regula el actuar en lugar de otro, solo es aplicable para los delitos especiales propios (aquellos que preceptúan una cualidad especial en el sujeto activo que fundamenta la punibilidad).

Con todo, el tenor literal del texto normativo realmente no hace alusión a que su ámbito de aplicación sea exclusivo de los delitos especiales propios. El enunciado del art. 27 CP establece:

El que actúa como órgano de representación autorizado de una persona jurídica o como socio representante autorizado de una sociedad y realiza el tipo legal de un delito es responsable como autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad de este tipo no concurren en él, pero sí en la representada.

En realidad, el conector consecutivo *aunque* cumple la función de expresar que pese a la eventual dificultad de que el tipo penal al que se aplique la figura del actuar en lugar de otro sea un delito especial propio, será igualmente de aplicación. Así, la norma que se podría inferir del texto sería la siguiente: “El que actúa como órgano de representación legítimo de una persona jurídica, o como socio representante de una sociedad, y realiza un **delito de cualquier clase, es responsable como autor, a pesar de que los elementos especiales que fundamentan la penalidad de este delito no concurren en él (el representante), pero sí en la representada**”.

En esa línea de ideas, lo que la disposición normativa hace, en sus líneas finales, es adelantarse a la eventual dificultad de que se alegue que el tipo penal es un delito especial propio y, consecuentemente, al no concurrir en el *extraneus* (el representante) los elementos especiales que fundamentan la punibilidad, este quede impune. Pero no circunscribe su aplicación sólo a esta clase de delitos. Por ende, bien puede ser aplicada a casos de delitos especiales impropios. Otra sería la interpretación si el enunciado estuviese formulado del siguiente modo: “El que actúa como órgano de representación [...] y realiza el tipo legal de un delito especial propio (o de un delito con elementos especiales que fundamenten su punibilidad) es responsable como autor”.

Como puede observarse, acudir a la interpretación literal no significa siempre que con ella se vaya a determinar un único significado posible, pues la función de los términos en la estructura del texto también afectará la interpretación del dispositivo normativo.

En el plano de la atribución de significado a un término las complejidades no son menores. Sin embargo, su tratamiento merece un apartado individual, que a continuación se desarrolla.

2. **La dimensión del significado: intensión y extensión.**

Cuando se trata de determinar el significado de un término es necesario distinguir dos nociones más precisas: la intensión (o sentido) y la extensión (o referencia). Señala Iturralde (2014) que la filosofía tradicional se ocupó de precisar la noción de *significado*, “*lo que llevó a Frege y Carnap a distinguir entre un componente referencial, la realidad que designa el término (la referencia), y un componente conceptual, las propiedades que connota (el sentido)*” (p. 97).

La intensión o sentido pueden ser definidos como “*el conjunto de propiedades esenciales que determinan la aplicabilidad del término*” (Lyons, citado por Iturralde, 2014, p. 99), mientras que la extensión o referencia se definen como “*«la clase de cosas a las que éste se aplica correctamente» o «aquello que el término designa o denota»*” (Lyons, citado por Iturralde, 2014, p. 102).

De este modo, el enunciado $a=b$ puede ser considerado verdadero si se asume que a y b se refieren a un mismo objeto, aunque conceptualmente a y b no sean lo mismo.

Un ejemplo más concreto ayudará a esclarecer ambas nociones. La intención o sentido del término *mamífero* es la clase de los vertebrados que poseen glándulas mamarias y su extensión son los animales concretos que cumplen con estas propiedades (orangutanes, balénidos, cánidos, etc.).

3. **Breve referencia a la ambigüedad y vaguedad del lenguaje.**

Otra cuestión relevante al momento de considerar la interpretación literal del texto normativo es la problemática (propia del lenguaje común)

relativa a la ambigüedad del enunciado normativo en su totalidad o la vaguedad de los términos que componen a este.

Larenz (2001), en referencia al criterio de interpretación que apela al sentido literal, no se equivoca cuando indica que *“el lenguaje jurídico es un caso especial del lenguaje general, no es un lenguaje de signos totalmente desligado de aquél”* (p. 317). Es por ello, precisamente, que los problemas propios del lenguaje común, son también problemas propios del lenguaje de los textos normativos. Y esto es así debido a que *“el legislador se sirve del lenguaje general porque y en tanto se dirige a los ciudadanos y desea ser entendido por ellos”* (Larenz, 2001, p. 316). En esa misma línea, Hidalgo (2017) escribe que:

Los problemas interpretativos derivados de la ambigüedad en textos jurídicos obedecen a que la lengua empleada en ellos es una forma derivada del lenguaje común, por lo tanto, comparte sus características y está sujeto a similares situaciones de ambigüedad, vaguedad o imprecisión. (p. 78)

Entre otros factores, es debido a esta característica del lenguaje común, en general, y del lenguaje jurídico, en particular, que resulta perfectamente posible afirmar que D enunciado contiene S1, S2, ..., SN de posibles significados. Por ejemplo, un enunciado como el siguiente: “José y yo escribimos un libro” es ambiguo debido a que la conjugación del verbo *escribir* en tiempo presente y en tiempo pasado, coinciden. Empero, sus posibles significados pueden ser establecidos objetivamente: o bien los sujetos gramaticales *José y yo* realizaron la acción de escribir un libro en el pasado, o bien en el momento presente ambos se encuentran escribiendo un libro.

En ese sentido, acudir a la literalidad del texto en ocasiones puede generar problemas durante el acto interpretativo. Estos problemas son fundamentalmente dos: la ambigüedad y la vaguedad de los enunciados.

3.2.1.2.1. La ambigüedad.

Hidalgo (2017) brinda una muestra de ambigüedad en el caso de una cláusula arbitral. El ejemplo empleado, formulado por González (citado por Hidalgo, 2017), es el siguiente:

Toda controversia que surja se resolverá mediante arbitraje en derecho encomendado a un colegio de tres árbitros, de los cuales uno será nombrado por el vendedor, otro por el comprador y el tercero de común acuerdo entre los dos árbitros así nombrados, o con arreglo a las normas del Tribunal Arbitral. (p. 79)

En este caso, la cláusula arbitral, debido a la coma que antecede al conector disyuntivo *o*, puede ser interpretada en dos sentidos: (i) o bien la elección del tercer árbitro podrá ser realizada por común acuerdo entre los dos árbitros nombrados o por aplicación de las normas del Tribunal Arbitral; o bien (ii) las normas del Tribunal Arbitral podrían ser las aplicables para que se resuelva la controversia mediante arbitraje. Para desaparecer esta ambigüedad bastaría con eliminar la coma que antecede al conector antes mencionado, de modo que el sentido de la cláusula sea el que se propone en (i).

La problemática contenida en el ejemplo expuesto deriva de un uso errado de un signo ortográfico: la coma. Pero este no es el único supuesto que puede generar ambigüedad; existen otros: concordancia de número entre sujeto y predicado, el uso de la pasiva *se*, uso de pronombres anafóricos y de pronombres relativos, el uso excesivo del gerundio, el uso innecesario de adverbios, el indebido uso del *y/o*, así como el empleo de la subordinación sintáctica. Todos estos supuestos son explicados con mayor detalle en Hidalgo (2017). Para los fines del presente trabajo basta con hacer explícita las

dificultades de la interpretación literal o gramatical de cualquier texto jurídico, en general, y de una disposición normativa, en particular.

3.2.1.2.2. Vaguedad.

Bertrand Russell se ocupó de la noción de *vaguedad*, en su escrito titulado *Vagueness*. Russell (1923) precisa que la vaguedad no es una cualidad propia de los objetos. No existen los objetos vagos, ni tampoco objetos precisos. Los objetos simplemente *son*. La vaguedad tiene que ver propiamente con la relación entre la representación y lo representado, es decir con qué grado de exactitud una cosa es representada por otra.

Para entender la noción de vaguedad es necesario primero ocuparse de la noción de *precisión*. Russell enseña: “*one system of terms related in various ways is an accurate representation of another system of terms related in various other ways if there is a one-one relation of the terms of the one to the terms of the other*” (p. 88). Esto quiere decir que existirá precisión entre dos sistemas si existe entre ambos una relación de uno-uno. “*Per contra* –continúa Russell–, *a representation is vague when the relation of the representing system to the represented system is not one-one, but one-many*” (p. 88). La vaguedad, entonces, se presenta cuando dos sistemas, el representativo y el representado, se relacionan según el esquema uno-varios.

Empleando el ejemplo que propone el filósofo, existirá vaguedad cuando una fotografía está tan manchada que podría igualmente representar a Juan, Pedro o Pablo. La relación entre la fotografía y lo que busca representar es de uno-varios. Pero lo esencial para determinar que existe vaguedad radica en la imposibilidad de afirmar con exactitud a quién representa la fotografía.

En cuanto a las palabras o términos, que también son formas de representar la realidad, ocurre lo mismo que en el ejemplo de la fotografía. Dice Russell: “*all words are attributable without doubt over a certain area, but become questionable within a penumbra, outside which they are again certainly not attributable*” (p. 86). Las palabras son atribuibles en ese sentido con cierta certeza a unos determinados objetos. Sin embargo, existe –dice el filósofo– una zona de *penumbra* en la que la aplicabilidad de la palabra es cuestionable. Es debido a esta zona de penumbra en la aplicabilidad de un término a un objeto que se considera a aquel como vago.

3.2.2. Técnica de interpretación teleológica.

Esta técnica de interpretación cuenta con dos variantes. La primera surge cuando el intérprete acude a la intención del legislador para interpretar la norma; la segunda, cuando el intérprete se apoya en la *ratio legis* de la misma. Estas dos clases de interpretación tienen detrás un debate histórico que inició en el siglo XIX y que trata de responder a la siguiente interrogante: ¿la “meta” de la interpretación es conocer la voluntad del legislador o el sentido normativo de la ley? Larenz (2001) posicionándose en una concepción intermedia entre ambos modos de interpretar la ley, señala:

A cada una de estas teorías corresponde parte de verdad [...]. La verdad de la teoría subjetiva es que la ley jurídica, a diferencia de la ley natural, es hecha por hombres y para hombres, es expresión de una voluntad dirigida a la creación de un orden justo, en cuanto sea posible, y adecuado a las necesidades de la Sociedad. Detrás de la ley está una determinada intención reguladora, están valoraciones, empeños y reflexiones objetivas, que han hallado en ella una expresión más o menos clara. Pero esto no es todo. La verdad de la teoría objetiva es que una ley, tan pronto es aplicada, despliega una efectividad peculiar a ella, que va más allá de lo que el legislador había intentado. La ley interviene en relaciones de vida diversas y cambiantes que el legislador no podía tenerlas todas a la vista [...].

Con el paso del tiempo, la ley consigue así, más y más, en cierto modo una vida propia y, de este modo, se aleja de las ideas de sus autores. (p. 313)

Para Karl Larenz, ambos fines de la actividad interpretativa comparten una verdad, pues el sentido normativo de la ley está referido también a la voluntad del legislador (Larenz, 2001, p. 315). Esto quiere decir que toda ley cuenta con elementos subjetivos, referidos a la voluntad del legislador, y elementos objetivos, de los que incluso el propio legislador no es consciente en toda su plenitud. Pero esta divergencia entre el fin querido a través de la norma y el fin realmente alcanzado con ella, responde a una característica general del actuar humano, característica que se pone al descubierto analizándola en función de dos conceptos: *finis operantis/finis operis*. Se emplea aquí esta distinción escolástica pues es esclarecedora a la hora de entender la técnica interpretativa que apela tanto a la intención del legislador, como a la *ratio legis* de la norma.

1. **La intención del legislador como *finis operantis*.**

El *finis operantis* es el fin de la persona que realiza la acción. En otras palabras, es la intención o finalidad con la que obra el autor de una acción. En el famoso Compendio Moral Salmaticense de 1805, sobre el concepto de *finis operantis*, se dice: “*Finis operantis se llama aquel que pretende extrínsecamente el que obra; como en el ayuno dicho, lograr de Dios algún beneficio*” (De Santa Teresa, 1805, p. 307).

En la interpretación jurídica, el *finis operantis* no es más que la intención, voluntad o pretensión del legislador al formular un determinado dispositivo normativo. La actividad de interpretar, en este tipo de técnica interpretativa, se centra en determinar la voluntad del legislador objetivada en el texto de la norma. La Escuela de la Exégesis propugnaba este modo de interpretación del texto normativo. Al respecto, Tarello (2018) enseña que:

En el clima de la Escuela de la Exégesis, que sostuvo que la interpretación debía adecuarse a la voluntad del legislador

histórico como expresada por la letra de la ley, repetir que «in claris non fit interpretatio» quería decir propugnar el menor posible recurso a instrumentos interpretativos tradicionales (como el de la occasio legis o de la ratio legis) dirigidos a superar la letra de la ley y, por tanto –se consideraba– a violar la voluntad del legislador histórico. (p. 52)

Guastini (2018) señala que “La determinación de la intención de estos [«los legisladores»] –suponiendo que dicha intención subsista y que sea susceptible de determinación (lo que en absoluto es cierto)– sólo puede servirse de los «trabajos preparatorios»” (p. 262). En el caso peruano, podría considerarse como trabajos preparatorios a los documentos sobre las sesiones de debate del Congreso, los proyectos o exposición de motivos de una ley. Solo de este modo podría determinarse, desde un plano formal, las *intenciones* de los legisladores.

2. **La *ratio legis* de la norma como *finis operis*.**

Aquí se hace referencia a *ratio legis* como *finis operis*, es decir como resultado, producto o fin de la norma considerada en sí misma, con abstracción de las intenciones de quien o quienes la formularon. En el Manual ya citado, se dice: “*Finis operis* es aquel que es *intrínseco* a la misma obra; como en el ayuno la *templanza*” (De Santa Teresa, 1805, p. 307). La *ratio legis* de la norma es “el motivo, el fin, el «resultado práctico», para el que determinada norma ha sido emanada o, si así se quiere decir, el principio que la ley está destinada a realizar” (Guastini, 2018, p. 262).

Colussi y Zatti (citados por Guastini, 2018) brindan un ejemplo sobre el concepto de *ratio legis*, a saber:

*La regla “Está prohibido asomarse” escrita en un aviso grande sobre la terraza más alta de una torre panorámica tiene una *ratio* diferente de la que tiene la misma regla*

escrita bajo la ventana de un tren. En el primer caso, el resultado a obtener es que el visitante no llegue a perder el equilibrio y caiga más allá de la baranda, en el segundo caso se quiere evitar que una parte del cuerpo expuesta fuera de la ventana pueda ser golpeada por un palo o por un tren que viene en la otra dirección. Por tanto, en el segundo caso, y no en el primero, “asomarse” indicará también el gesto de asomar un brazo. (pp. 262-263)

La distinción entre *finis operantis/finis operis* es importante porque con ella se hace explícito que la intención del legislador (*finis operantis*) no siempre coincide con el resultado práctico de la norma (*finis operis*). La norma, como muchos otros fenómenos de la realidad, se independiza, se aleja de su génesis para así adquirir autonomía propia, de tal modo que puede ser analizada al margen de las intenciones de su autor.

3.2.3. Técnica de interpretación extensiva.

La interpretación extensiva se emplea de dos formas. Conforme enseña Guastini (2018), estas dos formas consisten en:

- a) *Atribuir a un término o sintagma un significado más amplio que el común o prima facie, de modo que se incluya en el campo de aplicación de la disposición en cuestión el supuesto de hecho que según la interpretación literal no quedaría comprendido.*
- b) *Atribuir a un término o sintagma vago, open textured (como “domicilio privado”), un significado capaz de incluir en su referencia a supuestos de hecho que se sitúan en la zona de penumbra. (p. 275).*

Breve muestra de esta forma de interpretar un enunciado normativo es la inclusión del arma de juguete en la agravante *a mano armada* del delito de robo. La interpretación *prima facie* derivada de esta agravante supone que cualquier arma de fuego o arma blanca puede ser incluido en dicho concepto. Pero existen dudas al respecto cuando se trata de un arma de juguete o un simple cacharro.

Cuando se trata de incluir a estos últimos objetos en la agravante del delito de robo, en función al miedo o temor que genera en la víctima del delito, se está realizando una interpretación extensiva del sintagma *a mano armada*.

3.2.4. Técnica de interpretación restrictiva.

La técnica de interpretación restrictiva, al contrario de la extensiva, consiste en excluir de un término o sintagma aquellos significados que, aunque plausibles, no responden al uso convencional del lenguaje. También, puede entenderse como interpretación restrictiva aquella que limita el significado de un término o sintagma a uno solo de los tantos posibles, aunque los demás también respondan al uso convencional. Para esto último se emplea *la técnica de la disociación*, que, según Guastini (2018), se funda en:

La idea de que el legislador ha sobreentendido determinada distinción (vale decir, la ha querido, si bien no la ha hecho explícita), o en la idea (contrafáctica) de que el legislador, a pesar de no haber realizado determinada distinción, no obstante, la habría hecho si hubiese tomado en consideración el caso. (p. 284)

En ese sentido, la interpretación restrictiva supone que el intérprete, primero, identifique la clase de la entidad a la que se refiere un término o sintagma, luego, que divida o disocie esa clase en subclases –técnica de disociación–, de modo que finalmente se decante por entender que ese término o sintagma se encuentra referido solo a una de las subclases. Por ejemplo, es restrictiva la interpretación que concibe como *matrimonio* solo a la unión fruto del acto civil y no la que surge de la ceremonia religiosa; o que concibe al *hijo* solo como descendiente biológico y no como descendiente legal derivado del acto de adopción.

En el ámbito penal, el art. 196 del CP permite ejemplificar este método de interpretación. La disposición normativa expresa la norma que prohíbe las conductas calificadas como *estafa*. Para la subsunción del hecho en la norma se requiere, entre otras condiciones, que el sujeto activo *engañe* al sujeto pasivo. Pero este engaño, según desarrollo de la doctrina, debe ser *idóneo*, en contraposición al engaño *inidóneo* (engaño que si bien es cierto es desarrollado

por el sujeto activo, el perjuicio derivado de aquel no es más que responsabilidad –competencia– del sujeto pasivo). En este caso, luego de identificar la clase genérica de *engaño*, aparece la disociación entre dos subclases, *el engaño idóneo* y *el engaño inidóneo*. La interpretación restrictiva consiste en entender que la norma regula como elemento constitutivo del delito de estafa solo una de las subclases, en este caso, *el engaño idóneo*.

3.2.5. Técnica de interpretación analógica.

Esta técnica de interpretación (o de integración) supone el empleo de dos métodos, uno llamado analogía *legis*, y otro, analogía *iuris*. La analogía *iuris* supone solucionar un caso que no tiene regulación expresa en la ley, aplicando un principio (generalmente implícito). Esto significa que, primero, se identifica un principio a partir de una pluralidad de normas, esto es, se razona a partir de lo particular hacia lo general; luego, se procede a emplear dicho principio como base para resolver un supuesto no regulado en el ordenamiento jurídico, esta vez el razonamiento va de lo general a lo particular.

En el caso de la analogía *legis*, esta se trata de la analogía convencional y supone aplicar la consecuencia jurídica de una disposición D que contiene un supuesto de hecho S1, a un hecho S2 (similar a S1). En otras palabras, se trata del “*procedimiento en virtud del cual la solución prevista por la ley para un determinado caso se aplica a un supuesto que, si bien no está comprendido en dicha solución, guarda una relación de semejanza con aquél*” (Shikara, 2013, p. 268). Para ello, se procede del siguiente modo:

- a) Se identifica la existencia de una laguna normativa. Es decir, se constata que el ordenamiento jurídico no brinda una consecuencia jurídica que vincule al hecho. En otras palabras, las disposiciones normativas no permiten, mediante interpretación, extraer normas en las cuales pueda subsumirse el hecho que es de interés.
- b) Se identifica, mediante interpretación, una disposición normativa que regule un supuesto de hecho de similares características al hecho que es de interés.

- c) Se determina si la norma es susceptible de aplicación analógica. Dicho de otro modo, se analiza “*si la disposición que regula el caso similar expresa una norma no susceptible de aplicación analógica, en virtud de una prohibición explícita o implícita en el derecho positivo [...]*” (Chiassoni, citado por Guastini 2018, p. 277). De ser negativa la respuesta, es decir, de no existir prohibición de aplicación analógica, se procede con la siguiente fase.
- d) Se determina la *ratio legis* de la norma que regula el caso similar, es esto, se trata de dilucidar “*cuál es la exigencia normativa satisfecha mediante aquella norma, su objetivo o su razón de ser*” (Chiassoni, citado por Guastini 2018, p. 277).
- e) Finalmente, se analiza “*si el caso incluido y el caso omitido son razonablemente configurables como casos similares a la luz de la ratio legis*” (Chiassoni, citado por Guastini 2018, p. 277). En otras palabras, se argumenta si el hecho no regulado posee la misma razón de ser en virtud de la cual el caso sí regulado existe, lo que motivaría la aplicación de la consecuencia jurídica de la norma en el caso que no cuenta con regulación expresa.

3.2.6. Técnica de interpretación *a fortiori*.

El argumento *a fortiori* parte “*de la idea (contrafáctica) de que el legislador, a pesar de no haber regulado determinado supuesto de hecho, no obstante lo habría regulado de aquel modo de haberlo tomado en consideración*” (Guastini, 2018, p. 281). Con esta técnica se apela entonces a que existe un supuesto de hecho que ,si bien no estuvo comprendida en la intención del legislador al momento de formular el enunciado normativo, de haberlo estado, lo hubiera también regulado, básicamente porque el supuesto de hecho no expresamente formulado en la ley guarda relación con el fin que se quiere alcanzar con ella. En esta técnica también se trata de argumentar cuál es la *ratio legis* de la norma. El argumento *a fortiori* se presenta del siguiente modo: si D disposición regula X supuesto de hecho, entonces *con mayor razón*, regula también X’.

Dos son los modos del argumento *a fortiori*:

1. ***A maiori ad minus.***

Con la interpretación *a fortiori a maiori ad minus* se busca interpretar disposiciones que otorgan posiciones subjetivas ventajosas. Se puede formular burdamente en la siguiente frase: “si se puede lo más, con mayor razón se puede lo menos”.

2. ***A minori ad maius,***

Se emplea cuando se trata de interpretar disposiciones que imponen posiciones desventajosas. En otros términos “si se prohíbe lo menos, con mayor razón lo más”.

3.2.7. Técnica de interpretación sistemática.

En términos generales, con la interpretación sistemática se apela fundamentalmente al contexto en el que se ubica una disposición normativa, así como a la presunta coherencia del ordenamiento jurídico. El *contexto* puede estar referido a diversos componentes del ordenamiento jurídico, por ejemplo, puede hacer referencia a otras disposiciones relacionadas con la institución que regula la disposición a interpretar o a la ubicación en el sistema de normas de la disposición a interpretar (título, capítulo, libro, ley, etc.). La interpretación sistemática cuenta con distintas variantes, a saber:

1. ***Combinato disposto.***

La locución *combinato disposto* se emplea para hacer referencia a la actividad interpretativa por la cual se obtiene una norma a partir de la combinación de una pluralidad de disposiciones. Según Guastini (2018), “*consiste en combinar entre sí distintos fragmentos de disposición, de modo que se extraiga una norma completa*” (p. 292).

Verbigracia, el art. 106 del CP, que regula el delito de homicidio simple, expresa la norma que podría formularse en los siguientes términos: no matar, de lo contrario se aplicará una sanción penal de privación de la libertad. Pues bien, considerada en relación a otras disposiciones

normativas que regulan los presupuestos de punibilidad del delito, es posible extraer una norma de mayor alcance. Si se considera también, *sistemáticamente*, los inc. 2 y 3 del art. 20 del Código Penal, que regulan respectivamente la exención de pena en caso de que el autor de un delito sea menor de 18 años y en caso de actuación en legítima defensa, se obtendría la siguiente norma: “no matar, de lo contrario se aplicará una sanción penal de privación de la libertad, salvo cuando el agente cuente con menos de 18 años y siempre que no actúe en legítima defensa”. Incluso, la norma puede ser especificada con mayor precisión atendiendo a todas las otras disposiciones normativas que expresen normas relacionadas a las condiciones necesarias para punibilidad del delito.

2. ***Sedes materiae.***

Según este argumento, determinada disposición debe ser entendida de determinado modo, y no de otro, por su ubicación en una parte específica de la ley, reglamento, etc.

3. **Constancia terminológica.**

Según este método, se atribuye un determinado significado a un término o sintagma de una disposición en virtud a que ese mismo término o sintagma ha sido usado con ese mismo significado en otras disposiciones. En ese sentido, se dice que existe constancia en la terminología empleada por el legislador.

4. **Inconstancia terminológica.**

Según este método, “*toda expresión del lenguaje legislativo recibe significado del contexto peculiar en el que se ubica*” (Guastini, 2018, p. 295). De este modo, no siempre un determinado término o sintagma tendrá el mismo significado, pues este dependerá del contexto en el que se ubica. Ejemplo: el sintagma “funcionario público” ostenta distintos significados en función a la disposición normativa en la que se ubica: disposición normativa de derecho penal, de derecho administrativo o de derecho constitucional.

3.2.8. Técnica de interpretación adecuadora.

Esta técnica de interpretación está orientada a evitar la contradicción entre textos normativos jerárquicamente diferentes. En ese sentido, la función de este método interpretativo radica en evitar inferir “*de determinada disposición (supongamos el art. X de determinada ley) una norma que entraría en conflicto con otra norma, previamente extraída de una disposición perteneciente a un texto normativo diferente y jerárquicamente superior (supongamos el art. Y de la Constitución)*” (Guastini, 2018, p. 299).

Guastini (2018, p. 300), propone una clasificación de supuestos superioridad de normativa:

1. Superioridad material.

En este caso se reconoce la superioridad por la jerarquía de las fuentes normativas, de modo que se interpreta una disposición normativa jerárquicamente inferior en armonía con una norma perteneciente a una disposición normativa jerárquicamente superior. Este es el caso de la relación que media entre la ley y la Constitución y la llamada *interpretación conforme a la Constitución*.

2. Superioridad estructural.

También denominada por Guastini (2016) como *jerarquía formal*, este tipo de jerarquía atiende no al contenido de las normas, sino “*a la estructura (dinámica) del ordenamiento*” (Guastini, 2016, p. 381). Esta forma de superioridad se presenta “*entre las normas sobre la producción (en sentido estricto) y las normas cuya producción es regulada por ellas*” (Guastini, 2016, p. 381). Por ejemplo, si N1 regula la producción de determinadas normas, y N2 es una norma cuya producción deriva de la regulación de N1, entonces se dirá que N1 es superior estructural o formalmente a N2.

3. Superioridad axiológica.

Se trata de la clase de relación que media entre los principios generales o fundamentales del ordenamiento jurídico y las normas restantes. La interpretación que toma en cuenta esta relación de superioridad axiológica “*adapta el significado de una disposición al de un principio, previamente identificado*” (Diciotti, citado por Guastini, 2018, p. 361). Una norma general no puede entrar en conflicto con un principio, pues este cuenta con mayor peso en términos axiológicos.

3.2.9. Técnica de interpretación originalista.

Este método de interpretación ha merecido discusiones académicas en el campo del constitucionalismo de corte anglosajón –*common law*– con motivo de las técnicas de interpretación de la Constitución entendida como norma vinculante (*binding law*). La interpretación originalista es aquella interpretación que atribuye al texto normativo su significado original.

Ahora bien, el término *original*, sin embargo, por sí solo no dice absolutamente nada. Hace falta precisarlo. Su significado dependerá de lo que se haga referencia con él, es decir, puede tratarse de una interpretación original con respeto al significado lexicográfico del texto, a los valores considerados al momento de su formulación, a las intenciones del legislador, etc. Así, según propone Richard S. Kay (1996), es posible clasificar cuatro especies de métodos de interpretación que pueden ser catalogados interpretación originalista:

1. Según el significado lexicográfico del texto (*original text*).

En palabras del propio Kay (1996): “*This method holds that the Constitution is properly interpreted as any set of rules consistent with the dictionary meaning (at the time of interpretation) of the words of the constitutional text*” (p. 336). Esto no es más que la llamada interpretación literal o gramatical en el modelo del *civil law*. Conforme a este método interpretativo, el sentido de la norma deriva de los significados lexicográficos de las palabras que la componen.

2. Según las intenciones de los legisladores (*original intentions*).

Con este método se pretende que el texto normativo sea interpretado según el sentido que, al momento de su publicación (*uttered*), le otorgaron los legisladores. En otras palabras, se apela a la intención de los legisladores al tiempo de publicar el texto normativo. El profesor Kay (1989) defiende este modo de interpretar el derecho. Llega a afirmar incluso que una restricción (o regulación) es derecho no por el texto en sí mismo, sino por la fuente legítima que la originó, lo que en última instancia conlleva a considerar siempre la intención con la cual la disposición legal fue formulada:

Reference to the intention with which a law was created is usually an essential part of the process by which we treat certain language as law. Any language meaning can be a source of restraint. But the capacity to restrain, by itself, is not sufficient to create law. Legal restraint must issue from a legitimate source, regard for that source involves reference to the intention with which the relevant language was uttered. (p. 42)

Para los partidarios de esta interpretación, “*a statute cannot be understood as law apart from the intention with which it was enacted*” (Kay, 1989, p. 43). Lo mismo sucede en el caso de la Constitución. Si esta es entendida como norma (*law*), su interpretación no puede dejar al margen las intenciones originales de los constituyentes. “[...] *that interpretation of the Constitution consistently with the intentions of its enactors is inseparable from a determination to treat the Constitution as law*” (Kay, 1989, p. 45).

3. **Según el significado aceptado convencionalmente al tiempo de vigencia de la disposición normativa (*original understanding*).**

Este método apela también al significado lexicográfico, pero sin dejar de considerar el tiempo en que la disposición fue promulgada. Toda definición “de diccionario” de un vocablo cambia según los usos en un territorio y tiempo determinados. Un término X puede tener el significado Y en el siglo XIX, y, en el XX, un significado Z. En ese sentido, el método

original understanding apela al significado que era aceptado en el tiempo de promulgada la ley. En palabras de Kay (1996):

This model holds that the Constitution is properly regarded as any set of rules consistent with the dictionary definition of the words of the relevant text at the time the text was enacted and that are plausible in light of the historical context in which the Constitution was enacted. (p. 337)

4. **Según los valores considerados por los legisladores (*original values*).**

La Constitución, según esta postura, debe ser interpretada como un conjunto de valores formulados, por los legisladores, de manera abstracta y con un alto nivel de generalidad. En ese sentido, debe ser invocada, por los jueces, en los casos concretos, cuando otra regla de menor jerarquía o acto del gobierno sean contrarios a dichos valores.

This model holds that the Constitution is to be interpreted as something other than a finite set of rules. It calls for the Constitution to be “invoked” in litigated cases when a court holds invalid some action of government that it deems in conflict with the more or less general substantive values that were sought to be advanced by the enactors of the Constitution. (Kay, 1996, 339)

3.2.10. Técnica de interpretación evolutiva.

“Se denomina «evolutiva» a aquella interpretación que, por el contrario, atribuye a los textos normativos –en especial a textos normativos antiguos– significados nuevos, diferentes del originario: adaptados a las nuevas circunstancias” (Guastini, 2018, p. 307). Una interpretación como esta tiende a adaptar las viejas leyes a las nuevas circunstancias no previstas por el legislador. En consecuencia, la interpretación evolutiva puede resultar en una restricción o extensión de los significados de los vocablos del texto, ya sea porque uno de los posibles

significados de un término aceptado en tiempo antaño ya no es aceptado actualmente o porque un significado no aceptado antes es ahora aceptado.

En una reciente ejecutoria suprema derivada de la Casación N.º 684-2016-Huaura del 8 de noviembre del 2018, la Corte Suprema de Justicia de la República interpretó *evolutivamente* la disposición normativa contenida en el art. 418 del CP, en la cual se sanciona el delito de prevaricato, aquella conducta desplegada por un juez o fiscal que dicta resolución o emite dictamen manifiestamente contrarios al texto expreso y claro de la ley. Esta disposición fue formulada bajo el contexto de aplicación del Código de Procedimientos Penales, código anterior al actual Código Procesal Penal. En el actual Código Procesal Penal, el fiscal no emite dictámenes, sino providencias, disposiciones y requerimientos. En ese sentido, la emisión de una providencia, disposición o requerimiento contrarios al texto expreso y claro de la ley no podría adecuarse a los sentidos originales de los términos del art. 418 del CP. Es en este contexto que la Corte Suprema, invocando una interpretación evolutiva o progresiva, establece que el término *resolución* (pensado originalmente como documento dictado por jueces) puede ser entendido como el género de las disposiciones emitidas por el fiscal. De modo que cuando un fiscal emita una disposición contraria a la ley, esta conducta puede ser subsumida en el delito de prevaricato, específicamente en el supuesto de emisión de una resolución contraria a la ley.

3.2.11. Técnica de interpretación *a contrario*.

El argumento *a contrario* tiene dos variantes: una variante interpretativa y otra productiva, aunque diferenciables conceptual y prácticamente, en tanto que una variante lleva a resultados distintos de la otra, ambas aquí son catalogadas como técnicas de interpretación pues parten de una disposición normativa para luego llegar a una norma.

1. Variante interpretativa.

Según Guastini (2018):

Se denomina argumento a contrario aquella técnica interpretativa que se fundamenta en la idea de que el legislador ha dicho exactamente lo que trataba de decir («ubi lex voluit dixit, ubi tacuit noluit»), de modo que: lo que el legislador no ha dicho, evidentemente no trataba de decirlo, ya que si hubiese querido decirlo lo habría dicho. (p. 260)

De este modo, se excluye otros tipos de interpretación como la extensiva, la restrictiva o la analógica, pues si el legislador hubiese querido extender o restringir el significado de un término o incorporar otro supuesto de hecho, lo hubiese precisado de algún modo.

Como muestra del empleo de esta variante del argumento a contrario, se puede recurrir al art. 411 del CP, que contiene la siguiente disposición normativa: “El que, en un procedimiento administrativo, hace una falsa declaración en relación a hechos o circunstancias que le corresponde probar, violando la presunción de veracidad establecida por ley, será reprimido [...]”. El elemento normativo *procedimiento administrativo* se ha formulado de manera genérica, es decir, el legislador no ha precisado si, para la configuración del delito, la declaración falsa debe presentarse solo ante un procedimiento administrativo contencioso o si también puede presentarse ante uno no contencioso. Si se limita el significado del término *procedimiento administrativo* a *procedimiento administrativo no contencioso* se está llevando a cabo una interpretación restrictiva. Sin embargo, desde el punto de vista del argumento a contrario en su variante interpretativa, para la configuración del tipo penal, es indiferente si la declaración apócrifa se presentó en un tipo específico de procedimiento administrativo, pues el legislador no ha diferenciado entre uno contencioso y uno no contencioso. Que se haya al *procedimiento administrativo* de manera genérica responde a su verdadera intención, pues si otra hubiese sido su intención así lo hubiese hecho (*ubi lex voluit dixit, ubi tacuit noluit*).

2. Variante productiva.

Esta clase de argumento *a contrario* es harto conocida, y se formula del siguiente modo: si la disposición D vincula el supuesto de hecho H con la consecuencia jurídica C, entonces el supuesto de hecho no-H está vinculado a la consecuencia jurídica no-C. En suma, si H entonces C, no-H entonces no-C, este último enunciado es una norma implícita. Por ello se dice que esta variante es ante todo productora de normas nuevas, pues a partir de una disposición normativa ya interpretada se extrae una norma nueva (implícita), no expresada en los términos de la norma explícita. Guastini (2018), ejemplifica este argumento así:

Supongamos que una disposición normativa –como el art. 48, 1° párrafo, Const. it.– otorga determinado derecho D a los «ciudadanos». Argumentando a contrario, se sostendrá que la disposición otorga el derecho D solo a los ciudadanos y, de este modo, excluye positivamente a los extranjeros y apátridas del goce de dicho derecho. En otras palabras, a partir de la norma «Si ciudadanos, entonces D», se elabora la norma implícita «Si no-ciudadanos, entonces no-D». (pp. 266-267)

3.3. La adscripción de significado.

Producto del empleo de una técnica interpretativa aparece uno de los tantos significados adscribibles a una disposición normativa previamente delimitada. Como se dijo anteriormente, el objeto de la interpretación es la disposición y el producto, la norma (el significado). Pero del significado, de la propuesta interpretativa, de la norma, no es posible predicar un juicio de verdad o falsedad. Tales juicios se formulan sobre proposiciones que pueden ser verificadas empíricamente, es decir enunciados *descriptivos*. Si se dice “está lloviendo” esta proposición será verdadera si de la verificación en los hechos se comprueba que efectivamente “está lloviendo”. No obstante, se ha formulado una teoría según la cual es posible afirmar que un determinado enunciado interpretativo, por ser descriptivo, es susceptible de ser verdadero o falso. Se trata de la teoría cognitiva.

3.3.1 La teoría cognitiva:

Desde la teoría cognitiva –teoría de la interpretación generalmente desacreditada (Guastini, 2018, p. 79)–, se dice que la interpretación de una norma es verdadera o falsa si corresponde o no con el significado real contenida en esa norma, en tanto que los enunciados interpretativos, entendidos como enunciados descriptivos, describen –valga la redundancia– el significado preconstituido de la norma. Esta postura no distingue entre texto y norma. Los concibe como una sola entidad. Se emplea ambos términos de manera indistinta, ocultando así la realidad de la actividad del intérprete. Así, se dice que el legislador emite normas; se dice que una ley, reglamento o la Constitución contienen normas independientemente de la injerencia de un intérprete, y que la labor del operador consiste en *conocer* esa norma predada y contenida en el texto.

Este modo de entender la interpretación, no obstante, adolece de un problema: omite considerar que los enunciados, sean jurídicos o no, por lo general (sino siempre) son vagos, ambiguos o indeterminados. No existen textos claros en sí mismos ajenos a la actividad interpretativa, porque la claridad es una cualidad que se predica del texto luego de que este fue interpretado.

“Por otra parte, ninguno de aquellos que sostienen que los enunciados interpretativos son verdaderos o falsos ha estado jamás en condiciones de indicar los criterios de verdad de dichos enunciados” (Diciotti, citado por Guastini, 2018, p. 79). Efectivamente, ¿cómo determinar que un enunciado es verdadero?, ¿cómo verificar empíricamente que el enunciado interpretativo X corresponde al significado preconstituido al texto? Cuando se afirma que tal enunciado interpretativo es *verdadero* porque responde al significado de los signos que constituyen el texto, en realidad se está apelando a una de las tantas técnicas de interpretación, la técnica de interpretación la literal, la misma que, como se ha visto anteriormente, no lleva a resultados interpretativos únicos y objetivos.

Detrás de esta aparente objetividad, como muy acertadamente lo han explicado juristas como Tarello o Guastini, se esconde un afán de imposición ideológica que trata *“no tanto de describir lo que ocurre, sino más bien de prescribir lo que debería ocurrir”* (Coté, citado por Guastini, 2018, p. 80), y sobre la cual se

sustentan ideologías como la separación de poderes o incluso la existencia de las cortes de casación por aparente *incorrecta* interpretación de la ley.

3.3.2 La teoría escéptica:

Partiendo de la premisa de que los enunciados son susceptibles de expresar cuando menos potencialmente dos significados, según la teoría escéptica, el enunciado mediante el cual se postula un determinado significado (la norma) a una disposición normativa es un enunciado adscriptivo y, por tanto, no susceptible de un juicio de verdad o falsedad, pues no describe nada, sino que estipula, propone o adscribe un determinado significado para el texto. Por eso, la comparación que hace Guastini (2017, pp. 96-100) entre la interpretación y la definición estipulativa.

Considérese el enunciado siguiente: “cuando apoyamos el cuadro sobre la mesa, se destruyó”. “Se destruyó” puede hacer referencia al cuadro o a la mesa. Un intérprete puede sostener que la consecuencia –*estar destruido*– se predica del cuadro, mientras que otro puede afirmar que se predica de la mesa. Ninguna interpretación sin embargo es incorrecta o falsa, y ninguna es necesariamente la correcta o verdadera. Afirmar que dicha cualidad se predica de una cosa o la otra va a depender de la forma en cómo se interpreta el enunciado; esto es, de qué técnica interpretativa se usa. Si quien formuló el enunciado presencié el hecho de que se rompió la mesa al colocar el cuadro y el intérprete se basa en ello para afirmar que con el enunciado su autor quiso decir que la mesa se destruyó, entonces estaría apelando a una interpretación según la intención del autor. Sin embargo, desde la interpretación literal, puede argumentarse que el uso de la coma entre “la mesa” y “se destruyó” tiene por objeto separar “la mesa” aquella consecuencia.

Lo que aquí interesa, sin embargo, es dejar sentado que un enunciado es susceptible de distintas interpretaciones y cada una de ellas es escogida por el intérprete conforme a su voluntad. Cabría preguntarse: ¿por qué un intérprete escoge una y no otra forma de interpretar la norma?, ¿por qué no la interpretación literal y por qué sí la interpretación teleológica? Sea cual fuere el motivo, lo que se constata es que, al interpretar, el agente hermenéutico no conoce el significado *verdadero* del texto, sino que lo escoge y adscribe al texto, según el

método interpretativo que haya empleado. Por eso, los enunciados interpretativos son esencialmente enunciados adscriptivos, no susceptibles de ser verdaderos o falsos.

Ahora bien, si el intérprete elige, de varios, un solo método interpretativo, ¿por qué interpretar entonces un texto de manera originaria o evolutiva o según su *ratio legis* o por qué no interpretarlo tan solo literalmente? Pues básicamente porque la elección de la forma de interpretar un texto responde a ciertos intereses. El abogado defensor lo interpretará del modo que favorezca los intereses de su defendido; el fiscal del modo que favorezca a su investigación o acusación; y el juez, pues, del modo que considere el más adecuado para la solución del caso, según, no obstante, diversos factores como los prejuicios, la presión social, la relevancia del caso, las consecuencias de una u otra interpretación, etc. En ese sentido, la elección de significado de un texto no opera sin fundamento alguno detrás, sino que responde a diversos factores ideológicos, filosóficos, prácticos, etc. Kelsen, admitiendo la elección de significado de un texto como elección política, apuntó:

The task of a scientific commentary is first of all to find, by critical analysis, the possible meanings of the legal norm undergoing interpretation; and then to show their consequences, leaving it to the competent legal authorities to choose from among the various possible interpretations the one which they, for political reasons, consider to be preferable, and which they alone are entitled to select. A scientific interpretation has to avoid giving countenance to the fiction that there is always but a single "correct" interpretation of the norms to be applied to concrete cases. (citado por Guastini, 2018, p. 96)

Si postular un determinado significado para una disposición normativa no puede ser objeto de un juicio de verdad/falsedad, entonces ¿cuál es el criterio para que una interpretación se imponga sobre otras igualmente válidas? Pues, la fuerza de convicción de los argumentos jurídicos que emplea el intérprete para que su postura sea acogida. En buena cuenta, el criterio se reduce a la retórica del discurso, y no tanto a la lógica del mismo, aunque esta última pueda en cierta medida influir en el destinatario del discurso argumentativo.

IV. El papel de la lógica, la retórica y la tópica en el discurso interpretativo.

4.1. La interpretación y la lógica.

Se dice que la lógica, como ciencia, se encarga de estudiar el correcto razonamiento, esto es, la condiciones en las cuales se puede decir que determinada conclusión es verdadera, siempre que derive de premisas también verdaderas. En ese sentido, la lógica estudia la estructura del razonamiento.

Al describir esta estructura, se emplean comúnmente los términos 'premisa' y 'conclusión'. La conclusión de un razonamiento es la proposición que se afirma sobre la base de las otras proposiciones del mismo, y a su vez estas proposiciones de las que se afirma que ofrecen la razón, o las razones para aceptar la conclusión, son las premisas del razonamiento. (Copi, 1971, p. 21)

Aunque existen distintas ramas de la lógica (formal, simbólica, matemática, filosófica, etc.), importa aquí centrar la atención en la lógica proposicional y su regla de inferencia válida formulada en el *modus ponendo ponens*, muy difundido en los manuales de argumentación jurídica. Conforme al razonamiento *modus ponens*, "quien admite como verdadera la proposición de tipo 'si p, entonces q' y la proposición correspondiente a la variable 'p' puede (e incluso debe) admitir como verdadera la proposición correspondiente a la variable 'q'" (Kalinowski, 1973, p. 5).

(a) Si P \rightarrow Q

(b) P

(c) Entonces, Q

Esta clase de razonamiento supone el establecimiento de una premisa mayor (la proposición normativa) y el establecimiento de una premisa menor (la proposición fáctica), para finalmente arribar a una conclusión. Por ejemplo:

(a) El que matare a otro será reprimido con pena privativa de libertad.

(b) Jorge mató a Pedro

(c) Entonces, Jorge será reprimido con pena privativa de libertad.

Este razonamiento, no obstante, presupone la actividad interpretativa sobre una disposición normativa. Esto quiere decir que la interpretación se ubica en una etapa anterior siquiera a la formulación del esquema de razonamiento, pues es a partir de la interpretación que se establecerá el significado de una disposición normativa y luego, con ello, la premisa (o proposición) normativa que será empleada en el razonamiento deductivo. En palabras de Tarello (2018):

Sin embargo, el campo de la inferencia lógica –en el efectivo operar de tales órganos [de aplicación de la ley] y por tanto también en el efectivo operar de aquellos sujetos que a tales órganos dirigen propuestas– es un campo muy circunscripto a causa del hecho de que todas las operaciones de atribución de significado a los documentos que constituyen el discurso de la ley (incluidas las operaciones de elección de los documentos relevantes y de los modos de su combinación) escapan a la «lógica», cuyo empleo presupone más bien que tales operaciones ya hayan sido llevadas a cabo. (p. 95, corchetes agregados).

Antes bien, esto no quiere decir que la lógica no cumpla un rol fundamental en el razonamiento jurídico. De hecho, es imposible prescindir de ella si se quiere controlar la argumentación jurídica de los operadores. Conocer sus reglas, además, sirve de mucho para evitar caer en (y advertir cuando se presenten) falacias. Aquí, sin embargo, no es pertinente profundizar en ello. Interesa solamente destacar que derivar consecuencias lógico-deductivas y por tanto necesarias, o inductivas y por tanto probables, presupone ya el acto de interpretación, esto es, de establecimiento de la premisa normativa. Por tanto, la interpretación se ubica, en ese sentido, en una fase lógicamente anterior a la formulación del esquema de razonamiento según el modelo *modus ponendo ponens*.

A modo de ejemplo, una cuestión que fue controvertida en su momento es el sentido que podría otorgarse al inc. 5 del art. 334 del CPP. Esta disposición normativa hace referencia, dicho de manera genérica para no adelantar opinión, al procedimiento a seguir cuando el denunciante o agraviado no estuviese conforme con la disposición de archivo de la investigación emitida por el fiscal. Su redacción es la siguiente:

5. El denunciante o el agraviado que no estuviese conforme con la disposición de archivar las actuaciones o de reservar provisionalmente la investigación, requerirá al fiscal, en el plazo de cinco días, eleve las actuaciones al fiscal superior.

Actualmente, la interpretación imperante, conforme a la directiva n.º 004-2016-MP-FN y la STC recaída en el expediente n.º 00070-2014-PA/TC, es aquella según la cual la disposición normativa antes citada establece que: (P) si el denunciante o agraviado se encuentra disconforme con la disposición de archivo de la investigación, entonces (Q) podrá, en el plazo de cinco días, requerir al fiscal que eleve los actuados al fiscal superior. Reformulada, la norma sería la siguiente: Si P entonces Q. Esta sería la proposición normativa que fungiría de premisa mayor en el siguiente esquema de razonamiento:

(a) Si P entonces Q.

(b) Q.

(c) Entonces, P.

Pero para llegar al establecimiento de la premisa mayor, de la premisa normativa, e incluso para determinar siquiera la existencia de la consecuencia jurídica (que el agraviado tenga el plazo de cinco días para solicitar la elevación de actuados), primero debió dilucidarse el sentido de la disposición normativa. En otras palabras, debió determinarse cuál es la norma emanada de aquella. Así pues, antes de que se emita la directiva n.º 004-2016-MP-FN, se estableció la práctica, por parte de algunos fiscales del Ministerio Público, de interpretar inc. 5 del art. 334 del CPP de tal modo que se entienda que los cinco días a los que se refiere el texto estén orientados a regular el plazo, no ya que tiene el agraviado para solicitar la elevación de actuados, sino el plazo que tiene el fiscal provincial para elevar los actuados. Así, para determinar el tiempo que tiene el agraviado para solicitar elevación de actuados habría que acudir a lo establecido en el art. 12 de la Ley Orgánica del Ministerio Público (LOMP). En ese sentido, la norma según esta forma de interpretación sería la siguiente: (P2) si el denunciante o agraviado se encuentra disconforme con la disposición de archivo de la investigación, entonces (Q2) podrá requerir al fiscal que en el plazo de cinco días eleve los actuados al fiscal superior.

(a) Si P2 entonces Q2.

(b) Q2.

(c) Entonces, P2.

- (a) Si el denunciante o agraviado se encuentra disconforme con la disposición de archivo de la investigación, podrá requerir al fiscal que en el plazo de cinco días eleve los actuados al fiscal superior.
- (b) El denunciante X se encuentra disconforme con la disposición de archivo emitida en el caso Y.
- (c) Entonces, podrá requerir al fiscal que en el plazo de cinco días eleve los actuados al fiscal superior.

Con lo anterior no se ha tratado más que de hacer explícito un fenómeno: la interpretación presupone el esquema de razonamiento lógico e incluso lo condiciona en su estructura. Se ha visto cómo es que una u otra interpretación del inc. 5 del art. 334 del CPP provoca que el esquema de razonamiento *modus ponendo ponens* se formule de distinta manera, según la interpretación escogida. En ese sentido, la aplicación de la lógica al razonamiento jurídico (la lógica jurídica) supone previamente que una de las premisas, en este caso la normativa, haya sido objeto de interpretación. Una vez que se extrae el sentido (la norma) del texto normativo es posible, recién, derivar las consecuencias lógicas que se quiera. Y es por ello, precisamente, el orden de los términos de los que se compone el presente subtítulo: “la interpretación y la lógica”. La interpretación, y los raciocinios jurídicos en general, pues, no pueden reducirse a la lógica. Ya lo decía el propio Kalinowski (1973) en la parte introductoria a su libro *Introducción a la lógica jurídica*:

Pero los raciocinios jurídicos sobrepasan y con mucho las aplicaciones de la lógica de las normas hechas por los juristas. Si bien todo razonamiento de interpretación o de aplicación de derecho, que se conforme a la regla lógica basada sobre tal o cual tesis de la lógica de normas, es un raciocinio jurídico, no todo raciocinio jurídico es un raciocinio de elaboración, interpretación o aplicación del derecho, con normas por premisas y conclusión. (p. XVII)

4.2. La interpretación y la *nueva retórica*.

Si bien la lógica no parece ser útil para justificar la elección de un significado sobre un determinado texto normativo, la retórica cuenta con medios argumentativos que permiten justificar la elección de un significado (norma) sobre una disposición normativa. Y esto porque la interpretación y la retórica guardan relación con una cuestión nuclear: actos de decisión. Mientras que la interpretación supone un momento de decisión (elección, adscripción) del significado de un texto, con las técnicas de la retórica se intenta argumentar prácticamente esa elección de significado. Esta relación se torna aún más estrecha si se considera que la actividad interpretativa no se encuentra inmersa en el mundo de lo necesario y de la evidencia empírica, sino en el mundo de lo plausible, lo aceptable, en el cual precisamente lo que se busca no es formular un juicio apodíctico o establecer una verdad necesaria, sino que una decisión sea aceptada como plausible, válida, admisible, o quizá solo como atendible, por un determinado auditorio. Para esto último, la argumentación práctica retórica resulta en verdad de utilidad.

En principio, no puede dejar de citarse a Chaïm Perelman y a Lucie Olbrechts-Tyteca, coautores del *Tratado de la Argumentación. La nueva retórica* publicado originalmente en 1966. Esta obra, como el propio Perelman en 1979 relata en *The New Rhetoric: A Theory of Practical Reasoning*, tiene su origen luego de la insatisfacción que le supuso la conclusión a la que llegó en su estudio *The Idea of Justice and the Problem of Argument*. En él, aceptando la conocida falacia naturalista formulada por David Hume, según la cual no es posible derivar el “deber” (ought) del “ser” (is), Perelman concluye que la justicia no descansa en fundamentos racionales:

Indeed, as I entirely accepted the principle that one cannot draw an "ought" from an "is" - a judgment of value from a judgment of fact - I was led inevitably to the conclusion that if justice consists in the systematic implementation of certain value judgments, it does not rest on any rational foundation: "As for the value that is the foundation of the normative system, we cannot subject it to any rational criterion: it is utterly arbitrary and logically indeterminate... The idea of value is, in effect, incompatible both with formal necessity and

with experimental universality. There is no value which is not logically arbitrary". (Perelman, 1979, p. 8)

En esta encrucijada, el profesor de Bélgica, de origen polaco, encontró una solución no en un esquema *a priori* de la estructura lógica de los juicios de valor, sino en el estudio de las razones que, de hecho, las personas brindan cuando formulan esta clase de juicios. En sus propios términos:

I could see but one way to solve the dilemma to which most currents of contemporary philosophy had led. Instead of working out a priori possible structures for a logic of value judgments, might we not do better to follow the method adopted by the German logician Gottlob Frege, who, to cast new light on logic, decided to analyze the reasoning used by mathematicians? Could we not undertake, in the same way, an extensive inquiry into the manner in which the most diverse authors in all fields do in fact reason about values? By analyzing political discourse, the reasons given by judges, the reasoning of moralists, the daily discussions carried on in deliberating about making a choice or reaching a decision or nominating a person, we might be able to trace the actual logic of value judgments which seems continually to elude the grasp of specialists in the theory of knowledge. (Perelman, 1979, p. 9)

Con este punto de partida, Chaïm Perelman y a Lucie Olbrechts-Tyteca se sumergen en la investigación que concluyó en su obra *Tratado de la Argumentación. La nueva retórica*. En esta obra los autores tratan de recuperar la importancia de la dialéctica (la retórica) que, a partir de Descartes, fue disminuyendo. Emplean el término "retórica" y no "dialéctica", porque este ha perdido su significado primitivo y cuando es usada en la filosofía contemporánea se hace referencia a cuestiones filosóficas heterogéneas (v.gr: materialismo dialéctico) no propiamente del discurso argumentativo. Esto no sucede con el término "retórica", que ha mantenido su uso habitual referido al discurso argumentativo tendiente no a establecer una verdad, sino a tratar de que unas determinadas personas (auditorio, en término perelmanianos) se adhieran a una determinada posición. En ese sentido, se puede diferenciar entre razonamientos dialécticos (o retóricos) que, en el sentido originario del término, usado por Aristóteles, hacen referencia a aquellos razonamientos que se refieren a la adhesión y están basados en opiniones y realidades contingentes ["founded on opinion and concerned with contingent realities" (Perelman, 1979, p. 10)]; y, en contraposición, los

razonamientos analíticos, que son aquellos relativos a la verdad. La argumentación es propia del razonamiento dialéctico o retórico. No se necesita de ella en el caso de los razonamientos analíticos, que se bastan a sí mismos por la fuerza de la demostración.

Quando se trata de demostrar una proposición, basta con indicar qué procedimientos permiten que esta proposición sea la última expresión de una serie deductiva cuyos primeros elementos los proporciona quien ha construido el sistema axiomático en el interior del cuál se efectúa la demostración. (Perelman & Olbrechts-Tyteca, 1989, p. 46)

En efecto, la demostración no necesita argumentación ninguna. Sus conclusiones se imponen por la necesidad de su verdad, derivada de un juicio (inferencia) a partir de ciertas premisas. Esto es en esencia cierto: la verdad es impersonal, por lo menos en el campo de la lógica matemática, que es desde donde parte el análisis de Perelman & Olbrechts-Tyteca (distinto es hablar de “frangas de verdad” según las distintas ciencias, cuestión gnoseológica que no incumbe al presente trabajo). Perelman (1989), en la obra ya citada, continúa:

Desde semejante perspectiva, la argumentación, tal como la concebimos, ya no tiene razón de ser. Los hechos, las verdades o, al menos, las verosimilitudes, sometidas al cálculo de las probabilidades, triunfan por sí solas. Quien las presenta no desempeña ningún papel esencial, sus demostraciones son intemporales, y no tiene motivos para hacer distinciones entre los auditorios a los que se dirige, ya que se supone que todos se inclinan ante lo que es objetivamente válido. (p. 93)

Pues bien, cuando no se trata de la clase de juicios (apodícticos) antes señalados, es decir cuando se trata de sustentar una posición –relativa, opinable, debatible– respecto a alguna materia y cuando no hay acuerdo en la elección de una solución, entre varias, sin que exista criterio que permita jerarquizarlas, o cuando se trata de establecer premisas plausibles, no objetivas e intemporales, es ahí que resulta necesario acudir a la retórica y a la argumentación, pues la retórica “*parte para sus silogismos, no de principios evidentes, sino de aquello respecto de lo que existe alguna otra forma de convencimiento, de endoxa, y mediante la argumentación se hace ver al auditorio de aquello sobre lo que ya está convencido*” (García, 2018, p.63). La argumentación, en

ese sentido, cumple la función de “*provocar o acrecentar la adhesión a las tesis presentadas para su asentimiento*” (Perelman & Olbrechts-Tyteca, 1989, p. 91); en otras palabras, la aceptación por parte del auditorio particular a una determinada postura o premisa que, sin ser una verdad apodíctica, sino solo una tesis plausible, el orador (escritor u expositor) pretende que sea aceptada frente a otras (igualmente posibles) tesis.

En esa línea de ideas, la retórica puede, según se emplee los esquemas de argumentación que brinda, servir de método para argumentar la adscripción de un significado a un texto. Y esto es, precisamente, lo que en la realidad sucede. El abogado defensor trata, por los medios que la retórica le brinda, de argumentar sobre la plausibilidad de determinada interpretación sobre una disposición normativa. En otras palabras, trata de convencer a su auditorio, un juez o un colegiado de jueces, de la “verdad” de su posición o de que simplemente su postura es la correcta. Lo mismo sucede con la contraparte (colitigante o fiscal) y con los propios jueces, quienes, pese a que de hecho no tendrían la necesidad de argumentar, de derecho se encuentran obligados a brindar razones suficientes para sustentar una determinada posición sobre la interpretación de una disposición normativa. Se verifica, entonces, en el contexto en el que se presenta la actividad interpretativa, la presencia de los tres elementos de la teoría de la argumentación de Perelman: el orador, el argumento y el auditorio, y la justificación del empleo de este esquema de la nueva retórica en la argumentación de los juicios interpretativos reside en el hecho de que estos no son apodícticos, ni responden a esquemas lógicos, sino a actos esencialmente de voluntad, de elección generalmente discrecionales y caracterizados por ser plausibles, posibles, opinables, etc.

Si la interpretación del texto normativo se tratara de un juicio lógico y necesario, el esquema de argumentación perelmaniano simplemente desaparecería, pues, como se dijo anteriormente, la argumentación no tiene valor allí donde la verdad se impone por la necesidad, allí donde las conclusiones opuestas se entienden como un cálculo erróneo por alguna de las partes y su resolución implica la –necesaria– imposición de una conclusión sobre la otra. Lo mismo sucedería con el auditorio, pues su ideación por parte de un orador, en el caso del auditorio universal, carecería de sentido; como sucede, por ejemplo, en el caso de los científicos, a quienes poco interesa, si son éticamente correctos con sus postulados, experimentaciones y conclusiones, la

adhesión de un público mediante razones que vayan más allá de los hechos objetivos que han logrado demostrar. Por el contrario, al ser la interpretación una actividad finalmente política, que supone un acto de elección, de voluntad, la retórica se erige como un medio idóneo para argumentar sobre dicha elección, para *racionalizarla*, en términos empleados por el propio Perelman.

Lo dicho, sin embargo, no puede confundirse con la afirmación relativa a que todo el razonamiento jurídico sea esencialmente retórico. Esto evidentemente es falso. La retórica, como ya apuntó Tarello (2018), no se encuentra presente, por ejemplo, en la actividad del legislador, que, si bien es inventiva, no es persuasiva, porque no tiene necesidad de motivar sus elecciones (caso de la interpretación auténtica). La teoría perelmaniana del razonamiento jurídico como argumento retórico abarca solo las operaciones que no son susceptibles de tratamiento lógico-formal (pp. 106-107), como la actividad interpretativa. Apunta Tarello (2018), finalmente:

Mérito de Perelman, en cualquier caso, es el de haber trazado un mapa para identificar y clasificar esquemas de argumentación. Entre estos, los esquemas de argumentación utilizados por los operadores jurídicos para acreditar (proponiendo o motivando) las decisiones relativas a la atribución de significado a los enunciados normativos, esto es, aquello a lo que se llama «interpretación». El control social sobre las decisiones relativas a la atribución de significado se torna en gran medida posible por la aceptación (en una cultura dada) de esquemas de argumentación a que los operadores de la interpretación puedan conformarse. (p. 107)

4.3. Interpretación y tónica jurídica:

La obra fundamental de tónica, en materia jurídica, es, por supuesto, *Topik und Jurisprudenz: ein Beitrag zur Rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung* (Tónica y Jurisprudencia: una contribución a la investigación jurídica básica) de Theodor Viehweg, así que en este título se hará alusión constante a ella, y como base metodológica para sintetizar en la medida de lo posible el pensamiento de Viehweg se empleará la obra de Juan García Amado, que de hecho se trata de su tesis doctoral, *Teorías de la tónica jurídica*, editada y publicada por primera vez en 1988.

En líneas generales la tópica es una técnica del pensamiento problemático (*Techne des Problemdenkens*) para establecer premisas ante una situación problemática que no exige una única respuesta y que, aun habiendo recibido una, no excluye a las otras posibles. Esto precisamente descartaría a las ciencias naturales como ciencias que seguirían el método tópico, pues, estas, al recibir una respuesta, descartan por necesidad las otras.

Tres son los conceptos claves para entender, según enseña García Amado, el sistema conceptual de Viehweg: la *aporía* (o problema), el *intercambio de consideraciones* y las *orientaciones* (o indicaciones). Explica García (2018):

Una aporía significa para Viehweg una cuestión acuciante e ineludible respecto de la que no está marcado un camino de salida (Weglosigkeit), pero que no se puede soslayar. Y es ese concreto problema el que desencadena un juego o intercambio de consideraciones que constituyen lo que propiamente se denomina “tópica o arte de la invención”. Lo que la tópica pretende es dar orientaciones, indicaciones (Winke) de cómo proceder en una tal situación, a fin de no quedar bloqueado sin remisión. (p. 80)

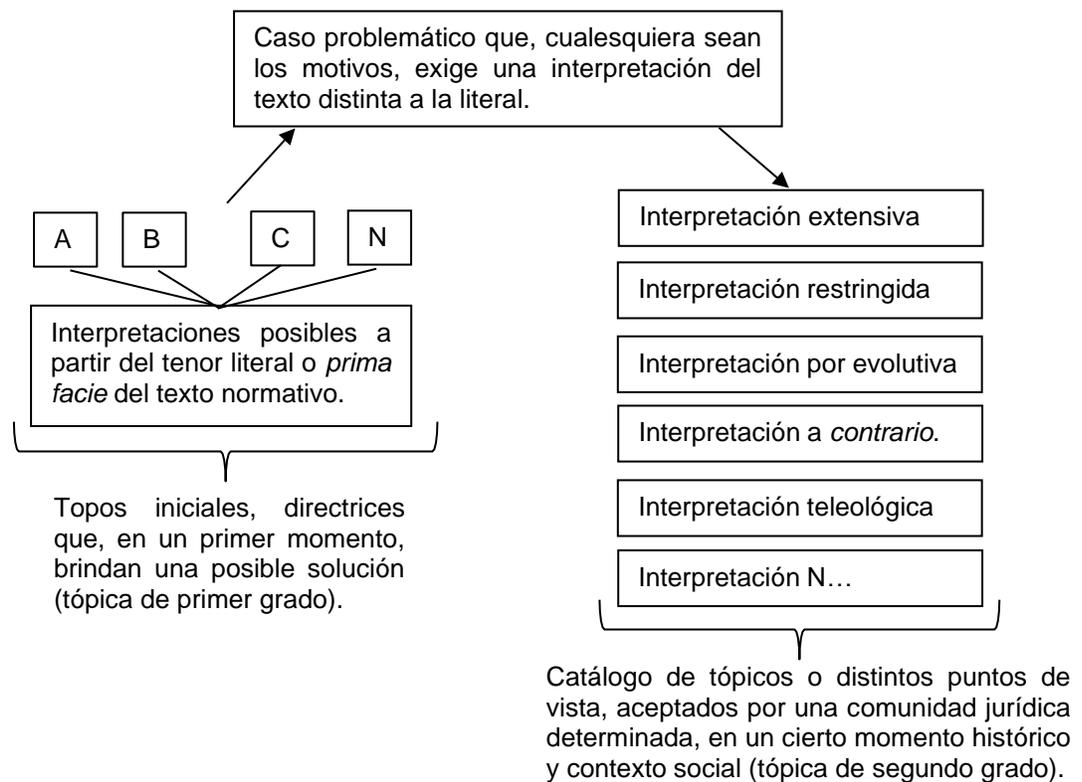
Ahora bien, ¿cuál es esa aporía sobre la cual se erige el método tópico de la Jurisprudencia? La situación problemática fundamental sobre la cual se erige la Jurisprudencia y que tiene además un carácter constante, permanente y nunca resuelto por completo, es la cuestión de “¿qué es lo justo aquí y ahora?”. Esta cuestión, junto al “carácter inseguro y no definitivo de los enunciados con que se opera para alcanzar soluciones” (García, 2018, p. 84), condicionan la estructura de la Jurisprudencia y le dotan de peculiaridad. También, los elementos, conceptos y proposiciones de la Jurisprudencia han de permanecer ligados a la aporía fundamental. De esta vinculación necesaria con la aporía fundamental aparece la cualidad básica de las premisas con las que trabaja la Jurisprudencia: su carácter discutible, no definitivo. Pues debido a que “lo justo aquí y ahora” (*hic et nunc*) depende de “la constante evolución de la vida social, a la necesidad de interpretación inherente a todo el lenguaje ordinario y a la prohibición del *non liquet*” (Viehweg, citado por García, 2018, p. 88), es debido a ello, decimos, que las premisas se encuentran en constante cambio y pueden operar adecuadamente en

un determinado tiempo o contexto, pero no en otros. Esta ligazón a la aporía fundamental, además, es la razón por la cual no es posible establecer, en el derecho, una metodología lineal de corte axiomático, sustentado en un esquema formal reductible únicamente a la lógica. La constante renovación de las premisas, en la Jurisprudencia, impiden la formación esquemas axiomático-deductivos de gran extensión y exigen pues el método tópico.

Ahora bien, a estas premisas o puntos de partida se le conocen como tópicos o *topoi*. La concepción de qué son los tópicos en el sistema de Viehweg no es del todo clara, como constata García (2018, p. 123). Sin embargo, parece ser que el valor de los *topoi* se halla en su función en la estructura de la argumentación, pues servirían como directrices, funciones directivas del lenguaje, fórmulas heurísticas, sugerencias creativas, propuestas de entendimiento, indicaciones lingüísticas para la acción, etc. Por ende, García (2018) indica que en Viehweg, “*son sobre todo caracterizaciones funcionales las que muestran la especificidad de los topoi, más allá de su vaga descripción como puntos de vista o reglas directivas*” (p. 125). En suma, la definición de lo tópicos es esencialmente funcional. Definir los tópicos en razón a su función y no a partir de una definición que abarque sus notas características, permite que estos puedan ser concebidos de distintos modos y formas. Bajo la noción de topos se puede englobar elementos tan heterogéneos como “*las normas legales, los cánones de interpretación, las máximas o refranes jurídicos o, incluso, de sentido común, los principios generales del derecho*” (García, 2018, p. 129).

La interpretación, para Viehweg, “*no ofrece duda de que se trata de un proceder tópico, de que es un “trozo de tópica”, una de las vías de penetración de la tópica en el sistema jurídico*” (Viehweg, citado por García, 2018, p. 262). En ese sentido, se puede entender que el texto jurídico, si bien opera como elemento (*topos*) fijo y estable, no así lo hacen sus sentidos, pues uno de ellos ha de imponerse en el marco de la discusión orientada a resolver el problema fundamental de “¿qué es lo justo *hic et nunc*?”. La interpretación por ello, cumple el rol de renovar ese *topos* inicial –el texto y su sentido literal, por ejemplo– de acuerdo a lo que el problema fundamental de lo justo exija en un determinado caso problemático, de modo tal que aparecen nuevos tópicos –o nuevos sentidos– del texto jurídico orientados a la resolución de la ya mencionada aporía. De este modo, y esto ya es una concepción propiamente nuestra, se podría, recurriendo a la clasificación elaborada por Viehweg entre tópica de primer y tópica de segundo grado,

entender que el texto jurídico y su sentido *prima facie* dado, aparecerían como *topos* dentro del primer grado del proceder tópico, y los distintos tópicos –u otros varios sentidos del texto jurídico– que aparecerían ante un caso que sea problemático y que no pueda resolverse recurriendo simplemente a la interpretación literal de la disposición normativa, formarían parte del catálogo de tópicos de la tópica de segundo grado. El método tópico de la interpretación, se podría graficar del siguiente modo:



La tópica jurídica, en general, más allá de si se trata de la forma como realmente trabaja la Jurisprudencia o si por el contrario se trata de una teoría que presenta cánones normativos para el trabajo de aquella, lo cierto es que resulta de utilidad porque tiene como objetivo establecer las premisas a partir de las cuales la argumentación jurídica puede echar mano para resolver casos problemáticos. Se trata de un método que tiene como centro de desarrollo el problema y en función a ello establece las premisas del ulterior razonamiento. No se trata de un método puramente sistemático-deductivo, pues no pretende, desde un esquema *a priori*, analizar los casos controvertidos, sino todo lo contrario: a partir del problema desarrollar las posibles soluciones.

El fundamento de esta técnica radica en que el problema está en constante desarrollo, porque “lo justo” es relativo y depende de diversos factores. Como consecuencia de ello, el razonamiento jurídico no puede limitarse única y exclusivamente a un proceder sistemático lógico-deductivo. Es posible, claro está, desarrollar cadenas de razonamientos orientados a la solución de un problema determinado, pero cuando este problema cambia y las circunstancias en que el nuevo problema se presenta también cambian, el razonamiento debe a su vez modificarse. La tópica pretende ser una técnica de razonamiento jurídico que puede ir de la mano con la naturaleza cambiante de la aporía fundamental del Derecho. Esta aporía se presenta, en el caso de la interpretación jurídica, de la forma siguiente: ¿qué interpretación del texto jurídico es justa aquí y ahora –*hic et nunc*–? Ante esta problemática, no queda más que tratar de establecer las posibles premisas en virtud de las cuales se procederá a interpretar la disposición normativa. La tópica, finalmente, aplicada a la interpretación, hace explícito un hecho ya muchas veces resaltado, el texto es susceptible de distintas interpretaciones. Trabajar con una limitada visión de la interpretación –v. gr. el entendimiento solo literal de los textos– no permite que el Derecho se desarrolle conforme a la exigencia de justicia de cada caso concreto.

V. La interpretación según los sujetos que la practican.

Corresponde ahora hacer alusión a los sujetos que participan en la actividad interpretativa. Todo ciudadano en principio tiene capacidad de interpretar los textos normativos. Pero solo algunos cumplen un papel institucionalmente reconocido en la práctica y en el ordenamiento jurídicos y que, de un modo u otro, tienen incidencia en estos. Dependiendo del sujeto intérprete, la interpretación puede ser catalogada como: auténtica, doctrinal, oficial y judicial.

5.1. La interpretación auténtica.

Se dice que una interpretación es auténtica cuando es realizada por el propio autor de la disposición normativa: el legislador. En buena cuenta, es el legislador el que enseña, mediante otra ley, cuál es el sentido de una disposición normativa. Este es el caso de la llamada *ley interpretativa*, mediante la cual el legislador prescribe que un texto normativo (la ley interpretada) debe ser entendido del modo prescrito en aquella (la ley interpretativa).

La Ley 26657, promulgada el 23 de agosto de 1996 por el Congreso de la República durante el mandato del expresidente Alberto Fujimori Fujimori, aunque declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional en su momento, es una muestra explícita de interpretación auténtica. Esta ley tenía por objeto interpretar el art. 112 de la Constitución Política del Perú de 1993, que prohibía al presidente de la República la reelección inmediata en el mismo cargo. Su contenido es el siguiente:

Artículo único.- Interpretase de modo auténtico, que la reelección a que se refiere el Artículo 112° de la Constitución, está referida y condicionada a los mandatos presidenciales iniciados con posterioridad a la fecha de promulgación del referido texto constitucional. En consecuencia, interpretase auténticamente, que en el cómputo no se tiene en cuenta retroactivamente, los periodos presidenciales iniciados antes de la vigencia de la Constitución. La presente norma se ampara en el Artículo 102 y la Octava Disposición Final y Transitoria de la Constitución. (Ley 26657, 1996)

En este caso, la ley interpretativa es la Ley 26657 y la ley interpretada el art. 112 de la Constitución. Con aquella se intentó extender el significado de la disposición normativa (ley interpretada) de modo tal que la norma emanada de ella rebase los propios términos con los que fue formulada, haciendo una distinción *ad-hoc*, allí donde el constituyente no distingue, pensada únicamente para mantener en el cargo de presidente de la República, por un periodo presidencial más, a Alberto Fujimori.

5.2. Interpretación doctrinal.

Enseña Tarello (2018) que por interpretación doctrinal “*se entiende la interpretación – como actividad y como producto– llevada a cabo por los juristas en las obras de doctrina y en las escuelas de derecho*” (p. 74). Para él, existe una categoría de profesionales del derecho –juristas– distinta y separada de la categoría de los operadores y aplicadores del derecho, con una precisa identificación y que conserva cierta autoridad, tanto así que las interpretaciones llevadas a cabo por los juristas pueden ser consideradas como interpretaciones típicas del derecho (pp. 74-75).

5.3. Interpretación oficial.

Viola y Zaccaria (2007), cuando se refieren a esta clase de interpretación, señalan que:

La interpretación realizada por un órgano del Estado en el cuadro de sus propias funciones institucionales, puede tener el valor de interpretación auténtica: pero no necesariamente vincula a los órganos jurisdiccionales, como sucede por ejemplo en el caso de las circulares administrativas que interpretan leyes precedentes que, si bien gozan de una particular autoridad en el ámbito de la administración pública, no necesariamente vinculan a los órganos de aplicación. (p. 143)

En otras palabras, se trata de la interpretación llevada a cabo “por un órgano –diverso e inferior respecto a aquel que ha producido el objeto de interpretación– del aparato del Estado en el ámbito del ejercicio de su propia función institucional” (Tarello, 2018, p. 73). Es el caso, por ejemplo, del oficio circular n.º 024-2013-MP-FNSEGFIN del 15 de mayo del 2013, suscrito por el entonces secretario general de la Fiscalía de la Nación, Eduardo Vladimir Guevara Poma, por encargo del Fiscal de la Nación. En dicho oficio, se indicó que, conforme al art. 10 del Decreto Legislativo 1106 (Decreto Legislativo de lucha eficaz contra el lavado de activos..., en adelante solo DL), el lavado de activos es un delito autónomo y no cuenta con delito fuente, de tal modo que se excluía a este como parte integrante del tipo objetivo del delito de lavado de activos. Esta directriz interpretativa se implementó con el propósito de que los fiscales a cargo de investigaciones por lavado de activos den estricto cumplimiento a lo “dispuesto por la norma”, aunque más preciso sería decir: la norma derivada de la interpretación oficial del dispositivo normativo del art. 10 del DL 1106.

5.4. Interpretación judicial.

Por interpretación judicial se entiende la practicada por los órganos jurisdiccionales en el ejercicio de sus funciones. Esta interpretación se halla plasmada en resoluciones y supone la elección o adscripción de un significado a una disposición normativa, orientada además a la aplicación de dicho significado a un caso particular. Guastini (2018) entiende que esta interpretación es siempre “interpretación decisoria y (también) es siempre interpretación en concreto” (p. 159). Es decir, el juez, cuando tiene que

interpretar un dispositivo normativo, no lo hace (solo) con pretensiones de científicidad, como sí lo haría en su caso el jurista, sino que en razón a la prohibición del *non liquet*, el juez debe de todos modos elegir un posible significado a una norma y finalmente emplearlo para resolver el caso que juzga. Como dicen Viola y Zaccaria (2007):

[La interpretación doctrinal] trabaja con un punto de vista esencialmente cognitivo, mientras que en la [interpretación judicial] el mismo punto de vista cognitivo está condicionado y orientado por el deber que gravita sobre el juez de ofrecer, a través de una sentencia, una solución razonable al caso concreto que se le ha planteado. (p. 142, corchetes agregados)

Hay otra cualidad de la interpretación judicial que incluso comparte con la interpretación auténtica: tiene eficacia vinculante y es de obligatorio cumplimiento. Empero, la diferencia entre ambas clases de interpretación se encuentra en que la interpretación auténtica tiene eficacia *erga omnes*, pues se trata nada menos que de un texto normativo interpretativo y, por ende, con eficacia vinculante para todos los ciudadanos en general y aplicadores del derecho en particular. Por otra parte, la interpretación judicial, en principio, tiene eficacia vinculante y es de obligatorio cumplimiento solo para las partes del conflicto, *inter partes*; salvo en los casos de órganos jurisdiccionales con la atribución de establecer precedentes vinculantes, en cuyo supuesto también se encontrarían vinculados los órganos aplicadores del derecho.

VI. **Excursus: interpretación, lagunas y antinomias normativas.**

6.1. **Las lagunas en el Derecho.**

Resulta complejo formular una definición que abarque el concepto genérico de “laguna”, pues con este término se puede entender a una pluralidad de fenómenos heterogéneos, que aparecen tanto en la identificación del derecho como en el conocimiento de los hechos. Parece más adecuado, por el contrario, enumerar la tipología que existe sobre las lagunas en el Derecho y solo después de esto proceder a definir cada tipología en concreto. Chiassoni (2011) informa sobre seis modos en los que puede ser concebida una laguna. Así, estas pueden ser concebidas como lagunas normativas (Raz, Alchourrón, Bulygin y Santi), lagunas jurisdiccionales (Raz), lagunas de conocimiento (Alchourrón y Bulygin), lagunas de reconocimiento (Alchourrón y Bulygin), lagunas institucionales (Santi Romano) y lagunas personales (Santi Romano) (p. 207). Lo que

interesa aquí es básicamente las lagunas referidas a la ausencia de normas o deficiencia en su formulación, lo que excluiría a las lagunas personales, de conocimiento y a la laguna institucional. Se hará, no obstante, breve referencia a la laguna de reconocimiento, que no se trata *stricto sensu* de un caso de ausencia de norma, sino de deficiencia o vaguedad en la formulación del dispositivo normativo.

6.1.1. Laguna de reconocimiento.

Se presenta cuando no queda claro si un caso individual se encuentra previsto en el supuesto de hecho de una norma, debido a que esta presenta problemas de vaguedad en los términos que la formulan. A diferencia de la laguna entendida en sentido convencional, en este caso sí existe una norma individual, pero se presenta una duda sobre el significado de algún concepto, término o sintagma que compone el enunciado normativo, lo que genera, a su vez, incertidumbre a la hora de afirmar que un hecho concreto se encuentra previsto en la norma.

6.1.2. Laguna normativa.

Se trata de la ausencia de una norma que regule un supuesto de hecho que se considera relevante jurídicamente. La norma ausente, conforme a la tipología de Chiassoni (2011), puede ser explícita, implícita, ordinaria o metodológica. Es así que, a partir de esta distinción, el citado autor formula hasta cuatro clases de lagunas normativas: (i) laguna ordinaria explícita, (ii) laguna metodológica explícita, (iii) laguna ordinaria implícita y (iv) laguna metodológica implícita (pp. 224-225).

6.1.3. Laguna técnica.

“Se dice que un ordenamiento jurídico presenta una laguna técnica cuando en éste falta una norma cuya existencia es condición necesaria para la eficacia de otra norma” (Guastini, 2018, p. 379). Es el caso, por ejemplo, de las leyes que se encuentran a la espera de su respectivo reglamento que permita determinar las condiciones de aplicación de las normas contenidas en aquellas.

6.1.4. Laguna axiológica.

Se trata de uno de los tipos de laguna más interesante. Es conocida también como “laguna ideológica”. Y consiste en que el operador jurídico se encuentra con una norma que, efectivamente, regula, en su supuesto de hecho, el caso concreto y brinda una solución al mismo (o lo vincula con una consecuencia jurídica, en otros términos), sin embargo esta solución, a la luz de los principios del Derecho, no es suficiente, no es considerada “justa”, debido a que el caso concreto presenta, a consideración del intérprete o aplicador del derecho, ciertas particularidades no advertidas por la norma. Ruiz y Atienza (2009) definen la laguna axiológica del siguiente modo:

Un cierto caso constituye una laguna axiológica de un cierto sistema jurídico si y sólo si (1) ese sistema contiene una regla que soluciona el caso, pero (1) sin que dicha regla considere como relevante una propiedad que, de acuerdo con las exigencias que se derivan del balance entre los principios relevantes de ese sistema jurídico, sí debiera considerarse como relevante.
(p. 237)

Dichos autores, partiendo de una concepción *postpositivista* del Derecho, según la cual el derecho contiene, además de normas, *principios axiológicos*, consideran al “balance entre principios” un juicio valorativo, axiológico, de apreciación del “sentido de justicia” del operador jurídico o del “mandato de justicia” expresado por otra norma, orientada en última instancia a derrotar la norma que regula el caso en concreto.

6.2. La laguna como variable dependiente de la interpretación.

A diferencia de lo que se suele afirmar, las lagunas no se colman interpretando la norma. Tampoco se constatan como si fueran fruto de una actividad cognoscitiva sobre el ordenamiento jurídico. Las lagunas, de hecho, dependen, en su origen y prevención, de la actividad interpretativa. No están plasmadas *a priori* en el conjunto de normas, sino que son fruto de la actividad creativa del intérprete. Considérese, a modo de ejemplo, un ordenamiento jurídico integrado por una única disposición, la disposición D, de la cual pueden aparecer, mediante interpretación, dos normas: N1 y N2. Por otra parte, el operador jurídico se encuentra con un hecho H que, a la luz de la primera interpretación,

puede ser subsumido en el supuesto de hecho de N1; sin embargo, en virtud de la segunda, el mismo hecho H ya no se vería reflejado en el supuesto de hecho de N2. En el primer caso, si se considera el primer sentido N1 de la disposición D, el hecho analizado sería encuadrable en la norma y, por tanto, no existiría una laguna. Por el contrario, en el segundo caso, si se emplease la segunda interpretación N2 de la disposición D, el hecho analizado no sería enjuiciable sobre la base del supuesto de hecho de la norma N2, lo que implicaría una ausencia de regulación con respecto al hecho H, en otros términos, nos encontraríamos ante la presencia de una laguna. En ese sentido, la afirmación de que existe una laguna para un determinado caso supone, antes que una actividad cognoscitiva, una actividad de creación, abiertamente discrecional y que depende en muchas ocasiones de la técnica interpretativa empleada.

El siguiente procedimiento revela el grado de discrecionalidad de la laguna. Primero, antes que nada, resulta fundamental establecer por qué tal hecho *debe* tener relevancia jurídica. ¿Por qué se dice, pues, que un hecho que no ha sido previsto por norma alguna, debe ser regulado por el derecho? Como respuesta a esta pregunta aparecen dos conceptos clave: espacio vacío de Derecho y laguna. Una primera respuesta a las interrogantes implica que el hecho que no encuentra regulación es jurídicamente irrelevante, el Derecho no tiene presencia en él y, por tanto, tampoco puede tener efectos jurídicos. Esto es a lo que se denomina espacio vacío de Derecho. Sin embargo, con esta respuesta lo único que se hace es evadir la cuestión fundamental, a saber, ¿por qué es que calificamos un hecho como jurídicamente relevante, aunque no exista norma que lo prevea? Parece adecuado responder a esta interrogante del siguiente modo: el operador jurídico, para establecer la existencia de un hecho que es jurídicamente relevante y sobre el cual falta una norma, debe observar (entiéndase, interpretar las disposiciones normativas) que un conjunto de normas, comprendidas en su totalidad, prevén un supuesto de hecho genérico, cada una de ellas regulando las respectivas subclases del supuesto de hecho genérico. Así, por ejemplo, el enunciado deóntico “todo daño debe ser resarcido por el causante”, puede ser considerado como un supuesto de hecho genérico a partir de las distintas normas que prevén supuestos de hechos referidos a la responsabilidad del proveedor con respecto a su cliente, del agresor con respecto al agraviado, del empleador con respecto a su trabajador, etc. En ese contexto, aparece ante el operador un hecho que pertenece a la clase genérica del supuesto de hecho “todo daño debe ser resarcido por el causante”, pero que no encuentra norma concreta que lo regule (supongamos que la obligación de que un proveedor extranjero repare los daños causados por sus productos en el país al que

exporta, no se encuentre regulado por ninguna norma). Lo que hará el operador jurídico es desarrollar una serie de argumentos orientados a establecer que el caso que tiene ante su vista pertenece a un hecho genérico cuyas diversas clases se encuentran reguladas en el ordenamiento jurídico, pero que, sin embargo, el hecho concreto, siendo una de esas tantas clases, no está regulado bajo ninguna norma. En ese sentido, se puede exigir la presencia de una norma ante un hecho que es jurídicamente relevante. Por tanto, existiría una laguna para el hecho concreto.

Segundo, incluso se puede decir que la presencia de una laguna estaría condicionada al método interpretativo que se escoja pues, como bien afirma Guastini (2018) “*la interpretación puede prevenir una laguna, evitarla: en el sentido de que los textos normativos a disposición pueden ser interpretados de manera tal que la laguna ni siquiera se presente*” (p. 394). Continuando con el ejemplo expuesto anteriormente, un intérprete distinto al anterior puede proponer la siguiente tesis, empleando la técnica de interpretación *a contrario* en su variante productiva de normas: supongamos que existe la norma según la cual “todo ciudadano debe resarcir el daño ocasionado por la comercialización de sus productos”, con el argumento *a contrario*, el intérprete podría aducir que, por lo tanto, quien no sea ciudadano (v. gr.: extranjero o apátrida), no está en la obligación de resarcir el daño ocasionado por la comercialización de sus productos. En consecuencia, la ausencia de una norma explícita que imponga la obligación de que un proveedor extranjero repare los daños causados por sus productos en el país al que exporta no supondría la existencia de una laguna, sino que dicho hecho en realidad se encontraría regulado por una norma implícita, derivada de una argumentación *a contrario*. La norma implícita estaría formulada así: todo no-ciudadano no debe resarcir el daño ocasionado por la comercialización de sus productos, lo cual supone, en el ejemplo, que el proveedor extranjero no tiene obligación alguna de resarcir los daños que ocasionen sus productos.

6.3. Las antinomias en el Derecho.

Existe una antinomia cuando para un mismo supuesto de hecho existen por lo menos dos normas que lo vinculan a su vez con dos consecuencias jurídicas lógicas o axiológicamente incompatibles. Esta situación se puede describir, en términos generales, del siguiente modo: “*en virtud de una primera norma, N1, el supuesto de hecho S tiene la consecuencia C; en virtud de una segunda norma, N2, el mismo supuesto de hecho S tiene la consecuencia no-C*” (Guastini, 2018, p. 411). Esta

definición, sin embargo, no es exhaustiva, pues hace referencia solo a una de las tantas clases de antinomia, específicamente a la antinomia por incompatibilidad lógica.

La incompatibilidad entre normas puede ser de distinta naturaleza. Consecuentemente, según la naturaleza de la incompatibilidad, las antinomias pueden ser:

6.3.1. Antinomias por incompatibilidad lógica.

Dos son los casos paradigmáticos de incompatibilidad lógica. El primero se presenta cuando una norma, N1, vincula a un supuesto de hecho S una consecuencia jurídica C, mientras que otra norma, N2, vincula a ese mismo supuesto de hecho S una consecuencia jurídica no-C. Este es el caso de incompatibilidad por *contradicción* lógica. Cuando se trata de esta clase de incompatibilidad, como se aprecia de lo dicho previamente, una y otra norma califican de modo opuesto el mismo comportamiento (el supuesto de hecho S se vincula con una consecuencia positiva “C” y con otra negativa “no-C”), de modo que calza a la perfección la definición –más clara y sencilla– que brinda Chiassoni (2017), cuando desarrolla la teoría de las normas de Bentham, a saber: dos normas son contradictorias porque “*califican de modo opuesto el mismo comportamiento [...]*” (p. 108).

El segundo caso se presenta cuando dos normas conectan a un mismo supuesto de hecho dos consecuencias jurídicas que consisten, una, en la obligación de llevar a cabo un cierto curso de acción y, la otra, en la prohibición de llevar a cabo ese mismo curso de acción (Chiassoni, 2011, p. 287-288). En otras palabras, *una norma obliga a X* y la otra prohíbe X, o lo que es lo mismo, *obliga a no-X*. Este segundo caso se conoce como incompatibilidad por *contrariedad* lógica, y se podría definir como la situación en la que dos normas “*califican del mismo modo imperativo [...] comportamientos opuestos*” (Chiassoni, 2017, p. 108) (cáptese que en el ejemplo propuesto *supra*, **una norma obliga a X y la otra norma obliga a no-X**, ambas califican de igual modo, en el sentido de ordenar algo, pero dos comportamientos opuestos, esto es, X y no-X). Al destinatario de la norma le genera un auténtico dilema, pues ya no puede escapar de él, al omitir actuar viola la norma que lo obliga a actuar, mientras que si actúa viola la norma que se lo prohíbe.

Siguiendo el esquema de la lógica de predicados, la contradicción (1) y contrariedad (2) lógicas pueden ser representados, respectivamente, del siguiente modo:

(1) Calificaciones opuestas del mismo supuesto de hecho

N1: $(x) (Fx \rightarrow Cx)$ [se lee: si x es F, entonces **C**]

N2: $(x) (Fx \rightarrow \neg Cx)$ [se lee: si x es F, entonces **no-C**]

(2) Calificación idéntica de comportamientos opuestos

N1: $(x) (Fx \rightarrow OAx)$ [se lee: si x es F, entonces **obligatorio A**, o lo que es lo mismo, *prohibido no-A*]

N2: $(x) (Fx \rightarrow PHAx)$ [se lee: si x es F, entonces *prohibido A* o, lo que es lo mismo **obligatorio no-A**]

6.3.2. Antinomias por incompatibilidad pragmática.

Chiassoni (2011), define estas antinomias así:

Entre dos normas se produce una incompatibilidad pragmática –esto es, una relación que podríamos llamar de incongruencia instrumental absoluta o total–, toda vez que una de las dos normas prescriba comportamientos, o constituya estados de cosas, cuya existencia sea (configurable como) condición impeditiva respecto de la realización del fin prescrito por la otra norma. (p. 303)

Ejemplo de esto, es, según nos muestra el autor ya citado, el caso en que una norma final (o principio constitucional), que prescribe el deber del Estado de asegurar la reinserción social del condenado que haya cumplido la condena, entra en incompatibilidad con una norma que permite transmitir un documental sobre el delito cometido por una persona, justo inmediatamente antes de su excarcelación. Esto es así porque, parafraseando a Chiassoni (2011), la retransmisión de un documental sobre un delito en la inminencia de excarcelación de su autor impedirá –con un grado de probabilidad apreciable– la reinserción social del autor del delito (p. 303).

6.3.3. Antinomias por incompatibilidad instrumental.

Configuran esta clase de antinomias, también, una norma final (o principio) y una norma instrumental, orientada a realización del fin planteado por la primera. Sin embargo, la norma instrumental resulta, no ya incompatible con la consecución del fin prescrito por la norma final, sino *insuficiente, inadecuada*.

6.3.4. Antinomias por incompatibilidad teleológica.

Son casos de antinomias por incompatibilidad teleológica el conflicto entre normas finales (o principios), es decir, los casos de *colisión entre principios*. Continuando con el ejemplo formulado para el caso de las antinomias pragmáticas, puede considerarse como un caso de incompatibilidad teleológica el conflicto constitucional entre el principio de resocialización del autor de un delito y el principio de libertad de prensa fundado en la libertad de expresión.

6.3.5. Antinomias por incompatibilidad axiológica.

Una antinomia axiológica se presenta cuando, con respecto a una determinada escala de valores comunes, dos normas presentan valoraciones (o desvaloraciones) que, al compararlas, se aprecian como incongruentes o irrazonables. Así, v. gr., cuando se dice que dos delitos tienen el mismo *desvalor*, por principio, ambos deben ser castigados con penas equivalentes, pero si, por el contrario, uno es castigado con una pena más severa (o no equivalente) que el otro, entonces existe incompatibilidad axiológica entre ambas normas penales. A modo de ejemplo hipotético, tómesese el delito de hurto y el de violación sexual. Si de acuerdo a una determinada escala de valores (evidentemente hipotética), la norma penal que sanciona la violación sexual se entiende que cuenta con un grado mayor de desvalor que la norma penal que sanciona el hurto, existirá incompatibilidad axiológica entre ambas normas en caso de que el hurto sea sancionado con una pena mayor que el de la violación sexual.

6.4. La antinomia como variable dependiente de la interpretación.

Al igual como ocurre con las lagunas, las antinomias en realidad son variables que dependen de la actividad interpretativa. En la literatura especializada no es desconocida la estrecha relación existente entre antinomia e interpretación. Sin embargo, como dice

el profesor Guastini (2018), la cuestión sobre cuál es dicha relación en absoluto es clara (p. 417). En efecto, debe descartarse la idea según la cual una antinomia se podría resolver mediante interpretación, pues la “constatación” –o mejor dicho el juicio que afirma– de la existencia de una antinomia presupone, y por tanto depende, que se haya ejercido sobre las disposiciones normativas que entran en conflicto una actividad interpretativa. Según esto, una antinomia es tal porque se ha interpretado dos dispositivos normativos de modo que de ellos deriven normas que entren en contradicción o contrariedad lógica, en conflicto axiológico, teleológico, etc. Pero nada impide que ambos dispositivos normativos sean interpretados de otro modo, con el efecto de que se tornen compatibles entre sí y la antinomia simplemente no se presente, aunque, claro, esto no pueda suceder en todos los casos. En síntesis, la interpretación previene antinomias, no las resuelve. Así, Guastini (2011):

En primer lugar, una antinomia puede (tal vez no siempre, pero ciertamente en muchos casos) ser evitada, prevenida, mediante convenientes maniobras interpretativas. En el sentido de que los textos normativos pueden ser interpretados como si expresasen normas compatibles entre sí, de modo que no se presente ninguna antinomia. (p. 417)

Ahora bien, así como la interpretación previene antinomias, también puede generarlas. Los textos normativos pueden ser interpretados de modo que las normas derivadas de ellos sean incompatibles entre sí. Todo depende de la técnica interpretativa con que opere el intérprete.

He aquí un ejemplo de cómo la interpretación previene una antinomia: el inc. 2 del art. 1409 del Código Civil (en adelante CC) dispone: “La prestación materia de la obligación creada por el contrato puede versar sobre: [...] 2. Bienes ajenos o afectados en garantía o embargados o sujetos a litigio por cualquier otra causa”. A partir de este dispositivo normativo se desprende la siguiente norma:

N1: (x) (BAx v AGx v Ex v SLnx → Px): donde x es la prestación materia de la obligación y BA es bien ajeno, AG afecto en garantía, E embargado y SLn sujeto a litigio por cualquier otra causa, y P, permitido. Se leería: si x es BA o AG o E o SLn, entonces está permitido (P) x.

De esta norma general puede incluso desprenderse dos normas más específicas:

N1': (x) (BAx v AGx v Ex v SLnx → P1x): donde P1 significa que está permitido que x sea objeto de un contrato de compraventa.

N1'' (x) (BAx → P1x), que se leería: si x es BA entonces está permitido que x sea objeto de un contrato de compraventa.

Pasemos ahora al inc. 4 del art. 197 del Código Penal (en adelante CP) que prohíbe, entre otros supuestos, la venta de bien ajeno: "La defraudación será reprimida con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años [...] cuando: [...] se vende, grava o arrienda como propios los bienes ajenos". De esta disposición normativa se desprende la siguiente norma:

N2: (x) (Bax → PH-P1x), que se lee: si x es bien ajeno, entonces está prohibida la venta de x (PH-P1).

De la norma N2 se han realizado hasta dos interpretaciones. La primera postula que basta el mero hecho de vender un bien ajeno para la configuración del ilícito penal, pues el sujeto pasivo del delito sería el colitigante o el verdadero propietario del bien. La segunda postura afirma que el sujeto pasivo no es el colitigante o el propietario del bien, sino la persona que adquiere el bien ajeno, bajo la creencia errónea de que lo está obteniendo de su verdadero propietario, error provocado por el engaño del vendedor. Si se adopta la primera postura no se entenderían los términos formulados en el texto normativo del CP: "se vende [...] como propios los bienes ajenos", pues como se ha afirmado en una sentencia de la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, expediente n.º 500-2018:

[...] a quien le interesa conocer de las condiciones del bien no es a la contraparte de un litigio o al propietario real del bien –pues estos ya conocen de ello–, sino que el interesado en que el vendedor brinde la información necesaria en el marco de las negociaciones comerciales de compraventa de bienes es el comprador. En esa línea, quien sufre el engaño y eventualmente el perjuicio patrimonial será el que adquiere el bien en la creencia –errónea– de que se encuentra libre de cualquier tipo de afectación o gravamen o de que lo obtiene de la mano de su real propietario.

Esta segunda interpretación de N2 podría formularse así:

N2': (x) (BAx ^ EA → PH-P1x), que se lee: si x es bien ajeno y se presenta un engaño al adquirente -se le presente el bien como propio- (EA), entonces está prohibida la venta de x (PH-P1).

Entonces, existiría antinomia si se adopta la primera interpretación de N2, pues, mientras esta prohíbe el mero hecho de vender un bien ajeno, considerando como agraviado o sujeto pasivo del delito solo al colitigante o real propietario del bien, la otra norma, N1, permite el mero hecho de vender el bien:

N1'': (x) (BAx → P1x) [norma derivada del inc. 2 del art. 1409 CC]: se lee, si x es un bien ajeno, entonces permitido que sea objeto de un contrato de compraventa.

Y

N2: (x) (BAx → PH-P1x) [norma derivada de una determinada interpretación del inc. 4 del art. 197 CP]: se lee, si x es un bien ajeno, entonces prohibido que sea objeto de un contrato de compraventa.

Esta antinomia, puede ser evitada en todo caso si se adopta la interpretación N2', según la cual para la configuración de la prohibición y ulterior sanción por la venta de un bien ajeno resulta necesaria la presencia de un engaño dirigido a generar error en la conciencia del sujeto pasivo, el adquirente del bien. Esta interpretación implicaría una excepción a N1'', entendiéndose que, en principio, la venta de bien ajeno se encuentra permitida, pero no cuando dicho bien se presente ante el eventual comprador como propio, es decir, cuando medie un engaño típico de una defraudación en el sentido del inc. 4 del art. 197 CP. Esto incluso podría llevar a especificar aún más la norma N1'' si se la toma en cuenta en conjunto con los elementos de N2' (interpretación sistemática), obteniéndose la siguiente norma N1''':

N1''': (x) (BAx ^ no-EA → Px) [norma derivada del inc. 2 del art. 1409 CC], se lee: si x es bien ajeno (BA) y no media un engaño al adquirente (no-EA),

entonces está permitido que x sea objeto de un contrato de compraventa (P).

Ahora bien, y ya para culminar, cuando una antinomia no pueda ser evitada vía interpretación, la cultura jurídica en general acepta ciertas metanormas que permiten establecer cuál de las dos normas que entran en conflicto debe ser aplicada, y cuál no, al caso concreto. Son metanormas en ese sentido el principio de especialidad (*lex specialis derogat legi generali*), el principio de temporalidad (*lex posterior derogat legi priori*) y el principio de jerarquía (*lex superior derogat legi inferior*).

VII. Conclusiones.

Hasta aquí se ha establecido que la interpretación se trata de una actividad, antes que descriptiva de un significado inherente a la disposición normativa, adscriptiva de un sentido determinado por el sujeto intérprete. En otras palabras, la interpretación supone creación, adscripción, estipulación, de un significado a un texto jurídico. Es por esto que los enunciados interpretativos no son susceptibles de juicios de verdad o falsedad.

El proceso que supone la actividad interpretativa se despliega en por lo menos tres etapas. Una de determinación del objeto a interpretar, esto es, de los límites del texto jurídico, v. gr: el artículo de una ley. La segunda etapa implica escoger uno de los tantos métodos o técnicas de interpretación. Y finalmente la tercera etapa supone la producción del sentido final del texto o la llamada adscripción de significado al texto. Ahora bien, este proceso, por lo general, no se encuentra regulado por ningún criterio objetivo o lógico-deductivo que permita afirmar que un significado cualquiera sea el único que necesariamente pueda ser derivado del texto, excluyendo cualquier otra posibilidad. Esto quiere decir, en términos epistemológicos, que el intérprete es libre para escoger entre un método u otro de interpretación, lo cual en última instancia tendrá repercusión en el resultado final de su actividad: la norma derivada del texto. En ese sentido, al no existir juicios apodícticos en lo que concierne a la interpretación, existe cierta irracionalidad en el proceder de todo intérprete, cierta voluntariedad, hecho que no hace más que constatar que la actividad interpretativa responde muchas veces a intereses ideológicos o de cualquier otra índole. Esto, sin embargo, no supone que no existan criterios que *a posteriori* permitan racionalizar o controlar esa elección de significado. Es aquí donde juegan un papel relevante la retórica y la tópica. La primera como arte para argumentar sobre la base de premisas plausibles –y la premisa normativa es ciertamente una de ellas–, ante un auditorio concebido como racional. Y la segunda como método de trabajo que facilita las

premisas (topos) para iniciar la argumentación orientada a la resolución de un caso problemático.

Que la interpretación sea una actividad creativa no excluye desde luego que pueda ser empleada en ulteriores razonamientos lógico-deductivos, pues una vez sentadas las premisas –la normativa (que no es más que un enunciado interpretativo sobre un texto) y la fáctica (enunciado descriptivo de una realidad empírica)–, es posible, y de hecho necesario, acudir a los criterios de la lógica para validar la conclusión. Por tanto, interpretación, retórica, tópica y lógica no son conceptos incompatibles, todos ellos forman parte del razonamiento jurídico.

Finalmente, intérprete puede ser cualquier ciudadano, mas solo la interpretación judicial, y en ocasiones la oficial, no se limita a determinar un significado al texto, sino que, en el caso de estas dos clases de interpretación, ese significado es finalmente aplicado a un caso concreto. Es en ese momento de la aplicación que se materializa la norma. Se advierte, pues, que no todo significado debería ser concebido como norma, pues el único significado que viene a ser ejecutado en calidad de norma es aquel que deriva de la actividad de un órgano jurisdiccional. Prueba de ello es que en teoría los demás intérpretes, dogmáticos, legisladores, abogados, fiscales, etc. formulan sus propias interpretaciones de las disposiciones normativas con miras a que sean acogidas por un órgano aplicador del derecho. La norma, entonces, no es cualquier significado, es aquel significado aplicado a un caso concreto. En ese sentido, desde el punto de vista ontológico, el texto jurídico (la ley, el reglamento, la Constitución) no es más que fuente de derecho (o como, también se suele llamar, documento normativo). La norma no halla su substrato ontológico en los textos, sino a lo mucho solo su génesis, el texto llega a ser norma cuando es, primero, interpretado, y, finalmente, empleado por un órgano jurisdiccional para resolver una controversia.

SUBCAPÍTULO SEGUNDO.

EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA.

I. Sobre el concepto de derecho fundamental desde la teoría analítica de Robert Alexy.

1.1. Normas de derecho fundamental y normas de derecho fundamental adscriptas.

Robert Alexy, cuando desarrolla su teoría de los derechos fundamentales, no hace alusión simple a *derecho fundamental*. Alexy elabora su teoría desde la concepción semántica de norma, que diferencia entre disposición o enunciado normativo y norma o significado, diferencia ya presente en prácticamente toda la teoría analítica del derecho, en la que, precisamente, se enmarca la teoría del profesor alemán. Para él, existe una diferencia entre *disposición de derecho fundamental* que, por decirlo de algún modo, se encuentra representado por los símbolos lingüísticos que conforman el enunciado, y *norma de derecho fundamental* o, dicho de otro modo, el contenido semántico del enunciado. De este modo, si toda disposición normativa expresa una norma, toda disposición normativa de derecho fundamental expresa a su vez una norma de derecho fundamental.

Ahora bien, el citado autor, para identificar una disposición de derecho fundamental, propone un criterio formal, en contraposición a criterios materiales y estructurales. Alexy (1993), al respecto, indica: “*Más conveniente que la fundamentación del concepto de norma de derecho fundamental sobre criterios materiales y/o estructurales es su vinculación con un criterio formal, que apunte a la forma de la positivización*” (p. 65). Es decir, el enunciado o disposición normativa, para ser considerado como enunciado normativo de derecho fundamental, debe encontrarse *positivizado* específicamente en la sección de Derechos Fundamentales de la Ley Fundamental y, además, debe conferir derechos individuales. Y cuando no sea así, es decir cuando a pesar de que el enunciado se encuentre positivizado en la Ley Fundamental, pero no lo está precisamente en la sección de Derechos Fundamentales, será tratado como un derecho fundamental si en la disposición se incluye el recurso de inconstitucionalidad. Luego, las normas de derecho fundamental vendrían a ser las normas directamente expresadas por las disposiciones normativas de derecho fundamental previstas como tal en la Ley Fundamental o en la Constitución. Enseña Alexy (1993) que esta definición de derecho fundamental tiene cuatro ventajas, a saber:

- (1) *Se mantienen lo más cerca posible de la Ley Fundamental y, por cierto,*
- (2) *sin que a través de ellas se impidan consideraciones de tipo general, (3)*

a través de ellas no se prejuzga acerca de ninguna tesis material y estructural y (4) abarcan, en lo esencial, las disposiciones a las cuales en la discusión sobre derechos fundamentales se les atribuye el carácter de derecho fundamental. (p. 66)

Sin embargo, además del criterio formal para identificar disposiciones de derecho fundamental y sus correspondientes normas, el citado autor alemán reconoce normas de derecho fundamental que, si bien no se encuentran positivadas en la Ley Fundamental, ni se infieren ni deducen directamente de la norma de derecho fundamental, “*son necesarias cuando la norma expresada a través del texto de la Constitución debe ser aplicada a casos concretos*” (Alexy, 1993, p. 69). Este tipo de normas se encuentran, con respecto a las normas positivadas en la Ley Fundamental, en una relación de *precisión* y de *fundamentación*. Este decir, resultan necesarias para determinar la aplicabilidad de la norma de derecho fundamental a los casos particulares. Este tipo de normas son denominadas *normas de derecho fundamental adscriptas*.

Ahora bien, no toda norma adscribible a una norma de derecho fundamental positivada en la Ley Fundamental puede ser considerada como norma adscripta de derecho fundamental. Como anota el autor: “*El que una norma valga social o éticamente no significa que, conforme a derecho, pueda ser adscripta a una norma de derecho fundamental estatuida directamente*” (Alexy, 1993, p. 71). Para que ello ocurra, para que sea válida una norma de derecho fundamental adscripta, habrá que llevar a cabo una *argumentación iusfundamental correcta*, en la cual cobran importancia los siguientes criterios: (i) que la norma fundamental a la cual se adscriba esté positivada, (ii) que sea aceptada socialmente y (iii) éticamente.

Este criterio de validez para determinar cuándo nos encontramos ante una norma de derecho fundamental adscripta no es único y no permite llegar siempre a una sola conclusión. Es por eso que “*en muchos casos existe incertidumbre acerca de cuáles normas sean normas de derecho fundamental*” (Alexy, 1993, p. 72). Alexy, adicionalmente, sugiere que el criterio de una *correcta argumentación iusfundamental*, que sirve para identificar una norma de derecho fundamental adscripta, puede también extenderse a las normas de derecho fundamental derivadas de las disposiciones normativa de derecho fundamental. Sin embargo, el modo de argumentación iusfundamental cambia en este segundo supuesto, pues en esta clase de normas de

derecho fundamental generalmente se apuntará, como criterio de identificación, al carácter positivo (regulado, estatuido en la Ley Fundamental) del derecho.

En ese sentido, y ya para concluir, la definición general que propone Alexy (1993) para abarcar ambas clases de normas de derecho fundamental es la siguiente: “*normas de derecho fundamental son todas aquellas con respecto a las cuales es posible una fundamentación iusfundamental correcta*” (p. 73). En el caso de las normas positivas de derecho fundamental, la argumentación estará orientada a establecer que una norma de derecho fundamental es tal porque se encuentra positivizada en la Ley Fundamental, mientras que en el caso de las normas de derecho fundamental adscriptas, la argumentación estará orientada a establecer que ellas provienen de una norma fundamental positiva, que la norma adscripta es necesaria para materializar la norma positiva y que es aceptable social y éticamente.

1.2. Dos tipos de normas: reglas y principios.

Robert Alexy asume la clásica distinción entre reglas y principios. Concibe a ambas entidades como especies de un mismo género: la norma. Así, pues, principios y reglas son manifestaciones, aunque distintas, de la norma.

Tanto las reglas como los principios son normas porque ambos dicen lo que debe ser. Ambos pueden ser formulados con la ayuda de las expresiones deónticas básicas del mandato, la permisón y la prohibición. Los principios, al igual que las reglas, son razones para juicios concretos de deber ser, aun cuando sean razones de un tipo muy diferente. La distinción entre reglas y principios es pues una distinción entre dos tipos de normas. (Alexy, 1993, p. 83)

La diferencia entre reglas y principios, a juicio de Alexy, no es tan solo cuantitativa, es decir, dependiente del grado de mayor generalidad de una (principios) a comparación de la otra (reglas). Para él, existe una diferencia cualitativa, así como un criterio que permite distinguirlas con total precisión: los principios tienen la cualidad de ser *mandatos de optimización* susceptibles de ser cumplidos en diferente grado, dependiendo de las posibilidades fácticas y jurídicas; la reglas, por su parte, son normas que, si son válidas, se caracterizan por tener la propiedad de ser cumplidas o no, dicho

de otro modo, son *mandatos definitivos*. Tal parece que, para Alexy, las reglas no son susceptibles de ser cumplidas en distintos grados, sino que debe hacerse exactamente lo que exige, se cumplen o simplemente no se cumplen. Un principio, por el contrario, puede ser satisfecho en mayor o menor medida.

La distinción cualitativa entre reglas y principios también se hace patente en supuestos como la colisión de principios y el conflicto de reglas, y en que los principios tienen un carácter *prima facie* y las reglas un carácter definitivo:

1.2.1. La colisión entre principios y el conflicto entre reglas:

Ambos casos de colisión suponen que dos normas brindan soluciones incompatibles para un mismo supuesto de hecho. Son, pues, casos de antinomias, conforme se ha desarrollado en el Capítulo I del presente trabajo. El conflicto de reglas –empleando la clasificación de Chiassoni desarrollada en el acápite 6.3 del Capítulo I de este trabajo– se trata de un caso de antinomia por incompatibilidad lógica, y, el conflicto entre principios, un caso de antinomia por incompatibilidad teleológica.

Sin embargo, lo esencial de la diferencia entre estas dos clases de antinomias, a juicio de Alexy (1993), se halla en “*la forma cómo se soluciona el conflicto*” (p. 87). *Un conflicto de reglas “sólo puede ser solucionado o bien introduciendo en una de las reglas una cláusula de excepción que elimina el conflicto o declarando inválida, por lo menos, una de las reglas”* (p. 88); esto es, el conflicto entre reglas sucede en la dimensión de la validez. Además, su solución está dada por criterios bien conocidos: *lex specialis derogat legi generali*, *lex posterior derogat legi priori* y *lex superior derogat legi inferior*.

De otro lado, en el caso de la colisión entre principios, se debe determinar para el caso en concreto –y solo para ese caso– cuál de los principios en conflicto tiene mayor peso. Así, el principio con menor peso debe ceder ante el otro. Pero esto no significa que el principio que cede debe ser declarado inválido, pues, bajo otras circunstancias, la cuestión puede ser resuelta de manera inversa. Es decir, el principio que anteriormente cedió, puede prevalecer en un nuevo caso. En ese

sentido, enseña Alexy (1993), la colisión entre principios tiene lugar más allá de la dimensión de la validez, esto es, en la dimensión del peso (p. 89).

Por otra parte, con relación a la solución de la colisión entre principios, esta, a diferencia del conflicto entre normas, obedece a la ley de la colisión. Resumiendo en demasía, se puede entender esta ley del siguiente modo. Un principio P1 precede o es preferible (P) al principio P2, siempre que se cumplan las circunstancias C. Alexy grafica la ley del peso así: (P1 P P2) C, donde C cumple una doble función, pues no solo representa las condiciones de precedencia de P1 sobre P2, sino que funge también como supuesto de hecho. Es decir, cuando un hecho cumpla con el supuesto de hecho C, es decir con las condiciones de preferencia de P1 sobre P2, entonces se puede decir que se aplicará la consecuencia jurídica que deriva de P1. En palabras de Alexy (1993): “*las condiciones bajo las cuales un principio precede a otro constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente*” (p. 94). La ley de la colisión así formulada manifiesta que no existen relaciones absolutas o abstractas de precedencia de un principio sobre otro (v. gr.: la libertad de prensa no siempre prevalecerá frente al honor, y viceversa). La relación precedencia es, pues, relativa, en otros términos, sujeta a determinadas condiciones, que cambian dependiendo del caso en concreto. Esto deriva en la siguiente característica diferenciadora entre principios y reglas.

1.2.2. El carácter *prima facie* de los principios y el carácter definitivo de las reglas:

La solución que se adopta para un caso a partir de un principio no necesariamente será el mismo que se adopte para otro caso. “*Los principios presentan razones que pueden ser desplazadas por otras razones opuestas*” (Alexy, 1993, p. 99). Con esto se quiere decir que la solución de casos con base en la aplicación de principios no se erige como una solución que necesariamente pueda servir para futuros casos o que deba ser aplicada de manera general en casos que involucren a los mismos principios, pues dado que los principios se encuentran limitados por las posibilidades fácticas y jurídicas, cuando se presente un caso nuevo que involucre al mismo principio posiblemente la solución, si las circunstancias y particularidades del nuevo caso son distintas, sea diferente. En ese sentido, los principios brindan soluciones *prima facie*, soluciones *de principio*

o *all things considered*. Las reglas, en cambio, tienen un carácter definitivo porque las soluciones que prevén son las mismas para todos los casos que se identifiquen con el supuesto de hecho, salvo en los casos en que, por virtud de un principio, se derive un supuesto de excepción a la regla general, lo que de todos modos no enerva el carácter generalmente definitivo de las normas.

1.3. El carácter doble de las disposiciones y normas de derecho fundamental.

Las disposiciones de derecho fundamental pueden estatuir principios o reglas, según se siga un modelo puro de principios o de reglas. Ambos modelos, sin embargo, son descartadas por Robert Alexy y argumenta en favor de un modelo regla/principios, “*que surge de la vinculación de un nivel de principios con un nivel de reglas*” (Alexy, 1993, p. 130). Aunque no es claro en este aspecto (p. 130), si bien Alexy no equipara principio con derecho fundamental, afirma que “cada vez que una disposición de derecho fundamental confiere un derecho subjetivo, está adscripto a ella, por lo menos, un principio de este tipo”. Esto podría traducirse en que *cada disposición de derecho fundamental lleva implícito un principio de la misma naturaleza*. No parece haber una diferencia sustancial entre derecho fundamental y principio, en ese sentido. Tal vez, incluso, podrían equipararse. Esta tesis se refuerza si se toma en cuenta que más adelante el autor afirma que “*las disposiciones de derecho fundamental pueden ser consideradas no solo como positivizaciones de principios [...]*” (p. 133). Con todo, las disposiciones de derecho fundamental no solo ostentan el valor de principios, sino también de reglas, en la medida en que presentan “determinaciones” (restricciones) con relación a las exigencias de principios contrapuestos.

En cuanto a las normas de derecho fundamental, ellas, a juicio de Alexy, son reglas o son principios. Pero pueden también tener un carácter doble en la medida en que se incluya en la formulación de la norma de derecho fundamental una cláusula referida a otro principio, de modo que se exija ponderación. Así, una norma de derecho fundamental puede tener la forma de regla, pero esta regla a su vez, para realizar sobre ella el juicio de subsunción, puede exigir la ponderación, haciendo alusión expresa a principios y a su ponderación. Este es el ejemplo que al respeto construye Alexy (1993) [nótese que la regla es el enunciado en su totalidad, y el carácter de principio deriva la segunda idea subordinada “*o no son necesarias para el cumplimiento de aquellos principios opuestos...*”, lo cual exige evidentemente ponderar esos otros principios]:

Están prohibidas las intervenciones del Estado en la libertad de la persona cuando no se realizan sobre la base de una ley o no son necesarias para el cumplimiento de aquellos principios opuestos que, debido a las circunstancias del caso, tienen precedencia frente al principio de la libertad de la persona (p. 137)

1.4. El concepto de derecho fundamental como un *todo*.

Hasta ahora se ha expuesto de modo, por cierto, somero, los criterios de identificación que propone Alexy para determinar cuándo una disposición normativa puede ser catalogada como disposición de derecho fundamental y cómo es que a partir de ella se puede colegir una norma de derecho fundamental. De igual modo, se ha expuesto que estas normas de derecho fundamental pueden ser concebidas como mandatos de optimización, si se las considera como principios, o como mandatos definitivos, si tienen el carácter de reglas; hasta incluso pueden derivar en un doble carácter de principio/regla. Sin embargo, hasta ahora no se ha expuesto una cuestión nuclear, aunque problemática: la definición de derecho fundamental.

Aquí no se pretende exponer todo el armazón teórico-analítico desarrollado por Alexy (1993) en su obra *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Resulta apropiado, por el contrario, desarrollar de modo elemental los conceptos básicos que son funcionales en orden a entender la definición que propone Alexy sobre *derecho fundamental*. Por lo pronto, puede adelantarse que un derecho fundamental es *un haz de posiciones jurídicas adscriptas a una disposición de derecho fundamental y vinculadas entre sí por distintas clases de relaciones*. Veamos cómo es que cada concepto que compone la definición es desarrollado por el profesor alemán.

1.4.1. Primero. El concepto de derecho subjetivo.

La elaboración del concepto de derecho fundamental parte primero por entender un concepto aún más genérico, el de derecho subjetivo. Para Alexy (1993), la norma jurídica coloca a alguien en una determinada *posición*, ya sea estableciendo una determinada cualificación o *propiedad*, o ya sea estableciendo una *relación*. Cuando la norma establece una propiedad, esta se podría enunciar así: “a es alguien a quien le está prohibido hacer h”. Cuando se trata de una relación, el enunciado apropiado para expresarlo sería uno con predicado

diádico: “a tiene un derecho a G frente a b”. Alexy (1993), en ese sentido, aconseja concebir a los derechos subjetivos como posiciones y relaciones en el sentido antes descrito (p. 178).

1.4.2. Segundo. Clasificación de las posiciones.

Para el autor tantas veces citado, en el marco de la teoría de los derechos fundamentales, cobra valor las distintas clasificaciones en las que puede derivar el concepto de “posición”, así como el establecimiento de cuáles de aquellas posiciones podrían ser llamadas derechos. De este modo, Alexy formula una triple división de las posiciones, aquellas con la estructura de (a) “derecho a algo”, (b) las libertades y (c) las competencias.

1.4.2.1. La estructura del “derecho a algo”.

Una norma jurídica puede posicionar a un sujeto de tal modo que su estatus puede ser formulado mediante el siguiente enunciado general, formulado por Alexy (1993): “*a tiene frente a b un derecho a G*” (p. 186). Este enunciado expresa una relación triádica que representa su estructura: *a* viene a ser el titular del derecho –persona natural o jurídica –, *b* el destinatario del derecho –el Estado o particulares–, y *G* el objeto del derecho –la realización de una acción positiva o negativa–. Cabe precisar, antes bien, parafraseando a Alexy (1993, p. 187-188), que las disposiciones de derecho fundamental no expresan siempre en su texto la estructura triádica antes señalada. Por lo general, expresan un derecho con una estructura diádica, del modo “Todos tienen derecho a la vida”. Un derecho, empero, es expresado así por razones funcionales –de abreviatura–, pues en realidad contiene obligaciones a cargo de un destinatario (el Estado o particulares) que terminan por configurar la relación triádica.

Con la precisión antes indicada, puede observarse que la estructura del “derecho a algo” contiene a un destinatario del derecho, a quien, como contrapartida, le corresponde un deber. Se trata del deber de cumplir con lo que en el ejemplo del párrafo anterior sería la acción *G*, esto es, un actuar positivo (comisión) o un actuar negativo (omisión). Así, por

ejemplo, siguiendo siempre con el enunciado del primer párrafo formulado a modo de ejemplo, podría decirse que *a* tiene frente al Estado un derecho a que este no afecte su propiedad. Esto sería un derecho de *a* a que el Estado cumpla con una acción negativa. También, puede decirse que *a* tiene frente al Estado un derecho a que este proteja su propiedad. Esto se trataría de un derecho a una acción positiva por parte del Estado, *i. e.* la expedición de normas penales que sancionen el daño a la propiedad privada. El corolario de todo esto radica en que a todo derecho le es correlativo un deber, y viceversa.

Como podrá advertirse, lo que se exige del destinatario del derecho va a condicionar la estructura del derecho en cuanto a su objeto. Por tanto, según el objeto de los derechos, estos pueden ser clasificados en: derechos a acciones negativas y derechos a acciones positivas.

1.4.2.1.1. Derechos a acciones negativas (derechos de defensa).

Los derechos a acciones negativas pueden ser relacionados con los clásicos derechos de libertad, de origen liberal-burgués. Son los derechos que prohíben al Estado realizar determinadas acciones que interfieran en la esfera jurídica del sujeto. Concretamente, vinculan al Estado, conforme enseña Alexy (1993, pp. 189-194), con: la prohibición de realizar ciertos actos que obstaculicen determinadas acciones del titular del derecho, la prohibición de afectar determinadas propiedades o situaciones del titular del derecho y la prohibición de eliminar determinadas posiciones jurídicas del titular del derecho.

1.4.2.1.2. Derechos a acciones positivas (derechos a prestaciones).

Son los derechos que exigen del Estado realizar un conjunto de prestaciones en favor del titular del derecho. Las prestaciones pueden ser tanto fácticas –como la obligación de otorgar una pensión mínima vital–, como normativas –como la obligación de proteger la propiedad con la puesta en

vigencia de normas penales– (véase Alexy, 1993, pp. 194-196).

Los derechos a prestaciones pueden ser divididos en tres grupos: derechos a protección, derechos a organización y procedimiento y derechos a prestaciones en sentido estricto.

1.4.2.1.2.1. Derechos a protección.

Alexy (1993) define a los derechos a protección como *“los derechos del titular de derecho fundamental frente al Estado para que éste lo proteja de intervenciones de terceros”*. (p. 435).

Con esta clase de derechos se determina la esfera jurídica propia de los individuos, en la cual terceros no pueden intervenir. Por tanto, los derechos a protección tienen como objeto general la regulación de una parte esencial de la vida social, esto es, las relaciones jurídicas de los individuos jurídicamente iguales.

1.4.2.1.2.2. Derechos a procedimientos.

El procedimiento, en sentido amplio, puede ser entendido como un sistema de *“reglas y/o principios para la obtención de un resultado”* (Alexy, 1993, p. 457).

Desde el punto de vista de la teoría de los derechos fundamentales, las reglas o principios del procedimiento deben ser formulados de tal modo que el resultado responda a las exigencias de los derechos fundamentales. No se trata, visto así, de que a través del procedimiento se obtenga un resultado cualquiera. Este debe

encontrarse acorde con los derechos fundamentales que entran en juego mientras el procedimiento tiene vigencia.

Así, los derechos procedimentales pueden ser concebidos como derechos a prestaciones normativas por parte del Estado. Concretamente, derechos que exigen del Estado el establecimiento de normas procedimentales dirigidas a obtener un resultado que responda a las exigencias de los derechos fundamentales.

Los derechos procedimentales pueden ser de diferentes tipos: derecho a competencias derecho privado, derecho a procedimientos judiciales y administrativos, derecho a organización en sentido estricto y derecho a participar en la formación de la voluntad estatal. Para los efectos del presente trabajo, importa rescatar el segundo tipo: el derecho a procedimientos judiciales y administrativos, o conocidos también como derecho a procedimientos en sentido estricto.

Para Alexy (1993), los derechos a procedimientos en sentido estricto “*son esencialmente derechos a una ‘protección jurídica efectiva’*” (p. 472), y desde este punto de vista podrían ser tratados también como derechos a protección. La efectividad de la protección jurídica se traduce en que “*el resultado del procedimiento garantice los derechos materiales del respectivo titular de derechos*” (p. 472).

Esta idea de efectividad responde al punto de vista de la teoría de los derechos fundamentales. La corrección del resultado del proceso no puede ser llevada a cabo desde un punto de vista interno, ligado exclusivamente a las reglas procedimentales. Es necesario que el resultado del proceso deba ser objeto de corrección, además, desde un punto de vista material, desde el punto de vista de la satisfacción de los derechos fundamentales y del derecho material preexistente al proceso.

En consecuencia, *“por lo que respecta a la conexión entre derechos fundamentales y procedimientos jurídicos, el aspecto procedimental y el material tienen que ser reunidos en un modelo dual que garantice el primado del aspecto material”* (Alexy, 1993, p. 474, cursivas agregadas).

1.4.2.1.2.3. Derechos a prestaciones en sentido estricto.

Alexy (1993) propone una definición clara que se basta a sí misma: *“Los derechos a prestaciones en sentido estricto son derechos del individuo frente al Estado a algo que –si el individuo poseyera medios financieros suficientes y si encontrase en el mercado una oferta suficiente– podría obtenerlo también de particulares”* (p. 474). La educación pública, el transporte público, la salud pública suponen en ese sentido que existe un porcentaje de ciudadanos que no cuentan con los medios financieros mínimos para solventar los gastos que supondrían estos servicios en el sector privado.

1.4.2.2. La libertad jurídica.

Más allá de las discusiones ético-filosóficas sobre el concepto de libertad, Alexy centra su atención en lo que debe entenderse por libertad jurídica. Afirmar que *“la base del concepto de la libertad es una relación triádica entre el titular de una libertad (o de una no-libertad), un impedimento de la libertad y un objeto de la libertad”* (Alexy, 1993, p. 212). Ahora bien, cuando el objeto de una libertad es una alternativa de acción, del modo: *“a es libre para hacer z o no hacer z”*, se hablará de una libertad jurídica, o también llamada libertad negativa.

Ahora bien, por lógica consecuencia, decir que *a* es libre de hacer o no hacer *z*, es equivalente a decir que *a* le está permitido hacer *z* y le está permitido no hacer *z*. En otras palabras, el espacio de libertad jurídica se define por un “contexto” en el que es indiferente para el ordenamiento jurídico que se haga o no se haga una acción, o más precisamente por un contexto en el que está permitido hacer o no hacer una acción. *“Una libertad jurídica de profesar la propia religión existe sólo pero también siempre cuando está tanto permitido hacerlo como no hacerlo”*, enseña Alexy (1993, p. 219). Esto no es más que la negación de los conceptos deónticos de mandato y de prohibición: que *z* esté permitido significa que *no-z* no está mandado (o no es obligatorio), y que *no-z* esté permitido, implica a su vez que no está mandado *z*.

El aquí denominado “contexto” de libertad puede identificarse en dos supuestos. Primero, cuando la posibilidad de actuar negativa o positivamente con respecto a algo deriva de una *norma permisiva explícita* (permisión explícita); y, segundo, cuando el sistema jurídico no contiene ninguna norma de mandato o de prohibición que regule actuar positiva o negativamente con respecto a algo (permisión implícita) (Alexy, 1993, p. 222).

1.4.2.3. Las competencias.

Las competencias vienen a ser posiciones jurídicas que agregan “a la capacidad de acción del individuo algo [...] que no posee por naturaleza” (Jellinek, citado por Alexy, 1993, p. 230). Una competencia es atribuida a alguien por las normas jurídicas, como las del matrimonio o los contratos. La institución jurídica del matrimonio nace como acto jurídico desde que existen normas que se refieren a su validez, invalidez, requisitos, etc., de lo contrario, la unión entre dos personas sería concebida solo como una mera unión *ipso facto*, derivada, tal vez, de una promesa de convivencia. Lo mismo sucede en el caso de los contratos, la herencia, la adopción, la donación, etc., son actos que necesitan de una serie de normas que regulen sus presupuestos de validez, invalidez, eficacia, etc.

Las normas jurídicas que prevén reglas constitutivas de los actos jurídicos son denominadas normas de competencia. En ese sentido, las normas de competencia son concebidas como normas que constituyen el presupuesto necesario para la existencia de un acto jurídico. Solo así se puede decir que el ciudadano tiene la “competencia” para celebrar matrimonio, para ser propietario de bienes, etc. Alexy (1993, p. 235), formula el siguiente enunciado al respecto:

(1) *a* tiene frente a *b* la competencia para crear una posición jurídica PJ de *b*.

Esto podría concretizarse en el siguiente ejemplo: “*a* (causante) tiene frente a su hijo *b* (descendiente) la competencia para desheredarlo de su patrimonio (herencia)”. Las reglas relativas a la desheredación pueden ser consideradas como normas de competencia, pues estatuyen en los sujetos una determinada posición, frente a otro, como el caso de la desheredación por parte de un causante frente su hijo, por la concurrencia de distintas causales de desheredación (maltrato, injuria, etc.). La desheredación, como acto jurídico, requiere para su existencia la vigencia de normas jurídicas relativas a ellas. En ausencia de dichas

normas, simplemente sería un mero acto relevante desde el punto de vista social, antropológico o si se quiere económico, pero no jurídico.

1.4.3. Tercero. La relación entre las tres clases de posiciones.

La posición de *derecho a algo* tiene relación con la *competencia* en tanto en cuanto existe un derecho fundamental a una competencia. “*Este derecho tiene la estructura del derecho a la no eliminación de una posición*” (Alexy, 1993, p. 237). Empero, no puede perderse de vista que el contexto en que Alexy desarrolla esta relación se refiere a un fallo del Tribunal Constitucional Federal de Alemania del año 1969, sobre la protección constitucional de la competencia de enajenar la propiedad. Con esto se debe entender que existe un derecho fundamental a una competencia en tanto que dicha competencia tiene amparo constitucional.

Pues bien, además de lo dicho, se relaciona a la competencia con el concepto de libertad. Se dice pues que con las normas de competencia se amplía el margen de acción, y por tanto de libertad, de un sujeto, en la medida que “*la competencia crea una alternativa de acción*”. De este modo, la creación de una serie de normas de competencia referidas, por ejemplo, a las disponibilidades del patrimonio, genera un campo de acción más amplio, de mayor libertad en el sujeto, debido a que así podrá donar, realizar contratos, establecer herederos, y lo que jurídicamente le sea posible con su propiedad; y, por el contrario, si es que así manda su voluntad, podrá omitir llevar a cabo alguna de esas acciones: esa alternativa de acción es, precisamente, la definición jurídica de libertad que propone Alexy.

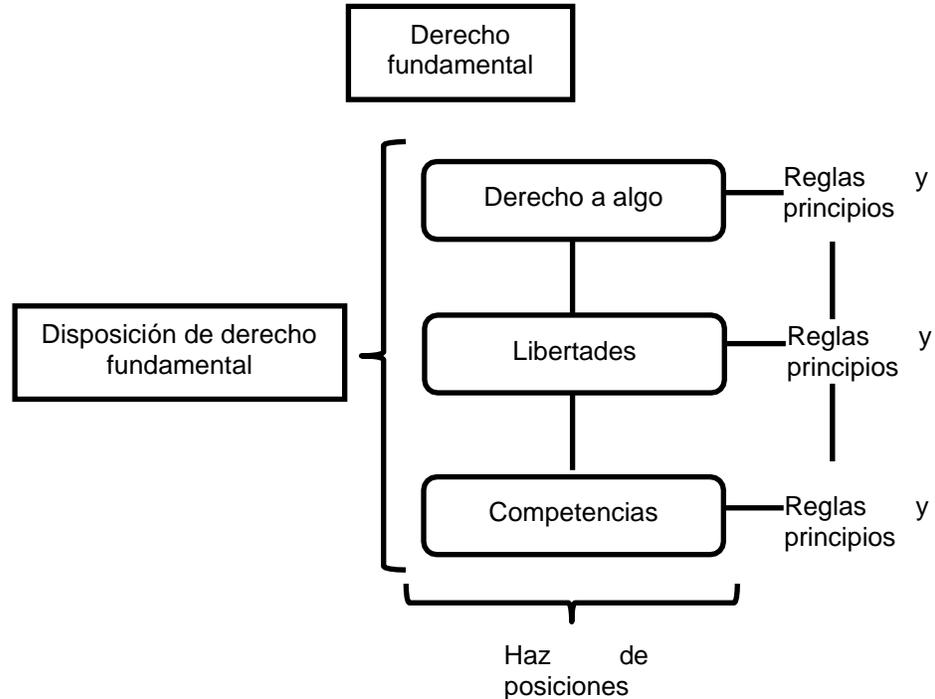
En síntesis, se puede concluir que una *competencia*, derivada de normas de competencia, crea una condición de *libertad jurídica*, en tanto estatuye alternativas de acción. Por otra parte, una competencia puede ser objeto de un derecho, de modo que existe un derecho a la no eliminación de una competencia (posición jurídica del “*derecho a algo*”).

1.4.4. Cuarto. El derecho fundamental como un “todo”.

En palabras de Alexy (1993), “*un derecho fundamental como un todo es un haz de posiciones iusfundamentales*” (p. 241). Lo que reúne todo el haz de posiciones

iusfundamentales en el derecho fundamental es la disposición de derecho fundamental; y como las posiciones corresponden en definitiva a normas (recuérdese que en 1.4.1 se dijo que las normas establecen posiciones), enunciar que un haz de posiciones iusfundamentales se ensamblan en un derecho fundamental, corresponde a decir que un haz de normas iusfundamentales se adscriben a una disposición de derecho fundamental.

Incluso, puede precisarse el concepto aún más, dado que norma pueden ser reglas y principios, puede afirmarse, parafraseando a Alexy, que un derecho fundamental como un todo es un haz de posiciones (normas con estructura de “derecho a algo”, “libertades” y “competencias”) de carácter definitivos y *prima facie* vinculadas recíprocamente en relaciones de precisión, medio/fin y ponderación, y que se encuentran adscriptas a una disposición de derecho fundamental. Lo que comprende un derecho fundamental (como un “todo”) podría graficarse, de modo genérico, así:



II. El contenido esencial de los derechos fundamentales.

La cuestión en este respecto no es pacífica. En este segundo apartado, luego de repasar brevemente la definición de *restricción* y cómo es que esta se manifiesta, se desarrollarán las posturas asumidas por la doctrina con respecto a las restricciones de derechos fundamentales (teorías absoluta y relativa) y, finalmente, se optará por desarrollar aquella postura que jurisprudencialmente el Tribunal Constitucional peruano ha asumido como válida en el ordenamiento jurídico constitucional peruano.

Antes bien, cabe precisar un punto en específico. La premisa por la que aquí se parte versa sobre la necesidad, diríamos *ontológica*, de la existencia de un contenido de los derechos fundamentales que puede, y debe, ser restringido. El problema de la restricción del derecho fundamental y, con él, el problema de las teorías absolutas y relativas, responde a qué es lo que debe ser considerado como restringible en un derecho fundamental, y qué no. No existe, ni puede existir, un derecho fundamental de contenido absoluto, incólume ante otras razones principialistas o axiológicas, pues, primero, desde la teoría de los principios iusfundamentales, esto sería contradictorio con sus postulados, pues todo derecho fundamental lo es *prima facie*. Esto significa que, ante razones de mayor peso en favor de un principio contrapuesto, el principio que se intentará optimizar lo hará solo en la medida jurídicamente posible impuesta por aquel principio contrapuesto de mayor peso, y según se presenten ciertas condiciones fácticas en cada caso concreto.

Segundo, además del argumento derivado de la propia sistemática de la teoría de los principios, existe un argumento por decirlo así *ontológico*. Al modo del argumento ontológico, formulado desde el ateísmo esencial total, para negar la existencia de la idea de Dios y afirmar así su carácter contradictorio (en el sentido de la idea de *círculo cuadrado*), según el cual Dios no puede ser infinito ni absoluto pues así anegaría a toda la realidad existente, y su sola existencia absoluta significaría la negación de la existencia de todo lo demás que no sea el propio Dios; por tanto, la existencia de los seres humanos y el mundo material es prueba definitiva de la inexistencia de Dios; de igual modo –decimos– un principio o derecho iusfundamental no puede tener el carácter de absoluto, pues así anegaría a los demás principios o derechos, simplemente los anularía; de modo que el solo reconocimiento de una variedad heterogénea de derechos fundamentales supone en ellos límites y restricciones (a esto se refiere Alexy cuando habla de los principios del ordenamiento jurídico como límites a la posibilidad jurídica de optimización de un principio dado). Es por eso que, para la coexistencia de diversos derechos fundamentales es necesario delimitarlos o restringirlos de

modo que se encuentren armonizados y puedan coexistir con los demás derechos y valores que el ordenamiento jurídico reconoce. Dicho esto, el problema de las teorías sobre la restricción de derechos fundamentales no es tanto la posibilidad de su restricción, cuanto la medida *cuantitativamente* posible de ella.

2.1. El concepto de restricción.

Una restricción de derecho fundamental podría ser definida como una injerencia derivada de una norma cuya vigencia se traduce en el cambio del otorgamiento de un derecho por el de un no-derecho. Ya se ha dicho que a un derecho fundamental como un todo le está ensamblado o adscrito un haz de posiciones, es decir, un haz de normas jurídicas que establecen posiciones en los sujetos. Pues bien, cuando un sujeto se encuentra en la posición, derivada de una norma iusfundamental, de tener un derecho a, por ejemplo, una acción negativa por parte de otro, existirá una restricción a ese derecho si entra en vigor una norma que niegue directa o indirectamente dicho derecho, este sería el estado de *no-derecho*. Tal vez, un ejemplo como el que propone Alexy (1993) dé luces sobre ello:

Mientras no esté en vigencia el mandado según el cual los motociclistas tienen que usar casco, el individuo titular del derecho fundamental, en virtud del principio de libertad general de acción, tiene una libertad iusfundamental prima facie a usar o no un casco protector. Tan pronto como aquel mandato entra en vigencia, se encuentra frente al Estado en la posición de una no-libertad definitiva para usar o no usar como motociclista un casco protector. La regla que obliga a los motociclistas a usar casco protector es una restricción de un derecho fundamental porque, en virtud de su vigencia, en lugar de la libertad prima facie aparece aquella no-libertad definitiva de igual contenido. (p.274)

Del ejemplo propuesto se puede identificar las siguientes ideas clave para entender cuándo existe una restricción a un derecho: (i) existe, en principio, una posición de libertad jurídica (o de derecho a algo); (ii) entra en vigencia una norma jurídica que impone un mandato que niega de plano dicha posición de libertad (o de derecho a algo); (iii) la posición de libertad ahora es suplantada por una posición de no-libertad (o no-derecho), que, en el caso, se trata de la posición de no-libertad de los motociclistas para usar o no casco. El caso propuesto se trata de una restricción derivada de una norma-

regla, pero igualmente es posible restringir derechos a partir de una norma-principio, en la medida en que los principios pueden, también, erigirse como “[razones] para que, en lugar de una libertad *iusfundamental prima facie* o de un derecho fundamental *prima facie*, aparezca una no-libertad definitiva o no-derecho definitivo de igual contenido” (Alexy, 1993, 276).

Ahora bien, una vez establecido que una restricción se manifiesta en la forma de una norma, ya sea con carácter de regla o de principio, resulta imperativo centrar la atención en el límite de tal restricción en los derechos fundamentales. Es precisamente en esta cuestión que sale a la luz el problema del llamado *contenido esencial* de los derechos fundamentales. Esto será materia de estudio *infra*.

2.2. Teorías sobre el contenido esencial de los derechos fundamentales.

La cuestión acerca de cómo debe entenderse el llamado *contenido esencial* de un derecho fundamental tuvo su origen en el reconocimiento positivo de dicho concepto en el art. 19, segundo párrafo, de la Ley Fundamental de Bonn de 1949, el cual reza: “En ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su contenido esencial”. Este precepto fue adoptado por el poder constituyente teniendo en mente, como enseña el profesor Parejo (1981), “*la desgraciada peripecia histórica de la Constitución de Weimar, que se mostró impotente, en lo que aquí interesa, para frenar el proceso de yugulación de las libertades y derechos individuales fundamentales*” (p. 170) –en referencia a la Segunda Guerra Mundial–; y es que, en efecto, aquel momento histórico:

Condujo a los constituyentes germano-occidentales de 1949 a la búsqueda de técnicas constitucionales capaces de hacer al propio texto constitucional resistente frente al destino propio de todo texto normativo: su disponibilidad por el propio legislador competente, según el sistema de producción normativa. (Parejo, 1981, p. 169)

Entre estas técnicas constitucionales, aparece la idea de concebir un contenido esencial en todo derecho fundamental. Posteriormente, la idea de contenido esencial fue adoptada también por la Constitución española de 1978, en su artículo 53, primer párrafo: “1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá

respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades [...]”.

Como se aprecia, en la legislación constitucional alemana y española, a diferencia de lo que acontece en el Perú, la idea de que los derechos fundamentales se encuentran configurados por un contenido esencial tiene reconocimiento positivo en sus respectivas leyes fundamentales. En ese sentido, la discusión, en aquellos ordenamientos jurídicos, sobre el concepto y los alcances del contenido esencial de los derechos fundamentales no es baladí, deriva por el contrario de la propia necesidad de interpretar los preceptos constitucionales. Y como era de esperarse, la controversia llegó a presentarse en otros ordenamientos jurídicos, como el peruano, a través de la jurisprudencia constitucional, llegando a ser objeto de innumerables críticas y positivos recibimientos. Sobre ello a continuación se apuntarán algunas ideas.

El contenido esencial de un derecho fundamental puede ser entendido como aquello que *“constituye la sustancia o propiedades básicas del derecho, siendo sólo una parte del contenido del derecho constitucional, ya que no se aplica a las propiedades ocasionales o incidentales del respectivo derecho”* (Nogueira, 2003, p.105-106). Las propiedades básicas del derecho son aquellas que, al modo de esencias, hacen que el derecho sea lo que es. Definir al contenido esencial como propiedades básicas del derecho fundamental resulta trascendente, pues esta definición no presupone la irrestringibilidad del contenido, sino únicamente su *esencialidad* para mantener la vigencia del derecho fundamental; la irrestringibilidad, esto es, si es posible o no, en ciertas ocasiones, llegar a limitar dicho contenido esencial, es una controversia que se desarrolla en torno a las teorías absoluta y la relativa, tal como se verá más adelante.

Por otra parte, el contenido esencial se halla en relación con el contenido no esencial (o accidental). El contenido accidental es aquel componente del derecho fundamental que puede ser restringido o limitado por el legislador, sin perjuicio de que, no obstante la restricción, esta deba responder también a razones de orden constitucional, es decir, debe superar el juicio de proporcionalidad.

Ahora bien, como ya se adelantó, sobre el contenido esencial existen por lo menos dos teorías en la dogmática constitucional, según se entienda que dicho contenido pueda ceder ante otro principio, siempre que así lo exija el juicio de proporcionalidad –teoría

relativa–, o que, por el contrario, se entienda que la esencialidad del contenido de un derecho implique su carácter absoluto y, por tanto, irrestringible o ilimitable a cualquier costo –teoría absoluta–.

2.2.1. La teoría relativa.

Salazar (2008) sostiene que, conforme a la teoría relativa, *“el contenido esencial no es un elemento estable ni una parte autónoma del derecho fundamental, por lo que será todo aquello que queda después de una ponderación”* (p.144). Robert Alexy, según se desprende de sus ideas desarrolladas en su obra *Teoría de los Derechos Fundamentales*, es partidario de esta teoría. Para él, la idea de que existe un contenido esencial infranqueable de los derechos fundamentales deriva de que *“existen condiciones en las cuales puede decirse con muy alta seguridad que no tiene precedencia ningún principio opuesto”* (Alexy, 1993, p. 291), pero determinar de que existen dichas condiciones supone previamente el ejercicio de una actividad ponderativa, que establece cierta relación –estable– entre los principios. Es así que solo en circunstancias normales en las que la relación entre principios es estable, se puede hablar de un carácter absoluto en la protección de los derechos fundamentales. Sin embargo, *“no puede excluirse una constelación en la cual los principios opuestos tienen precedencia”* (Alexy, 1993, p. 291). De este modo, pueden presentarse constelaciones de casos extremos en los que las condiciones concretas exijan, vía juicio de proporcionalidad, determinada restricción al contenido de un derecho que, en condiciones normales, se denomina *esencial*.

El propio profesor alemán, al respecto, señala:

La convicción de que existen derechos que nunca son desplazados, ni siquiera bajo las circunstancias más extremas –y sólo éstos son derechos absolutos genuinos– puede ser que sea considerada autovinculante para un individuo que tiene la libertad de sacrificarse en aras de determinados principios, pero no puede valer desde el punto de vista del derecho constitucional. (Alexy, 1993, p. 291)

Considerando, entonces, que la restricción de un derecho fundamental depende del principio de proporcionalidad, se puede concluir que el grado de restricción de un derecho fundamental es directamente proporcional al peso de las razones que existan para ello. Por tanto, cuanto mayor sea la restricción de un derecho fundamental, tanto mayor deberán ser el valor las razones para su restricción (o, en otros términos, mayor deberá ser el peso o valor dado a los principios contrapuestos). Si se da una intervención intensa en el derecho fundamental y no existe razón justificante para ello derivado de un ejercicio de ponderación, la intervención simplemente no estará justificada y, por tanto, vulnerará el contenido esencial del derecho. Es así que, el contenido esencial del derecho fundamental se determinará de acuerdo a las circunstancias de cada caso en concreto, de modo que dicho contenido resulta variable, sujeto básicamente a las leyes de la ponderación. En definitiva, no es absoluto, aunque *–prima facie–* pueda parecer que sí.

Llevada al límite esta teoría, si el contenido restringible de un derecho fundamental se reduce al juicio de proporcionalidad, entonces, siempre que existan razones de peso para ello, un determinado derecho puede ceder de modo tal que quede anulado por completo frente a un derecho o principio que, de acuerdo a las circunstancias, debe preceder frente a aquel. Y esta restricción casi absoluta de un derecho fundamental se justifica en la medida que *“las restricciones que responden al principio de proporcionalidad no lesionan la garantía del contenido esencial aun cuando en el caso particular no dejen nada del derecho fundamental”* (Alexy, 1993, p. 288).

2.2.2. La teoría absoluta.

Conforme a esta teoría, los derechos fundamentales están constituidos por un contenido absoluto –un núcleo duro– que en ningún caso puede ser afectado por otro principio contrapuesto, imponiendo así un límite al legislador que lo obliga a adecuar su acción conforme a dicho límite. Por ello es que se afirma que el contenido esencial de un derecho se erige como una *restricción a la restricción de un derecho fundamental*. En palabras del profesor español Luciano Parejo (1981), *“la garantía constitucional de un contenido esencial en los mismos [los derechos fundamentales] tiene la condición de barrera infranqueable (de límite)*

al resultado del proceso de concreción de todos los límites posibles” (p. 177, corchetes agregados). Prieto (citado por Nogueira, 2003) en esta línea, afirma:

El contenido esencial de un derecho se caracteriza por ser un concepto de valor absoluto, cuyos elementos mínimos que hacen reconocible a un derecho impiden su eliminación o transformación en otra cosa, poseyendo cada derecho su núcleo esencial, el que se descubre acudiendo a la norma constitucional, a las ideas generalmente aceptadas por los juristas y en la esfera de los conceptos jurídicos tradicionales. (p. 115)

Para la teoría absoluta, resulta de superlativa importancia la cuestión de determinar ese contenido que se reputa como esencial en el derecho fundamental y, por tanto, infranqueable para el legislador. Sobre esta cuestión, conforme al análisis que el profesor Parejo Alfonso (1993) ha hecho de la sentencia del Tribunal Constitucional español del 8 de abril de 1981, puede identificarse los siguientes pasos orientados a determinar el denominado *contenido esencial de un derecho fundamental*.

(a) El momento conceptual del derecho: la primera vía para llegar a determinar el contenido esencial de un derecho fundamental, para el Tribunal Constitucional español, parte de la distinción entre el *momento conceptual* y el *momento legislativo* del derecho. Dice el Tribunal en su consabida sentencia:

El tipo abstracto del derecho preexiste conceptualmente al momento legislativo y en este sentido se puede hablar de una reconocibilidad de este tipo abstracto en la regulación concreta. Los especialistas en derecho pueden responder si lo que el legislador ha regulado se ajusta o no a lo que generalmente se entiende por un derecho de tal tipo. (STC 192/1981 de 8 de abril, FJ 8, primer párrafo)

El momento conceptual parece referirse al concepto que de tal derecho tiene una determinada comunidad de juristas, jueces y en general especialistas

del derecho; en otras palabras, el momento conceptual correspondería a la idea que de un derecho cualquiera manejan los especialistas del derecho o la llamada doctrina jurídica. Dicho manejo teórico de la idea de un derecho cualquiera es después de todo –cabe recalcarlo, como lo hace Parejo (1981)– “*un producto del mundo jurídico, de los especialistas en derecho (doctrina científica, jurisprudencia)*” (p.189).

De otra parte, el momento legislativo no podría ser otra cosa sino la tipificación del derecho en el ordenamiento jurídico. La tipificación del derecho puede ser objeto de análisis crítico precisamente a partir de la dimensión conceptual del derecho que manejan los juristas y que está al margen de su reconocimiento positivo. Es por ello que el Tribunal deja en manos de *los especialistas en derecho* la respuesta a la cuestión de si el derecho que se ha regulado se ajusta o no a lo que generalmente se entiende por este. Y es con ellos –la doctrina– y con la imagen conceptual que manejan de los derechos, que se debe buscar el llamado contenido propio de un derecho cualquiera.

- (b) Determinación del conjunto de facultades e intereses protegidos esenciales contenidos en el derecho:** el siguiente paso a seguir implica la determinación de lo que para la doctrina civilista, conforme enseña Parejo (1981), conforma el contenido de los derechos subjetivos como categoría jurídica general. El contenido de un derecho subjetivo, nos dice el maestro, citando a De Castro, radica en el ámbito de poder concedido a un sujeto respecto a un determinado objeto (p. 187). Este ámbito de poder, a su vez, se traduce en un *conjunto de facultades “cuyo ejercicio queda atribuido al sujeto y una situación jurídica protegida”* (Parejo, 1981, p. 187). Entre el conjunto de facultades contenido en un derecho, existen aquellas que son *esenciales*, es decir, “*son absolutamente indispensables para la reconocibilidad jurídica del derecho en cuanto tal*” (Parejo, 1981, p. 187). A esto hace referencia, precisamente, el Tribunal Constitucional español cuando dice que:

Constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al

tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a este tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose por decirlo así. Todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales. (STC de España 192/1981 de 8 de abril, FJ 8, primer párrafo)

Sin embargo, no solo forma parte del contenido esencial de un derecho aquel conjunto de facultades *indispensables para la reconocibilidad jurídica* del mismo, también, como nos dice el Tribunal español, lo son las partes del contenido del derecho que es vital para la protección efectiva los intereses jurídicamente protegibles a los que responden los derechos subjetivos:

El segundo posible camino para definir el contenido esencial de un derecho consiste en tratar de buscar lo que una importante tradición ha llamado los intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula del derecho subjetivo. Se puede entonces hablar de una esencialidad del contenido del derecho para hacer referencia a aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo que dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección. (STC192/1981 de 8 de abril, FJ 8, segundo párrafo)

Los intereses jurídicamente protegidos, que son en realidad situaciones de goce, ganancia, ventaja, aprovechamiento, y que motivan que la situación de poder que confiere un derecho sea protegida, pueden orientar la determinación de cuándo se ha rebasado el contenido esencial del derecho fundamental. Así, se vulnera el contenido esencial cuando el derecho resulta impracticable o simplemente es privado de la protección necesaria.

- (c) **El momento histórico:** otro dato que resulta de importancia resaltar es que, en el fundamento jurídico ocho de la sentencia comentada, el Tribunal hace la precisión de que la determinación de la imagen conceptual del derecho y de su contenido esencial (facultades esenciales) debe hacerse en el marco de una perspectiva histórica determinada (*momento histórico*, lo llama el Tribunal). Pues claro, el sentido o idea que la comunidad jurídica tenga de un derecho, así como de su contenido, no siempre es el mismo. Cambia con el paso del tiempo. Existen distintos momentos históricos en que ese significado puede ser determinado, debido a que el concepto y contenido de un derecho son relativos, sujetos a condicionantes histórico-sociales. No son trascendentes al devenir de la historia. Es por eso que ambos deben ser precisados sin perder de vista el respectivo momento histórico en que se desenvuelven.

2.2.3. Dos tesis paralelas a las teorías relativa y absoluta.

2.2.3.1. Teoría subjetiva.

Conforme a ella, como los derechos fundamentales tienen la naturaleza jurídica de ser derechos subjetivos, se vulnera el contenido esencial del derecho fundamental en el caso de restricciones individuales del derecho, es decir, cuando se afecte el derecho fundamental de un sujeto determinado. El paralelo con la teoría absoluta es explícito. En ambas existe un contenido esencial infranqueable en todos los casos.

2.2.3.2. Teoría objetiva.

Para esta teoría, el contenido esencial del derecho fundamental recae en su carácter institucional, en su vigencia como derecho fundamental reconocido objetivamente en el ordenamiento jurídico. Solo se afectaría su contenido esencial si el derecho fundamental reconocido en el derecho objetivo (el ordenamiento jurídico) deja de tener vigencia o validez. La teoría objetiva “*se basa en la indudable admisibilidad y constitucionalidad de determinadas medidas de sacrificio individualizado de los derechos fundamentales para mostrar lo que lo que realmente*

protege la garantía constitucional del contenido esencial es el derecho fundamental considerado como institución” (Martínez, citado por Salazar, 2008, p. 146). Esta teoría encuentra correlato en la teoría relativa, en tanto que ambas admiten la restricción individual de los derechos y su centro de atención se fija en la justificación de dicha restricción.

2.2.4. Teoría institucional.

Para superar el dualismo subyacente a la controversia entre las teorías absoluta y relativa, Peter Häberle propone una teoría institucional de los derechos fundamentales, en la que recoge los puntos de vista conciliables de ambas teorías. Por una parte, la teoría institucional señala que el contenido esencial de un derecho fundamental se deduce de una ponderación de los distintos bienes jurídicos reconocidos también en la constitución. En ese sentido, parte del contenido esencial de un derecho fundamental lo constituye a su vez aquellos bienes jurídicos de igual valor para la constitución. En palabras de Häberle, citado por Carpio (2004):

“Tal concepción consiente en reconocer que la necesaria ponderación entre los intereses, en caso de obtenerse por medio del equilibrio, no ocurre atribuyendo al menos una precedencia a bienes jurídicos heterogéneos respecto al derecho fundamental, sino que ocurre porque los bienes reconocidos merecedores de tutela se encuentran en el contenido esencial de los derechos fundamentales mismos” (p. 95).

Bajo esta concepción, el llamado contenido esencial se delimita siempre con referencia a otros derechos o bienes igualmente fundamentales. La originalidad de esta teoría radica, frente a la teoría objetiva, en la propuesta de que el contenido esencial o núcleo duro irreductible para el legislador sea fijada siempre en relación a otros bienes fundamentales en el marco de un juicio de ponderación, pues dichos bienes no son *externos* al derecho fundamental, sino que por el contrario son *internos* a este y por tanto no pueden quedar al margen al momento de la determinación de su contenido esencial.

2.3. La postura del Tribunal Constitucional peruano.

En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano (en adelante, el Tribunal) es usual encontrar el empleo de términos tales como *contenido constitucionalmente protegido*, *contenido esencial* o simplemente *contenido* al momento de referirse a aquello que forma parte constitutiva de un derecho fundamental. Sobre el derecho a la educación, por ejemplo, en la sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante, STC) N.º 0091-2005-PA/TC, el Tribunal desarrolla su contenido constitucionalmente protegido; lo mismo para el derecho a la libertad de tránsito (STC N.º 2876-2005-PHC/TC), el derecho de acceso a la información pública (STC N.º 01797-2002-HD/TC) y el derecho al libre desarrollo de la personalidad (STC N.º 00032-2010-PI/TC). Por otra parte, el Tribunal se refiere simple y llanamente a *contenido* cuando desarrolla el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva; así, en el fundamento jurídico 22, subtítulo 1.4. “*El derecho a un juez independiente e imparcial como contenido del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva*”, de la STC N.º 0004-2006-PI/TC, el Tribunal ha dicho que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva:

[C]onstituye un derecho, por decirlo de algún modo, “genérico” que se descompone en un conjunto de derechos específicos enumerados, principalmente, en el mencionado artículo [art. 139, inc.3, Const.], o deducidos implícitamente de él. Entre estos derechos cabe destacar, entre otros, el derecho a un juez independiente e imparcial. (STC del Perú N.º 0004-2006-PI/TC de 29 de marzo, FJ 22, corchetes agregados)

En esa misma línea, en la STC N.º 0005-2006-PI/TC, FJ 23, el Tribunal agregó que el derecho de acceso a la justicia y el debido proceso, así como el derecho al juez natural y a la ejecución de las resoluciones judiciales son también contenidos del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, el cual se constituye como un derecho genérico.

En ese sentido, previo a profundizar en la cuestión de la postura asumida por el Tribunal con respecto al contenido esencial de los derechos fundamentales, resulta importante y necesario diferenciar este concepto de lo que implica simplemente *contenido* y *contenido constitucionalmente protegido* de los derechos.

2.3.1. El contenido de los derechos fundamentales.

Como se ha visto en el apartado 1.4.4. del presente capítulo, un derecho fundamental es un todo configurado por un haz de posiciones jurídicas, lo cual es sinónimo a decir que es un todo configurado por un conjunto de normas jurídicas que establecen derechos, libertades y competencias. Son precisamente estas posiciones jurídicas –sean esenciales o no– las que forman parte del contenido de un derecho cualquiera. Considérese el derecho a la libertad de tránsito. Este supone, como ha dicho el Tribunal en la STC N.º 2876-2005-PHC/TC, el derecho al uso de las vías de naturaleza pública o de las vías privadas de uso público, es decir, supone posiciones con la estructura de *derechos a algo*; en esa misma línea, puede afirmarse que la libertad de tránsito supone a su vez una serie de posiciones relativas a la estructura de las *libertades jurídicas*, como la permisión, otorgada por el Estado, de usar o no usar las vías públicas o las vías privadas de uso público. Asimismo, en cuanto a las competencias, el Estado, ante el deber que ostenta para brindar las facilidades para gozar de la libertad de tránsito, debe establecer normas de competencia para otorgar –valga la redundancia– competencias a los ciudadanos a efectos de que, por ejemplo, puedan constituirse como conductores acreditados y puedan así circular libremente por las autopistas públicas en su medio de transporte.

2.3.2. El contenido constitucionalmente protegido de los derechos.

El inc. 1 del art. 5 del Código Procesal Constitucional (en adelante, CPCConst.) preceptúa que los procesos constitucionales son improcedentes cuando, entre otros supuestos, los hechos y el petitorio de la demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado. Para cierto sector de la doctrina, este concepto es sinónimo de *contenido esencial*. Incluso, en ese sentido se ha expresado el Tribunal en la STC N.º 01417-2005-AA/TC, tal como se verá más adelante.

Por el momento, al margen de la postura institucionalmente reconocida en el ordenamiento jurídico peruano, a la luz de la diferencia entre contenido esencial y contenido accidental de un derecho, parece factible ensayar una definición de *contenido constitucionalmente protegido* que no la identifique conceptualmente *in toto* con la idea de *contenido esencial*.

El contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental, entonces, estaría constituido tanto por el contenido esencial como por el contenido accidental. Es evidente que toda afectación al contenido esencial merece protección constitucional a través de las vías constitucionales reguladas para ello. Pero por otra parte, no puede descartarse sin más que el contenido accidental de un derecho no forme parte del contenido constitucionalmente protegido. Pues incluso las restricciones al contenido no esencial deben respetar el principio de proporcionalidad, dado que las restricciones que a dicho contenido realice el legislador o cualquier otra autoridad del Estado no pueden responder a fórmulas arbitrarias. En el siguiente breve apartado, el Tribunal se ha pronunciado de modo parecido al momento de establecer las pautas para evaluar la validez de las leyes que regulan derechos fundamentales:

La validez de las leyes que regulan los derechos fundamentales debe ser evaluada teniendo en cuenta la preservación de su contenido esencial y la existencia del test de razonabilidad que justifique determinadas restricciones del contenido no esencial y adicional de dichos derechos. (STC del Perú N.º 050-2004-AI/TC y otros del 3 de junio del 2005, FJ 121)

En ese sentido, el contenido accidental (no esencial y adicional) de un derecho fundamental también podría ser objeto de protección constitucional –y por tanto formaría parte del contenido constitucionalmente protegido– si, y solo si, sus restricciones o limitaciones no responden al principio de proporcionalidad, es decir, cuando el derecho, en su dimensión accidental, es objeto de afectaciones arbitrarias.

2.3.3. El contenido esencial, según el Tribunal Constitucional.

Para el Tribunal Constitucional es aquel contenido absolutamente intangible para el legislador. Además, como se adelantó *supra*, el Tribunal concibe al contenido constitucionalmente protegido como conceptualmente igual al contenido esencial de un derecho fundamental. En la STC 01417-2005-AA, ha dicho que “*todo ámbito constitucionalmente protegido de un derecho fundamental se reconduce en mayor o menor grado a su contenido esencial, pues todo límite al derecho*

fundamental sólo resulta válido en la medida de que el contenido esencial se mantenga incólume” (FJ 21, primer párrafo).

No puede perderse de vista las consecuencias prácticas de la postura asumida por el Tribunal. Estas son explícitas: al identificar contenido esencial con contenido constitucionalmente protegido, la causal de improcedencia de los procesos constitucionales, estipulada en el inc. 1 del art. 5 del Código Procesal Constitucional, reconduce la procedencia de los procesos constitucionales solo a los casos de afectación del núcleo duro del derecho, excluyendo los casos de afectación del contenido accidental, que deberían en todo caso ser objeto también de protección a través de los procesos constitucionales en los supuestos en que sean restringidos en violación del principio de proporcionalidad.

Dejando de lado la última cuestión referida, conforme enseña el Tribunal, la determinación del contenido esencial o constitucionalmente protegido (ya se ha visto que ambos son equivalentes para el Tribunal) parte por considerar los principios, valores y demás derechos fundamentales que la Constitución reconoce, especialmente el valor supremo de dignidad humana. Esto quiere decir que el Tribunal adopta la teoría institucional del contenido esencial:

Este Tribunal Constitucional considera que la determinación del contenido esencial de los derechos fundamentales no puede efectuarse a priori, es decir, al margen de los principios, los valores y los demás derechos fundamentales que la Constitución reconoce. En efecto, en tanto el contenido esencial de un derecho fundamental es la concreción de las esenciales manifestaciones de los principios y valores que lo informan, su determinación requiere un análisis sistemático de este conjunto de bienes constitucionales, en el que adquiere participación medular el principio-derecho de dignidad humana, al que se reconducen, en última instancia, todos los derechos fundamentales de la persona. (STC del Perú N.º 01417-2005-AA/TC del 8 de julio, FJ 21, segundo párrafo)

Estas mismas ideas son ratificadas en la STC N.º 050-2004-AI/TC, específicamente en el fundamento 104, cuarto párrafo, sentencia en la que se desarrolla a profundidad la configuración del derecho a la pensión. Es más, para

determinar el contenido esencial del derecho fundamental del derecho a la pensión, en la sentencia antes citada, el Tribunal recurre a un criterio propio de la teoría institucional, esto es, considerar los bienes, valores y demás derechos de corte constitucional. En concreto, considera el principio de dignidad humana, los valores de igualdad y solidaridad, así como los derechos fundamentales a la vida y al bienestar, estableciendo como contenido esencial lo siguiente: i) el derecho a acceso a una pensión, ii) el derecho a no ser privado arbitrariamente de ella y iii) el derecho a una pensión mínima vital, contenido que encuentra relación con los valores antes mencionados del siguiente modo:

Mediante el derecho fundamental a la pensión, la Constitución de 1993 garantiza el acceso de las personas a una pensión que les permita llevar una vida en condiciones de dignidad. Este derecho fundamental también comporta el derecho de las personas a no ser privadas de modo arbitrario e injustificado de la pensión; de ahí que corresponda garantizar, frente a la privación arbitraria e irrazonable, el goce de este derecho, sin perjuicio de reconocer el disfrute de una pensión mínima vital como materialización concreta del clásico contenido esencial del derecho a la pensión. (STC del Perú N.º 050-2004-AI/TC y otros del 3 de junio del 2005, FJ 107, cursivas añadidas)

Como se aprecia de la sentencia antes citada, para el Tribunal existe un contenido esencial concreto e infranqueable para el legislador. Este contenido se concretiza en derechos determinados en función a los valores, bienes, principios y demás derechos fundamentales reconocidos por la Constitución.

III. El derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva.

3.1. Sobre su fundamentalidad.

El carácter fundamental de un derecho puede ser determinado a partir de dos criterios. Uno formal, que responde al carácter positivo del derecho y a su ubicación en la jerarquía de las fuentes de derecho; y otro material, que responde en general a la ideología adoptada por un determinado Estado, v.gr. la idea de Estado Social de Derecho y todo lo que ello implica, la idea de dignidad humana, etc. Según este segundo

punto de vista, un derecho es fundamental si, por ejemplo, es consustancial al o deriva directamente del principio de dignidad humana reconocido en el ordenamiento jurídico. La Constitución Política del Perú, en su art. 2, enumera una serie de derechos que, por el solo hecho de encontrarse reconocidos en aquel documento normativo de rango evidentemente constitucional, es decir desde un punto de vista *formal*, pueden ser considerados como derechos fundamentales. Sin embargo, la Constitución no excluye el empleo de consideraciones materiales para determinar que un derecho tiene carácter fundamental. Por el contrario, el art. 3 declara taxativamente la posibilidad de determinar derechos fundamentales a partir de criterios materiales, como aquellos derechos que se fundan en la dignidad del hombre o en los principios del Estado democrático de derecho y la forma republicana de gobierno.

Es suficiente para este trabajo optar por un criterio formal, en razón a que no parece existir controversia sobre el carácter de derecho fundamental del derecho que ahora se trata. En ese sentido, puede afirmarse que la tutela jurisdiccional efectiva es un derecho fundamental en razón a que, desde el punto de vista formal, puede identificarse una disposición normativa de derecho fundamental relativa a ella. La Constitución Política del Perú de 1993 reconoce expresamente en el Capítulo VIII “Poder Judicial”, art. 139, inc. 3, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva: “Son principios y derechos de la función jurisdiccional: [...] 3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional”. Esta disposición normativa de derecho fundamental, en tanto se la considere en sentido prescriptivo, expresa a su vez una serie de normas –y normas adscriptas– de derecho fundamental, entre ellas, la norma probablemente más genérica podría ser formulada así:

(1) “*Está ordenado que* el Estado observe el debido proceso y la tutela jurisdiccional”.

O bien la misma norma podría ser formulada del siguiente modo:

(2) “El Estado *debe* observar el debido proceso y la tutela jurisdiccional”.

3.2. Indeterminación semántica de la norma. Necesidad de precisar el concepto “tutela jurisdiccional”.

La norma apenas formulada es indeterminada en cuanto a los conceptos que expresa, específicamente en cuanto a los conceptos de “debido proceso” y “tutela jurisdiccional”.

Aquí interesa solamente explayar las posibilidades teórico-normativas que pueden ensayarse a partir del concepto de derecho a la tutela jurisdiccional. Por tanto, resulta primordial definir qué es lo que se entiende por tutela jurisdiccional.

La doctrina constitucional no parece negar que lo que en realidad encuentra amparo constitucional no es tanto la tutela jurisdiccional en sentido lato, cuanto la tutela jurisdiccional *efectiva*. En otras palabras, importa constitucionalmente la efectividad de la tutela jurisdiccional, y no el mero reconocimiento de esta. Es así como en realidad se le conoce a este derecho fundamental.

Otra precisión terminológica debe establecerse en cuanto a los términos *tutela jurisdiccional efectiva* y *tutela procesal efectiva*, este último empleado en la disposición normativa del art. 4 del CPConst. La jurisprudencia y la doctrina emplean ambos términos como sinónimos. No parece existir, en efecto, diferencia entre ambos. Son dos términos que se refieren al mismo derecho: la tutela de los órganos jurisdiccionales respecto a los derechos que fundamentan el proceso.

Como sea que se haga referencia a tutela jurisdiccional efectiva o tutela procesal efectiva, lo relevante radica en la definición que de este derecho se pueda obtener, a efectos de extender la siguiente norma:

(1) “El Estado *debe* observar la tutela jurisdiccional efectiva”.

El Tribunal Constitucional ha elaborado una definición de lo que se debe entender por tutela jurisdiccional efectiva en la STC N.º 0005-2006-AI/TC del 26 de marzo del 2007:

El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, reconocido en el artículo 139.3º de la Constitución, implica que cuando una persona pretenda la defensa de sus derechos o de sus intereses legítimos, ella deba ser atendida por un órgano jurisdiccional mediante un proceso dotado de un conjunto de garantías mínimas. (FJ. 23)

Esta definición puede servir para precisar, a modo de norma de derecho fundamental adscripta, lo que se trata de expresar con el reconocimiento del derecho fundamental a

la tutela jurisdiccional efectiva en el art. 139, inc. 3 de la Const. La norma, en ese sentido, resultaría formulada como sigue:

- (2) “El Estado *debe* observar que toda persona, cuando pretenda la defensa de sus derechos o de sus intereses, sea atendida por un órgano jurisdiccional mediante un proceso dotado de un conjunto de *garantías mínimas*”.

En una suerte de interpretación extensiva del concepto “garantía”, es posible precisar las distintas clases de garantías existentes en la teoría de los derechos fundamentales. Para ello se echará mano de los conceptos propios de la corriente denominada por Ferrajoli –su máximo exponente– como *garantismo*, por lo que la exposición, aunque breve, de sus postulados, resulta de inmediato oportuno.

3.2.1. Una referencia necesaria. El garantismo penal.

El garantismo es –entre otras acepciones– un modelo normativo de derecho, cuya característica principal en el derecho penal es la sujeción al modelo de estricta legalidad que, en el plano político, se caracteriza “*como una técnica de tutela capaz de minimizar la violencia y de maximizar la libertad y en el plano jurídico como un sistema de vínculos impuestos a la potestad punitiva del estado en garantía de los derechos ciudadanos*” (Ferrajoli, 1995, p. 852).

Este modelo normativo reconoce la divergencia que existe entre el “derecho vigente” y el “derecho efectivo”. El derecho vigente se refiere a aquellos principios o derechos fundamentales reconocidos en un sistema jurídico. El derecho efectivo es, por su parte, la práctica del derecho. Los derechos fundamentales reconocidos en el ordenamiento jurídico no siempre mantienen su vigencia en la práctica del derecho, pues estos o bien se ven afectados por la comisión de actos arbitrarios por parte del poder público, o en todo caso carecen de mecanismos instrumentales que permitan su idónea protección. Por ello, un sistema jurídico que se reconozca como garantista no debe carecer de “*técnicas coercitivas –es decir, de garantías– que permitan el control y la neutralización del poder y del derecho ilegítimo*” (Ferrajoli, 1995, p. 852).

Sin estas garantías que determinen la eficacia de los principios o derechos fundamentales en el plano del derecho efectivo, aquellos no serían más que – como diría Guastini (2001)– “derechos ‘sobre el papel’” (p. 220). Derechos meramente reconocidos, mas no garantizados. En esa línea, “las garantías no son otra cosa que las técnicas previstas por el ordenamiento para reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad, y, por tanto para posibilitar la máxima eficacia de los derechos fundamental en coherencia con su estipulación constitucional (Ferrajoli, 2004, p. 25).

Cabe acotar que no debe reducirse la corriente garantista –a la que por cierto Ferrajoli identifica con la idea de Estado constitucional– a la sola existencia de garantías para los derechos, aunque sea este el postulado que interesa en el presente trabajo. El garantismo supone una serie de postulados adicionales tanto en el campo de teoría del Estado, teoría de la política y teoría del derecho, tales como: la distinción entre democracia formal y democracia sustancial, la distinción entre derechos fundamentales y derechos patrimoniales, la idea de los derechos fundamentales como aquella sustancia que da fundamento a la democracia sustancial, la clasificación de los derechos fundamentales en derechos humanos, derechos públicos, derechos civiles y derechos políticos, entre otras materias.

3.2.2. La separación conceptual entre derechos y garantías.

Aquí importa la idea que propone el jurista italiano relativa a la separación conceptual entre “derechos” y “garantías”, postulado que por cierto formula en contra de la postura que identifica a las garantías –es decir, a los instrumentos del ordenamiento jurídico que sirven para hacer valer efectivamente los derechos– como componentes imprescindibles para afirmar la existencia de un derecho. Esta última postura, según Ferrajoli, encuentra su formulación clásica en Kelsen (Ferrajoli, 2004, p. 59). Dice Ferrajoli (2004) en *Derechos y garantías. La ley del más débil*:

Kelsen lleva a cabo no una sino dos identificaciones o reducciones del derecho subjetivo a los imperativos que a éste le corresponden. La primera es la del derecho subjetivo al deber concerniente al sujeto en relación jurídica con su titular, o sea, la que he llamado

garantía primaria: «No hay derecho subjetivo en relación con una persona –afirma [Kelsen]– sin el correspondiente deber jurídico de otra». La segunda es la del derecho subjetivo al deber que, en caso de violación, incumbe a un juez aplicar la sanción, es decir, la que he llamado garantía secundaria: «El derecho subjetivo [consiste] no en el presunto interés, sino en la protección jurídica». (p. 61, primeros corchetes agregados)

Ferrajoli reconoce que desde el punto de vista deontológico las afirmaciones de Kelsen son verdaderas. Y podrían valer para sistemas nomoestáticos como la moral o el derecho natural, que se fundan en principios de la razón. En estos, a todo derecho le es correlativo un deber por la propia estructura de la relación deontológica entre ambos conceptos. Así –dice Ferrajoli (2013) en *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*–:

Al ser las expectativas positivas y las negativas de un sujeto respectivamente la otra cara de la obligación y de la prohibición imputadas a otro y viceversa, no se dan por consiguiente, en el plano teórico, expectativas sin obligaciones o prohibiciones correspondientes, ni tampoco obligaciones o prohibiciones sin las correspondientes expectativas. (p. 185)

Pero esto no es así en el caso de los sistemas nomodinámicos de derecho positivo, en los que dicha correlación es tan solo “*un principio teórico, iuris tantum*” (Ferrajoli, 2013, p.186). En esta misma línea de ideas, el jurista italiano, en *Derechos y garantías. La ley del más débil*, explica:

En estos sistemas [sistemas nomodinámicos como el derecho positivo] la existencia o la inexistencia de una situación jurídica, o sea, de una obligación, una prohibición, un permiso o una expectativa jurídica, depende de la existencia de una norma positiva que la prevea, que a su vez, no es deducida de la de otras normas, sino inducida, como hecho empírico, del acto de su producción. Por tanto, es muy posible que, dado un derecho subjetivo, no exista –

aun cuando debiera existir– la obligación o la prohibición correspondiente a causa de la (indebida) inexistencia de la norma que las prevé. (Ferrajoli, 2004, p. 60, corchetes añadidos)

En otras palabras, la correlación *necesaria* entre derechos y deberes es un principio deontológico, de *deber ser*. Pero en la dimensión del *ser* dicha correlación es tan solo accidental, debido a que, en tanto hechos empíricos, la existencia de un derecho depende de su reconocimiento positivo y se infiere del acto legislativo que lo produce, así como la existencia de la correspondiente obligación o prohibición correlativa al derecho depende también de las mismas causas.

Es perfectamente posible que de facto se reconozca un derecho, como podría ser, pongamos por caso, el de homologación de remuneraciones de los profesores con las remuneraciones de los magistrados del Poder Judicial, pero que el correlativo deber del Estado de realizar dicha homologación no sea reconocido normativamente o que no llegue a promulgarse los mecanismos reglamentarios del proceso de homologación orientados a materializar dicho deber, pese a que desde el punto de vista deontológico al derecho de los profesores le sea correlativo el deber del Estado de asumir la responsabilidad de su cumplimiento.

Esta distinción resulta explícita también al considerar la propia existencia de antinomias que violan el principio de no contradicción. El postulado de que no es posible afirmar y negar una misma cosa a la vez es en efecto un principio lógico, pero no por ello dejan de existir antinomias normativas en el plano de los hechos. Suponer lo contrario implicaría confundir el deber ser con el ser e incurrir en falacia naturalista.

De este modo, la justificación de la distinción conceptual entre “derechos” y “garantías” deriva del hecho de que *empíricamente –en el plano del ser–*, se reconocen derechos que no siempre cuentan con las respectivas garantías. En tal caso, lo que se produce no es una inexistencia del derecho por ausencia de un mecanismo que lo garantice, sino una *laguna normativa* por ausencia de una

norma que prevea la respectiva garantía, y cuya obligación de colmar pesa sobre el legislador. Dice el jurista italiano: “*la ausencia de las correspondientes garantías equivale, en cambio, a una inobservancia de los derechos positivamente estipulados, por lo que consiste en una indebida laguna que debe ser colmada por la legislación*” (Ferrajoli, 2004, p. 23).

Las garantías, por otra parte, puede ser clasificadas, según propone Ferrajoli, (2004, p.43) en garantías primarias y garantías secundarias.

3.2.2.1. Garantías primarias.

Los derechos constituyen expectativas positivas o negativas, es decir, expectativas de que alguien (por ejemplo, el Estado) realice una prestación a favor del titular del derecho, como podría ser el otorgamiento de una asistencia social a personas de bajo recursos –caso de derechos a expectativas positivas–. Puede ser también que se exija del Estado que evite interferir en la autonomía privada de los sujetos para realizar contratos –caso de derechos a expectativas negativas–. En ambos supuestos puede advertirse que el estatuto lógico de los derechos exige las correspondientes obligaciones o prohibiciones de las cuales es titular el destinatario del derecho (correspondencia que fue advertida en el apartado 1.4.2.1. del presente trabajo al tratar la estructura triádica de las posiciones que otorgan un “derecho a algo”). A estas obligaciones y prohibiciones Ferrajoli (2004, p. 43) conviene en llamarlas “*garantías primarias*”.

Con las garantías primarias se opera en orden inmediato en favor de la tutela de los derechos, en tanto que con ellas se identifica *positivamente* al titular del deber derivado del correlativo derecho y se especifica en qué consiste dicho deber (obligación o prohibición).

Las garantías primarias están expresadas por “normas primarias”, la ausencia de estas normas genera lo que se denomina “lagunas

primarias”, que generalmente pueden ser integradas vía interpretación por los operadores jurídicos, o en todo caso vía legislativa.

Cabe además una clasificación más específica de las garantías primarias. Cuando estas sean obligaciones de hacer (a las que corresponden expectativas positivas), serán llamadas “garantías positivas” y cuando sean prohibiciones de actuar (a las que corresponden a su vez expectativas negativas) serán llamadas “garantías negativas” (puede verse, al respecto, Ferrajoli, 2013, p. 189).

3.2.2.2. Garantías secundarias.

Por otra parte, Ferrajoli (2004) denomina “garantías secundarias” “a las obligaciones de reparar o sancionar judicialmente las lesiones de los derechos, es decir, las violaciones de sus garantías primarias” (p. 43). Más precisamente, en un apartado de *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, llama garantías secundarias a:

La previsión normativa de sanciones para los actos ilícitos y de la anulación para los actos inválidos, así como la existencia de las instituciones de garantía a las que les está encomendada su aplicación: en una palabra, la justiciabilidad de las violaciones jurídicas de las expectativas y de los imperativos correlativos que son sus garantías primarias. (Ferrajoli, 2013, p. 192)

En defecto del reconocimiento normativo por el ordenamiento jurídico de las garantías secundarias –a través de lo que Ferrajoli denomina “normas secundarias”–, se genera las llamadas “lagunas secundarias”, las mismas que, a diferencias de las primarias que pueden ser colmadas vía interpretación, “*requieren siempre la emanación de actos normativos dirigidos a introducir los presupuestos de las garantías secundarias que faltan, como el derecho de acción y antes aún los propios aparatos judiciales encargados de ponerlas en práctica*” (Ferrajoli, 2013, 192).

Ahora bien, las garantías secundarias, que operan en segundo orden ante la ineficacia de las garantías primarias, pueden ser clasificadas según la violación que deben reparar. Si la violación consiste en un acto ilícito, la garantía secundaria está “dirigida a actuar la *responsabilidad*”, esto es, a atribuir responsabilidad y la consiguiente sanción a un sujeto; y si se trata de un acto inválido, la garantía está “*dirigida a actuar la anulabilidad*” como efecto de dicho acto, en otras palabras, a emitir un pronunciamiento de anulación (Ferrajoli, 2013, p. 637). Las garantías secundarias son, por tanto, garantías reparadoras dirigidas a eliminar o reducir el daño producido o a intimidar y castigar a los responsables con la correspondiente sanción; aunque en particular solo es intrínsecamente reparadora la garantía de anulabilidad del acto inválido, pues la garantía dirigida a determinar la responsabilidad puede serlo tanto como no serlo:

En particular, mientras que la garantía de la anulabilidad es una garantía intrínsecamente reparadora, la de la responsabilidad puede ser –según el tipo de sanciones previstas– también reparadora, como la ejecución en forma específica, semireparadora, como el resarcimiento del daño, o no reparadora si no en un sentido simbólico, como la sanción penal. (Ferrajoli, 2013, p. 637)

Otro dato importante correspondiente a las garantías secundarias es que, al consistir en el reconocimiento normativo del deber de justiciabilidad de las violaciones de los derechos y sus garantías primarias, el titular de dicho deber es un sujeto externo a la relación jurídica configurada por el titular del derecho y por el titular del deber (garantía primaria). El titular del deber en que consiste la garantía secundaria es el órgano que ejerce jurisdicción: el juez.

3.3. Propuesta de una interpretación dogmática de la tutela jurisdiccional efectiva.

La interpretación que *infra* se desarrollará es “dogmática” en el sentido de que adopta la definición de uno de los términos que la compone –específicamente del concepto de “garantía”– de un sistema teórico específico, en este caso, de la teoría del derecho del garantismo propuesto por Ferrajoli, con exclusión de otras posibles ideas que se pueda adoptar sobre dicho concepto.

Ya se ha definido con anterioridad que por garantía se entiende, de modo genérico, a aquellos mecanismos que el ordenamiento jurídico adopta para dar efectividad y tutela a los derechos. Estos mecanismos, a su vez, se concretan en normas. Son normas primarias aquellas que tienen por objeto regular una garantía primaria, esto es, la obligación o la prohibición correspondiente a un derecho. Son normas secundarias, por otra parte, aquellas que establecen las obligaciones de reparar o sancionar judicialmente las violaciones de los derechos y de sus garantías primarias, en otros términos, establecen garantías secundarias.

Siendo esto así, la norma (4) detallada en el apartado 3.2. puede ser ampliada, obteniéndose de este modo la siguiente norma de derecho fundamental adscripta:

(3) El Estado *debe* observar que toda persona, cuando pretenda la defensa de sus derechos o de sus intereses, sea atendida por un órgano jurisdiccional mediante un proceso dotado de un conjunto de normas primarias *mínimas* que regulen garantías primarias, esto es, las obligaciones o prohibiciones correspondientes a los derechos tutelados en el marco del proceso; y de un conjunto de normas secundarias *mínimas* que regulen garantías secundarias, es decir, las obligaciones de reparar o sancionar judicialmente las violaciones de los derechos y de sus garantías primarias en el marco del proceso.

La norma (5) está formulado de tal modo que lo que expresa es un *deber* a cargo de uno de los poderes del Estado. Sin embargo, dado que a todo *deber* deontológicamente le corresponde un *derecho* del que deriva, la misma norma puede ser formulada en términos de reconocimiento de un derecho:

- (4) Toda persona, cuando pretenda la defensa de sus derechos o de sus intereses, tiene, frente al Estado, el derecho a que este observe que sea atendida por un órgano jurisdiccional mediante un proceso dotado de un conjunto de normas primarias *mínimas* que regulen garantías primarias, esto es, las obligaciones o prohibiciones correspondientes a los derechos tutelados en el marco del proceso; y de un conjunto de normas secundarias *mínimas* que regulen garantías secundarias, es decir, las obligaciones de reparar o sancionar judicialmente las violaciones de los derechos y de sus garantías primarias en el marco del proceso.

Los alcances de esta última norma de derecho fundamental adscripta son tales que permiten interpretar, conforme a ella, el art. 4 del CPConst. En esta disposición normativa se formula la norma según la cual por tutela procesal efectiva se entiende a aquella situación en la que se *respetan* una serie de derechos de naturaleza procesal, los mismos que se encuentran enumerados de modo meramente *enunciativo*, es decir, sin exclusión de otros posibles derechos que también puedan formar parte del derecho a la tutela procesal efectiva.

En ese sentido, resulta factible entender que cuando la norma alude a que la tutela procesal efectiva es una situación en la que se *respetan* el derecho al libre acceso al órgano jurisdiccional, el derecho a probar, a la defensa, al contradictorio e igualdad sustancial en el proceso, a la observancia del principio de legalidad penal, etc., lo que en realidad hace es identificar a la tutela procesal efectiva como el derecho consistente en una situación en la que se hacen efectivas las garantías primarias previstas por el ordenamiento jurídico para los procesos judiciales. Ello en tanto que la tutela jurisdiccional efectiva no consiste tan solo en el reconocimiento de expectativas positivas o negativas (derechos), sino también –y es aquí donde, en parte, halla sentido la *efectividad* de la tutela– en el *respeto* de dichas expectativas, es decir, en el cumplimiento de las obligaciones y prohibiciones (garantías primarias) que les son correlativas por parte de sus titulares, generalmente los órganos jurisdiccionales.

Pero esta definición de tutela procesal efectiva, que se abre paso gracias al empleo de la clasificación del concepto de “garantías”, hace explícito también lo siguiente. El art. 4 del CPConst. regula tan solo un aspecto de la tutela jurisdiccional efectiva: su dimensión procesal. Tal vez esto justifica la denominación del derecho como “tutela procesal efectiva”. Pero en absoluto justifica reducir todo el contenido del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva a dicho contenido normativo-procesal, tanto más si se

toma en consideración la cláusula declarativa de derechos contenidos en ella, pues esta pretende ser *numerus apertus* y no agotar el contenido del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva.

Por ello, es más conveniente entender a la tutela jurisdiccional efectiva como el derecho que toda persona tiene a que sus pretensiones sean atendidas en el marco de un proceso dotado no solo de garantías primarias, sino también de garantías secundarias. En otros términos, no basta el mero reconocimiento normativo de los derechos y obligaciones de titularidad de los órganos jurisdiccionales. Para una tutela jurisdiccional realmente efectiva es necesario que el proceso cuente con mecanismos jurídicos que aseguren, en un segundo nivel de protección, la reparación de los derechos que resulten afectados ilegalmente durante el proceso o, en todo caso, que aseguren la sanción de los responsables de dichos actos.

Ahora bien, las garantías no solo operan en el interior del proceso judicial, de hecho, el proceso en sí mismo puede ser concebido como la garantía secundaria por excelencia. El proceso opera ante la vulneración de las normas de derecho material, brindando la tutela necesaria para reponer o asegurar la posición jurídica material. Si esto es así, puede afirmarse que la tutela jurisdiccional efectiva exige la existencia del proceso, pero no de uno cualquiera, sino de un proceso orientado a la *efectiva* protección del derecho.

Esta idea de tutela jurisdiccional efectiva, por supuesto, guarda tras de sí una determinada toma de postura de lo que debe ser la tutela procesal efectiva. De hecho, no pretende ser neutra (si es que esto fuese posible en la actividad jurídica). El contenido de un derecho es tarea de la dogmática y, por tanto, es siempre relativo, sujeto al modelo de pensamiento preconcebido como fundamento para desarrollarlo.

Dos son las relaciones que pueden ser concebidos entre tutela jurisdiccional efectiva y proceso. La primera se define como aquella relación según la cual la tutela jurisdiccional se hace efectiva con el desarrollo del proceso en sí. En ese sentido, el resultado del proceso y por consiguiente la efectividad de la tutela jurisdiccional solo pueden ser evaluados desde un punto de vista interno, esto es, sobre la base del cumplimiento de las normas procedimentales y la emisión de la correspondiente decisión final sobre el fondo. La segunda relación adopta una idea distinta. Según ella, el proceso se encuentra relacionado con la tutela jurisdiccional efectiva en tanto que esta exige de aquel que el resultado sea alcanzado de conformidad con los derechos fundamentales

y la efectiva protección del derecho material. En otros términos, bajo este segundo modo de relacionar el proceso y el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, el resultado del proceso no solo se evalúa desde criterios internos, sino también desde criterios externos.

El modelo de pensamiento o sistema de ideas aquí adoptado es uno que parte de una teoría de los derechos fundamentales y precisamente responde a la segunda forma de relacionar la tutela jurisdiccional efectiva y el proceso. Esta idea que relaciona la tutela procesal efectiva y el proceso con las exigencias de los derechos fundamentales se irá desarrollando en lo que sigue. Corresponde por ahora, a modo de introito, establecer la clase de derechos fundamentales a la que pertenece el derecho fundamental a la tutela procesal efectiva.

3.4. Ubicación del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva en la clasificación de los derechos fundamentales.

Como se ha estudiado en el apartado 1.4.2.1, la ya clásica clasificación expuesta por Robert Alexy de los derechos fundamentales se estructura sobre la base de básicamente dos derechos: los derechos a acciones negativas o derechos de defensa, que se pueden identificar con los clásicos derechos de libertad de origen liberal-burgués, y los derechos a acciones positivas, identificables con los derechos de prestación, propios de la ideología del Estado social de derecho.

Los derechos a acciones positivas son los que aquí interesan. Desde un punto de vista amplio, esta clase de derechos supone tanto el deber de prestaciones fácticas como el deber de prestaciones normativas por parte del Estado (al respecto, Alexy, 1993, p. 428).

También, se ha visto que los derechos a acciones positivas o derechos a prestaciones pueden ser divididos en tres clases: derechos a protección, derechos a organización y procedimiento, y derechos a prestaciones en sentido estricto (véase, respectivamente, apartados 1.4.2.1.2.1., 1.4.2.1.2.2., 1.4.2.1.2.3.). Como parte de los derechos a organización y procedimiento se encuentra el derecho a procedimiento en sentido estricto. Este derecho, dicho brevemente pues ya fue desarrollado *supra*, supone la efectiva protección jurídica, a través del proceso judicial o administrativo, del derecho material. Como podrá intuirse con facilidad, el derecho al procedimiento en sentido

estricto no es más que otra denominación para el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

Desde este punto de vista, el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva es entendido como un derecho a exigir del Estado que preste un procedimiento –proceso judicial o administrativo– cuyo resultado esté orientado a la protección efectiva del derecho material (“derecho a procedimiento en sentido estricto”). Dice Alexy (1993) en relación a ello: “*Condición de una efectiva protección jurídica es que el resultado del procedimiento garantice los derechos materiales del respectivo titular de derechos*” (p. 462). Pero también es posible concebir el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva como “derecho a protección”, en razón a que “*los derechos a procedimiento en sentido estricto sirven, en primer lugar, para la protección de posiciones jurídicas existentes frente al Estado y frente a terceros*” (Alexy, 1993, p. 474).

3.5. La tutela jurisdiccional efectiva desde la idea de tutela de derechos.

La factibilidad de la ubicación del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva en las clasificaciones correspondientes tanto a los derechos a protección como a los derechos a procedimiento en sentido estricto responde a las ideas recogidas por Alexy (1993) en *Teoría de los derechos fundamentales* y desarrolladas en extenso por Marinoni (2007) en su obra *Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva*.

Esta doble dimensión de la tutela jurisdiccional efectiva –como derecho a protección y a procedimiento en sentido estricto–, supone una visión renovada de dicho derecho. A partir de ella se concibe a la tutela jurisdiccional como el derecho a que el proceso se configure en orden a *la protección del derecho material*. De ahí que suponga una reconquista de la olvidada relación de dependencia del derecho procesal con respecto al derecho material, al cual sirve, y por tanto una negación absoluta de la autonomía del proceso.

Esta forma de ver el proceso, bajo la óptica de la *tutela de los derechos*, supone en el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva una serie de contenidos adicionales a la clásica concepción de aquel derecho, que precisamente dotan de sentido a esta nueva visión. La tutela jurisdiccional, en ese sentido, no exige solamente el derecho de acceso a la justicia en igualdad de oportunidades y el derecho a recibir un pronunciamiento sobre el fondo, sino que exige otra serie de derechos orientados a

que el proceso pueda dar efectiva protección del derecho material o posición jurídica existente que su titular reclama al Estado. Marinoni (2007), sobre el derecho a la efectividad de la tutela jurisdiccional, señala que este derecho exige, entre otros, lo siguiente: “*el derecho a la técnica procesal adecuada (norma procesal), la institución de un procedimiento capaz de viabilizar la participación (p. e., acciones colectivas) y, finalmente, la propia respuesta jurisdiccional*” (p. 227).

Sucede que cuando se habla de “técnica procesal *adecuada*”, hasta ahora no se ha precisado con respecto a qué debe ser adecuada. La respuesta, como parece obvio a partir de la visión del proceso como instrumento de protección de derechos materiales, es que la técnica procesal debe ser adecuada –o mejor, idónea y necesaria– a las formas de tutela prometidas por el derecho material. Para ello, resulta primordial identificar las formas de tutela de los derechos materiales y diferenciarlas conceptualmente de las técnicas procesales.

3.6. Las formas de tutela de los derechos.

El destacado profesor de la Universidad Federal de Paraná, Luiz Guilherme Marinoni, identifica a lo largo de su obra cuatro formas de tutela exigidas por el derecho material. Aunque estén pensadas sobre la base del proceso civil, resulta necesario hacer mención a esta clasificación para entender, luego, la noción de técnica procesal.

3.6.1. Tutela inhibitoria.

En la teoría procesal tradicional, influenciada por la tradición romano-germánica, se mantenía la idea de que “*la única tutela contra el ilícito era la reparación del daño*” (Marinoni, 2014, p. 17). La idea de que la tutela se debía ofrecer solo ante un ilícito dañoso iba de la mano con la noción de influencia liberal relativa a que todo derecho podía traducirse en dinero. De tal modo que la noción imperante era resarcir todo ilícito dañoso por su equivalente en pecunia.

Sin embargo,

La transformación de la sociedad y del Estado hizo surgir nuevas situaciones sustanciales carentes de tutela. El Estado Constitucional, al afirmar los

derechos fundamentales, frecuentemente toma en cuenta derechos de contenido no patrimonial o predominantemente no patrimonial, exigiendo su protección a través de normas de protección y de tutelas jurisdiccionales dirigidas a impedir su violación y a viabilizar la remoción de los efectos concretos derivados de su agresión. (Marinoni, 2016, p. 124)

Las nuevas formas de derecho material, como el derecho al medioambiente y los derechos de los consumidores exigen nuevas formas de tutela distintas a la clásica forma de tutela resarcitoria por el ilícito dañoso. Se exige que el ordenamiento jurídico procesal prevea procedimientos orientados a evitar la violación de las normas de derecho material, especialmente las normas que consagran derechos fundamentales.

Para llegar a la idea de tutela inhibitoria es preciso romper con el dogma que concibe al daño como un presupuesto necesario para la configuración del ilícito. *“Si se entiende que la tutela jurisdiccional contra el ilícito no se dirige, necesariamente, a reparar el daño, se da ocasión a construir una tutela inhibitoria atípica, destinada a actuar en los distintos casos conflictivos concretos en los que sea necesaria” (Marinoni, 2014, p. 22).*

El daño, según enseña Marinoni, es tan solo una consecuencia eventual del ilícito. Existen ilícitos que no tienen como consecuencia necesaria un daño concreto. La puesta en venta de un producto que viola las normas que protegen a los consumidores es un acto contrario a derecho que debe ser reprimido, independientemente de que haya o no causado daño. Las actividades que transgreden normas de protección ambiental también son actos ilícitos independientes del daño. Esta clase de actos contrarios a derecho merecen una protección *preventiva* destinada a inhibirlos. No solo porque la producción de un daño, por ejemplo, al medio ambiente, puede ser de difícil o imposible reparación y, por tanto, la tutela resarcitoria sea específica o sea por el equivalente resultaría ineficaz, sino porque es siempre es preferible la prevención antes que el resarcimiento (Marinoni, 2014, p. 22).

La separación conceptual entre daño e ilícito, exige una nueva forma de tutela destinada a proteger esta última, pues para el daño ya existe la tutela resarcitoria.

Se habla en este caso de *tutela inhibitoria*. La tutela inhibitoria al brindar protección preventiva ante la probable comisión de un ilícito, no debe ser vista como una forma de tutela destinada a reparar el daño ni mucho menos una forma de prevenirlo, sino como una forma de tutela orientada a “*impedir la comisión, la continuación o la repetición del ilícito*” (Marinoni. 2014, p. 21). En breves palabras la tutela inhibitoria opera contra la posibilidad de la lesión del derecho, sin importar si existe posibilidad o no de que producto de esa lesión se ocasione un daño.

3.6.2. Tutela de remoción del ilícito.

La tutela de remoción del ilícito (o contra el ilícito, o simplemente tutela reintegradora), a diferencia de la tutela inhibitoria –que opera para *prevenir, evitar la repetición o inhibir la continuación* de un acto contrario a derecho–, opera cuando efectivamente *se ha producido* un acto contrario a derecho. Pero se relaciona con aquella en tanto que, para ambas formas de tutela, es indiferente la producción de un daño concreto. En el caso de la tutela contra el ilícito, basta la contravención a la norma para brindar la tutela correspondiente.

La tutela contra el ilícito encuentra su fundamento en la necesidad del Estado de proteger a los derechos fundamentales a través de la creación de normas de protección. “*Se parte de la premisa de que determinadas conductas comisivas pueden generar daños o que ciertas prácticas o conductas son imprescindibles para evitar daños o perjuicios*” (Marinoni, 2017, p. 33). Por esta razón es que son creadas las normas de protección de derechos fundamentales. La sola vulneración de las normas de protección expone a los titulares de los derechos fundamentales a los perjuicios que el legislador desea evitar. “*De modo que, contra la violación de la norma, debe existir una forma de tutela del derecho que esta protege o una forma de tutela que haga actuar el propio deseo de la norma violada*” (Marinoni, 2017, p. 34). Esta forma de tutela es la tutela contra el ilícito.

La tutela contra el ilícito está orientada principalmente a remover o eliminar los efectos concretos del ilícito. Siguiendo el ejemplo desarrollado por Marinoni (2017, p. 34), existe tutela para remover los efectos del ilícito cuando, por ejemplo, se pone en venta un producto que es contrario a las reglas que protegen

los derechos de los consumidores. En este caso, el ente legitimado para tutelar esta clase derechos podría solicitar tutela de remoción de los efectos del ilícito, solicitando como técnica procesal ejecutiva la búsqueda y aprehensión de los productos nocivos.

3.6.3. Tutela resarcitoria.

La tutela resarcitoria es la clásica tutela exigida por el derecho material ante un ilícito devenido en daño. *“Quien sufre un daño tiene derecho al resarcimiento, pero puede valerse, según la situación concreta, de una de las dos formas de tutela resarcitoria, a saber, in natura (específica) o por equivalente al valor del daño”* (Marinoni, 2017, p. 35). El daño, y la culpa, son presupuestos necesarios solo para solicitar tutela resarcitoria. En las dos formas de tutela vistas anteriormente no se exige daño ni culpa.

Ahora bien, como se ha mencionado, dos son las formas de tutela resarcitoria, la clásica tutela por el equivalente en pecunia y la tutela específica. A continuación se verá brevemente como opera cada una.

3.6.3.1. Tutela resarcitoria por el equivalente en pecunia del valor del daño.

Básicamente, esta forma de tutela busca otorgar al perjudicado el valor en dinero equivalente a la lesión sufrida o equivalente al costo de la reparación del daño; aunque también *“puede constituir una respuesta contra el daño infligido a un derecho no patrimonial (la llamada indemnización por daño moral)”* (Marinoni, 2017, p. 35).

3.6.3.2. Tutela resarcitoria in natura o específica.

“La tutela resarcitoria específica busca establecer la situación que existiría si el daño no se hubiera producido” (Marinoni, 2017, p. 35). Se otorga tutela específica cuando, por ejemplo, se entrega un bien mueble idéntico al que fue destruido; o cuando el obligado repara el bien que en su momento destruyó, de modo que vuelve a tener la misma funcionalidad original.

3.6.4. Tutela por incumplimiento de la obligación.

La tutela por incumplimiento de la obligación supone una forma de *tutelar la obligación*, ya sea por el equivalente en pecunia o de manera específica. Es necesario delimitar la diferencia conceptual y funcional entre esta forma de tutela y la tutela resarcitoria. La tutela resarcitoria está orientada a brindar tutela por el equivalente del *daño* y, cuando se trata de tutela *in natura*, esta busca regresar a la situación anterior a la *producción del daño*, situación que puede ser alcanzada imponiendo al obligado un deber de dar, hacer o no hacer. Por su parte, la tutela por incumplimiento de la obligación se dirige, cuando se trata de tutela resarcitoria, a otorgar al perjudicado el equivalente al valor de *la prestación incumplida*, y, cuando se trata de tutela específica, lo que se busca es asegurar el cumplimiento de la obligación incumplida total o parcialmente o la subsanación de los vicios o imperfecciones ocurridos en el cumplimiento de la obligación (entrega de un producto defectuoso, por ejemplo).

3.7. El proceso como técnica procesal autónoma y adecuada a las tutelas exigidas por el derecho material.

Antes se ha dicho que las formas de tutela son exigencias derivadas del derecho material. El reconocimiento de un derecho supone la posibilidad de exigir judicialmente su protección. De ahí que se afirme que la tutela del derecho no es una cuestión procesal, antes bien, *es una exigencia derivada del derecho material*.

La doctrina procesal tradicional, influenciada por los valores del liberalismo clásico, se interesó únicamente por los derechos de contenido patrimonial, vinculando la idea de “tutela” a tan solo una de sus formas: la tutela resarcitoria por equivalente. Sin embargo, ante una nueva realidad social, donde además de la libertad de suman otros derechos igualmente relevantes para el Estado como la vida, la salud, el medio ambiente ecológicamente equilibrado, etc. la tutela resarcitoria se ve incapaz de brindar tutela adecuada, pues el valor de estos bienes jurídicos no siempre es traducible en pecunio. El nuevo escenario social exige otras formas de protección de los nuevos derechos, exige en ese sentido *la tutela inhibitoria* y *la tutela contra el ilícito*. Este es precisamente el fundamento por el cual se afirma que las formas de tutela derivan del derecho material.

Ahora bien, si el proceso no se identifica con las formas de tutela –pues estas tienen naturaleza material y no procesal–, esto no quiere decir que a través de él no sea posible *efectivizar* la tutela material de los derechos. Desde que el Estado proscribió la autotutela y asumió el monopolio de la jurisdicción, se adscribió al proceso la función de hacer *efectiva* la tutela exigida por los derechos. Por tanto, el proceso no es un fin en sí mismo, es una *técnica* orientada a un fin: la tutela de los derechos. Es este el sentido de la afirmación del profesor de la Universidad Federal de Paraná: “*el procedimiento es una especie de técnica procesal destinado a permitir la tutela de los derechos*” (Marinoni, 2007, p. 236).

El procedimiento es el primer objeto capaz de ser concebido como una técnica procesal autónoma orientada a la protección del derecho material. Consecuentemente, aquel debe configurarse, ante todo, en orden a las características del derecho material y a su efectiva y oportuna protección.

La exigencia de que el procedimiento cuente con técnicas procesales adecuadas a la tutela de los derechos tiene como corolario el establecimiento de *otras técnicas procesales* orientadas al mismo fin dentro del proceso mismo. La sentencia mandamental o ejecutiva, los medios ejecutivos atípicos y la técnica anticipatoria, son muestras de ello. De esta forma se entiende mejor que la *sentencia* –como técnica procesal– *no brinda tutela jurisdiccional per se*, aunque a veces la tutela del derecho y la expedición de sentencia se confundan temporalmente, como sucede en las llamadas *sentencias satisfactivas* (declaratorias y constitutivas). Es en las *sentencias no satisfactivas* en las que se verifica claramente la noción relativa a que *la sentencia es tan solo un medio más para lograr la efectiva tutela del derecho*, pues cuando se trata de sentencias no satisfactivas, la tutela no aparece o, mejor dicho, no se agota, en la expedición de sentencia, es necesario contar en estos casos con medios ejecutivos *adecuados* a hacer efectivo el mandato de la sentencia, como es el caso de la sentencia de condena y la sentencia mandamental.

3.8. El derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva como vínculo entre la técnica procesal y la tutela del derecho material.

La necesidad de adecuar las *técnicas procesales* a la *tutela de los derechos* no es una exigencia arbitraria. Deriva esencialmente del reconocimiento constitucional del

derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva. Este derecho fundamental de carácter *procesal* no puede ser confundido con la tutela *material* del derecho. Aquel supone un derecho fundamental reconocido a toda persona, frente al Estado, para que este dote al proceso de técnicas procesales adecuadas a la tutela material de los derechos. Es, por decirlo de algún modo, el “enlace” para llegar a afirmar que la técnica procesal debe *adecuarse a la tutela del derecho material*.

Dice Marinoni (2014):

La tutela jurisdiccional, si debe proporcionar la efectiva realización del derecho material, tiene que clasificarse a partir del resultado material pretendido por el actor. Sin embargo, debe quedar claro que la tutela material no se confunde con el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva – que se recoge en el art. 5, XXXV, de la Constitución Federal– y con los instrumentos procesales predispuestos por el legislador del proceso para atender este derecho. Dichos instrumentos son corolarios del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, que debe viabilizar la tutela adecuada del derecho material. (p. 179, cursivas añadidas)

El derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva como condición necesaria para teorizar sobre la *adecuación* de las técnicas procesales al derecho material, importa además el análisis de su *eficacia* como derecho fundamental. Al tratarse de un derecho del particular frente al Estado, se asume que su eficacia es *vertical*. Más concretamente, se trata de un derecho que incide directamente sobre *la jurisdicción*, sobre *el juez*, y no sobre los particulares, aunque su ejercicio, en función de la “agresividad” de la técnica procesal aplicada al caso, pueda tener repercusión negativa sobre un particular (como el demandado). En tal caso, Marinoni (2016) se refiere a “*eficacia vertical con repercusión lateral*” (p. 77).

Aunque el primer actor con la obligación de estatuir normativamente las medidas necesarias para la tutela de los derechos es el legislador, el juez será quien finalmente actuará *in medias res* (durante el proceso) y brindará la tutela prometida por el ordenamiento jurídico. Es él quien:

[T]iene el deber de interpretar la legislación a la luz del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional, estando obligado a extraer de la regla procesal,

siempre con la finalidad de efectivamente tutelar los derechos, su máxima potencialidad, en tanto –y esto no precisaría ser dicho– no sea violado el derecho de defensa. (Marinoni, 2007, p.233).

La decisión del órgano jurisdiccional, sea esta interlocutoria o sentencia, no debe ser comprendida como una respuesta de fondo dotada por sí misma de valor para la tutela judicial del derecho, sino como una fase de esa tutela que se encontrará satisfecha plenamente siempre que el juez, además de emitir pronunciamiento de fondo, si es que este es favorable al actor, emplee los medios ejecutivos que el ordenamiento jurídico le otorga –o en caso detecte ausencia de estos, supla la omisión del legislador mediante interpretación o integración– orientados a hacer realmente efectiva en los hechos la posición jurídica que se ve amenazada o lesionada.

Pero esta tutela no puede ser entendida como tutela exclusiva de los derechos fundamentales. Desde la visión propuesta por el profesor Luiz Guilherme Marinoni, puede intuirse que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva está orientada principalmente a la protección del derecho material, sea este un derecho fundamental o no. Dice el profesor brasileño:

Entre tanto, el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva, cuando se dirige contra el juez, no exige sólo la efectividad de la protección de los derechos fundamentales, sino que la tutela jurisdiccional sea prestada de manera efectiva para todos los derechos. Tal derecho fundamental, por eso mismo, no requiere sólo de técnicas y procedimientos adecuados para la tutela de los derechos fundamentales, sino de técnicas procesales idóneas para la efectiva tutela de cualquiera de los derechos. (Marinoni, 2007, p. 230)

Si se conjuga estas ideas con la norma de derecho fundamental adscripta (6) derivada del art. 139.3 de la Const. (ver apartado 3.3.), que exige el establecimiento de garantías primarias y secundarias dentro del marco normativo que configura al proceso para el aseguramiento de los derechos, podría extraerse la siguiente norma (7):

(5) Toda persona, cuando pretenda la defensa de sus derechos o de sus intereses, tiene, frente al Estado, el derecho a que este observe que sea atendida por un órgano jurisdiccional mediante un proceso dotado de un conjunto de normas primarias *mínimas* que regulen garantías primarias, esto es, las obligaciones o

prohibiciones correlativas a *todos los derechos materiales* tutelados en el marco del proceso; y de un conjunto de normas secundarias *mínimas* que regulen garantías secundarias, es decir, las obligaciones de reparar o sancionar judicialmente las violaciones (amenazas o lesiones efectivas) de *todos los derechos materiales* y de sus garantías primarias en el marco del proceso.

3.9. El contenido del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva.

El Tribunal Constitucional ha expedido una serie de pronunciamientos sobre dicho contenido de manera genérica, como el fallo contenido en la STC N.º 0004-2006-PI/TC o en la decisión tomada en la STC N.º 0005-2006-PI/TC, en los que consideró como partes integrantes del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva el derecho a un juez independiente e imparcial, el derecho de acceso a la justicia, el debido proceso, el derecho al juez natural y a la ejecución de las resoluciones judiciales. Esta vorágine de derechos no hace más que explicitar una característica propia de los derechos fundamentales, esto es, que se encuentran constituidos por un conjunto de posiciones de muy diversa índole, desde posiciones que otorgan derechos a algo, libertades y hasta competencias, pero que, como parece evidente, son posiciones –o si se quiere, derechos–, fundamentalmente procesales. Por tanto, no dan luces de la dimensión material del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y de la visión que de ella se ha desarrollado en el apartado 3.4, esto es, como derecho que busca, a través del proceso, la efectiva protección de los derechos materiales.

Para hacer justicia a la dimensión material del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es necesario partir de la ya desarrollada concepción del derecho fundamental como un todo. Se sabe que un derecho fundamental se encuentra configurado por un haz de posiciones jurídicas (o lo que es lo mismo, un haz de normas jurídicas) de muy compleja gama. Las posiciones o normas pueden responder a la estructura del *derecho a algo*, a las libertades o a las competencias. La tutela jurisdiccional efectiva, como derecho fundamental, también obedece al mismo contenido, de modo que, de conformidad con la norma de derecho fundamental adscripta (7) formulada *supra*, los elementos que lo conforman pueden ser delimitados –sin ánimo de agotarlos todos– de la siguiente forma.

3.9.1. Los derechos contenidos en la tutela jurisdiccional efectiva.

El art. 4 del CPConst. enumera de modo enunciativo los derechos implicados en la tutela procesal efectiva: el derecho de libre acceso al órgano jurisdiccional, el derecho a probar, el derecho de defensa, al contradictorio e igualdad sustancial en el proceso, el derecho a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada ni sometido a procedimientos distintos de los previstos por la ley, el derecho a la obtención de una resolución fundada en derecho, el derecho a acceder a los medios impugnatorios regulados, el derecho a la imposibilidad de revivir procesos fenecidos, el derecho a la actuación adecuada y temporalmente oportuna de las resoluciones judiciales y el derecho a la observancia del principio de legalidad procesal penal.

3.9.2. Las garantías primarias o los deberes correlativos a los derechos contenidos en la tutela jurisdiccional efectiva.

A los derechos antes descritos le corresponden ciertos deberes, que pueden ser formulados así: el deber de ofrecer libre acceso al órgano jurisdiccional, el deber de admitir y valorar la prueba, el deber respetar el derecho de defensa, el deber de respetar la igualdad sustancial en el proceso, etc.

3.9.3. Las garantías secundarias o las obligaciones de reparar o sancionar las violaciones de los derechos contenido en la tutela jurisdiccional efectiva.

El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva también exige en su contenido una serie de normas secundarias que prevean obligaciones de reparar las garantías primarias. Muestra de ello es la regulación de los medios impugnatorios como el recurso de apelación, mediante el cual se puede controlar –vía pretensión de nulidad– la violación del deber de emisión de una resolución fundada en derecho; o en el caso específico del proceso penal, la regulación de los medios técnicos de defensa, como la excepción de cosa juzgada, que tiene por finalidad hacer valer el derecho a la imposibilidad de revivir procesos fenecidos.

3.10. El contenido esencial del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva.

Para determinar el contenido esencial del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva, al tiempo que se trata de evitar “*una atribución arbitraria de sentido*” tal como advierte desde una perspectiva hermenéutica Loayza (2015, p. 87), parece oportuno acudir, como hace el citado autor, a la disposición normativa del art. 4 del Código Procesal Constitucional. En ella, el legislador ha optado por enumerar enunciativamente aquello que forma parte del derecho a la tutela procesal efectiva y que además –y esto es lo relevante– es objeto de protección constitucional vía amparo o vía hábeas corpus. En otras palabras, el legislador ha regulado parte del *contenido constitucionalmente protegido* o –lo que es lo mismo para el Tribunal Constitucional del Perú (como se ha visto en apartados anteriores)– *el contenido esencial* del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva.

No obstante, aquí se pasará a detallar no más que algunos de los derechos enumerados en la disposición normativa antes mencionada, aquellos que guarden relación con el fin del presente trabajo.

3.10.1. El libre acceso al órgano jurisdiccional.

El Tribunal Constitucional, en la STC N.º 763-2005-PA/TC, desarrollando el contenido del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, señala que “(...) *la tutela judicial efectiva es un derecho constitucional de naturaleza procesal en virtud del cual toda persona o sujeto justiciable puede acceder a los órganos jurisdiccionales, independientemente del tipo de pretensión formulada y de la eventual legitimidad que pueda, o no, acompañarle a su petitorio*” (FJ. 6).

Este derecho posibilita a toda persona recurrir a los estamentos judiciales pretendiendo la resolución de un conflicto de intereses o una incertidumbre jurídica. Es característica de este derecho ser ejercido previo al inicio formal de un proceso judicial. Dicho de otro modo, antes de su ejercicio no existe proceso.

El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, no es sino el continente del derecho de acción. La noción de proceso desde la teoría de la tutela de los derechos supone que el derecho de acción pase a ser visto como el derecho a las

técnicas procesales adecuadas a la tutela del derecho material. De este modo, el derecho de acción no es sino una manifestación del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

Echandía (1984), siguiendo los postulados de la doctrina procesal clásica, define a la acción de la siguiente manera:

Acción es el derecho público, cívico, subjetivo, abstracto y autónomo, que tiene toda persona natural o jurídica, para obtener la aplicación de la jurisdicción del Estado a un caso concreto mediante una sentencia, a través de un proceso, o para pedir que se inicie la investigación penal previa al proceso (p. 200).

Esta definición es correcta desde las premisas de la doctrina procesal clásica, que veía en la acción un medio, *concretizado en la demanda*, para obtener una resolución sobre el fondo de la controversia. Sin embargo, como apunta Marinoni (2007), “*el derecho de acción no puede ser limitado al derecho a pedir la resolución de la cuestión de fondo*” (p. 67). En realidad el derecho de acción “*tiene diversos corolarios, se inicia con el derecho a participar adecuadamente del proceso, mediante la presentación de alegaciones y de producción de pruebas en plazo racional para influir sobre el convencimiento del juez respecto de los hechos*” (Marinoni, 2007, p. 68).

Desde este punto de vista, la acción *no se concretiza en la demanda y menos aún se agota con la resolución de fondo de la controversia*. La acción, en realidad, se *concretiza en el momento en que se orienta a la tutela de una situación concreta*. Es decir, la acción supone la formulación de una pretensión (*petitum y causa petendi*) compatible con la situación de tutela que exige el derecho material. Así, por ejemplo, cuando “*se pide tutela de remoción del ilícito, la causa petendi no se refiere al daño y a la culpa, o incluso a la probabilidad de daño, sino que se limita a dejar claro que se cometió un acto contrario a derecho que produce efectos que deben eliminarse*” (Marinoni, 2017, p. 40).

Importa aquí la idea relativa a que la acción, antes que concretizarse con la demanda, lo hace *con la tutela judicial del derecho*. Esto resulta de suma importancia para entender, desde la visión del proceso de la idea de tutela de los derechos, los alcances del derecho de acción. La acción, al no agotarse con la formulación de una demanda, exige también el derecho a *solicitar las técnicas procesales adecuadas a la tutela del derecho material que el actor pretende*. Estas técnicas pueden ser la técnica anticipatoria, la sentencia mandamental o ejecutiva, los medios ejecutivos adecuados, etc.

Ahora bien, en el ordenamiento jurídico procesal penal peruano se concibe a la acción desde una óptica distinta. La legislación procesal penal se refiere concretamente a la acción (penal) desde dos dimensiones. Primero, como *deber legal* en tanto que su titularidad corresponde, *prima facie*, a una entidad autónoma del Estado, el Ministerio Público. La ley procesal impone a este el imperativo de accionar penal y públicamente cuando tenga conocimiento de la *notitia criminis*. No obstante, también se concibe a la acción como *derecho subjetivo* del ofendido o perjudicado por el delito. En estos casos, el Estado otorga al agraviado la facultad –y no el deber legal– de accionar penalmente, estos son los denominados “procesos de acción penal privada”, que se encuentran regidos por las reglas del proceso especial de querrela.

Pero lo que aquí interesa es identificar cómo se manifiesta el derecho de acción, entendido como medio para la tutela de los derechos, en la investigación y el proceso penal. Si el ejercicio de la acción, en el marco del proceso penal, se entiende como un deber del Ministerio Público para solicitar la imposición de una sanción penal, y como un derecho del agraviado para solicitar la respectiva tutela de sus intereses patrimoniales, ¿cómo debe ser entendida acción desde la perspectiva del investigado o imputado?

Como parece obvio desde las premisas antes apuntadas, la acción se erige como un derecho del investigado para *solicitar la tutela de sus derechos sustanciales, esto es, de sus derechos fundamentales y legales, y de las garantías primarias del proceso*. La acción se identifica, en ese sentido, en el *proceso penal*, con el derecho a solicitar en el marco de una investigación o proceso penal la tutela de los derechos que el ordenamiento jurídico reconoce

al investigado. Pero esta noción de acción no se limita a beneficiar al investigado, sino a cualquier parte procesal.

En ese sentido el derecho de acción supone que las partes procesales, una vez iniciada una investigación o un proceso penal en sentido estricto, puedan acceder a la jurisdicción y obtener una decisión derivada una determinada pretensión de tutela judicial. A esta dimensión del derecho de acción en el proceso penal puede denominársele función *endoprocesal de la acción*, en tanto que se ejercita en el marco de un proceso penal o investigación penal ya iniciada, con la finalidad de solicitar la tutela de los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico.

3.10.2. El derecho a la igualdad sustancial en el proceso.

El derecho/principio a la igualdad se encuentra reconocido en la Constitución Política peruana en el inc. 2 del art. 2: “Toda persona tiene derecho a: [...] 2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole.

En el derecho a la igualdad se puede diferenciar dos planos básicos: uno jurídico y otro fáctico. Se habla de igualdad jurídica cuando se hace referencia a que todos son iguales ante la ley, es decir, deben recibir a través de la ley un trato igualitario. Se habla generalmente de igualdad en sentido fáctico o igualdad *sustancial* cuando se otorga un tratamiento desigual en la ley con el fin de reducir o eliminar las desigualdades en las relaciones de las personas en el plano de los hechos. Sin embargo, un tratamiento del derecho a la igualdad a partir de esta formulación binaria –igualdad jurídica/igualdad sustancial–, no permite dar cuenta de todos los deberes que se derivan del principio de igualdad. En otras palabras, hace falta una metodología distinta para revelar sus reales dimensiones. Por ello, en el presente trabajo de investigación se propone la siguiente metodología: clasificar las exigencias del principio de igualdad de acuerdo al siguiente esquema: i) el derecho a la igualdad en la formulación de la ley, ii) el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley y iii) identificación de la igualdad sustancial en la formulación y aplicación de la ley. Esto permitirá identificar con mayor precisión las exigencias de lo que en este

apartado interesa: la igualdad sustancial. Finalmente, se procederá a determinar cómo se manifiesta la igualdad sustancial en los procesos judiciales.

3.10.2.1. El derecho a la igualdad en la formulación de las leyes.

Tomando en consideración los deberes correlativos, se puede establecer la siguiente clasificación del contenido del derecho a la igualdad en la formulación de la ley.

3.10.2.1.1. Deber general de consideración normativa igualitaria.

Conforme a este deber, el legislador tiene la obligación de otorgar, *prima facie*, un tratamiento normativo igualitario a todas las personas que, con respecto a un *tertium comparationis*, son fundamentalmente iguales. Sin embargo, dado que por definición todos los derechos (y sus correlativos deberes) al tener el carácter de principios no pueden ser cumplidos de modo definitivo, sino que deben ser optimizados en la medida de lo posible, el deber de otorgar un trato igualitario puede ceder ante otros principios que exijan precisamente lo contrario.

Esto quiere decir que el art. 2, inc. 2, de la Const. exige solo una igualdad *ante* la ley en la medida de las posibilidades fácticas y jurídicas; en otros términos, en la medida en que no colisione con otros principios de mayor peso: la igualdad se trata, pues, de un derecho fundamental *prima facie*. En tales casos, como la precedencia del principio de igualdad sustancial, se deriva la obligación que se detalla a continuación.

3.10.2.1.2. Deber excepcional de una consideración normativa desigual.

Se advirtió anteriormente que el deber de tratar normativamente por igual a todos los sujetos de derecho es un deber *prima facie*. Existen en ese sentido situaciones en las que está justificado un tratamiento normativo especial, excepcional, distinto para ciertos grupos de sujetos de derecho. Este tratamiento específico deriva de una serie de necesidades fácticas: necesidades de eliminar desigualdades materiales, económicas, sociales, etc. En estos casos, sería incluso perjudicial mantener el trato normativo igualitario. Muestra de ello es la presunción de laboralidad regulada en el art. 23.2 de la Nueva Ley Procesal del Trabajo, según la cual basta acreditar la prestación personal de servicios para presumir la existencia de vínculo laboral a plazo indeterminado, salvo prueba en contrario. Con esta norma el legislador –con base en la idea de que la relación material entre el trabajo y el capital es asimétrica– ha optado por descargar al trabajador de la carga de la prueba y a su vez distribuirla en gran medida al empleador.

De lo expuesto se desprende que, en realidad, como lo ha reconocido en variada jurisprudencia el Tribunal Constitucional peruano, el derecho a la igualdad reconocido en la constitución no proscrib el tratamiento desigualitario o diferenciado *per se* (por razones de sexo, religión, idioma, etc.), sino el trato discriminatorio, esto es, el trato desigual sin motivos razonables que lo justifiquen.

3.10.2.2. Derecho a la igualdad en la aplicación de las leyes.

En los párrafos precedentes se ha desarrollado las exigencias derivadas del principio de igualdad en el plano de la formulación de la ley, exigencias que, por cierto, atañen a la actividad legislativa. Pero cuando estas exigencias vinculan a los órganos aplicadores del derecho, se presupone otro campo distinto al de la formulación de la ley, el de su aplicación.

Cuando se trata de aplicar la ley, los jueces y demás funcionarios encargados de ello deben dirigir su actuación por los causes de la igualdad. Aplicar, sin embargo, presupone lógicamente la actividad interpretativa. Como se ha visto en el capítulo dedicado a la interpretación, la interpretación oficial es en última instancia, y sobre todo, aplicación oficial de la norma, dado que está destinada a la resolución de controversias o incertidumbres jurídicas. En ese sentido, cuando en adelante se haga referencia a *aplicar* debe presuponerse también la acción de *interpretar*. Dicho esto, corresponde continuar. Es posible distinguir las siguientes obligaciones derivadas del principio de igualdad.

3.10.2.2.1. Deber general de aplicar la ley a todos por igual.

Como se intuye sencillamente, se trata del deber de aplicar (e interpretar) las disposiciones normativas empleando la misma técnica interpretativa y adscribiendo el mismo significado a todos los casos por igual, siempre que puedan ser subsumidos razonablemente a la hipótesis normativa. En otras palabras, el juez debe aplicar la misma consecuencia normativa para todos los casos que se encuentren previstos en la hipótesis de la norma.

A este deber el Tribunal Constitucional lo denomina – creemos que erróneamente– *igualdad ante la ley*, definiéndolo así: “*la norma debe ser aplicable por igual a todos los que se encuentren en la situación descrita por el supuesto de la norma*” (STC N.º 00048-2004-AI/TC, FJ. 60). Esta definición no parece del todo acertada pues con ella se excluye al legislador del deber de tratar igualitariamente a los ciudadanos y se circunscribe el mandato de igualdad a la aplicación de la ley, es decir se dirige a los operadores jurídicos (v.gr.: jueces y demás funcionarios). La igualdad ante la ley en realidad opera

tanto al momento de aplicarla como al tiempo de su formulación legislativa.

Ahora bien, pensado desde la teoría alexyana, el derecho a la igualdad que reconoce la Constitución tiene el carácter de principio y, por ende, sus exigencias deben ser *prima facie* satisfechas, como ya se advirtió *supra*. El valor de la igualdad no es óbice para que, frente a una colisión de principios, otro pueda eventualmente precederla. En estos casos la llamada *igualdad jurídica*, que supone un trato *prima facie* igualitario para todos en la ley y en la aplicación de la ley, puede ser dejada de lado en virtud de un principio de mayor pesa, considerando las circunstancias propias de cada caso. Este último principio que puede verse favorecido es el *principio de igualdad sustancial*, que exige, como ya se ha informado antes, en un trato jurídicamente desigual en atención a la superación de las desigualdades fácticas. Así, el derecho fundamental a la igualdad, considerada en su dimensión sustancial, exige los siguientes deberes.

3.10.2.2.2. Deber excepcional de no aplicar la ley de modo igual.

Sucedee que, en ocasiones, los órganos aplicadores del derecho se encuentran con situaciones muy particulares en las que los casos, *en apariencia*, se encuentran previstos en una norma jurídica; es decir, existe una respectiva consecuencia jurídica para cada uno. Estos casos, sin embargo, presentan *en los hechos* caracteres particulares, especiales, excepcionales que no se presentan en la generalidad de los casos de su género, de modo que se pone en duda la aplicación de la consecuencia jurídica en principio prevista para ellos, debido a que este se considera injusta, conforme a una determinada escala de valores. Se trata de los casos en los que existe una laguna axiológica.

En estas situaciones, la subsunción del caso en la hipótesis normativa es dudosa debido a que, si bien aquel forma parte de la clase de casos previstos en la norma, existe un hecho que lo hace *ligeramente* distinto. En ese sentido, por la regla básica derivada del principio aristotélico de igualdad sustancial (*tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales*), al caso con caracteres particulares no se le debe aplicar la norma que, en principio le correspondería, por ser *sustancialmente* diferente a los de su clase, su tratamiento por el contrario debe ser diferenciado (una decisión muy interesante –y controvertida– que otorga un trato diferenciado a un caso por sus *circunstancias fácticas particulares* es la recaída en la STC N.º 04617-2012-PA/TC – caso Panamericana Televisión SA).

3.10.2.2.3. Deber general de aplicar la ley cuando, de facto, se advierta su falta de aplicación.

Todo órgano aplicador del derecho por definición –y por obligación– debe aplicar la ley válida y vigente. Sin embargo, no es poco común identificar contextos en los que, pese a que existe una ley aplicable para una cierta clase de casos, esta es desconocida por los órganos aplicadores del derecho; actitud que, por cierto, roza con el prevaricato.

El desconocimiento de la norma muchas veces es tan solo parcial, se limita a una parte de la totalidad del supuesto de hecho que la norma prevé. Por ejemplo, se desconoce la totalidad de sujetos a quienes la norma se refiere y se vincula con ella solo a una parte de la clase de sujetos. Y este desconocimiento se debe o bien porque la norma no es clara en su formulación –casos de ambigüedad o de vaguedad en los términos– o bien porque para concebirla

en su completitud –en la medida de lo posible– es necesario recurrir a la interpretación sistemática y, por tanto, la consideración aislada de una disposición normativa no permite apreciar el campo de aplicación real de la norma.

El juez debe prestar especial atención a estas situaciones, en las que en el plano de la aplicación de la ley –plano fáctico– a unos se les aplica la ley válida y vigente y a otros no, ya sea por una persistente actitud de los operadores jurídicos en interpretar aisladamente las disposiciones normativas o ya sea por desconocimiento de las otras disposiciones que componen todas juntas una sola norma. A continuación, el juez, deberá a través de las técnicas de interpretación reconocidas en la cultura jurídica propia, suplir en la medida de lo posible esta desigualdad que, aunque no esté prevista realmente en la ley, sucede en los hechos al momento de su aplicación.

3.10.2.3. Identificación de la incidencia de la igualdad sustancial en la formulación y aplicación de ley.

La igualdad sustancial, como antes se ha indicado, responde fundamentalmente a la necesidad de eliminar o, en todo caso, compensar, desigualdades fácticas. No se limita como la clásica visión de la igualdad a tratar jurídicamente iguales a todos. Sino que, por el contrario, al reconocer relaciones desiguales entre personas en el plano fáctico, exige un trato jurídicamente desigual a fin de compensar o eliminar este tipo de desigualdad. En ese sentido, responde a la fórmula de *tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales*.

Siguiendo esta concepción, resulta claro en cuáles de las exigencias de la igualdad tiene vigencia el principio de igualdad sustancial: i) en el deber excepcional de consideración normativa desigual, ii) en el deber excepcional de no aplicar la ley de modo igual y, por último, iii)

en el deber general de aplicar la ley cuando, de facto, no se hace. Estos deberes correlativos al derecho a la igualdad son mandatos derivados de una idea de igualdad sustancial o material.

Corresponde ahora dejar por sentado de qué manera estas exigencias se materializan en el proceso de modo que se pueda hablar de un *derecho a la igualdad sustancial en el proceso*.

3.10.2.4. Igualdad sustancial y proceso.

El derecho a la igualdad sustancial en el proceso, como contenido del derecho fundamental a la igualdad, supone –como ya se anotó–, por un lado, deberes generales y excepcionales que vinculan y rigen la actividad del legislador y de los órganos aplicadores del derecho. Desde el punto de vista del derecho adjetivo, el legislador debe identificar las relaciones materiales de desigualdad que aparecen en el contexto de los procesos judiciales, para inmediatamente proceder a formular disposiciones normativas de las cuales puedan derivarse normas orientadas a suplir esa desigualdad procesal. Muestra del cumplimiento de este deber es, como ya se ha señalado, la distribución de la carga de la prueba en el proceso laboral, que se funda en el reconocimiento de la relación material desigual entre trabajador y capital.

Pero la exigencia de maximizar en la medida de lo posible el derecho a la igualdad sustancial en el proceso tiene como actor inmediato a los órganos aplicadores del derecho. Ellos tienen el deber no solo de aplicar la ley de modo igual para todos, sino de aplicarla de manera desigual cuando existan razones suficientes para ello derivadas del principio de igualdad sustancial. Así, se justifica la derrotabilidad de normas procesales por identificación de lagunas axiológicas. Pero también los jueces tienen el deber de aplicar –en la medida en que esto fuere posible– la norma procesal luego de un ejercicio de interpretación que permita vincular a todas las disposiciones normativas relativas a ella. Esto con el fin de evitar la aplicación parcial de normas a los casos, que tiene como corolario la aplicación de la

norma (parcialmente considerada) para unos casos y no para otros, violando así el principio de igualdad sustancial.

3.10.3. El principio de legalidad procesal penal.

El principio de legalidad tiene vigencia tanto para el derecho penal como para el derecho procesal penal, aunque sus efectos en cada ámbito son distintos. En su vertiente penal, implica que nadie puede ser procesado ni sancionado sin la vigencia previa de una norma que sancione su conducta como delito. Se trata del conocido aforismo latino formulado por primera vez por Von Feuerbach en 1801 en su obra *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts: nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*. A su vez, el principio de legalidad penal exige otros subprincipios de abundante desarrollo dogmático: los principios de ley escrita, ley previa, ley cierta y ley estricta.

Pero el principio de legalidad no solo tiene vigencia en el derecho penal sustantivo, en la dimensión adjetiva –el proceso penal– este principio también se manifiesta. Es esta manifestación la que interesa desarrollar en el presente apartado. Como enseña Barbosa (2005), el principio de legalidad en relación al proceso penal puede ser pensado desde dos ópticas: una formal y otra sustancial (p. 112).

3.10.3.1. El principio de legalidad procesal penal formal.

Desde la perspectiva formal, el principio de legalidad procesal supone dos subprincipios: el de legalidad del procedimiento y el de legalidad del tribunal, los cuales encuentran su síntesis en la máxima *nullum iudex, nullum iudicio sine lege*.

3.10.3.1.1. El subprincipio de legalidad del procedimiento.

Este principio/derecho tiene el carácter de fundamental desde que se encuentra consagrado por la Constitución Política del Perú en el art. 139, inc. 3, párrafo segundo: “Ninguna persona puede ser [...] sometida a procedimiento distintos de los previamente establecidos. Supone, como

se advierte con sencillez del texto constitucional, que toda persona debe ser juzgado en el contexto de un proceso preestablecido por la ley. Se encuentra proscrito, en ese sentido, enjuiciar a una persona bajo un procedimiento distinto al predeterminado por ley.

El Tribunal Constitucional peruano, sobre ello, se ha pronunciado en las STC N.º 4809-2009-PA/TC y N.º 01908-2013-AA/TC. En esta última, en un voto dirimente el magistrado Espinosa Saldaña-Barrera se pronunció en el siguiente sentido:

[C]omo parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a que se respete el procedimiento establecido por ley, se encuentra la garantía, a favor de toda persona, de que se discuta sobre sus derechos o intereses jurídicamente relevantes en la vía procedimental competente prevista con anterioridad por la ley. En este sentido, el juzgamiento de una materia dada en una vía procesal que, de acuerdo con la ley, no corresponde o es impertinente, podría suponer una desviación del procedimiento preestablecido y, en tal sentido, tratarse de una vulneración del derecho reconocido en el artículo 139, inciso 3 de la Constitución. (FJ. 23)

3.10.3.1.2. El subprincipio de legalidad del tribunal.

Este principio/derecho, también llamado derecho al juez predeterminado por ley, se encuentra reconocido, al igual que el derecho al procedimiento legalmente establecido, en el segundo párrafo del inc.3 del art. 139 de la Constitución Política, en la parte que dice: “Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley [...], ni juzgada por órganos

jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación”.

El Tribunal Constitucional peruano ha expresado en la STC N.º 01460-2016-PHC/TC que existe una línea jurisprudencial consolidada respecto a las exigencias del derecho al juez predeterminado por ley (véase las decisiones recaídas en las sentencias 0290-2002-PHC, 05761-2009-PHC/TC y 00813-2011-PA/TC). Dichas exigencias son:

3.10.3.1.2.1. Derecho a ser juzgado por un juez u órgano con potestad jurisdiccional.

Esta exigencia concreta, conforme al Tribunal Constitucional en la citada sentencia (FJ 6.1) y tal como se desprende del tenor literal del segundo párrafo del inc. 3 del art. 139 de la Const., garantiza la interdicción de ser juzgado por un juez excepcional o por una comisión especial creada a tal efecto. Se prohíbe también que esta actividad sea realizada por poderes públicos que no son competentes para ejercer jurisdicción.

3.10.3.1.2.2. Derecho a que la jurisdicción y competencia del juez sean predeterminada por una ley orgánica.

Este derecho representa la exigencia de que la jurisdicción y competencia del juez “deba haberse realizado con anterioridad al inicio del proceso, y que tales reglas de competencia objetiva y funcional estén previstas [en una ley orgánica], conforme se deduce de una interpretación sistemática de

los artículos 139, inciso 3, y 106 de la Constitución (STC N.º 01460-2016-HC del 3 de mayo de 2016, FJ. 6.2, corchetes añadidos).

3.10.3.2. El principio de legalidad procesal penal sustancial.

El principio de legalidad, desde una óptica que Barbosa (2005) ha denominado *sustancial*, supone dos consecuencias: la primera es el respeto a los subprincipios de persecución oficiosa, obligatoria y necesaria y, la segunda, la subordinación de las estructuras procesales a la lógica de la legalidad (p. 116).

3.10.3.2.1. Subprincipio de persecución oficiosa, obligatoria y necesaria.

Como contraparte teórica del principio dispositivo de la persecución penal –de corte anglosajón–, aparecen los principios de persecución oficiosa, obligatoria y necesaria, adoptados por los sistemas jurídicos continentales e iberoamericanos. Dice, al respecto, Barbosa (2005):

El postulado sustancial de la legalidad, al interior de los sistemas de tradición continental europea, rechaza como regla general el carácter dispositivo de la acción penal. Como lo recuerda la doctrina mayoritaria, en cierto momento histórico el derecho continental asumió que la acción penal no es asimilable a la acción contenciosa civil del derecho romano, por contener caracteres de orden público e interés general [...]. (p. 117)

Señala Roxin (2000) que el principio de legalidad “*enuncia, por un lado, que la fiscalía debe realizar investigaciones cuando existe la sospecha de que se ha cometido un*

hecho punible”, se trata pues del principio de legalidad en su manifestación como principio de persecución obligatoria, que incluye, además, que la fiscalía “está obligada a formular la acusación cuando después de las investigaciones sigue existiendo esa sospecha vehemente” (p.89).

La obligatoriedad de la persecución penal tiene como corolario la actuación de oficio por parte del titular de la acción penal cuando se tome conocimiento de una noticia criminal. No es necesaria la petición de parte del agraviado o cualquier otro interesado, aunque sí es válida para iniciar la investigación. La actuación de oficio se encuentra reconocida como atribución del Ministerio Público en el art. 159 de la Constitución Política y es reafirmada en el inc. 1 del art. 1 del Código Penal.

Ahora bien, el carácter obligatorio del ejercicio de la persecución penal es en realidad relativo. La acción penal no se ejerce a toda costa y de modo absoluto. Existen excepciones a ella como el principio de oportunidad (art. 2 CPP). Conforme a este principio, existen motivos suficientes –de utilidad pública o interés general– para renunciar al ejercicio de la acción penal, que generalmente están asociados a delitos de bagatela, de poca relevancia pública y de mínima dañosidad social. En esta clase de delitos, el Estado opta por promover una solución del conflicto criminal privilegiando generalmente criterios de orden económico, como la satisfacción pecuniaria de la responsabilidad civil derivada del daño (real o tan solo potencial) a consecuencia del delito.

3.10.3.2.2. Subordinación de las estructuras procesales a la lógica de la legalidad.

En la medida que la legalidad sustancial deriva, según enseña Barbosa (2005, p. 119), de una visión del proceso como instrumento para la protección del derecho material o sustancial, en aquel –el proceso– “*las decisiones de los jueces deben estar dirigidas a una aproximación razonable a la verdad*” (p. 119).

Pero esta no es la única consecuencia de la vigencia del principio de legalidad. Como se sabe, este principio supone la obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal, por lo que las normas procesales que dotan de estructura al proceso deben adecuarse a estas exigencias. Esto significa que debe primar la obligación de perseguir el delito y “*no deben existir alternativas que, fuera de la hipótesis de discrecionalidad reglada –principio de oportunidad– pongan fin al proceso con inobservancia del principio de legalidad*” (Barbosa, 2005, p.119). En otras palabras, la obligatoriedad de perseguir el delito debe ser la regla, y la disponibilidad para renunciar a esta obligación debe ser la excepción y debe operar cuando esté reconocida en la norma procesal penal.

IV. Conclusiones.

En el presente capítulo, en principio, se abordó la concepción de los derechos fundamentales a partir del esquema conceptual elaborado por Robert Alexy. Según este esquema, un derecho fundamental viene configurado como un *haz de posiciones jurídicas interrelacionadas entre sí de distintos modos*. Esto quiere decir que la idea de derecho fundamental representa en realidad un conjunto de normas de derecho fundamental *prima facie* o definitivas, derivadas todas ellas directa o indirectamente (caso de las normas adscriptas) de una disposición normativa de derecho fundamental. Por tanto, la idea de derecho fundamental es una idea compleja, que no hace referencia a una entidad simple, sino a un conjunto de entidades de difícil aprehensión. En el entramado de posiciones jurídicas se puede identificar aquellas con la estructura de *derecho a algo*, de *libertades* y de *competencias*, que vienen a formar parte del contenido de todo derecho fundamental.

Pero en todo ese contenido –según se desarrolló en el apartado II– existe una parte que resulta *esencial* para la vigencia del derecho fundamental, aunque su determinación está supeditada a la teoría a la que el intérprete se adhiera: teoría relativa, absoluta o institucional. En la jurisprudencia constitucional peruana, el Tribunal Constitucional ha recogido los fundamentos de la teoría institucional para desarrollar el contenido esencial del derecho a la pensión. Por tanto, se puede afirmar que en la jurisprudencia constitucional se ha reconocido la existencia de un núcleo esencial, intangible para el legislador, de todo derecho fundamental, aunque positivamente la Constitución no lo reconozca así. Además, ese contenido esencial es sinónimo de contenido constitucionalmente protegido, según indica el Máximo Intérprete de la Constitución peruana. Según esto, es posible ubicar el contenido esencial de cada derecho fundamental tomando en consideración los derechos protegidos en los procesos constitucionales.

Partiendo de estas premisas teóricas, en el apartado III se desarrolló la definición y contenido del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva. Su definición se hace explícita en la norma de derecho fundamental adscripta (7) que en este trabajo se ha propuesto como derivada del inc. 3 del art. 139 de la Const. El derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva exige, en ese sentido, que el proceso cuente con las respectivas garantías primarias y secundarias para la protección de los derechos materiales a los cuales sirve. A partir de ello se puede identificar que el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva, considerado como un todo –desde la perspectiva teórica alexyana–, supone un haz de normas jurídicas de caracteres heterogéneos: derechos, competencias, libertades, pero también garantías, concepto este último que se recoge de la teoría del garantismo desarrollado por Ferrajoli.

Ahora bien, siendo el contenido del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva un contenido ciertamente complejo, resulta fácil proceder de modo arbitrario al momento de determinar dicho contenido. Por ello, partiendo de la identificación del contenido esencial como contenido constitucionalmente protegido, que el Tribunal Constitucional peruano ha reconocido, para determinar parte del contenido esencial del derecho que aquí interesa –del modo más objetivo posible– se ha empleado la norma derivada de la disposición normativa del art. 4 del Código Procesal Constitucional. De este modo, se determinó que los derechos descritos en esta disposición normativa forman parte del contenido esencial del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva. Entre ellos, se desarrolló: el derecho al libre acceso al órgano jurisdiccional, el derecho a la igualdad sustancial en el proceso y el principio

de legalidad procesal penal. Estos últimos derechos resultan de utilidad para los fines del presente trabajo.

SUBCAPÍTULO TERCERO.
**INTERPRETACIÓN DE LA REGULACIÓN DEL MECANISMO DE TUTELA DE DERECHOS EN
EL PROCESO PENAL.**

I. Evolución de la idea de “tutela de derechos” en las reformas antecedentes al proceso penal peruano contemporáneo.

El derecho procesal penal, de la mano de una doctrina abiertamente acusatoria-adversarial, se ha visto influenciado por corrientes garantistas orientadas a constituir un ordenamiento jurídico procesal penal dotado de las debidas garantías de los derechos y de la legalidad del proceso. Esta influencia ha tomado lugar en diversos proyectos de ley de reforma del proceso penal.

1.1. Los proyectos de reforma de 1984 a 1988.

El prolegómeno de la reforma del derecho proceso penal contemporáneo puede localizarse un año antes de finalizado el primer lustro de los años ochenta. El 5 de junio de 1984, durante el mandato presidencial de Fernando Belaunde Terry y con el Ministerio de Justicia a la batuta de Max Arias Schreiber Pezet, se promulgó la Ley 23859, mediante la cual se facultó al Poder Ejecutivo para que, de la mano con una comisión revisora, promulgue el Código Penal y el Código de Procedimientos Penales. El art. 1 a tal efecto reza:

Art.1.- Facúltese al Poder Ejecutivo para que, dentro del presente periodo constitucional, promulgue mediante Decreto Legislativo los Códigos Penal y de Procedimientos Penales.

Para este efecto, la Comisión Revisora que se conforma con tres Senadores designados por la Cámara de Diputados, un Representante del Poder Judicial, un Representante del Ministerio Público y tres Abogados designados por el Ministerio de Justicia, introducirá las reformas que estimare pertinentes. (Ley N.º 23859, 1984)

Tal parece que la comisión revisora designada no llegó a culminar la labor que le fue encomendada. Sin embargo, el plazo otorgado fue ampliado en el primer gobierno presidencial de Alan García Pérez, mediante Ley 24911 del 25 de octubre de 1988. Esta vez se creó una comisión revisora para cada proyecto, una para el proyecto de código penal y otra para el proyecto de código de procedimientos penales. Enseña Burgos (2011) que en este último proyecto de código de procedimientos penales “se consagró

uno de los cambios estructurales de mayor trascendencia en todos los intentos de reforma: el traslado de la función persecutoria e investigatoria al Ministerio Público” (p. 21).

La Constitución en ese entonces vigente era la de 1979 que facultaba al Ministerio Público para “vigilar e intervenir en la investigación del delito desde la etapa policial, y promover la acción penal de oficio o a petición de parte” (art. 250, inc. 5). Por tanto, el proyecto derivado de la Ley 24911 supuso un paso importante hacia la idea de configurar un proceso penal de corte acusatorio. El proyecto de código de procedimientos penales –según informa San Martín (1998, p. 229)– fue puesto en conocimiento de la opinión pública en noviembre de 1989.

1.2. El Código Procesal Penal de 1991.

El proyecto del código de procedimientos penales fue posteriormente revisado “*por una comisión consultiva designada por el Ministerio de Justicia al amparo de la Resolución Ministerial N.º 994-90-JUS, en 1990*” (San Martín, 1998, p. 230). Esta comisión, por su parte, “*presentó en octubre de 1990 el denominado ‘Proyecto Alternativo de Código de Procedimientos Penales’, el mismo que fue publicado en el Diario Oficial el 16 de noviembre de mismo año*” (Burgos, 2011, p. 22). El proyecto alternativo se inspiró en el Código Modelo para Iberoamérica e incorporó instituciones nuevas en el derecho procesal peruano. Se incorporó inéditamente los principios de oportunidad y conformidad, la tutela de los intereses difusos (que se verá plasmado en el código de 1991 a través del reconocimiento normativo de la participación de los Organismos No Gubernamentales de defensa de los Derechos Humanos) y la interdicción de la prueba ilegalmente obtenida; al mismo tiempo se modificaron otras instituciones como las medidas coercitivas y restrictivas de derechos (San Martín, 1998, p. 230). Otro hito importante que marca el abandono de la idea de juez instructor es –como señala el citado autor– la transferencia del Instituto de Medicina Legal del Ministerio de Justicia al Ministerio Público, de modo que la función de levantamiento de cadáveres se adscribió –salvo excepciones reglamentadas– al fiscal y no al juez. (p. 230).

Pero este denominado “proyecto alternativo” no solo se caracteriza por incorporar nuevas instituciones procesales, sino porque sobre todo el conjunto de todos estos cambios “marca una pauta muy importante en la manera de entender el proceso penal

en un estado moderno y respetuoso de los derechos y libertades fundamentales de la persona humana. Se estructura una normatividad que sin perder el norte de la eficacia resulta siendo profundamente garantista” (Burgos, 2011, p. 22).

El proyecto alternativo del código de procedimientos penales fue revisado por una comisión nombrada mediante Ley 25281 del 30 de octubre de 1990, durante el mandato presidencial de Alberto Fujimori Fujimori. El art. 2 de la citada ley preceptuaba lo siguiente:

Art. 2.- La Comisión Revisora a que se refiere el artículo anterior trabajará en base al proyecto preparado por la Comisión creada por Ley No. 23859; por la Comisión Consultiva del Ministerio de Justicia y por la Comisión creada por Ley No. 24911, introduciendo las reformas que estime pertinentes, y deberá presentar su texto al Poder Ejecutivo dentro de 150 días, contados a partir del a vigencia de la presente Ley.

Sin modificaciones ulteriores, la comisión revisora presentó al Poder Ejecutivo el proyecto de en ese entonces nuevo Código Procesal Penal, que, luego de ser aprobado, fue finalmente promulgado mediante Decreto Legislativo 638, publicado el 27 de abril de 1991, introduciendo, así, en el ordenamiento jurídico peruano, el Código Procesal Penal de 1991.

El Código Procesal Penal de 1991 ya evidenciaba un cambio de paradigma en el proceso penal. “*Instaura un sistema hegemónicamente acusatorio*” (San Martín, 1998, p. 231). Se estructura sobre la base de lo que en anteriores apartados del presente trabajo se ha denominado principio de legalidad sustancial. En ese sentido su art. 1 estipulaba que la acción penal es pública y su titular es el Ministerio Público. La abstención –excepcional– de su ejercicio se encontraba reglamentada en el art. 2, referido al principio de oportunidad (San Martín, 1998, p. 231).

Se reconocía la superioridad funcional del Ministerio Público sobre la Policía para llevar a cabo la investigación. El cuerpo policial asumía el rol –que se mantiene hasta hoy– de auxiliar del Ministerio Público. La investigación, conforme enseña San Martín (1998), tenía dos fases –estructura que por cierto también se mantiene hasta la actualidad–:

La primera, de amplio dominio del Ministerio Público –donde se encuentra la investigación preliminar policial que concluye con la elaboración de un Informe o Atestado–, y la segunda que requiere la emisión de una resolución fiscal de apertura de investigación, su aprobación por el Juez Penal, en cuya virtud el investigado pasa a denominarse imputado o procesado y su exclusión del proceso requerirá una resolución judicial. (pp. 232-233)

Culminada la segunda etapa de la investigación correspondía al fiscal “*decidir si formula acusación o pide el sobreseimiento de la causa*” (San Martín, 1998, p. 235). En el marco de la etapa intermedia, con la admisión de la acusación, luego del respectivo control formal hecho por el juez, las partes podían “*ofrecer nuevos medios de defensa, ofrecer pruebas para el acto oral y la actuación de pruebas de urgencia*” (San Martín, 1998, p. 235).

Finalmente, en el plenario, la actuación de las partes era activa, mientras que el juez intervenía excepcionalmente. Además, este solo se encontraba facultado valorar la prueba obtenida legítimamente, conforme al art. 195., según informa San Martín (1998, p. 236), lo que supone el reconocimiento de la interdicción de la denominada prueba ilícita o prohibida.

En relación con el presente trabajo de investigación, es importante resaltar lo que San Martín (1998) informa acerca de la función que el Código Procesal Penal de 1991 otorgó al juez durante la etapa de investigación:

El Juez Penal, en esta etapa, es el encargado de autorizar las medidas coercitivas y restrictivas de derechos; de controlar la actividad investigatoria del Fiscal, en cuanto a los plazos y la legalidad de sus actuaciones; de pronunciarse sobre las medidas contracautelares; y de dictar resoluciones sobre el contenido de la acción penal (excepciones, cuestiones previas y prejudiciales, sobreseimiento, de enjuiciamiento y de citación a juicio). (p. 233)

Aunque lamentablemente la mayoría de los artículos del Código Procesal Penal de 1991 no entraron en vigencia, y por tanto sea difícil encontrar el texto completo promulgado

mediante Decreto Legislativo 638, San Martín (1998, p. 233) da cuenta de que dicho código otorgaba al juez una función orientada a controlar los plazos y legalidad de las actuaciones fiscales, similar a la función que hoy se reconoce al juez de garantías.

En ese entonces, ya se pensaba en el juez como garante de la legalidad de la investigación. Este modo de concebir al órgano jurisdiccional actualmente ha llevado a la regulación de la garantía procesal conocida por la doctrina como *tutela de derechos*. Por tanto, la idea de ver en el juez la función de asegurar la legalidad de la investigación no es propia del espíritu del Código Procesal Penal de 2004, sino que ha tratado de ser plasmada, como se advierte, en un código anterior a este, el de 1991, aunque esta idea no pudo ser plasmada en la dimensión normativa –*derecho vigente*– por las razones que a continuación se detallan.

A pesar de los esfuerzos desplegados en el Código Procesal Penal de 1991, este entró en una *vacatio legis* indefinida. Su vigencia estuvo prevista en un principio para el 1 de mayo de 1992; sin embargo, mediante Decreto Ley 25461 del 28 de abril de 1992, se postergó para el 1 de mayo de 1994; a fin de cuentas, la vigencia del código quedó suspendida, por imperio del art. 5 de la Ley 26299 del 28 de abril de 1994. Salvo contadas excepciones, su cuerpo normativo no estuvo vigente luego de su promulgación. La coyuntura política, en la que aparece en primer plano lo sucedido el 5 de abril de 1992, la promulgación de una nueva Constitución en 1993 y la lucha contra el terrorismo de primerísimo interés político, aminoraron las esperanzas de una cabal implementación del Código Procesal Penal de 1991. Las nuevas circunstancias políticas, jurídicas, económicas y el nuevo espíritu de la Constitución peruana de 1993 exigían una revisión íntegra del orden jurídico en todas sus ramas.

1.3. La Constitución de 1993 y el preterido proyecto de reforma del Código Procesal Penal de 1991.

La actual Carta Política del Perú, además de representar fundamentalmente la implementación de un nuevo orden económico (Ramos, 2017, p. 73), al estatuir la intervención subsidiaria del Estado en la economía, allí donde aparecen las denominadas *fallas del mercado*, en lo que atañe al derecho procesal penal, sentó las bases constitucionales para la configuración del actual proceso. Dice San Martín (1998) que la Constitución de 1993:

[C]onsagró constitucionalmente la atribución de la investigación del Ministerio Público y la superioridad funcional de la Fiscalía respecto de la Policía Nacional, precisó los límites de la detención policial al establecer el Estado de flagrancia como única posibilidad de detención policial sin orden judicial, autorizó la intervención telefónica, extendió la jurisdicción de la justicia penal militar, modificó el proceso contra personas aforadas y ratificó los derechos y principios de la función jurisdiccional, ya reconocidos por la Constitución anterior. (p. 228)

Debido a que la nueva Constitución supuso un cambio más o menos importante con respecto a la Constitución de 1979, el Congreso Constituyente Democrático expidió la Ley 26299, con el objeto de crear “una Comisión Especial encargada de revisar la conformidad del texto del Código Procesal Penal promulgado por Decreto Legislativo No. 638 del 27 de abril de 1991, con el texto de la nueva Constitución Política vigente, aprobada el 31 de octubre de 1993” (Ley N.º 26299 del 28 de abril de 1994, art. 1).

La comisión especial, según informa Oré Guardia (1995), se instaló el 6 de setiembre de 1994 y concluyó su trabajo el 6 de marzo de 1995 (p. 54). Sobre ello, San Martín (1998) indica que la comisión cumplió su objetivo “presentando al Congreso Constituyente Democrático, en marzo de 1995, un nuevo Texto de Código Procesal Penal, el cual introducía diversos cambios a partir de las exigencias constitucionales y de la dinámica social y política de los últimos años” (p. 228). El Congreso Constituyente Democrático, pese a ello, no llegó a pronunciarse sobre el proyecto presentado por la comisión especial.

El proyecto de Código Procesal Penal, que se publicó el 6 de abril de 1995, contaba con 507 artículos y 24 disposiciones complementarias.

Con el inicio, en julio de 1995, de un nuevo periodo parlamentario, se instalaron en el Congreso los nuevos representantes del Poder Legislativo. En ese mismo año se presentó un proyecto relativo a la reforma del Código Procesal Penal que “reprodujo el propuesto por la Comisión Especial” (San Martín, 1998, p. 228). Este proyecto fue aprobado por unanimidad. Sin embargo:

[E]l Presidente de la República observó dicho Proyecto en dos extremos: a) errores formales de concordancia; y, b) falta de correlación entre las facultades policiales respecto a la investigación del delito y la propia estructura del código. Esta observación hasta esa fecha no fue objeto de pronunciamiento definitivo por el Congreso, pese a que en la Legislatura del siguiente año la Comisión de Justicia cumplió con pronunciarse aceptando parcialmente el planeamiento presidencial. (San Martín, 1998, pp. 228-229)

Aunque la Comisión de Justicia aceptó las observaciones apuntadas por el Poder Ejecutivo, para el Congreso el proyecto de reforma del Código Procesal Penal de 1991 pasó inadvertido y no llegó a concretarse.

El proyecto de reforma del Código Procesal Penal de 1991, además de dinamizar los derechos del imputado y de la víctima, reforzó la visión del juez como *vigilante* de la legalidad de la investigación y le añadió la función de garante de los derechos del investigado. En ese sentido, en lo que atañe a la protección de derechos, se reconoce la denominada por San Martín (1998, p. 239) como *acción de tutela*, “*destinada a que no se afecte irrazonablemente el derecho de defensa del imputado, que se cumpla con el principio de celeridad*”. La acción de tutela, además, operaba cuando, vulnerando sus derechos, se omitía informar al investigado:

1. Los cargos formulados en su contra. 2. Que debe designar a la persona o institución a la que debe comunicarse su detención. 3. Que tienen derecho a que lo asista un abogado defensor. 4. Que tiene derecho a abstenerse de declarar y que si acepta hacerlo, a que su abogado esté presente en su declaración y en todas las diligencias en que se requiera su presencia. 5. A que no se empleen contra él 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. (San Martín, 1998, p. 239).

En cuanto al control de la legalidad de la investigación, el proyecto habilita al juez para:

Controlar la regularidad de la investigación fiscal. Puede exhortar, de oficio o a petición de parte al Fiscal Provincial para que subsane alguna

irregularidad detectada en la conducción de la investigación. En caso de que su exhortación no fuera atendida lo pondrá en conocimiento del Fiscal Superior correspondiente para que proceda conforme a sus atribuciones.
(Oré, 1995, p. 55)

La denominada acción de tutela, así como la facultad de controlar la legalidad de la investigación reconocida al juez, de haber entrado en vigencia serían el antecedente directo de la garantía conocida actualmente como tutela de derechos, propia del Código Procesal Penal de 2004. En realidad, tienen similar estructura.

No puede perderse de vista, además, que, según el proyecto de reforma, el imputado no era el único que podía solicitar tutela al juez. El proyecto también reconocía al agraviado, como anota San Martín (1998, p. 239), la posibilidad de formular solicitudes en salvaguarda de su derecho.

Como se aprecia de este recorrido histórico, las pretensiones de incorporar en el proceso penal un mecanismo garantizador de derechos tiene larga data y no es exclusiva del Código Procesal Penal de 2004. En el Código Procesal Penal de 1991 – aunque lamentablemente gran parte de su texto no estuvo vigente debido a su *vacatio legis* y a la posterior suspensión de su vigencia– ya facultaba al juez para controlar la legalidad y la duración de la investigación. Por su parte, el proyecto de un nuevo Código Procesal Penal gestado en 1995 representa también, en cuanto a la tutela de los derechos en el proceso penal, un paso importante en su desarrollo al implementar la acción de tutela.

Sin embargo, las pretensiones de configurar un proceso penal acusatorio y a la vez dotado de mayores garantías se desarrollaron de modo paralelo a una corriente política fuertemente descodificadora, que se mostraba renuente a implementar un nuevo código procesal penal. Desde 1980, año en que se instauró el régimen democrático en el Perú –apunta San Martín (1998)– la legislación “*no hace sino fortalecer un sistema procesal inquisitivo, escrito y restrictivo para la posición jurídica del imputado*” (p. 231). La vigencia y aplicación del Código de Procedimientos Penales de 1940, la desaparición del juicio oral en el denominado “proceso sumario”, la legislación antiterrorista instaurada mediante los Decretos Leyes 25475 y 25499, el Decreto Legislativo 813 que instaura la Ley Penal Tributaria y el Decreto Legislativo 824 que regula la Ley de Lucha

contra el Narcotráfico, entre otras normas, son muestras de ese movimiento no solo de corte inquisitivo, sino orientado a la descodificación, a la coexistencia de legislaciones paralelas enfocadas a adecuar el proceso penal a las características de cada delito considerado grave. Que esto haya sido una etapa necesaria –o no– en la historia del derecho procesal penal en atención a la criminalidad terrorista y al narcotráfico que confrontó el país en ese entonces, es una cuestión relevante y que merece ser objeto de investigación.

1.4. El Proyecto Huanchaco.

A mediados del año 2002 –expone Burgos (2011)–, en la ciudad de Trujillo:

Se dio origen al segundo movimiento de reforma procesal penal en el Perú, promovido por los maestros Binder y Mixán, fundándose el Grupo Huanchaco, el que posteriormente se instituyó oficialmente como el Centro de Estudios para la Reforma de la Justicia Democracia y Libertad (CERJUDEL). (pp. 26-27)

El Grupo Huanchaco dio origen al denominado Proyecto Huanchaco, un proyecto de código procesal penal cuya estructura se erige sobre la base del modelo acusatorio adversarial. Pese a que no se trató de un proyecto de reforma oficial, sino gestado desde la sociedad civil, con la participación de “*profesores universitarios, académicos, magistrados, abogados y la iglesia católica*” (Mixán, Burgos, Pérez, 2003, p. 12), fue incluido en los trabajos de la comisión de alto nivel que el ejecutivo, a través del Ministerio de Justicia, crearía en el año 2003 y cuyo resultado final sería el Código Procesal Penal del 2004 (Burgos, 2011, pp. 27-28).

Este proyecto acoge como principios inspiradores el proceso único, la facilidad de su comprensión, la implementación de alternativas de solución previas al juicio, la oralidad y la transparencia, el fortalecimiento de los roles del fiscal, defensor público y juez –el primero como el único calificado para valorar una conducta como delito, el segundo como defensa que debe ser fortalecida por el Estado y el tercero como juzgador que, a través de los juicios públicos y orales, recobre la confianza de los ciudadanos– y la participación ciudadana –a través de los jurados escabinos–. Todo esto con un único fin: alcanzar la legitimidad y seguridad ciudadana (Mixán, et al., 2003, pp. 13-15).

El proyecto Huanchaco estructura el proceso penal en tres etapas: la investigación, la audiencia preliminar –que no se trata de una etapa intermedia propiamente dicha– y el juicio. La investigación, sin embargo, cuenta con ciertas peculiaridades que, para los fines del presente trabajo, resulta necesario tomar en cuenta.

La regla es que la investigación sea formal e inicie con el auto de apertura de investigación, elaborado por el fiscal y comunicado al juez de control y garantías. Sin embargo, “*cuando fuere necesario obtener conocimiento mínimo respecto del delito así como respecto de la individualización de los autores o partícipes*” (Mixán, et al., 2003, p. 17), el fiscal puede iniciar una *investigación genérica* –que según el art. 208 del proyecto no está sujeto a plazo– con la finalidad de determinar si se formaliza o no investigación.

Si el fiscal, culminada la investigación, decide no presentar acusación ante el juez de control y garantías, podrá solicitar el sobreseimiento, aplicación de principio de oportunidad, conciliación, suspensión del proceso a prueba, suspensión del proceso por factor cultural o abstención del ejercicio de la acción penal por factor cultural (Mixán, et al., 2003, pp. 18-19).

La función del juez durante la etapa de investigación, según se expone en el proyecto, es tutelar la legalidad y constitucionalidad de los actos de investigación, de modo que el juzgador debe resolver “*toda situación de índole jurisdiccional por imperio de la Constitución y de lo prescrito por la ley procesal penal compatible con ella*” (Mixán, et al., 2003, p. 20). De ahí el rótulo de *juez de control y garantías*. El art. 42 del proyecto, en ese sentido, expresa:

Art. 42. JUEZ PENAL DE CONTROL Y GARANTÍAS.- Los jueces de control y garantías serán competentes para ejercer:

- 1. El control constitucional y legal de la investigación fiscal y adoptar las demás decisiones de naturaleza jurisdiccional durante la investigación preparatoria;*
- 2. El control de la acusación fiscal y la dirección de la Audiencia Preliminar, en la cual podrá decidir la aplicación de una forma especial de conclusión o suspensión del proceso, pronunciarse sobre la prueba para el juicio y*

dictar el auto de declaración de procedencia a juicio. (Proyecto “Huanchaco” de Código Procesal Penal, 2003, art. 42, cursivas añadidas).

La idea de representar al juez como garante de la legalidad de la investigación no es novedosa. De hecho, en los proyectos de reforma que *supra* se han analizado también aparece esta concepción. No obstante, es propio de este proyecto la función asignada al juez de controlar la *constitucionalidad de la investigación*. En este extremo el proyecto supera la visión legalista orientada a limitar la función del juez al mero control legal de la investigación, propia del Código Procesal Penal de 1991 y del proyecto de reforma de 1995. El juez, esta vez, se ocupa de determinar que cada incidente procesal, en general, y cada acto de investigación, en particular, que sea objeto de controversia judicial, haya sido llevado a cabo de conformidad con los mandatos constitucionales. Con el proyecto Huanchaco se perfila ya la idea de *constitucionalizar* la investigación y el proceso penal, y representa además los primeros pasos de cara a reconocer la protección de los derechos constitucionales de las partes.

El desarrollo histórico de las pretensiones de instaurar en el Perú un modelo procesal penal acusatorio permiten revelar la evolución doctrinal y legislativa de las funciones asignadas al juez durante la investigación. Este proceder, además, permite fijar un criterio *histórico* a partir del cual enjuiciar la evolución de una determinada institución jurídica. Actualmente, parece evidente que el juez tiene el deber de controlar que la investigación se lleve a cabo de conformidad con la ley y la Constitución, así como de tutelar los derechos de las partes involucradas en un proceso penal. Esta visión, sin embargo, considerando que nada es creado *ex nihilo*, es resultado de un proceso histórico de desarrollo de las ideas de la doctrina orientadas a establecer cuál debería ser el rol del juez en la investigación después de que, superado el proceso inquisitivo, se le relegó de la titularidad de la acción penal.

Desde esta óptica, se puede apreciar el siguiente esquema evolutivo. En primera instancia, el Código Procesal Penal de 1991 asigna al juez la función de velar por la legalidad de la investigación y, en ese sentido, le otorga una función de tutelar el orden objetivo del derecho procesal, la estructura normativa que configura el proceso. En un segundo momento, con el proyecto de reforma del proceso penal, gestado en 1995, a esta función se le añade la idea de tutelar, durante la investigación, los derechos del

investigado y de acoger las pretensiones que en salvaguarda de sus derechos formule el agraviado, o, dicho de otro modo, esta vez el juez asume también el rol de tutelar la dimensión subjetiva del derecho. Por su parte, el proyecto de reforma derivado del Proyecto Huanchaco del año 2003, supone un tercer paso en aras de *perfeccionar* el rol del juez durante la investigación penal: en este proyecto la función de tutelar el orden objetivo del proceso ya no supone solo el orden objetivo legal, sino el orden objetivo *constitucional*; o, dicho de otro modo, el juez ahora asume el control constitucional de los actos fiscales llevados a cabo durante la investigación.

La tutela de derechos, como institución propia del Código Procesal Penal del 2004, asumirá todas estas funciones. A través de ella, el juez de garantías velará por la constitucionalidad y legalidad de la investigación y garantizará los derechos legales del investigado. Pero además este código representa un avance en la idea perfeccionar el rol del juez de garantías. Como se verá con mayor detalle en los siguientes apartados, el juez, a través de la garantía de tutela de derechos, podrá garantizar *todos los derechos constitucionales* y legales de *las partes* del proceso (investigado, agraviado, actor civil y tercero civilmente responsable, sean estas personas naturales o jurídicas).

II. Cuestiones generales sobre la tutela de derechos.

2.1. Regulación *prima facie* en el Código Procesal Penal y concepto.

La tutela de derechos es –como se fundamentará más adelante– una garantía procesal secundaria regulada *prima facie* –o si se quiere, *en principio*– en el art. 71, inc. 4, del CPP. Este dispositivo normativo se encuentra formulado en los siguientes términos:

“4. Cuando el imputado considere que durante las Diligencias Preliminar o en la Investigación Preparatoria no se ha dado cumplimiento a estas disposiciones, o que sus derechos no son respetados, o que es objeto de medidas limitativas de derechos indebidas o de requerimientos ilegales, puede acudir en vía de tutela al Juez de la Investigación Preparatoria para que subsane la omisión o dicte las medidas de corrección o de protección que correspondan [...]” (Código Procesal Penal del 2004, art.74, inc. 4).

El *nomen iuris* de esta garantía deriva del término que emplea el legislador para hacer referencia a la vía a través de la cual el imputado puede acudir al juez, esto es, *la tutela*. La tutela, además, y sin perjuicio de otros supuestos, se ejerce frente a afectaciones de posiciones jurídicas, es decir, de derechos, de tal modo que al sustantivo *tutela* se le adscribe el término *derechos*, vinculados ambos por la preposición *de*. Así, el mecanismo estatuido en el inc. 4 del art. 71 del CPP es designado por la doctrina procesal como *tutela de derechos*.

Alva (2010) define de la siguiente manera esta institución procesal:

La tutela de derechos es precisamente un mecanismo eficaz tendiente al restablecimiento del statu quo de los derechos vulnerados, que encuentra una regulación expresa en el NCPP, y que debe utilizarse única y exclusivamente cuando haya una infracción –ya consumada– de los derechos que les asisten a las partes procesales (p.3).

Somocurcio (2009) señala que “*la Tutela de Derechos es un instrumento idóneo para salvaguardar el principio de legalidad, las garantías del imputado y, a su vez, mitigar las desigualdades entre perseguidor y perseguido*”.

La Corte Suprema ha definido a la tutela derechos como:

[...] una garantía de específica relevancia procesal penal, que puede usar el imputado cuando ve afectado y vulnerado uno o varios derechos establecidos específicamente en el artículo 71 del NCPP, quien puede acudir al Juez de la Investigación Preparatoria para que controle judicialmente la legitimidad y legalidad de los actos de investigación practicados por el Ministerio Público y repare, de ser el caso, las acciones u omisiones que generaron el quebrantamiento del derecho de las partes procesales. (Acuerdo Plenario N.º 4-2010/CJ-116, 16 de noviembre de 2010, FJ. 19)

La tutela de derechos debe entenderse –desde esta perspectiva cuando menos aproximativa– como un mecanismo procesal en razón a que se lleva a cabo a través de una audiencia de tutela de derechos en la que la parte afectada por la vulneración de sus derechos solicita al juez de la investigación preparatoria la imposición de una

medida correctiva o protectora. Esta primera aproximación al concepto procesal de *tutela de derechos* –salvo algunos matices que prontamente serán detallados– es pacífica en la doctrina. Sin embargo, se discrepa de la definición formulada por Alva (2010), debido a que no puede esperarse a que exista una lesión consumada de un derecho para solicitar tutela al juez. Como se verá más adelante con mayor detalle, la tutela de derechos puede operar con la mera puesta en peligro del derecho.

2.2. Naturaleza jurídica: garantía secundaria derivada del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

El concepto *naturaleza jurídica* puede ser predicado de fenómenos jurídicos heterogéneos. No se trata en ese sentido de un concepto unívoco. Como apunta el profesor Lois (1956) en su escrito intitolado *Sobre el concepto de «naturaleza jurídica»*, los tratadistas conciben y emplean este término como sinónimo de *esencia, estructura, categoría, género* o –como propone el propio profesor Lois– *ratio essendi* (pp. 160-168 y 178). En vía estipulativa, para los efectos de esta investigación resulta apropiado entender por naturaleza jurídica el género próximo al concepto que se trata, siendo este último su especie.

Establecida la cuestión semántica, es posible pasar a analizar cuál es *la naturaleza jurídica de la tutela de derechos*. Dos son las notas características de la regulación de la tutela de derechos que permiten afirmar que forma parte del concepto genérico de *garantía secundaria* (ver definición de este concepto en Cap. II, apartado 3.2.2.2).

Primero, el art. 71, inc. 1 y 2, del CPP reconoce en el investigado una serie de derechos de orden constitucional y legal. El inc. 1 del art. 71 del CPP establece que el imputado puede hacer valer por sí mismo o a través de un abogado los derechos que la Constitución y las leyes le conceden. El legislador además ha considerado en el inc. 2, que son especialmente importantes los derechos que tiene el imputado a conocer los cargos formulados en su contra, guardar silencio, ser asistido por un abogado, ser examinado por un médico legista, etc. Por tal motivo, ha formulado la disposición normativa del inc. 2 de tal modo que se haga evidente la dimensión deontológica respectiva a los *deberes* que corresponden a ciertos funcionarios y que son objeto de los derechos del imputado.

Segundo, el inc. 4 del art. 71 del CPP regula otra facultad del imputado ligada directamente con los derechos y deberes precedentemente mencionados. Se trata de la facultad de acudir al juez en busca de tutela de estos derechos cuando no sean respetados. Para hacer operativa esta facultad, el legislador ha implementado no un recurso ordinario o extraordinario (recuérdese que los recursos ordinarios o extraordinarios, de acuerdo al CPP son: reposición, apelación, casación y queja), sino un mecanismo procesal de tutela judicial de derechos constitucionales y legales, que vincula al juez, cuando sea procedente y fundado el pedido, con la obligación de subsanar omisiones y dictar medidas de corrección o de protección de derechos.

En otras palabras, la tutela de derechos vista funcionalmente es un mecanismo procesal que opera cuando un derecho es vulnerado o cuando los funcionarios públicos vinculados a la investigación no acatan los deberes propios de su cargo (garantías primarias). En ese sentido, aparece casi por intuición la idea de que la tutela de derechos es una especie del género “garantía secundaria”, en el sentido estipulado por el jurista Ferrajoli.

Pero eso no es todo. Como se ha desarrollado en el Capítulo II, apartados 3.3 a 3.4, el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva exige que en todo proceso exista reconocimiento normativo de garantías primarias y secundarias orientadas a la protección de derechos materiales. La tutela de derechos, al ser una especie de garantía secundaria, es además una exigencia del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. Es, en ese sentido, su manifestación.

A esta postura –la tutela de derechos como manifestación del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva– se adhiere también, aunque bajo distintos fundamentos, Coaguila (2016). Desde su punto de vista, la tutela jurisdiccional, pensada para desplegar efectos a través del derecho de acceso a la justicia en el proceso ya iniciado y en la etapa de ejecución, permite justificar el origen de la garantía de tutela de derechos durante la etapa inicial del proceso penal: la etapa de investigación, en sus dos subetapas, la preliminar y la formal (pp. 42-43).

III. Posturas de la doctrina relativas a la interpretación del inc. 4 del art. 71 del CPP

3.1. Estado de la cuestión.

Conviene señalar que el desarrollo de teórico que ha merecido la garantía de tutela de derechos por parte de la dogmática procesal penal no ha sido extenso. Cuando se revisa los tratados nacionales de derecho procesal penal, en su mayoría se constata solo una mera alusión a la literalidad del art. 71.4 del CPP, pero no un desarrollo extensivo y profundo de éste, que parta de ciertas premisas conceptuales que permitan dotar al entendimiento de las herramientas necesarias para otorgar rigor a su interpretación. No obstante, se puede rescatar algunas pocas posturas en la doctrina especializada sobre la interpretación del mencionado artículo.

Con relación a la interpretación de los derechos objeto de protección en vía de tutela, un sector de la doctrina aboga por reducir estos derechos a una *lista cerrada y taxativa*. Según esta postura –a la que se denominará “interpretación I”, para mantener la neutralidad–, la tutela de derechos protege únicamente los *derechos* enumerados en el inc. 2 del art. 71 del CPP, y, al ser estos derechos de titularidad de imputado, por lógica consecuencia, la tutela de derechos, en cuanto a la legitimidad activa, sería un mecanismo de protección exclusivo de aquel.

Otro sector, sin embargo, considera que la lista de derechos objeto de protección en vía de tutela es *abierta*, de modo que el inc. 2 del art. 71 del CPP describe una lista meramente *enunciativa*, debiendo acudirse a la cláusula abierta del inc. 1 del mismo artículo, que hace referencia genérica a los derechos constitucionales y legales reconocidos al imputado –esta interpretación será denominada “interpretación II”–.

Una vez abierta la posibilidad de proteger una variedad no limitada de derechos, conforme a la interpretación II, aparece la controvertida cuestión referida a si los derechos deben ser solo aquellos de titularidad exclusiva del imputado o si pueden ser también aquellos de titularidad de otras partes procesales. Respecto a esta cuestión de legitimidad activa para es posible identificar dos posiciones. La primera –que será nombrada como interpretación II.1– sostiene que solo los derechos constitucionales y legales del imputado pueden ser objeto de tutela. La segunda postura –interpretación II.2–, por su parte, argumenta que son el imputado y todas las demás partes procesales quienes están legitimados para acudir al mecanismo de tutela.

La controversia existente entre las interpretaciones I y II parece ser originada a causa de un problema de *vaguedad* en la formulación de la disposición normativa, específicamente del art. 71, inc. 4, del CPP. Por otra parte, la divergencia entre las

interpretaciones II.1 y II.2 aparenta tener origen en el empleo de la técnica interpretativa escogida por el operador del derecho. La norma derivada de la interpretación II.1 resulta de un análisis literal *prima facie* o acontextual, mientras que la interpretación II.2, de un análisis sistemático, al que muchas veces se le predica ser acorde con los principios básicos del proceso y la Constitución.

Antes de tomar partido por una u otra postura, sin perjuicio de formular argumentos propios en consonancia con las premisas teóricas desarrolladas en los Capítulos I y II del presente trabajo de investigación, resulta oportuno analizar más a fondo las interpretaciones antes mencionadas.

3.2. La interpretación I.

3.2.1. Exposición de sus postulados.

Parte de la doctrina ha postulado una interpretación que restringe a una lista taxativa los derechos que son objeto de protección mediante la tutela de derechos. Cupe (2010), junto a Taboada (2009) y Coaguila (2016) son partidarios de esta postura. Según este modo de interpretar el art. 71.4 CPP, los derechos que son objeto de tutela son aquellos que forman parte del *contenido del derecho de defensa*. En ese sentido, se sostiene, el inc. 2 del art. 71 del CPP no hace sino desarrollar el contenido del derecho de defensa que ya ha sido reconocido implícitamente en el inc. 1 del art. 71 CPP. En otras palabras, este inciso, al referirse a los derechos que la Constitución y las Leyes le conceden al imputado, en realidad está haciendo referencia abstracta al contenido esencial del derecho fundamental a la defensa, desarrollado en concreto en el inc. 2 del acotado artículo. Finalmente, según esta postura, es este contenido del inc. 2 el que sería objeto de tutela en favor sólo del imputado. En palabras del propio Cupe (2010):

Así, somos de la opinión que la institución procesal de la tutela de derechos del artículo 71.4 del CPP de 2004, en cuanto a su supuesto de procedencia referido a “cuando sus derechos no son respetados”, en rigor, solo está habilitada a ser planteada cuando no son respetados alguno de los derechos del imputado reconocidos taxativamente en el artículo 71.2 del CPP de 2004. (p. 9)

Coaguila (2016), en esta misma línea, sostiene que debe rechazarse liminarmente el pedido de tutela de derechos cuando verse sobre “*la protección de derechos constitucionales distintos a los cautelados por la Tutela de Derechos en el artículo 71.2, siempre y cuando no exista otra vía para encaminar dichos reclamos, por la característica de residualidad antes descrita*” (p. 55).

Por otra parte, al limitar el campo de aplicación de la tutela de derechos, también se ve afectado con esta visión la dimensión de la legitimidad activa. La interpretación I postula que solo el imputado se encuentra en posibilidad de acudir en vía de tutela. En palabras de Coaguila (2016):

Particularmente creo que actualmente no debe existir mayor controversia en el sentido de que la legitimidad activa de la Tutela de Derechos, como lo ha explicitado el Acuerdo Plenario N° 4-2010/CJ-116 [...], le corresponde al imputado y sirve para salvaguardar sus garantías, regular las posibles desigualdades entre perseguidor-perseguidos [...]; por ende deben quedar descartadas aquellas interpretaciones extensivas que proponen conferir legitimidad activa a sujetos procesales como al actor civil, el tercero civilmente responsable, incluso al agraviado o terceros afectados con medidas cautelares en la investigación preparatoria, pues desnaturalizan el propósito de la inclusión de la Tutela de Derecho en el derecho procesal peruano. (p. 48)

El fundamento básico para asumir esta postura radica en el fundamento que se le adscribe a la tutela de derechos: *regular las posibles desigualdades entre perseguidor y perseguido*. Por tanto, a partir de esta premisa, la idea de *extender* la garantía de tutela de derechos a otras partes procesales implicaría una desnaturalización de la misma.

3.2.2. Análisis crítico.

El sentido propuesto por Cupe (2009) sobre los inc. 1 y 2 del art. 71 del CPP carece de sustento desde el punto de vista gramatical e histórico. Conforme se

ha desarrollado en el Capítulo I, subcapítulo 3.1 y ss., el art. 71 del CPP expresa diversas disposiciones normativas relacionadas entre sí. Pero resulta esencial determinar sobre la base de qué y en qué sentido las disposiciones se encuentran vinculadas.

En efecto, el art. 71 expresa diversas disposiciones normativas. Una disposición en el inc. 1, otra en el inc. 2, una más en el inc. 3 y finalmente una en el inc. 4. Existe vinculación entre el inc. 2 y el inc. 3 en la medida en que este último hace referencia a que el cumplimiento de los deberes detallados en el inc. 2 debe constar en acta firmada por el imputado y la autoridad correspondiente, aunque –valga esta precisión– el legislador emplea erróneamente el término *numeral* en el texto: “el cumplimiento prescrito en los numerales anteriores”, pues rompe con una terminología constante en el articulado del Código Procesal Penal, esto es, el empleo del término “numeral” para hacer referencia, precisamente, a números (1., 2., 3., etc....). En este caso, el legislador, con el término *numerales* se refiere en realidad a *literales* (a., b., c., etc....), concretamente a aquellos del inc. 2.

Por otra parte, desde el punto de vista *interno* de cada dispositivo normativo, no parece existir vinculación gramatical entre los inc. 1 y 2, más aún si el primero se refiere a derechos constitucionales y legales de modo genérico y el otro, el segundo, en estricto a deberes concretos de funcionarios, y no expresamente a derechos, aunque estos estén evidentemente implícitos. Sin embargo, desde el punto de vista *externo*, ambos dispositivos normativos se encuentran vinculados en virtud de otra disposición –de ahí que el criterio sea catalogado como *externo*–. Se trata de la disposición normativa contenida en el inc. 4.

El inc. 4 del art. 71 del CPP, cuando se refiere (entre otros) al supuesto de “incumplimiento de (estas) disposiciones” para proceder a solicitar tutela, emplea ciertamente una terminología difusa. Pero lo cierto es que no alude expresamente a los numerales ni a los incisos previos. No se refiere exclusiva y excluyentemente a los deberes del inc. 2 o solo a los derechos constitucionales y legales del inc. 1. Todo lo contrario, los abarca a ambos.

Interpretado desde el punto de vista técnico jurídico, toda disposición normativa es un texto derivado de las fuentes de derecho del cual se puede extraer una norma, cuando no dos o más. Así, las *disposiciones* a las que alude el inc. 4 son

en concreto las disposiciones normativas tanto del inc. 1, del inc. 2 e incluso del inc. 3 del art. 71 del CPP. En ese sentido, existe posibilidad semántica de incluir dentro de los presupuestos de procedencia de tutela de derechos la cláusula genérica del inc. 1, esto es, cuando se vulneren derechos constitucionales y legales del imputado. Por lo demás, si se parte de las premisas semánticas correctas –que *numeral* hace referencia a un orden numérico específico, *literal*, a un orden alfabético y *disposición*, a texto normativo– sería incluso dudoso, cuando no insólito, argumentar desde el punto de vista semántico que el inc. 4, cuando hace referencia al incumplimiento de *disposiciones*, alude única y exclusivamente a los literales del inc. 2.

Considérese ahora el párrafo extraído de Coaguila (2016, p. 55). Este párrafo parece indicar *a contrario sensu*: i) que la tutela de derechos es procedente cuando la pretensión verse sobre los derechos constitucionales descritos en el art. 71, inc. 2, del CPP; no obstante, a esta premisa se le añade una especificación: ii) siempre y cuando no exista vía para encaminar la pretensión o reclamo. Al parecer, no basta –según se deduce de las ideas formuladas por el autor– la mera conculcación de cualquiera de los derechos (*rectius*: deberes) descritos en el inc. 2 del art. 71 del CPP para la procedencia de la tutela de derechos; es necesario que cada uno, en el caso concreto, no sea a su vez objeto de protección a través de otro mecanismo procesal. ¿Acaso no puede proceder acudir en tutela al juez cuando el imputado no fue asistido por un abogado defensor desde los actos iniciales de investigación, cuando no fue examinado por médico legista a pesar de que así lo requería su estado de salud o cuando se emplee coacción en su contra con el fin de alterar su libre voluntad, si en todos estos casos se alega que procede en su lugar una acción de hábeas corpus? Desde esta perspectiva, se concluye *ad absurdum* que la operatividad de la tutela de derechos en la práctica sería nula, pues siempre habrá un mecanismo constitucional con la misma finalidad.

El carácter residual de la tutela de derechos cobra sentido solo en los casos en que se reconoce su procedencia más allá del inc. 2 del art. 71 del CPP y siempre que la residualidad se limita a los mecanismos previstos en el propio código procesal penal, y no en otro. Desde esta postura, la tutela se erige como una garantía procesal eficaz para proteger *cualquier derecho*, sea legal o

constitucional, y siempre que el legislador no haya previsto para ello un mecanismo *específico en el código procesal penal*. De este modo, la tutela de derechos se erige como un mecanismo *sui generis* que permite colmar cualquier *laguna secundaria* del ordenamiento jurídico procesal penal. Esta idea será desarrollada extensamente *infra*.

Ahora bien, desde el punto de vista histórico, como se desarrolló en apartados anteriores, en los proyectos de reforma previos al Código Procesal Penal de 1991, en el propio código de 1991 o en el Proyecto Huanchaco, no se evidencia tendencia alguna orientada a circunscribir la tutela de los derechos y las funciones del juez de garantías a derechos específicos. En realidad, siempre se hace alusión al control de la legalidad y constitucionalidad de los actos de investigación, lo que supone un control amplio del juez de garantías, y a la protección de los derechos del investigado e incluso de la víctima. Por tanto, la interpretación I tampoco se encuentra justificada históricamente.

El tema de la legitimidad activa según la interpretación I, será materia de análisis crítico en el apartado alusivo a la interpretación II.1, por ser este un punto de coincidencia entre ambas posturas.

3.3. La interpretación II.

3.3.1. Exposición de postulados.

Partidarios de la interpretación II son Verapinto (2010), Bazán (2011), Alva (2010), Somocurcio (2009) y Villegas (2016). Esta postura no circunscribe los derechos protegidos en vía de tutela a aquellos taxativamente enunciados en el inc. 2 del art. 71 del CPP. Sin embargo, pese a reconocer esta amplitud en lo que atañe a los derechos objeto de protección en vía de tutela, algunos autores – como Verapinto (2010)– abogan a su vez por una *restricción relativa* o, siendo lo mismo, una *extensión relativa*, en orden a armonizar la tutela de derechos con otros mecanismos procesales que tienen por finalidad proteger derechos específicos.

A esto se refiere Verapinto (2010) cuando afirma que la tutela de derechos no se restringe solo a la cautela de lo estipulado en el inc. 2 del art. 71 del CPP, pero tampoco se trata de una garantía extensiva a todos los derechos reconocidos por la Constitución y el Código Procesal Penal (p. 9). En ese sentido, la tutela de derechos debería operar, en opinión del autor, de modo residual. En sus propios términos:

[La tutela de derechos] es un mecanismo selectivo para tutelar los derechos de imputado previstos en el artículo 71 y demás normas del CPP de 2004, siempre y cuando carezcan de mecanismo procesal de protección o garantía específica, que el juez de investigación preparatoria o de control de garantías debe cautelar en el modelo acusatorio, conforme al artículo 29 del CPP de 2004. (Verapinto, 2010, p. 10)

En ese mismo sentido se pronuncia Bazán (2011) para quien la tutela brindada por el inciso 4 del artículo 71 del CPP no solo se limita a lo descrito en el inciso 2, sino también a la cláusula genérica del inciso 1. En sus propias palabras:

(...) lo anterior implica que no solo los derechos mencionados en el numeral 2) del artículo 71° sería susceptibles de ser protegidos vía la tutela, sino que también cualquier otro derecho que 'la constitución y las leyes le conceden' al imputado durante la investigación preparatoria y que no tenga vía propia de reclamación. (Bazán, 2011, p. 77)

Del mismo parecer es Villegas (2016), para quien la tutela de derechos no solo faculta al imputado para hacer valer los derechos establecidos en el inc. 2 del referido artículo, sino, conforme a la redacción del inc. 1, todos los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución y las leyes (p. 4)

La tutela de derechos, desde esta perspectiva, protege sólo los derechos del imputado que no cuenten con una vía procesal específica para ello, de modo que quedan excluidos aquellos derechos que sí cuentan con una garantía, recurso o mecanismo específico tendente a resguardar su vigencia. Esto explica los casos

de rechazo liminar del pedido de tutela cuando, por ejemplo, se discute la indebida imposición de una medida de coerción, pues para ello está prevista la solicitud de reexamen.

En esta misma línea, aunque sin afirmar explícitamente el carácter residual, se encuentra Alva (2010), quien, en contra de la interpretación I, sostiene que en un proceso penal constitucionalizado no puede aceptarse una interpretación perjudicial a la protección de los derechos procesales (p.5). Invocando el inc. 3 del art. I del TP del CPP, el citado autor dice:

En tal sentido, afirmamos que la tutela de derechos no solo debe ser procedente cuando se han conculcado los derechos establecidos en el artículo 71 del NCPP, sino incluso puede invocarse para controlar los actos del fiscal, cuando afecten los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política (expresamente establecidos o los que, por desarrollo constitucional, puedan surgir conforme lo estipula el artículo 3) y los tratados internacionales sobre derechos humanos (p. 5).

Por su parte, Somocurcio (2009) concibe también a la garantía de tutela de derechos como un mecanismo procesal rápido y sencillo que no debe ser interpretado *restrictivamente*. Incluso, entiende a la tutela de derechos como la concreción legal del art. 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos – CADH (p. 5). El tenor del inc. 1 de esta disposición convencional es el siguiente:

Artículo 25. Protección Judicial.

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. (Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, art. 25, inc. 1)

Su postura, sin embargo, se distancia de la de Verapinto (2010), Bazán (2011) y Villegas (2016) por negar totalmente el carácter *residual* asignado a la tutela de derechos. Para Somocurcio (2009) esta visión de la tutela de derechos no puede aceptarse, debido a que es la causa del desuso de la garantía (p.6). Por el contrario, la tutela de derechos, “*optimizada a través de una lectura constitucional, debe agolpar la defensa de los derechos fundamentales, garantías legales y el resguardo del principio de legalidad*” (p. 6).

Ahora bien, expuesta en línea generales la denominada aquí interpretación II, caracterizada por ser una visión contraria a la postulada por la interpretación I, esto es, defender que la protección de la tutela de derechos va más allá del inc. 2 del art. 71 del CPP –aunque cada autor, como se ha visto, tenga su propia apreciación con respecto al carácter *residual* de la tutela de derechos–, corresponde a continuación detallar lo concerniente a la legitimidad activa, tema este en el que se puede identificar dos posturas distintas.

3.3.1.1. La interpretación II.1.

Verapinto (2010) sostiene que la tutela de derechos no debe operar solo ante la inobservancia del inc. 2 del art. 71 del CPP, en ese sentido, se aparta de la interpretación I. Sin embargo, su postura no es del todo amplia. Para él, solo el imputado está facultado para solicitar tutela. Citando la obra institucional de la Corte Superior de Justicia de La Libertad ([CSJLL], 2010, p. 80), *La reforma procesal penal en cifras*, Verapinto (2010), dice:

La tutela de derechos es una facultad exclusiva del imputado, quien puede, por sí mismo o a través de su abogado defensor, hacer valer los derechos que la Constitución Política y las leyes le conceden, recurriendo al juez de la investigación preparatoria, a fin de que subsane la omisión o dicte la medida de corrección o de protección frente a actuaciones u omisiones que limiten sus derechos de forma indebida o ante requerimientos ilegales, desde las primeras diligencias de investigación hasta el término de la investigación preparatoria (p. 5, cursivas añadidas).

Desde el punto de vista del autor, la tutela de derechos se encuentra vinculado al derecho defensa, derecho que nace por “*el solo hecho de atribuírsele al imputado, en cualquiera de sus formas, la presunta comisión de un delito*” (Verapinto, 2010, p. 6). En ese sentido, es al imputado a quien corresponde en exclusividad la legitimidad para acudir en vía de tutela al juez de investigación preparatoria. Este también parece ser la postura de Bazán (2011) en cuanto señala que el sujeto legitimado para invocar tutela es “*solo el imputado, no el agraviado, el actor civil o el tercero civil*” (p. 72)

3.3.1.2. La interpretación II.2.

La postura derivada de la interpretación II.2 parte por extender a otros sujetos procesales la legitimidad actividad para solicitar al juez tutela de derechos. Alva (2010) argumenta que la víctima del delito también cuenta con legitimidad activa:

Si bien el artículo 71 del NCPP solo prevé que el imputado puede recurrir a través de la tutela de derechos, cuando estos hayan sido violentados, no es menos cierto que la víctima –y con mucha mayor razón el actor civil, en virtud de un argumento lógico a pari– también lo puede hacer, al estar, conforme al nuevo sistema procesal, en igualdad de condiciones y derechos que el imputado. (p. 6)

Como base normativa de su argumento, el autor se remite al inc. 3 del art. I del TP del CPP que reconoce básicamente el principio de igualdad entre las partes. “*Si el imputado tiene el derecho de solicitar la corrección de los actos ilegales que causen perjuicio o desconozcan sus derechos, la víctima puede hacer lo mismo en virtud del principio de igualdad*”, señala Alva (2010, p. 6). Este también es el parecer de Villegas (2016) y de Neyra (2010), este último considera válida la posición de Alva (2010) pues la posibilidad de que la víctima recurra a la tutela de derechos deriva de una interpretación sistemática y armónica con los principios constitucionales y los principios del Título Preliminar del CPP (p. 19).

Oré (2012), en su estudio preliminar sobre la audiencia de tutela de derechos, contenido en el volumen II de la obra *Colección Cuadernos de Análisis de la Jurisprudencia sobre la aplicación del Nuevo Código Procesal Penal*, informa sobre una jurisprudencia de la Segunda Sala Penal de Apelaciones de La Libertad, en la cual se acepta la posibilidad de que el agraviado pueda acudir a la tutela de derechos para salvaguardar sus intereses legítimos en el proceso. En la resolución, la Sala antes mencionada expresó:

16. En este orden de ideas, realizando una interpretación sistemática desde los dispositivos constitucionales (...) que encuentran su desarrollo en los previsto en el artículo I inciso 3 del Título Preliminar que señala que las partes intervendrán en el proceso con iguales posibilidades de ejercer las facultades y derechos previstos en la Constitución y en este Código y los jueces preservarán el principio de igualdad procesal, debiendo allanar todos los obstáculos que impidan o dificulten su vigencia, se desprende que en casos de violación de los derechos de los sujetos procesales, cualquiera puede acudir en tutela de derechos al Juez de la Investigación Preparatoria (...), en relación a los derechos que le atribuye la norma procesal y que eventualmente considera le han sido vulnerados (...). (FJ 12 del auto de vista de fecha 9 de enero del 2012, recaído en el expediente n.º 00627-2011-34-1601-SP-PE-02)

Bajo símiles fundamentos, Somocurcio (2009) propone, para la víctima, legitimidad activa para solicitar tutela de derechos. Es, sin embargo, la afirmación de que el testigo también cuenta con legitimidad activa para beneficiarse de esta garantía lo que hace original su propuesta. Para el autor, siempre que los hechos objeto de indagaciones preliminares puedan fundamentar una eventual imputación penal en contra del aun testigo, es posible sostener que este goce de los mismos derechos que el imputado propiamente dicho, condición que aparecería recién con el

inicio de la investigación preparatoria formal. Dicho de forma sintética, la tutela de derechos, como garantía del imputado, operaría, en fase de diligencias preliminares, también para el testigo, siempre que de los hechos investigados pueda aparecer en contra de él una imputación penal formal (p. 7).

3.3.2. Análisis crítico.

La postura de Verapinto (2010) es acertada en el extremo que afirma que la tutela de derechos protege posiciones jurídicas más allá del inc. 2 del art. 71 del CPP. Además, acierta sobre todo al atribuir a esta garantía un carácter residual, aunque esta característica debiera ser entendida como residualidad con respecto a otras garantías o recursos del proceso penal y no de otros, como el constitucional.

Sin embargo, sobre ella recae la misma crítica que a la interpretación I en el extremo de la legitimidad activa. Entender que la tutela de derechos protege únicamente las posiciones jurídicas del imputado presupone una premisa que desde el marco conceptual del presente trabajo puede ser visto como fruto de una interpretación *acontextual* –y no en estricto *literal*–, a saber: que la tutela de derechos es una garantía regulada exclusivamente en el art. 71.4. Sin embargo, esta visión no parece acorde ni con la literalidad de los textos normativos del código procesal penal, que exigen en realidad una interpretación sistemática, ni con el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva, que exige en todo proceso el establecimiento de garantías secundarias para todos los derechos, ni mucho menos con su contenido esencial. A partir de una visión sistemática, la tutela de derechos aparece como una garantía que está lógica e implícitamente prevista en otras disposiciones normativas que regulan los derechos y garantías otorgados a otras partes del proceso. El art. I del TP –como invoca Alva (2010) en favor del agraviado–, el art. 93, el inc. 3 del art. 95, el art. 104, el inc. 1 del art. 109 y el inc. 1 del art. 113 del CPP son prueba suficiente de ello.

La propuesta que defiende Somocurcio (2009), por otra parte, es acertada en cuanto al fundamento convencional de la tutela de derechos. Esta se caracteriza precisamente por ser un recurso (*lato sensu*) sencillo y rápido para proteger los

derechos fundamentales de toda persona, como lo exige el art. 25 de la CADH, de modo que así es posible fundamentar su origen convencional.

Por el contrario, la propuesta que propone el autor sobre la legitimidad activa del testigo para interponer tutela de derechos no cuenta con el rigor conceptual suficiente. El testigo no parece ser parte procesal *strictu sensu*. Su legitimidad activa para participar como parte del proceso y, por ende, para reclamar cualquier pretensión es ciertamente dudosa, cuando no nula. Sobre el testigo recae fundamentalmente una obligación: acudir al llamado de la autoridad para esclarecer los hechos que pudo percibir y conocer y que son objeto de investigación, salvo las excepciones previstas por ley. Pero sobre el testigo no recae una imputación, tampoco se resiste a una, por lo que su condición no va más allá de la de un mero órgano de prueba que puede brindar información relevante para la investigación y el juzgamiento.

IV. Problemas interpretativos del inc. 4 del art. 71 del CPP.

Las interpretaciones desarrolladas por la doctrina con respecto a la regulación de la tutela de derechos no son las únicas posibles. La interpretación literal *acontextual* no ofrece, como se suele creer, claridad en este aspecto. Existen dos factores que condicionan el entendimiento del inc. 4 del art. 71 del CPP, la *vaguedad* y la *ambigüedad* (ver definiciones de ambos términos en el Capítulo I, apartado 3.2.1.2.).

4.1. Vaguedad del término “disposiciones”.

La tutela de derechos opera, entre otros supuestos, cuando literalmente “no se ha dado cumplimiento a estas disposiciones”. Esto puede ser entendido de distintos modos. El adjetivo demostrativo plural *estas* permite colegir que las disposiciones a las que se alude son *cercanas*, o, más bien son las contenidas en el art. 71. Hasta este punto, el marco interpretativo no supera dicho artículo, se mantiene en él. Pero con el término *disposiciones* se ha entendido, por ejemplo, que se hace referencia al inc. 2 del art. 71, que regula una serie de deberes enlistados a través de *literales*. Este es precisamente el postulado de la interpretación I.

Sin embargo, otro puede ser el sentido adscrito al término *disposiciones*. Desde el punto de vista del significado intensional del término, por *disposiciones* se puede entender en sentido técnico jurídico a aquellos textos o enunciados de las fuentes del derecho de los cuales se puede extraer normas. En este caso, el término *disposiciones*, desde el punto de vista de su significado extensional, tiene un campo de aplicación más amplio. Haría referencia tanto al inc. 1, como al inc. 2 e incluso al 3, en la medida en que a todos estos incisos les son propios determinadas *disposiciones* normativas.

Asumir una u otra interpretación, como se advierte de inmediato, depende del significado adscrito al término antes aludido. Se trata entonces de un término cuyo significado no está claro en el texto jurídico, es difuso. Este es un claro ejemplo de *vaguedad*.

4.2. Ambigüedad en la formulación de los supuestos de procedencia.

La ambigüedad es otra deficiencia propia de la disposición contenida en el inc. 4 del art. 71 del CPP. La tutela de derechos es comúnmente entendida como una garantía propia y exclusiva de la investigación preparatoria. Su procedencia en otras etapas del proceso se encuentra, por tanto, excluida. Así, por ejemplo, en una obra institucional de la Corte Superior de Justicia de La Libertad se afirma que:

La Tutela de Derechos es una facultad exclusiva del Imputado, quien puede, por sí mismo o a través de su Abogado Defensor, hacer valer los derechos que la constitución y las leyes le conceden, recurriendo al JIP, a fin de que subsane la omisión o dicte la medida de corrección o de protección frente a actuaciones u omisiones que limiten sus derechos de forma indebida o ante requerimientos ilegales, desde las primeras diligencias de Investigación hasta el término de la Investigación Preparatoria. (CSJLL, 2010, p. 80)

Coaguila (2016), se pronuncia en igual sentido:

Aunque derivado de la característica de preclusión de la Tutela de Derechos se evidencia que, acorde con el artículo 71.3 del Código Procesal Penal, este instrumento se puede entablar durante las diligencias preliminar o en su defecto en la Investigación Preparatoria, esto es antes de la etapa intermedia; en virtud a que es exactamente en dicha etapa que el Ministerio Público

detenta el monopolio de la investigación para recabar los suficientes elementos de convicción para emitir su requerimiento final de sobreseimiento o acusación. (p. 56)

Cupe (2010), igualmente, indica que la tutela de derechos “*está restringida a las diligencias preliminares y a la investigación preparatoria propiamente dicha*” (p. 7). Como se aprecia, en doctrina es prácticamente unánime entender que la oportunidad para solicitar tutela de derechos es la etapa de investigación preparatoria, sea esta preliminar o formal.

Este sentido sin embargo no es del todo claro y preciso en la formulación del texto normativo. Un análisis minucioso permitirá visualizar la *ambigüedad* subyacente al texto.

El inc. 4 del art. 71 del CPP está descrito en los siguientes términos:

4. Cuando el imputado considere que durante las Diligencias Preliminares o en la Investigación Preparatoria no se ha dado cumplimiento a estas disposiciones, o que sus derechos no son respetados, o que es objeto de medidas limitativas de derechos indebidas o de requerimientos ilegales, puede acudir en vía de tutela al Juez de la Investigación Preparatoria para que subsane la omisión o dicte las medidas de corrección o de protección que correspondan [...]. (resaltado añadido)

La doctrina entiende que este dispositivo normativo establece los supuestos en los que procede la tutela de derechos, esto es: i) incumplimiento de las disposiciones del art. 71, ii) irrespeto a los derechos del imputado, iii) dictado de medidas limitativas indebidas y iv) formulación de requerimientos ilegales; todo estos supuestos vinculados a un elemento temporal necesario para la procedencia de la tutela: que la solicitud sea presentada durante las diligencias preliminares o en la investigación preparatoria formal.

No obstante, este no es el único sentido posible de la disposición normativa. Existe en ella un condicional –“cuando el imputado considere [...]”– que introduce una serie de supuestos en los que procede el mecanismo de tutela de derechos, todos ellos

separados por la conjunción *que*, que introduce oraciones subordinadas que fungen de supuestos de procedencia alternativos –por la disyunción final *o*– de la tutela de derechos. Si se divide cada supuesto a partir de la conjunción *que*, se obtiene el siguiente resultado: i) [cuando el imputado considere] *que* durante las diligencias preliminares o en la investigación preparatoria no se ha dado cumplimiento a estas disposiciones, ii) [cuando el imputado considere] *que* sus derechos no son respetados, iii) [cuando el imputado considere] *que* es objeto de medidas limitativas de derechos indebidas y iv) [cuando el imputado considere] *que* es objeto de requerimientos ilegales. Desde esta perspectiva, el elemento temporal, entendido antes como vinculante para todos los supuestos de procedencia, ha quedado limitado al supuesto i), mientras que los supuestos ii), iii) y iv) no están vinculados a él y, por tanto, no habría obstáculo para solicitar tutela de derechos en estadios procesales distintos a la investigación preparatoria.

V. Propuesta de interpretación del inc. 4 del art. 71 del CPP.

En el presente trabajo se ha desarrollado los presupuestos teóricos y epistemológicos de la interpretación de una de las fuentes del derecho, la ley. A partir de la premisa relativa a que no es posible predicar un valor de verdad o falsedad de los enunciados interpretativos, dado que estos son actos de *estipulación* y no de *conocimiento*, en el presente trabajo no se pretende valorar como falsa o verdadera alguna de las interpretaciones enunciadas en el apartado 3 del presente capítulo. Sin embargo, es posible enjuiciar cada interpretación según optimice en menor o mayor medida los derechos fundamentales. Una interpretación, desde este punto de vista, puede ser *perjudicial* o *favorable* al contenido de un derecho fundamental.

Será apropiada entonces aquella interpretación sobre la tutela de derechos que maximice en la mayor medida posible el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva. Ahora bien, la relación entre ambos conceptos, cabe precisar, no es arbitraria. A partir de la definición del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva desarrollada en el Cap. II, se determinó que la garantía de tutela de derechos es una manifestación del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva y, por tanto, una interpretación de aquella incide directamente en este, ya sea en el contenido esencial como en el no esencial. En el presente trabajo se propone adscribir al inc. 4 del art. 71 del CPP un sentido acorde con el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva, que lejos de restringir su contenido y exigencias, las maximiza en la mayor medida de lo posible, en tanto pretende otorgar protección a todos los derechos

materiales de titularidad de cada parte del proceso –imputado, tercero civil, agraviado o actor civil–.

Con las precisiones antes expuestas corresponde de inmediato exponer la propuesta de interpretación del inc. 4 del art. 71 del CPP.

5.1. Derechos protegidos por la garantía de tutela de derechos.

Como se adelantó en el apartado 3.2.2. del presente capítulo, limitar la protección de la tutela de derechos al inc. 2 del art. 71 del CPP no está justificado semántica ni históricamente. Si se asume la diferencia conceptual anotada en el capítulo primero de la presente investigación sobre los elementos intensionales y extensionales del significado, es posible afirmar que el inc. 4 del art. 71, con el término *disposiciones* – cuyo significado intensional sería: enunciado normativo contenido en las fuentes del derecho–, remite tanto a las disposiciones normativas del inc. 1 como del inc. 2 (significado extensional). El inciso primero, que está expresado a modo de *cláusula abierta*, se refiere genéricamente a los derechos constitucionales y legales reconocidos al imputado, de modo que la protección en vía de tutela opera siempre que se vulnere alguno de ellos, cualquiera sea su naturaleza. Asimismo, esta garantía opera cuando los funcionarios públicos obligados a cumplir los deberes del inc. 2 no lo hacen así. No se presenta posibilidad semántica para afirmar a partir de la lectura del artículo, que solo los deberes detallados en el inc. 2 son objeto de protección en vía de tutela.

A continuación se presenta una serie de casos en los que la jurisprudencia ha considerado procedentes diversas solicitudes de tutela de derechos distintos a los estipulados taxativamente en el inc. 2 del art. 71 del CPP, y, por tanto, se ha pronunciado sobre el fondo. No será relevante para efectos de mostrar que parte de la jurisprudencia se aparta de la denominada en el presente trabajo “interpretación I” si la solicitud fue declarada fundada o no.

5.1.1. Derecho al tiempo razonable para preparar la defensa.

Mediante resolución n.º 4 del 30 de enero del 2019, recaída en el expediente n.º 00020-2018, el Juzgado de Investigación Preparatoria de la Corte Suprema de Justicia se pronunció sobre una solicitud de tutela de derechos formulada durante

una investigación preliminar regulada por la ley n.º 27399. Esta ley autoriza al fiscal de la Nación a realizar indagaciones preliminares antes de proceder a emitir acusación constitucional, por la presunta comisión de delitos de función atribuidos a los funcionarios públicos comprendidos en el art. 99 de la Const.

La defensa, en términos generales, argumentó que el fiscal a cargo de la investigación, mediante disposición, incorporó a la investigación a su patrocinado el día 21 de setiembre del 2018, estableciendo un plazo de *hasta* ocho meses para la investigación. Sin embargo, mediante otra disposición, de fecha 6 de noviembre del 2018, el Ministerio Público decide concluir la investigación y proceder a formular acusación constitucional en contra del investigado. La defensa, en ese sentido, objeta que la fiscalía concluyó la investigación en un mes y dieciséis días, de modo que se habría vulnerado –entre otros derechos– el derecho a un plazo razonable para preparar la defensa.

La solicitud de tutela de derechos, basada principalmente en los argumentos antes expuestos, fue declarada infundada. Sin embargo, para efectos del presente trabajo no es relevante la declaración sobre el fondo, sino la declaración sobre la procedencia o no de la solicitud. Con el pronunciamiento del órgano jurisdiccional sobre un derecho distinto a los estipulados en el inc. 2 del art. 71 del CPP se constata una tendencia en la jurisprudencia de apartarse de la interpretación I, en favor de la interpretación propuesta en el presente trabajo.

5.1.2. Derecho de defensa, específicamente el derecho a solicitar la incorporación de elemento de convicción a la investigación.

La Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional del Sistema Especializado en Delitos de Crimen Organizado, mediante resolución n.º 10 del 29 de marzo del 2019 expedida en el expediente n.º 00249-2015, declaró infundada una solicitud de tutela de derechos. En ella, el abogado de los investigados solicitó la incorporación de ocho documentales obrantes en tres carpetas fiscales, con la finalidad de que con ellas se pueda esclarecer cómo es que una empresa transnacional entregaba dinero de procedencia ilícita y para obtener beneficios en concursos públicos a funcionarios y políticos del Estado.

La solicitud de tutela fue declarada infundada debido a que las documentales actuadas en las otras tres carpetas fiscales no guardan pertinencia con los hechos objeto de investigación. Con todo, aquí se evidencia que en la práctica cierto sector jurisprudencial considera procedente la solicitud de tutela de derechos frente a supuestos distintos a los estipulados en el inc. 2 del art. 71 del CPP.

5.1.3. Derecho al debido proceso, específicamente el derecho a la investigación legalmente establecida.

En este caso, mediante resolución n.º 2 del 16 de enero del 2019, expedida en el expediente n.º 00001-2019, el Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria declaró fundada en parte una solicitud de tutela de derechos formulada por el abogado de la investigada ex ministra de la Mujer y Poblaciones Vulnerables.

La defensa de la investigada cuestiona una disposición en la que el fiscal de la nación decide apartarse del conocimiento de la investigación debido a que los cinco años previstos en el art. 99 de la Const., que regula los supuestos en los que procede la acusación constitucional en contra de altos funcionarios, ya había fenecido. De este modo, se dispuso la remisión de los actuados a la Fiscalía Superior Coordinadora para seguir con una investigación de carácter común.

En el presente caso, sucede que la investigada solicitó que se acepte la renuncia a su cargo de ministra. Esta renuncia se vio materializada mediante resolución suprema n.º 367-2013 del 31 de octubre del 2013. Sin embargo, esa misma fecha, se emitió una nueva resolución, la resolución n.º 386-2013 (también del 31 de octubre) mediante la cual se le ratificó en su cargo de ministra de la Mujer. Finalmente, la investigada continuó en el cargo hasta 24 de febrero del 2014.

El fiscal de la nación consideró, sobre la base de ambas resoluciones, que existen dos periodos en los que la investigada ocupó el cargo de ministro de Estado. El primero, que duró hasta el 31 de octubre del 2013 y, curiosamente, el segundo que inició el mismo día, pero mediante una resolución posterior. Los hechos por los que se investigó a la exministra ocurrieron el año 2012, en el primer periodo, por lo que, a la fecha en que el fiscal de la nación se apartó de la investigación, ya había culminado el plazo de cinco años estipulado por el art. 99 de la Const.

Este fue básicamente el fundamento de inhibición postulado por el fiscal de la nación.

La defensa, por el contrario, consideró la interpretación del representante del Ministerio Público como un mero formalismo, pues materialmente su patrocinada no solo no dejó de cumplir sus funciones, sino que lo hizo ininterrumpidamente hasta el año 2014. Se trata, según la defensa, de un solo periodo. Como consecuencia, el plazo de cinco años establecido por el art. 99 de la Const., contado a partir del año 2014, seguiría vigente. El fiscal de la nación, por tanto, debía conocer la investigación y proceder con el trámite correspondiente. El órgano jurisdiccional consideró fundado el criterio de la defensa y procedió a declarar la nulidad de la disposición emitida por el fiscal de la nación.

Merece especial atención el criterio adoptado por el órgano jurisdiccional para considerar procedente la solicitud de tutela. La disposición cuestionada fue emitida por el órgano de máxima jerarquía del Ministerio Público, por lo que no podía ser objeto de control por un órgano superior. En otras palabras, no existía mecanismo jurídico que permita cuestionar dicha decisión. Ante este vacío legislativo, el juez supremo afirmó en su resolución que *“corresponde analizar la disposición del Fiscal de la Nación –que dispuso su inhibición por falta de competencia– en atención a que no existe una vía específica para cuestionarla y en aras de salvaguardar los derechos de la investigada”* (FJ 11). En estas líneas subyace la idea formulada en el presente trabajo de que la tutela de derechos supone una revolución de gran trascendencia en el proceso penal, al ser regulada como una garantía procesal secundaria *sui generis* que tiene como nota característica evitar *cualquier laguna secundaria en el ordenamiento procesal penal*.

5.1.4. Derecho a la congruencia entre acusación constitucional y disposición de formalización de la investigación.

En la resolución n.º 2 del 20 de diciembre del 2018, que obra en el expediente n.º 00006-2018-13, el Juzgado de Investigación Preparatoria de la Corte Suprema de la República declaró infundada una solicitud de tutela de derechos sobre presunta vulneración al principio de congruencia, entre otros derechos.

La defensa del investigado, funcionario público de alta jerarquía, alegó que la disposición de formalización de investigación preparatoria formulada por el fiscal de la nación excedía los términos de la acusación constitucional realizada por el Congreso en contra de su patrocinado, en contravención a la parte *in fine* del art. 100 de la Const. El órgano jurisdiccional luego de evaluar la resolución legislativa emitida por el Poder Legislativo, así como sus antecedentes, consideró que tal exceso no existía. Por tanto, consideró infundado el pedido de tutela.

5.1.5. Derecho a la debida motivación de las decisiones fiscales.

El Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria, mediante resolución n.º 2 de fecha 12 de diciembre del 2018, recaída en el expediente n.º 20-2018, declaró fundada en parte una solicitud de tutela de derechos, en el extremo de indebida motivación de una providencia fiscal. La defensa indicó que el fiscal de la nación, frente a su pedido de inhibición, emitió una providencia en la que indicó que carece de objeto emitir pronunciamiento. El juez de garantías consideró que, en efecto, la providencia carece de motivación e, incluso, que debió ser formulada a través de una disposición, por no tratarse de un incidente de mero trámite.

Resalta entre los fundamentos de decisión, la idea de que el juez de garantías, a través del mecanismo de tutela de derechos, puede colmar lagunas secundarias. En este caso, la laguna está referida la inexistencia de un mecanismo de control de las decisiones del Fiscal de la Nación, por lo que se hace necesaria la intervención del juez para ello. En ese sentido, el órgano jurisdiccional indica que *“al no existir un procedimiento de control de la decisión del Fiscal de la Nación – de aceptar o no el pedido de excusarse–, corresponde a este órgano jurisdiccional, como Juez de Garantías, efectuar el control respetivo”* (FJ 15).

5.1.6. Derecho a ser investigado bajo los parámetros de la objetividad.

En la resolución s/n de fecha 10 de diciembre del 2018, expediente n.º 15-2018, el Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria resolvió un pedido de tutela de derechos en el que la defensa del investigado cuestionaba la pérdida de objetividad e imparcialidad del fiscal a cargo de la investigación. El órgano jurisdiccional consideró infundada la solicitud. Pese a ello, consideró que el cuestionamiento del actuar fiscal, más aún tratándose de un fiscal de la nación –

que no cuenta con superior jerárquico que pueda removerlo de la investigación–, puede ser objeto de controversia en vía de tutela de derechos.

5.1.7. Derecho al juez predeterminado por ley durante la investigación preliminar.

La Sala Penal Especial de la Corte Suprema, en el auto de vista n.º 5-2018-1 de fecha 21 de agosto del 2018, resolvió un pedido de tutela de derechos presentado por la defensa del investigado ex presidente de la República, con la finalidad de cuestionar la competencia de la Fiscalía Supraprovincial Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios –como ente investigador– y del Tercer Juzgado Nacional de Investigación Preparatoria –como juez de garantías–. Según la defensa, al ser el investigado un alto funcionario público, debían ser la Fiscalía de la Nación y el Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria los órganos que participen en la investigación.

La Sala Penal Especial de la Corte Suprema declaró infundado el pedido debido a que consideró competente para resolver la solicitud de tutela al Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria, por lo que dejó a salvo el derecho del investigado de formular tutela ante dicho órgano jurisdiccional. Con todo, la Sala consideró que sí procede tutela de derechos ante pedidos de declinatoria de competencia durante las diligencias preliminares, pues no existe vía específica para ello. El Código Procesal Penal establece como oportunidad para la petición de declinatoria el plazo de diez días contados a partir de la formalización de la investigación preparatoria. Existe en ese sentido un vacío legal en el que debe operar la tutela de derechos para cuestionar la competencia durante las diligencias preliminares.

El Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria, que fungió de órgano de primera instancia en el pedido de tutela, declaró que el derecho al fiscal y juez predeterminado por ley no son objeto de protección a través de la garantía de tutela de derechos. La Sala Penal Especial, por el contrario, entiende que la tutela de derechos tiene por objeto proteger los derechos fundamentales del imputado que sean vulnerados durante la investigación. Asume, por tanto, una interpretación *abierta* del art. 71 del CPP, de modo que, para la Sala Penal Especial de la Corte Suprema, “*resulta incorrecto afirmar que la tutela de*

derechos únicamente se puede plantear cuando se afecta los derechos señalados en el inciso dos de la citada norma” (p. 12)

5.1.8. Respeto al principio de imputación necesaria en diligencias preliminares.

La Segunda Sala Penal de Apelaciones de Lima, en el expediente n.º 00462-2017-7, emitió la resolución n.º 3 del 3 de octubre del 2017. La controversia versó sobre un pedido de tutela de derechos por vulneración del principio de imputación necesaria. La defensa sostuvo que en las disposiciones fiscales de apertura y ampliación de la investigación preliminar no existió detalle fáctico de los actos concretos desplegados por los investigados que justificarían su inclusión en la investigación por presuntamente cometer el delito de colusión agravada. El órgano jurisdiccional, en vía de apelación, confirmó la resolución recurrida y declaró fundada la solicitud de tutela de derechos. Luego de revisar las disposiciones emitidas por fiscalía, consideró que no existía detalle mínimo de los hechos que justificarían la inclusión de los solicitantes en la investigación preliminar, por lo que ordenó al fiscal a cargo de la investigación subsanar la omisión advertida.

5.1.9. Indebida interpretación del inc. 3 del art. 68 del CPP.

En la ejecutoria suprema recaída en la Casación N.º 373-2018, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia declaró infundado el recurso extraordinario formulado por el Ministerio Público y, por tanto, confirmó las resoluciones de primera y segunda instancia que declararon fundada la solicitud de tutela de derechos interpuesta por la defensa del investigado.

Sucede que el Ministerio Público declaró el secreto total de la investigación preliminar, sustentando su decisión en el inc. 3 del art. 68 del CPP, que, en su parte *in fine*, prescribe: “[...] El Fiscal decretará, de ser el caso, el secreto de las investigaciones por un plazo prudencial [...]”. La defensa, ante tal decisión, solicitó tutela de derechos por vulneración al derecho de defensa y a conocer los cargos atribuidos. La Corte Suprema consideró que la referida norma debe ser interpretada sistemáticamente con el art. 324 del CPP, en cuyo inc. 2 se estipula que el secreto de la investigación procede solo para alguna actuación o documental, mas no para la totalidad de la investigación. En consecuencia, el

órgano jurisdiccional supremo ordenó que se permita a la defensa acceder a la carpeta fiscal y obtener copias de la misma.

5.1.10. Expedición gratuita de copias de las actuaciones de la investigación.

En la Casación N.º 172-2011, la Corte Suprema de Justicia se pronunció excepcionalmente –para el desarrollo de doctrina jurisprudencial– por un recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público en contra de una resolución de segunda instancia que confirmó en parte la fundabilidad de la solicitud de tutela de derechos formulada por la defensa del investigado. Este incidente de tutela de derechos tuvo por objeto de discusión los alcances del derecho a la gratuidad de la justicia penal. El fondo de la controversia la cual versó sobre la exigibilidad del pago de la tasa prevista en el Texto Único de Procedimientos Administrativos del Ministerio Público para la obtención de copias de los actuados. El criterio de la Suprema Corte fue el siguiente: se expedirán copias de las actuaciones fiscales siempre que el solicitante investigado acredite que su condición socioeconómica le impide cumplir con el pago de tasas, de conformidad con el num. 16 del art. 139 de la Const.

5.1.11. Afectación a la garantía de cosa decidida.

En la resolución n.º 3 de fecha 3 de junio del 2019, contenida en el expediente n.º 39-2018-4, la Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional Permanente Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios, resolvió una controversia relativa a si la afectación de la garantía de cosa decidida es objeto de protección en vía tutela de derechos.

La defensa del investigado formuló su solicitud de tutela invocando la inexistencia de otro mecanismo de protección de la garantía de cosa decidida o del *ne bis in idem* en el estadio de investigación preliminar. El juez de primera instancia consideró que solo es posible cuestionar la afectación al *ne bis in idem* durante la etapa de formal de la investigación y no en la etapa preliminar. Además, a juicio del *a quo*, la tutela de derechos prevé taxativamente en el inc. 2 del art. 71 del CPP la lista de derechos que protege. En esta lista no está prevista la garantía de cosa decidida, por tanto, a criterio del órgano de primera instancia, no es procedente la solicitud de tutela.

En segunda instancia, el solicitante consideró errado el razonamiento del *a quo*. El Ministerio Público, por su parte, se adhirió a lo argumentado por el *a quo* en la resolución de primera instancia. La Sala Penal consideró, al igual que la defensa, que no existe mecanismo procesal para discutir la afectación a la garantía de cosa decidida o al principio de *ne bis in idem*, de modo que la tutela de derechos, por su carácter netamente residual, debe proceder a colmar ese vacío. La Sala revocó la resolución de primera instancia, declaró admisible la solicitud de tutela de derechos y dispuso que un nuevo juez de instancia señale fecha de audiencia para discutir el fondo de la controversia.

En una ejecutoria suprema derivada del recurso de Casación N.º 33-2011, la Corte Suprema, con anterioridad a la jurisprudencia citada en anteriores párrafos, se pronunció sobre la vía pertinente para reclamar afectación al *ne bis in idem*. Para la Suprema Corte, resulta incorrecto acudir al remedio de la *nulidad* cuando sea cuestionada la existencia de dos investigaciones preliminares paralelas. Por el contrario, la garantía de tutela de derechos resulta ser el mecanismo idóneo y pertinente para que el órgano jurisdiccional de garantía examine las solicitudes de esta naturaleza (ver. FJ 2.12).

5.1.12. Derecho al debido proceso, inobservancia del plazo estipulado en el inc. 1 del art. 180 del CPP.

En el expediente n.º 002-2017-85, un juzgado de investigación preparatoria declaró fundada una solicitud de tutela de derechos por *mala praxis* del Ministerio Público. Sucede que el abogado defensor fue notificado con una pericia oficial el 26 de abril del 2019. Dentro del plazo de cinco días estipulado por el inc. 3 del art. 180 del CPP para observar el informe pericial oficial, el abogado defensor, con fecha 3 de mayo del mismo año, procede a formular observaciones mediante el escrito correspondiente. Con todo, el Ministerio Público en su respuesta precisa al abogado defensor que la investigación preparatoria concluyó el 30 de abril y, por tanto, al encontrarse el proceso en otro estadio –concretamente la etapa intermedia– no había lugar para la presentación de observaciones. Fiscalía no esperó a que se computara los cinco días que establece la norma para formular observaciones a la pericia, concluyó inmediatamente la investigación, esto es, el primer día hábil siguiente al de la notificación de la pericia.

El representante del Ministerio Público argumentó, en audiencia de tutela, que la investigación preparatoria ya había concluido, por lo que la solicitud de tutela era improcedente. El juez de garantías sin embargo verificó en los actuados una actuación indebida por parte de la fiscalía, pues no otorgó oportunidad a la defensa para ejercer su derecho a contradecir, en etapa de investigación preparatoria, el informe pericial oficial, empleando para ello el ardid de concluir inmediatamente la investigación. Finalmente, la solicitud de tutela fue amparada y se declaró la nulidad de la disposición de conclusión de investigación preparatoria y, con ella, del requerimiento mixto presentado por fiscalía ante el juzgado.

5.2. Legitimidad activa.

Se pretende sostener, y no sin razón de acuerdo a una interpretación literal *acontextual* de la disposición jurídica, que el único sujeto legitimado para acudir en vía de tutela de derechos es el investigado. Ello en mérito al tenor literal del inc. 4 del artículo 71 del CPP, que estipula: “Cuando el imputado considere que [...]”. Es cierto, en principio, que la regla faculta únicamente al imputado para acudir ante el juez en vía de tutela de derechos. No obstante, cuando se ejercita una interpretación sistemática de la disposición, aparece un panorama de mayor extensión en cuanto a la regulación de la garantía de tutela de derechos. Esta, vista sistemáticamente, aparece regulada en otros dispositivos normativos distintos al art. 71 del CPP.

La naturaleza jurídica que en el presente trabajo se ha adscrito a la tutela de derechos es la de *garantía secundaria*, especie del género *garantía*. La garantía de tutela de derechos desde esta perspectiva aparece como un mecanismo procesal que tiene por objeto la protección de derechos y garantías primarias. El concepto de garantía secundaria, como a continuación se explicará, aparece en otros extremos del cuerpo normativo del Código Procesal Penal, sea implícita o explícitamente, pero siempre lógico-conceptualmente contenido ellos.

En la regulación normativa con respecto al agraviado del delito es posible hallar referencias implícitas a la facultad de este para invocar las garantías correlativas a sus derechos. Como bien apunta Alva (2010), en primer plano aparece la *norma-principio*

de igualdad procesal, reconocido en el inc. 3 del art. I del TP del CP, regla que es fundamental para entender que tanto el imputado como las demás partes procesales se encuentran en una posición de igualdad en el proceso. La citada disposición normativa reconoce a *todas las partes procesales* la posibilidad de ejercer en igualdad de condiciones las facultades y derechos previsto por la Constitución y el Código Procesal Penal. Este principio sin duda otorga razones axiológicas de peso para fundamentar la legitimidad de partes procesales distintas al imputado para invocar tutela de derechos. Sin embargo, existen disposiciones normativas en el Código Procesal Penal, cuyas *normas-regla* posibilitan explícitamente la operatividad de la tutela de derechos en favor del agraviado/actor civil, el tercero civil y, en general, de la persona jurídica incorporada al proceso. Esta es la tesis principal de este capítulo.

Resulta sistemáticamente oportuno empezar por la persona jurídica. A partir de ella se verá cómo es que la posibilidad de las otras partes procesales –distintas al imputado– para invocar tutela deriva de un análisis lógico-conceptual.

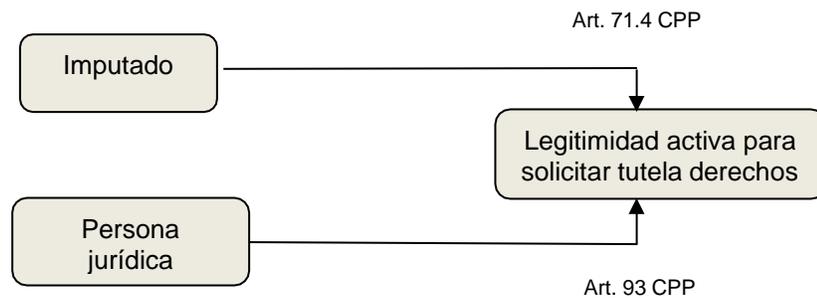
5.2.1. Legitimidad activa de la persona jurídica.

Los presupuestos conceptuales del presente trabajo permiten analizar con mejor claridad las disposiciones normativas del Código Procesal Penal. En atención a la interpretación del texto normativo, cobra especial relevancia haber asignado la naturaleza de *garantía secundaria* a la tutela de derechos.

El art. 93 del CPP establece: “1. La persona jurídica incorporada en el proceso penal, en lo concerniente a la defensa de sus derechos e intereses legítimos, goza de todos los derechos y *garantías* que este Código concede al imputado” [cursivas añadidas]. Atención al término *garantías*, pues su contenido semántico, a partir de lo expuesto en el presente trabajo de investigación, es complejo. El concepto de *garantía* es un concepto genérico que incluye a las garantías primarias y a las garantías secundarias. A su vez, la tutela de derechos, dada la función que el Código Procesal Penal le otorga, puede ser identificada conceptualmente como una garantía secundaria. Por tanto, desde un punto de vista lógico-conceptual, la disposición normativa expresa, entre otras normas, la siguiente: *la persona jurídica incorporada en el proceso penal, en lo concerniente a la defensa de sus derechos e intereses legítimos, goza de todos los derechos*

y garantías, primarias y secundarias (entre ellas, la tutela de derechos), que este Código concede al imputado.

De este modo, es posible afirmar que el art. 93 del CPP faculta a la persona jurídica para solicitar de tutela de sus derechos, en tanto que afirma que aquella goza de las garantías secundarias que el código concede al imputado. La legitimidad activa de la persona jurídica incorporada al proceso penal, a partir de una interpretación *sistemática* entre las disposiciones del inc. 4 del art. 71 y del inc. 1 del art. 93, se presenta ante el intérprete con supina claridad.



Ahora bien, el *petitum* contenido en la solicitud de tutela de derechos, conforme a la redacción del art. 93 del CPP, deberá circunscribirse a la defensa de sus intereses y derechos legítimos. No es posible discutir, en vía de tutela, derechos de cualquier naturaleza y titular. Solo serán objeto de protección aquellos de titularidad de la persona jurídica y aquellos que estén referidos a la defensa de sus intereses de conformidad a la calidad con la que ella es incorporada al proceso. Tratándose de una sociedad a la cual se le pretende aplicar una o varias consecuencias accesorias, la persona jurídica podrá objetar la imputación, preliminar o formal, en el extremo que sea considerada como medio para la comisión del delito (presupuesto del art. 104 del CP). Podrá objetar también las medidas accesorias que el Ministerio Público pretende que se le impongan. En general, como ya lo ha reconocido la Corte Suprema en el Acuerdo Plenario N.º 7-2009/CJ-116, se debe asegurar que la persona jurídica sea objeto de un debido proceso, pues ella también cuenta con la condición de imputado.

5.2.2. Legitimidad activa del agraviado y del actor civil.

La legitimidad activa del agraviado y actor civil para invocar tutela de derechos puede ser argumentada desde dos ópticas. La primera se trata de la argumentación a partir de principios; mientras que la segunda, además de invocar principios, desarrolla principalmente una argumentación lógica a partir de las disposiciones normativas del Código Procesal Penal. A continuación, se abordará la primera óptica.

Con relación a los derechos del agraviado, el art. IX del TP del CPP, referido al derecho de defensa, reconoce a la persona agraviada o perjudicada por el delito el derecho a la participación procesal; incluso, obliga a la autoridad pública a velar por su protección. El derecho a la defensa y a la participación procesal, en tanto derechos fundamentales, se erigen como *principios* que exigen a la autoridad pública su mayor *optimización*, según las posibilidades jurídicas y fácticas. De esto se deduce que toda restricción a los intereses de la víctima o perjudicada por el delito debe responder a una razón fundada que prevalezca sobre aquellos derechos. Sin razón fundada (o principio de mayor peso), cualquier restricción a los derechos de la víctima deviene en ilegítima.

Si el ordenamiento jurídico procesal penal reconoce y exige que se haga efectivo el derecho de la víctima a participar en el trámite de la investigación y proceso penal, cabe determinar hasta qué punto puede participar, ¿cuál en todo caso sería el límite de su participación? La autoridad pública (incluyendo a los órganos jurisdiccionales) deben atender al principio de igualdad procesal, reconocido en el artículo I del TP del CPP. Según este dispositivo normativo, las partes intervendrán en el proceso con iguales posibilidades de ejercer las facultades y derechos previstos en la Constitución y en el Código Procesal Penal. De tal suerte que, la participación de la víctima o perjudicada por el delito no puede ser menor a la de otras partes procesales. En ese sentido, se puede afirmar que tanto el imputado como la víctima deben encontrarse en las mismas posibilidades de hacer valer los derechos a ellos reconocidos y en las mismas posibilidades de participar en el proceso.

Los operadores jurídicos, en especial los jueces por mandato contenido en la *parte in fine* del inciso 4 del artículo I del TP del CPP, deben interpretar las normas

que regulan el proceso penal de modo que todas las garantías reconocidas en él sean ejercidas por todas las partes procesales. Pues interpretar las disposiciones normativas de tal manera que dejen en indefensión un derecho reconocido a una parte procesal cualquiera (cuando a otra, como por ejemplo el imputado, sí se le beneficia con su protección) no solo supone una vulneración al derecho de igualdad procesal, sino también una restricción ilegítima al derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva.

De lo anterior se sigue que, si al imputado se le reconoce una garantía secundaria –la tutela de derechos– orientada a proteger sus derechos –cualesquiera que estos sean y siempre que no exista otra garantía específica (criterio de residualidad)– al agraviado también se le debe reconocer la misma garantía. El principio de igualdad procesal, en ese sentido, exige que el agraviado cuente con legitimidad activa para invocar tutela de derechos.

Esta postura es asumida por Rueda (2015), para quien:

La posibilidad de ampliar el mecanismo de tutela de derechos a otros sujetos procesales distintos al imputado, también tiene sustento en el principio de igualdad procesal, mediante el cual las partes intervendrán en el proceso con iguales posibilidades de ejercer las facultades y derechos, incluso, el juez tiene el deber de allanar todos los obstáculos que impida o dificulten su vigencia. (p. 268)

En el mismo sentido se pronuncia Villegas (2015):

Por lo tanto, los jueces –en este caso, el juez de la investigación preparatoria– tienen el deber de velar por la igualdad procesal de las partes, así como de salvar todos los obstáculos que impidan o dificulten la plena eficacia de dicho principio, de forma tal que se admita que si la víctima es conculcada en sus derechos, pueda solicitar la tutela de derechos y obtener amparo del juez de garantías. (p. 228)

En suma, la legitimidad activa de la víctima para solicitar al juez de investigación preparatoria la realización de una audiencia de tutela de derechos derivaría, a

partir de esta argumentación, del principio de igualdad procesal, reconocido en el artículo I del TP del CPP.

Ahora bien, además de los criterios principialistas que en cierta forma aportan razones de peso para justificar la legitimidad activa de la víctima para solicitar tutela de derechos, es posible analizar las *disposiciones* que expresan normas-regla.

En principio, sobre la base del tenor literal de los arts. 94, 96 y 97 del CPP, no es posible afirmar la facultad del agraviado para solicitar tutela de derechos. Por ello, como punto de partida resulta necesario acudir a la regulación de la persona jurídica, específicamente al ya analizado art. 93 del CPP. Este dispositivo normativo, como se ha desarrollado *supra*, otorga a la persona jurídica legitimidad para solicitar tutela de sus derechos siempre que las vulneraciones a sus derechos que alegue correspondan a sus intereses legítimos.

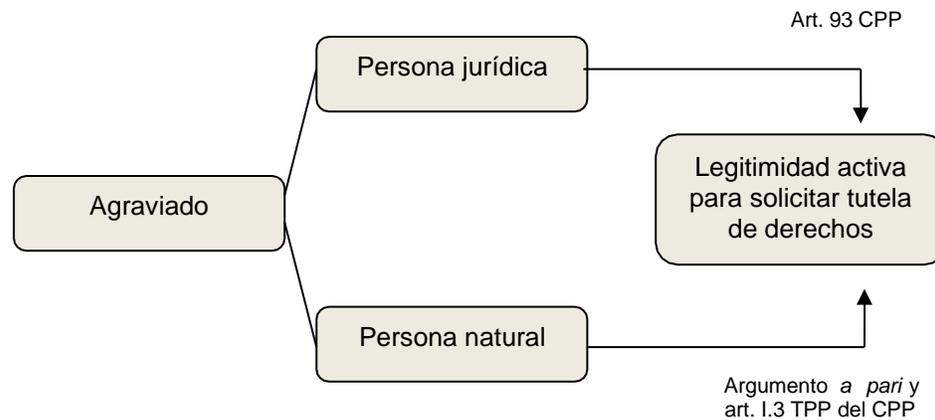
Ahora bien, si, conforme al art. 94 del CPP, agraviado de un delito puede ser una persona jurídica, por intermedio de una interpretación sistemática con el art. 93 del CPP, se obtiene la siguiente norma-regla: *la persona jurídica incorporada al proceso como agraviada goza de todos los derechos y garantías, primarias y secundarias (entre ellas, la tutela de derechos), que este Código concede al imputado*. Por tanto, la persona jurídica con calidad de agraviada se encuentra facultado legalmente para solicitar al juez la tutela de sus derechos. Este razonamiento puede simplificarse en el siguiente esquema deductivo:

1. Si, PJ → TD
2. Y, AGR → PJ
3. Entonces, AGR → TD

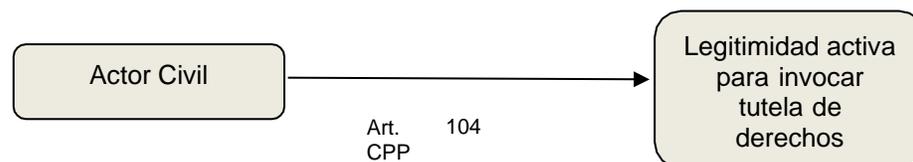
(Donde: PJ representa a una persona jurídica, TD a la garantía de tutela de derechos y AGR a un agraviado, tal que: si la persona jurídica puede invocar tutela de derechos, y el agraviado es una persona jurídica, entonces, el agraviado puede invocar tutela de derechos).

Sucede, sin embargo, que el agraviado del delito no siempre es una persona jurídica. También lo es una persona natural. Pese a que el razonamiento

anteriormente esbozado es útil para justificar la operatividad de la tutela de los derechos del agraviado como persona jurídica, la conclusión no incluye al agraviado como persona natural. Esto no es óbice para dejar en indefensión a las personas naturales ofendidas o perjudicadas por el delito. El argumento *a pari* –empleado ya por Alva (2010) y Villegas (2016)–, además del principio rector de *igualdad procesal* (inc. 3, art. I del TPP del CPP), justifican que la tutela de derechos opere en favor del agraviado como persona natural: si la persona jurídica agraviada tiene legitimidad para solicitar tutela de derechos, por la misma razón, y al no existir diferencias sustanciales que justifiquen lo contrario, la persona natural agraviada también cuenta con legitimidad para invocar esta garantía secundaria.



Una vez justificada la legitimidad activa del agraviado para interponer tutela de derechos, sea persona natural o persona jurídica, justificar la legitimidad activa del actor civil no supone mayor controversia. Basta acudir al art. 104 del CPP, que reconoce en el actor civil los mismos derechos que se le conceden al agraviado.

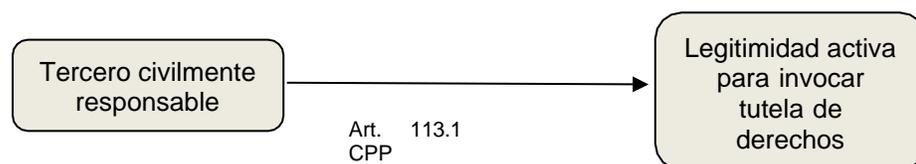


La tutela de derechos para el caso de la víctima o actor civil no deberá operar, al igual que para la persona jurídica, ante la alegación de vulneración de cualquier derecho. Solo los derechos de titularidad de la víctima o actor civil orientados a su tratamiento digno en el proceso y aquellos que guarden relación con sus intereses patrimoniales podrán ser objeto de protección. Así, verbigracia, el cumplimiento de la prohibición de revictimización en caso de continuas e innecesarias declaraciones de víctimas de violencia sexual podrá ser objeto de control por parte del juez de garantías. De igual modo, en todo lo concerniente a los intereses del actor civil, será procedente tutela de derechos siempre que se vulnere algún derecho, sea este procesal o material, que incida directamente en la constitución, determinación u otorgamiento de la reparación civil.

5.2.3. Legitimidad activa del tercero civil responsable.

La regulación normativa sobre el tercero responsable civilmente se expresa en términos tales que permiten justificar lógico-conceptualmente su legitimidad activa para solicitar la garantía secundaria de tutela de derechos. Al igual que en el caso de la persona jurídica, el inc. 1 del art. 113 del CPP se expresa en los siguientes términos: “El tercero civil, en lo concerniente a la defensa de sus intereses patrimoniales goza de todos los derechos y *garantías* que este Código concede al imputado” (cursivas añadidas).

La citada disposición normativa reconoce en el tercero civil responsable las mismas garantías que al imputado, de modo que la *tutela de derechos, como garantía secundaria*, se encuentra prevista implícita y conceptualmente para beneficiar, también, al tercero responsable civilmente por el ilícito derivado del delito. La regla-norma derivada del dispositivo normativo podría explicitarse en los siguientes términos: *el tercero civil, en lo concerniente a la defensa de sus intereses goza de los derechos y garantías, primarias y secundarias (entre estas, la tutela de derechos), que el Código Procesal Penal concede al imputado.*



El tercero civilmente responsable, al igual que la persona jurídica (incorporada al proceso para ser sometida a consecuencias accesorias) y el investigado, tiene la condición de *imputado*. Sobre él también recae una imputación, aquella que lo vincula y obliga con el resarcimiento del daño en favor de la víctima del delito. Nieva (2017) en ese sentido, enseña que:

Suele pensarse solamente en la figura del reo como parte pasiva del proceso penal. Sin embargo, en el Derecho procesal penal moderno existen otras figuras que afinan más la responsabilidad tras la comisión del delito, y que pueden hacer responsable a quien no tuvo, de hecho, una participación más que indirecta en su perpetración.
(p. 128)

Por ello es que –continúa el citado autor– “*al tratar de las partes acusadas hay que distinguir entre el reo y la diversa tipología de responsables civiles que existen*” (p. 128). De este modo se justifica que el Código Procesal Penal reconozca al tercero civil responsable los mismos derechos y garantías que al imputado, pues ambos tendrían, *mutatis mutandis*, la misma condición. A uno se le atribuye responsabilidad penal por la comisión de un delito y al otro responsabilidad civil por el ilícito producido por el delito. Imputaciones de distinta naturaleza, efectivamente, pero imputaciones, al fin y al cabo.

Sin embargo, dada la peculiaridad de la imputación propia del tercero civil responsable, su interés en el proceso penal no debe ser extendido más allá del meramente patrimonial, aunque esto no suponga la prohibición definitiva de cuestionar, por ejemplo, medidas limitativas de derechos o imputaciones formuladas en disposiciones fiscales, recuérdese que en este último caso, la inexistencia de delito salvo supuestos como la *prescripción* puede generar a su vez inexistencia de responsabilidad civil. El tercero responsable civilmente por el delito debería en principio tener facultad de participar en todos los actos de investigación que puedan incidir en la constitución o determinación de la responsabilidad civil. La tutela de derecho, por tanto, deberá operar cuando el tercero civilmente responsable alegue que la vulneración de uno de sus derechos incida en sus intereses patrimoniales.

5.3. **Combinato disposto aplicado a la regulación de la tutela de derechos.**

En el Capítulo I, específicamente, apartado 3.2.7.1., se desarrolló aquello que la doctrina italiana, en teoría de la interpretación, denomina *combinato disposto*. La técnica de interpretación así denominada es una variante de la interpretación sistemática, y consiste en “combinar entre sí distintos fragmentos de disposición, de modo que se extraiga una norma completa” (Guastini, 2018, p. 292).

En este apartado corresponde extraer aquella norma que es producto de interpretar sistemáticamente todas las disposiciones normativas relativas a la garantía de tutela de derechos. Las disposiciones normativas que se emplearán son: inc. 3 del art. I del TP, inc. 1 y 4 del art. 71, art. 93, art. 104 e inc. 1 del art. 113, todos contenidos en el Código Procesal Penal.

La norma completa referida a la tutela de derechos es, por tanto, la siguiente: *cuando durante la investigación preparatoria, el imputado o tercero civil responsable, o el agraviado o actor civil, sea en calidad de persona natural o persona jurídica, consideren: (i) que sus derechos, constitucionales o legales, no son respetados; (ii) que son objeto de medidas limitativas de derechos indebidas o (iii) de requerimiento ilegales; en lo que concierne solo a la naturaleza de sus intereses legítimos, pueden acudir en vía de tutela al juez de investigación preparatoria para que subsane la omisión o dicte las medidas de corrección o de protección que correspondan. La solicitud se resolverá inmediatamente, previa constatación de los hechos y realización de audiencia con intervención de las partes.*

Esta norma, que se proyecta sobre la base de los preceptos normativos del Código Procesal Penal y no alude a argumentos de corte *axiológico*, es acorde a los postulados y exigencias del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva, pues otorga una protección *sui generis* a todo derecho fundamental que, en principio, no tenga vía de protección específica, de modo que en el proceso penal peruano, merced a la garantía de tutela de derechos, no puede sostenerse que existan vacíos normativos secundarios que dejen en indefensión los derechos y garantías primarias de todo proceso judicial. La tutela de derechos operará siempre en su salvaguarda.

5.4. **Facultades del juez ante un pedido de tutela de derechos.**

El inc. 4 del art. 71 del CPP establece una serie de medidas que el órgano jurisdiccional puede adoptar frente a una solicitud de tutela de derechos. La doctrina no ha profundizado en este aspecto de la norma. Por ello, resulta pertinente proceder a explicar brevemente cada una de las medidas.

5.4.1. Subsanar omisiones.

Como garante de la legalidad y constitucionalidad de la investigación, el juez de la investigación preparatoria –o juez de garantías– debe proceder a evitar la omisión de los procedimientos legalmente establecidos o a evitar que, sin justificación legal, se vulnere derechos fundamentales de las partes. Este es el caso, por ejemplo, cuando el agraviado o actor civil, o el tercero civilmente responsable, no es informado de las diligencias de investigación que atañen directamente a sus intereses. No es necesario que la diligencia se haya llevado a cabo para que proceda la solicitud de tutela de derechos, como propone Alva (2010) en el sentido de verificar una infracción ya consumada de los derechos. Si alguna de las partes logra conocer, antes de la realización efectiva de la diligencia, que esta se llevará a cabo, puede instar al juez de garantías para que, subsanando la omisión, ordene al órgano público competente que proceda a notificarle y pueda, así, la parte afectada participar válidamente en la actuación.

5.4.2. Dictar medidas correctivas.

Esta es la facultad específica que se reconoce al juez de garantías para que a través de la garantía de tutela logre el “*restablecimiento del statu quo de los derechos vulnerados*” (Alva, 2010, p. 3). Las medidas de corrección o correctivas son facultades comúnmente previstas y desarrolladas en las leyes administrativas. Morón (2010), al tratar esta clase de medidas –y diferenciándolas de las medidas provisionales (cautelares) en sede administrativa–, expresa:

Por el contrario, si lo que se busca es reestablecer la legalidad alterada por el acto ilícito a través de la reversión de los efectos causados por el acto u omisión ilícita, estaremos ante una medida correctiva estricto sensu. Como se puede apreciar, esta medida cobra un nivel de individualidad que no posee la provisional, al no

depender del procedimiento en curso ni de futuras medidas, siendo una decisión destinada –en la mayoría de los casos– a concluir con el estado de cosas y efectos ilegales creado mediante la infracción, sin necesidad de apertura previa de un procedimiento sancionador o la necesidad de ser dictada al interior del mismo. (p. 143)

El Código Procesal Penal, al incorporar y asignar al órgano de garantías esta facultad, traslada la función de policía propia del *ius puniendi administrativo* a sede penal. En consecuencia, el juez de garantías puede dictar todas aquellas medidas correctivas destinadas a restablecer la legalidad o, en otros términos, a restituir las cosas a su estado anterior al inicio de la ilicitud. La medida correctiva por excelencia dictada a través de la tutela de derechos es el remedio de la nulidad. Esta se emplea para anular disposiciones y requerimientos fiscales, actos de investigación, actos procesales jurisdiccionales –como la notificación–, entre otros, siempre que se constate que hayan producido vulneración a algún derecho fundamental o legal de las partes.

5.4.3. Dictar medidas de protección.

La sede natural de las medidas de protección es el derecho de familia, especialmente en su rama que más cercanía guarda con el derecho penal: la violencia familiar. En la ley n.º 30364 –Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar– se puede hallar regulación expresa de estas medidas. Nada impide que este concepto sea trasladado, *mutatis mutandis*, al proceso penal. Es el agraviado aquel actor legitimado que aparece en primer plano para solicitar, en vía de tutela de derechos la medida de protección que considere pertinente, ya sea a modo de prevención o a modo de respuesta ante un agravio ya consumado, aunque no es la única parte facultada para ello. La constelación de casos dependerá, en buena cuenta, del modo y circunstancias en que cada pedido de tutela se fundamente.

El juez está facultado, entonces, para dictar medidas de protección en aras de prevenir o mitigar los efectos de un ilícito que agravie los derechos fundamentales de las partes. La víctima de violencia sexual, por ejemplo, que sea citada a declarar más de una vez durante la investigación, podrían en teoría recurrir al juez de garantías, bien para que garantice que la citación se base en motivos

razonables y fundados, o bien para impedir que se lleve a cabo la actuación en caso no existan tales motivos.

VI. Conclusiones.

En el presente capítulo se desarrolló, primero, el proceso histórico, doctrinal y legal, que llevó finalmente a la idea del órgano jurisdiccional de controlar la legalidad y constitucionalidad de la investigación (control objetivo), así como los derechos legales y constitucionales de las partes del proceso (control subjetivo). Así, la idea de otorgar al juez la calidad de juez de garantías vio finalmente su cúspide material en la regulación de aquel mecanismo procesal orientado, precisamente, al control de los *status* objetivo y subjetivo vigentes durante la investigación: la tutela de derechos.

La tutela de derechos, como mecanismo procesal vinculado a la protección de los derechos y garantías primarias del proceso penal, se erige como la garantía secundaria por excelencia del proceso penal. Esta naturaleza lo vincula con el concepto de derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva. De modo que la idea que se adopta sobre aquella tiene incidencia directa en este derecho fundamental.

La doctrina se ha encargado de examinar e interpretar la regulación de la tutela de derechos y, en ese sentido, en el presente trabajo se ha logrado identificar dos posturas o interpretaciones. La interpretación I se caracteriza básicamente por apoyarse en una técnica de interpretación literal *acontextual*. La interpretación II –con sus respectivas variantes– se apoya en una interpretación sistemática. Ambos sentidos interpretativos tienen incidencia directa en el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva. La interpretación I, incide negativamente, en tanto que restringe la gama de derechos protegidos a través de la tutela de derechos, otorgando un sentido semánticamente insólito al inc. 4 del art. 71 del CPP y sin tomar en cuenta que esta garantía aparece regulada en otros dispositivos normativos, de modo que limita injustificadamente el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva de cada parte del proceso penal.

La interpretación II parece, en ese sentido, más acorde a las exigencias del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva, pero, tropieza al momento de concebir a la garantía de tutela de derechos como un mecanismo residual. Resulta necesario especificar esta característica. Conforme a lo postulado en el presente trabajo de investigación, la residualidad de la tutela de derechos debe predicarse tan solo con respeto a otros mecanismos

regulados en el Código Procesal Penal y no con respeto a otros procesos, como el constitucional, pues se corre el riesgo de que se priorice a los procesos constitucionales por sobre la garantía de tutela de derechos, en desmedro de los principios de celeridad y economía procesal.

La interpretación que se propone en el presente trabajo parte por postular, primero, una lista abierta o *numerus apertus* de derechos protegidos en vía de tutela, salvo aquellos derechos que tengan vía específica de protección en el proceso penal. Sencilla y amplia, la tutela de derechos se erige como la garantía secundaria exigida por el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, que tiene como peculiar ventaja la posibilidad de ser empleada como mecanismo para colmar todas y cada una de las *lagunas secundarias* que el intérprete considere que existen en el Código Procesal Penal. A su vez, en cuanto a la dimensión de legitimidad activa, además del imputado, el agraviado o actor civil, el tercero civilmente responsable y la persona jurídica incorporada al proceso pueden optar por acudir a la garantía de tutela, conforme a la regulación *positiva* del proceso penal.

Finalmente, ante solicitudes de tutela de derechos, el juez de garantía se encuentra facultado por la norma para dictar medidas de subsanación, de corrección o de protección, tanto para evitar que un derecho sea vulnerado (tutela preventiva) como para reparar la vulneración efectiva de un derecho (tutela reactiva).

CAPÍTULO 3. HIPÓTESIS.

3.1. Hipótesis

La interpretación desarrollada por la Corte Suprema en los Acuerdos Plenarios N.º 4-2010, N.º 2-2012 y en la Casación N.º 136-2013, sobre el inciso 4 del artículo 71 del Código Procesal Penal, que regula la tutela de derechos, incide de forma negativa sobre el contenido esencial del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva, porque:

- A través de una interpretación restrictiva del inciso 4 del artículo 71 del Código Procesal Penal, se restringe a las partes procesales distintas al investigado el acceso a la justicia y a recibir un pronunciamiento por parte del órgano jurisdiccional ante vulneraciones de sus derechos constitucionales y legales, en el marco de una investigación penal, pese a que el Código Procesal Penal faculta expresa e implícitamente a estas para solicitar tutela de sus derechos, vulnerando así el principio a la igualdad sustancial en el proceso, contenido esencial del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva
- Los derechos protegidos por la tutela de derechos se reducen a una lista cerrada enumerada en el inciso 2 del artículo 71 del Código Procesal Penal, a pesar de que el inciso 4 del mismo artículo remita también a la protección de los derechos constitucionales y legales establecidos en el inciso 1, vulnerando de modo expreso el principio de legalidad en el proceso penal, contenido esencial del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva.

CAPÍTULO 4. METODOLOGÍA

4.1. Tipo de investigación

La presente investigación es de tipo cualitativa y, según su propósito, es básica porque busca interpretar y producir conocimientos jurídicos, para finalmente demostrar la incidencia que una variable tiene sobre las otras.

4.2. Unidad de estudio.

4.2.1. Unidad de estudio 1.

Sentencia de Casación emitida por la Corte Suprema de Justicia en la cual conste la interpretación realizada sobre el inciso 4 del artículo 71 del Código Procesal Penal.

4.2.2. Unidad de estudio 2.

Acuerdo Plenario emitido por la Corte Suprema de Justicia en el cual conste la interpretación realizada sobre inciso 4 del artículo 71 del Código Procesal Penal.

4.2.3. Unidad de estudio 3.

Opinión de experto con experiencia práctica, publicaciones doctrinarias o científicas a nivel nacional sobre la interpretación adoptada por la Corte Suprema de Justicia respecto del inciso 4 del artículo 71 del Código Procesal Penal.

4.3. Población.

4.3.1. Población 1.

Sentencias de Casación emitidas por la Corte Suprema en las cuales conste la interpretación realizada sobre el inciso 4 del artículo 71 del Código Procesal Penal, desde el año 2004 hasta el año 2019.

4.3.2. Población 2.

Acuerdos Plenarios emitidos por la Corte Suprema de Justicia con carácter de doctrina legal, en los cuales conste la interpretación realizada sobre el inciso 4 del artículo 71 del Código Procesal Penal, desde el año 2004 hasta el año 2019.

4.3.3. Población 3.

Opiniones de expertos con experiencia práctica, publicaciones doctrinarias o científicas a nivel nacional sobre la interpretación adoptada por la Corte Suprema de Justicia respecto inciso 4 del artículo 71 del Código Procesal Penal.

4.4. Muestra.

4.4.1. Muestra 1.

La muestra 1 es de tipo no probabilístico y por conveniencia, debido a que sus elementos pueden ser hallados con relativa facilidad y han sido escogidos con base en una cualidad particular. Se ha establecido que, entre todas las resoluciones de casación emitidas por la Corte Suprema, se recoja solo las que tienen el carácter de doctrina jurisprudencial, pues estas representan el criterio asumido institucionalmente por la Corte Suprema sobre una controversia jurídica, y que debe ser observado por todos los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial.

En cuanto al acceso a la información, el artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial ordena la publicación trimestral en el diario oficial El Peruano de todas las ejecutorias supremas que fijan principios jurisprudenciales (doctrina jurisprudencial). Por tanto, los elementos de la muestra 1 son de público conocimiento y pueden ser hallados en las publicaciones del diario El Peruano.

Sobre la base de este criterio se halló la Casación N.º 136-2013-TACNA de fecha 11 de junio del 2014, expedida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República. En ella se estableció como doctrina jurisprudencial vinculante para todas las cortes superiores de los distritos judiciales que apliquen el Código Procesal Penal del 2004 los fundamentos 3.4., 3.6., 3.10. y 3.11. Los dos primeros fundamentos

están referidos específicamente a la interpretación del inciso 4 del artículo 71 del Código Procesal Penal, por lo que su consideración como muestra es pertinente para el presente trabajo.

4.4.2. Muestra 2.

La muestra 2 es de tipo no probabilístico y por conveniencia, por la facilidad en la accesibilidad de la información. Para efectos de la presente investigación se ha considerado recopilar todos los acuerdos plenarios emitidos en mérito a plenos jurisdiccionales nacionales convocados por la Corte Suprema de Justicia relativos a la interpretación del inciso 4 del art. 71 del Código Procesal Penal. Estos acuerdos son publicados en el diario oficial El Peruano y en la página oficial en línea del Poder Judicial, por lo se encuentran al alcance del conocimiento público a través de medios en línea oficiales y de fácil accesibilidad (https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/cij-juris/s_cij_jurisprudencia_nuevo/as_jurisprudencia_sistematizada/as_acuerdos_plenarios/as_AcuerdosPlenariosenMateriaPenal/).

Realizada la búsqueda en las fuentes de información oficiales, se halló dos acuerdos plenarios vinculados al tema del presente trabajo. El primero es el Acuerdo Plenario N.º 4-2010/CJ-116 del 16 de noviembre del 2010. En él se fijó como doctrina legal los fundamentos 10 a 19, respecto al sentido interpretativo otorgado al inciso 4 del artículo 71 del Código Procesal Penal, que regula la garantía de tutela de derechos. El segundo elemento de la muestra consiste en el Acuerdo Plenario N.º 2-2012/CJ-116 del 26 de marzo del 2012, vinculado también a la interpretación de la regulación de la tutela de derechos. En ese sentido, es pertinente la inclusión de ambos acuerdos plenarios como muestras del presente trabajo.

4.4.3. Muestra 3.

La presente muestra es de tipo no probabilístico y discrecional. Los elementos fueron escogidos sobre la base del conocimiento previo del investigador sobre la población y de criterios objetivos establecidos para tal fin. Los criterios son:

a. Experiencia práctica.

Justificación. Se estima que los especialistas con experiencia en la interpretación y aplicación de las disposiciones normativas del Código Procesal Penal del 2004, permitirá conocer con mayor precisión y alcance los criterios de los operadores jurídicos respecto a la garantía de tutela de derechos y cómo esta se ha venido empleando en la práctica judicial.

b. Publicaciones sobre la materia.

Justificación. Se estima que la opinión de los investigadores con publicaciones sobre la garantía de tutela de derechos en el proceso penal, además de estar vinculado con el tema del presente trabajo de investigación, permitirá profundizar en el conocimiento sobre la interpretación que sobre ella hace la doctrina especializada.

En ese sentido los elementos de la muestra están conformados por ocho jueces penales de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, divididos en cuatro jueces superiores, Manuel Estuardo Luján Túpez, Víctor Burgos Mariños, Norma Beatriz Carbajal Chávez y Sara Angélica Pajares Bazán, cuatro jueces de investigación preparatoria, Eduardo Carlos Medina Carrasco, Rosendo Pompeyo Vía Castillo, Juan Martín Ramírez Sáenz e Irene Milagritos Cruzado Zapata; así como el fiscal Jeans Arnol Velazco Hidalgo del Ministerio Público de La Libertad y los abogados dedicados a la defensa privada Edwin Adolfo Morocco Colque y Arsenio Oré Guardia.

4.5. Técnicas e instrumentos de recolección y análisis de datos.

4.5.1. Tablas de técnicas, instrumentos, procedimientos y métodos.

Para el marco teórico			
Técnica	Instrumento	Procedimiento	Método
Análisis documental	Ficha de trabajo	Se elaboró la ficha de trabajo. Luego, se procedió a recopilar, registrar y analizar la información documental sobre cada una de las variables de la presente investigación.	Análisis y síntesis

Para el marco metodológico			
Técnicas	Instrumentos	Procedimiento	Método
Interpretación jurisprudencial	Guía de análisis de jurisprudencia	Se elaboró la guía de análisis de jurisprudencia. Luego, se procedió a la recopilación de la doctrina jurisprudencial y doctrina legal de las casaciones y acuerdos plenarios expedidos por la Corte Suprema de Justicia de la República, con referencia a la interpretación que la Corte formuló respecto al inciso 4 del artículo 71 del Código Procesal Penal. Finalmente, se obtuvo una conclusión sobre la materia.	Análisis y síntesis
Entrevista personal estructurada	Guía de entrevista	Se elaboró la guía de entrevista. Luego, se procedió a entrevistar personalmente a los expertos en sus centros de labores, siguiendo como pauta el orden de las preguntas formuladas en el instrumento. Al analizar cada respuesta obtenida, se clasificó en tres grupos distintos a cada entrevistado, según la postura asumida. Finalmente, se emitió una conclusión general.	Análisis y síntesis Inductivo

4.6. Aspectos éticos:

La presente investigación recopiló datos a partir de fuentes de información confiables. La bibliografía empleada fue citada y referenciada conforme al formato de la *American Psychological Association* (APA), exigido por la Universidad Privada del Norte. Cada instrumento es elaboración original del autor de esta investigación.

CAPÍTULO 5. RESULTADOS

5.1. Resultado 1 (respecto del OE. 1).

Este primer resultado es relativo al siguiente objetivo específico: establecer los fundamentos de la institución de tutela de derechos y su naturaleza jurídica. Para ello se empleó la guía de análisis de la siguiente jurisprudencia emitida por la Corte Suprema: Acuerdo Plenario N.º 04-2010, Acuerdo Plenario N.º 02-2012 y la Casación N.º 136-2013. Del mismo modo, se utilizó las entrevistas a jueces de investigación preparatoria y jueces superiores.

5.1.1. Acuerdo Plenario N.º 04-2010.

SUMILLA	DOCTRINA LEGAL PERTINENTE
<p>Los jueces supremos de lo penal, llevaron a cabo el Pleno Jurisdiccional con motivo de desarrollar los alcances de la audiencia de tutela de derechos, según lo presupuestado por el artículo 71º del Código Procesal Penal.</p>	<p>En el fundamento jurídico 11 se establece que:</p> <p>La finalidad esencial de la audiencia de tutela es, entonces, la protección, resguardo y consiguiente efectividad de los derechos del imputado reconocidos por la Constitución y las leyes. Desde esta perspectiva, el Juez de 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 <i>uno o varios de sus derechos reconocidos específicamente</i> en el artículo 71º del NCPP, responsabilizando al fiscal o a la policía del agravio. [cursivas añadidas]</p> <p>En el fundamento jurídico 13 la Suprema Corte señala:</p>

	<p>Dicho de otro modo, la tutela de derechos es un instrumento idóneo <i>para salvaguardar las garantías del imputado</i> y, a su vez, regular las posibles desigualdades entre perseguidor y perseguido. Esta institución procesal penal es por tanto uno de los principales mecanismos para realizar el control de legalidad de la función fiscal, quien deberá conducir y desarrollar toda su estrategia persecutoria siempre dentro del marco de las garantías básicas, siendo consciente de que cualquier acto que traspase el marco de los derechos fundamentales podrá ser controlado por el Juez de Investigación Preparatoria. [cursivas añadidas].</p>
	<p>También resulta relevante el fundamento 19º, en el cual se expresa:</p> <p>En síntesis, es de afirmar, que la Tutela de Derechos es una garantía de específica relevancia procesal penal, <i>que puede usar el imputado cuando ve afectado y vulnerado uno o varios derechos establecidos específicamente en el artículo 71º del NCPP (...)</i>. [cursivas añadidas]</p>

5.1.2. Acuerdo Plenario N.º 02-2012

SUMILLA	DOCTRINA LEGAL PERTINENTE
<p>Se llevó a cabo el I Pleno Jurisdiccional Extraordinario Penal de los Jueces Supremos en lo Penal, con la finalidad de determinar los alcances de la audiencia de</p>	<p>En el considerando 11 del acuerdo, los jueces integrantes de la Corte Suprema exponen lo siguiente:</p>

<p>tutela de derechos en lo atinente al deber de imputación suficiente que recae sobre el Ministerio Público.</p>	<p>11°. Muy excepcionalmente, ante la desestimación del Fiscal o ante la reiterada falta de respuesta por aquél –que se erige en requisito de admisibilidad–, y siempre frente a una omisión fáctica patente o ante un detalle de hechos con entidad para ser calificados, de modo palmario, de inaceptables por genéricos, vagos o gaseosos, o porque no se precisó el aporte presuntamente delictivo del imputado, cabría acudir a la acción jurisdiccional de tutela penal.</p>
---	--

5.1.3. Casación N.º 136-2013.

SUMILLA	DOCTRINA JURISPRUDENCIAL
<p>La audiencia de Tutela de Derechos sólo puede ser instalada a efectos de debatir la afectación de derechos del imputado dispuestos en el artículo 71 del Código Procesal Penal. La confirmatoria de incautación es un acto procesal necesario para dotar de valor instrumental a la incautación.</p>	<p>En el considerando 3.4. la Corte Suprema fija como doctrina jurisprudencial, lo siguiente: La tutela de derechos como institución procesal tiene una finalidad protectora del imputado, quien en su calidad de parte acusada se ve sometido al aparato estatal durante la investigación del delito a cargo de la Policía Nacional del Perú y el Ministerio Público que por el especial papel que desempeñan en la lucha contra la criminalidad, en ciertos casos, incurren en excesos o negligencias, las cuales no pueden adjudicarse gratuitamente al procesado, por ello, el legislador ha establecido esta institución procesal, para que sea el juez quien controle estas falencias en el propio aparato estatal.</p>

5.1.4. Entrevista al Juez Superior Manuel Estuardo Luján Túpez.

DATOS DEL ENTREVISTADO	Grado : Doctor en Filosofía del Derecho. Institución : Corte Superior de Justicia de La Libertad. Cargo : Juez Superior Titular.
Según su experiencia, ¿cuál es el fundamento normativo jurídico y social para la incorporación de la tutela de derechos regulada en el artículo 71º.4 del Código Procesal Penal?	
<p>El contenido normativo de la Constitución que exige a todo juez ser tutor de los Derechos Fundamentales. Por tanto, en el proceso penal se ha querido enfatizar esta condición creando un proceso especial para privilegiar esta función, haciendo uso del ejercicio constitucional, protegiendo los derechos del investigado por algún delito para restituir sus garantías en el caso de haber sido vulnerados.</p>	

5.1.5. Entrevista a la Jueza Superior Norma Beatriz Carbajal Chávez.

DATOS DEL ENTREVISTADO	Grado : Maestrando en Derecho Penal. Institución : Corte Superior de Justicia de La Libertad. Cargo : Juez Superior Titular
Según su experiencia, ¿cuál es el fundamento normativo jurídico y social para la incorporación de la tutela de derechos regulada en el artículo 71º.4 del Código Procesal Penal?	
<p>Considero que este supuesto o mecanismo permite a la defensa del procesado garantizar el debido proceso, en particular que se respeten los derechos básicos que permitan hacer frente al <i>ius puniendi</i> del Estado. Es necesario que tanto el Juez, la Fiscalía y, especialmente, el investigado, conozcan</p>	

expresamente cuáles son los derechos mínimos que le asisten a este y que son reglas que regulan el proceso. Además, contempla la posibilidad de cuestionar otros modos de ejercer arbitrariamente el poder por parte del fiscal o juez, que, de acuerdo a la experiencia, verificamos que se han presentado.

5.1.6. Entrevista al Juez Superior Víctor Burgos Mariños.

DATOS DEL ENTREVISTADO	<p>Grado : Doctor en derecho.</p> <p>Institución : Corte Superior de Justicia de La Libertad.</p> <p>Cargo : Juez Superior Titular</p>
<p>Según su experiencia, ¿cuál es el fundamento normativo jurídico y social para la incorporación de la tutela de derechos regulada en el artículo 71º.4 del Código Procesal Penal?</p>	
<p>Controlar la objetividad del Ministerio Público y garantizar que no se recorten los derechos del imputado; velar por la legalidad y legitimidad del proceso penal.</p>	

5.1.7. Entrevista a la Jueza Superior Sara Angélica Pajares Bazán.

DATOS DEL ENTREVISTADO	<p>Grado : Magister en Derecho Penal</p> <p>Institución : Corte Superior de Justicia de La Libertad.</p> <p>Cargo : Juez Superior Titular.</p>
<p>Según su experiencia, ¿cuál es el fundamento normativo jurídico y social para la incorporación de la tutela de derechos regulada en el artículo 71º.4 del Código Procesal Penal?</p>	

El fundamento normativo jurídico y social para la incorporación de la tutela de derechos regulada en el artículo 71.4 del Código Procesal Penal es el artículo 71.2 así como su concordancia con el artículo II del Título Preliminar del acotado código, en cuanto establece la legalidad de las medidas limitativas de derechos así como el artículo 139 de la Constitución Política del Estado.

5.1.8. Entrevista al Juez Juan Martín Ramírez Sáenz.

DATOS DEL ENTREVISTADO	Grado : Abogado titulado Institución : Corte Superior de Justicia de La Libertad. Cargo : Juez del Primer Juzgado de Investigación Preparatoria
Según su experiencia, ¿cuál es el fundamento normativo jurídico y social para la incorporación de la tutela de derechos regulada en el artículo 71^o.4 del Código Procesal Penal?	
<p>El fundamento jurídico se encuentra en el artículo 139 de la Constitución, pues en este artículo se reconocen derechos y principios procesales del que se derivan consecuencias tanto a los derechos y garantías de los justiciables, así como límites de los poderes públicos.</p> <p>En cuanto al fundamento social, mediante el artículo 71.4 del Código Procesal Penal, se otorga una garantía al imputado frente a las irregularidades o abusos que pueden ocurrir en la etapa de la investigación, regulando de esta manera las posibles desigualdades entre perseguidor y perseguido.</p>	

5.1.9. Entrevista al Juez Rosendo Pompeyo Vía Castillo.

DATOS DEL ENTREVISTADO	Grado : Abogado titulado Institución : Corte Superior de Justicia de La Libertad.
-----------------------------------	--

	<p>Cargo : Juez del Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria</p>
<p>Según su experiencia, ¿cuál es el fundamento normativo jurídico y social para la incorporación de la tutela de derechos regulada en el artículo 71º.4 del Código Procesal Penal?</p>	
<p>Es la propia Constitución del Estado que, en el artículo 2, regula los Derechos Fundamentales de toda persona, los que han sido establecidos, al menos los más importantes, en el referido artículo 71.2 del Código Procesal Penal. Ante su violación se ha regulado la institución de la tutela de derechos, la cual tiene su inspiración en el hábeas corpus, regulado en el Código Procesal Constitucional, y que ha sido doctrinalmente desarrollada por la Corte Suprema en el Acuerdo Plenario N.º 2-2011.</p>	

5.1.10. Entrevista a la Jueza Irene Milagritos Cruzado Zapata.

<p>DATOS DEL ENTREVISTADO</p>	<p>Grado : Abogada titulada Institución : Corte Superior de Justicia de La Libertad. Cargo : Juez del Cuarto Juzgado de Investigación Preparatoria.</p>
<p>Según su experiencia, ¿cuál es el fundamento normativo jurídico y social para la incorporación de la tutela de derechos regulada en el artículo 71º.4 del Código Procesal Penal?</p>	
<p>El fundamento normativo jurídico y social para la incorporación de la tutela de derechos, es equilibrar la balanza antes las posibles irregularidades (vulneración de derechos fundamentales), los cuales pueden perjudicar al investigado, ya que se encuentra en una situación de desventaja, dado que el monopolio en la investigación del delito lo detenta el fiscal, motivo por el cual es que resulta necesaria la intervención del Juez de Investigación Preparatoria, para verificar la vulneración de un derecho constitucional</p>	

5.1.11. Entrevista al Juez Eduardo Carlos Medina Carrasco.

DATOS DEL ENTREVISTADO	<p>Grado : Abogado titulado</p> <p>Institución : Corte Superior de Justicia de La Libertad.</p> <p>Cargo : Juez del Décimo Juzgado de Investigación Preparatoria especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios</p>
<p>Según su experiencia, ¿cuál es el fundamento normativo jurídico y social para la incorporación de la tutela de derechos regulada en el artículo 71º.4 del Código Procesal Penal?</p>	
<p>Dotar de un mecanismo de protección al ejercicio legítimo de los derechos de la persona imputada en el proceso penal, ya sea los de orden constitucional como legal.</p> <p>En tal sentido, se puede equilibrar el normal desajuste operativo entre el Estado y el imputado. Empero, no puede soslayarse el carácter residual, en tanto existan otros mecanismos más específicos: excepciones, control de plazos, etc.</p>	

5.1.12. Entrevista al especialista Jeans Arnol Velazco Hidalgo.

DATOS DEL ENTREVISTADO	<p>Grado : Abogado titulado</p> <p>Institución : Ministerio Público</p> <p>Cargo : Fiscal Adjunto Provincial de la Segunda Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Trujillo</p>
<p>Según su experiencia, ¿cuál es el fundamento normativo jurídico y social para la incorporación de la tutela de derechos regulada en el artículo 71º.4 del Código Procesal Penal?</p>	

El fundamento normativo jurídico es la característica que tiene nuestro sistema procesal. Nuestro sistema procesal es uno de corte acusatorio y garantista, con rasgos adversariales y, precisamente, esta segunda característica – garantista – hace que se prepondere la garantía de los derechos fundamentales de las personas involucradas en un proceso, en ese sentido, para que exista un mecanismo formal dentro del marco del proceso, que pueda salvaguardar los derechos fundamentales del imputado es que se crea este mecanismo tutelar, la tutela de derechos.

5.1.13. Entrevista al especialista Edwin Adolfo Morocco Colque.

DATOS DEL ENTREVISTADO	Grado : Magister en Derecho Constitucional Institución : Estudio jurídico Alva & asociados Cargo : Abogado externo
Según su experiencia, ¿cuál es el fundamento normativo jurídico y social para la incorporación de la tutela de derechos regulada en el artículo 71º.4 del Código Procesal Penal?	
<p>Antes, se concebía en el Estado de Derecho que solamente se podían prever las garantías legales, de rango legal. Hoy, se ha establecido, en el Estado Constitucional de Derecho, la previsión de las garantías constitucionales, llámese los derechos propiamente procesales como el debido proceso y la tutela procesal efectiva, las cuales son garantías que no se pueden soslayar en ningún ordenamiento jurídico. Es por eso que el Tribunal Constitucional ha establecido, como eficacia vertical, que todos los ordenamientos tengan mecanismos internos que permitan de forma satisfactoria, al igual que en un proceso constitucional, salvaguardar estos derechos fundamentales. Por ejemplo, en el caso del proceso penal se encuentra la tutela de derechos y el control de plazo, sobre todo, a través de las cuales se permite la debida calificación de los actos que son objeto de calificación (imputación necesaria), la garantías como son la existencia de abogado, entre otras más, los derechos del artículo 71 del Código Procesal Penal. Esas garantías también se pueden encontrar, por ejemplo, vía hábeas corpus, pero, el proceso penal ha incluido justamente la tutela de derechos como un mecanismo constitucional intraproceso justamente para evitar que se tenga que dilatar o dilapidar el proceso en base al control de estas garantías en un proceso constitucional, que bien se</p>	

pueden proteger a partir del juez de garantías (juez de investigación preparatoria). Ese es el fundamento, por un tema de economía procesal y, aparte, un tema de justicia constitucional, el cual no está exenta en ningún control ordinario de justicia, como lo es el proceso penal

5.1.14. Entrevista al especialista Arsenio Oré Guardia.

DATOS DEL ENTREVISTADO	Grado : Magister en Ciencias Penales Institución : Estudio Jurídico Oré Guardia Cargo : Socio fundador
Según su experiencia, ¿cuál es el fundamento normativo jurídico y social para la incorporación de la tutela de derechos regulada en el artículo 71^o.4 del Código Procesal Penal?	
<p>La tutela de derechos es una condición esencial de un debido proceso. Es frecuente que, lamentablemente, con algunas actuaciones procesales se afecten los derechos. ¿Cuál es el mecanismo que el ciudadano afectado por ese indebido proceso pueda tener para reclamar? La tutela de derechos. En consecuencia, la tutela de derechos tiene una explicación de amparar al ciudadano que puede ser sujeto pasivo de actos procesales que limiten sus derechos fundamentales.</p>	

5.2. Resultado 2 (respecto al OE. 2)

El presente resultado corresponde al objetivo específico 2: identificar los presupuestos para acudir a la tutela de derechos, según la regulación normativa del Código Procesal Penal. Con el fin de obtener el presente resultado se empleó la guía de entrevistas a jueces de investigación preparatoria y jueces superiores penales, así como a especialistas en la materia. En relación a este instrumento, se muestran sólo las preguntas pertinentes para el presente objetivo.

5.2.1. Entrevista al Juez Superior Manuel Estuardo Luján Túpez

DATOS DEL ENTREVISTADO	Grado : Doctor en Filosofía del Derecho. Institución : Corte Superior de Justicia de La Libertad. Cargo : Juez Superior Titular.
¿Cuáles, son los presupuestos para invocar, en la actualidad, tutela de derechos durante la investigación preparatoria?	
De conformidad con los Acuerdos Plenarios N.º 04-2010-CJ-116 y N.º 02-2012-CJ-116 y la Casación N.º 136-2013-TACNA, los presupuestos son exclusivamente los establecidos en el artículo 71º CPP y también los casos de exclusión de la prueba ilegal, indebida e irregular.	
¿Es el imputado el único habilitado para invocar tutela de derechos en el marco de la investigación preparatoria o el Código Procesal Penal faculta a otras partes procesales para ello?	
No, la tutela de derechos es exclusivamente para el imputado.	
¿Cuáles son los derechos protegidos por la tutela de derechos regulada en el artículo 71.4º del Código Procesal Penal?	
<ol style="list-style-type: none"> 1. El derecho de defensa. 2. El derecho a conocer los motivos de la detención. 3. El derecho a probar y a contradecir la prueba. 4. El derecho a la interdicción a la arbitrariedad. 5. El derecho a la debida intervención e investigación. 6. El derecho a la integridad. 	

5.2.2. Entrevista a la Jueza Superior Norma Beatriz Carbajal Chávez.

DATOS DEL ENTREVISTADO	<p>Grado : Maestrando en Derecho Penal.</p> <p>Institución : Corte Superior de Justicia de La Libertad.</p> <p>Cargo : Juez Superior Titular</p>
¿Cuáles, son los presupuestos para invocar, en la actualidad, tutela de derechos durante la investigación preparatoria?	
<p>Primero, que la vulneración del derecho que se alegue esté comprendido en los previstos en el artículo 71 del Código Procesal Penal; y, segundo, que no haya otra institución procesal que contemple o canalice tal petición.</p>	
¿Es el imputado el único habilitado para invocar tutela de derechos en el marco de la investigación preparatoria o el Código Procesal Penal faculta a otras partes procesales para ello?	
<p>Nuestro Código Procesal Penal ha considerado que la institución de tutela de derechos (art. 71º CPP) sea invocada sólo por el procesado, las demás partes tienen otros mecanismos que permiten garantizar sus derechos en el proceso.</p>	
¿Cuáles son los derechos protegidos por la tutela de derechos regulada en el artículo 71.4º del Código Procesal Penal?	
<p>Entiendo que cuando se alude a los derechos que no son respetados, la norma se refiere en parte a los derechos que se garantizan en el artículo 71º del Código Procesal Penal y, entonces, por ejemplo, cuando se asigna un abogado defensor público que desde el punto de vista formal cumpliría con lo que señala el dispositivo, pero en la realidad por falta de preparación técnica denota un supuesto de indefensión del procesado.</p>	

5.2.3. Entrevista al Juez Superior Víctor Burgos Mariños.

DATOS DEL ENTREVISTADO	Grado : Doctor en Derecho. Institución : Corte Superior de Justicia de La Libertad. Cargo : Juez Superior Titular
¿Cuáles, son los presupuestos para invocar, en la actualidad, tutela de derechos durante la investigación preparatoria?	
Afectación a los derechos de defensa y conexos, del imputado. El Juez de Garantías debe garantizar la igualdad y el derecho de defensa.	
¿Es el imputado el único habilitado para invocar tutela de derechos en el marco de la investigación preparatoria o el Código Procesal Penal faculta a otras partes procesales para ello?	
En un sentido amplio se debe entender que sí es posible (la facultad de otras partes procesales para invocar tutela de derechos). El Juez brinda tutela cuando el fiscal o la policía se exceden en sus funciones.	
¿Cuáles son los derechos protegidos por la tutela de derechos regulada en el artículo 71.4º del Código Procesal Penal?	
Mi opinión es que no debe ser cerrada la lista, ni subsidiaria. Todo pedido al Juez es por vía de tutela.	

5.2.4. Entrevista a la Jueza Superior Sara Angélica Pajares Bazán.

DATOS DEL ENTREVISTADO	Grado : Magister en Derecho Penal. Institución : Corte Superior de Justicia de La Libertad. Cargo : Juez Superior Titular
¿Cuáles, son los presupuestos para invocar, en la actualidad, tutela de derechos durante la investigación preparatoria?	
<p>Los presupuestos para invocar tutela de derechos durante la investigación preparatoria están dirigidos a la protección efectiva de los derechos del imputado que, enunciativamente, se describe en el artículo 71.2, siendo los principales el de conocer los cargos que se le atribuyen y, en caso de ser detenido, se le informe cuál es la causa o motivo y se le entregue la orden judicial cuando corresponda; ser asistido por un abogado defensor de su libre elección, abstenerse de declarar, no se atente contra su dignidad, entre otros derechos fundamentales, sustantivos o procesales.</p>	
¿Es el imputado el único habilitado para invocar tutela de derechos en el marco de la investigación preparatoria o el Código Procesal Penal faculta a otras partes procesales para ello?	
<p>En el diseño que contiene el artículo 71 del Código Procesal Penal, el único habilitado para invocar la tutela de derechos en el desarrollo de la investigación preparatoria es el imputado por su propio derecho o a través de su abogado defensor, sea de su libre elección o el defensor público que se le haya asignado para que asuma su defensa técnica.</p>	
¿Cuáles son los derechos protegidos por la tutela de derechos regulada en el artículo 71.4º del Código Procesal Penal?	
<p>Los derechos protegidos por la tutela de derechos que regula el artículo 71.4 del Código Procesal Penal son las disposiciones normativas que contienen los artículos 71.1 y 71.2, que</p>	

sus derechos no son respetados, es objeto de medidas limitativas de derechos en forma indebida, requerimientos ilegales sea por la Policía Nacional o el Ministerio Público.

5.2.5. Entrevista al Juez Juan Martín Ramírez Sáenz.

DATOS DEL ENTREVISTADO	<p>Grado : Abogado titulado</p> <p>Institución : Corte Superior de Justicia de La Libertad.</p> <p>Cargo : Juez del Primer Juzgado de Investigación Preparatoria</p>
¿Cuáles, son los presupuestos para invocar, en la actualidad, tutela de derechos durante la investigación preparatoria?	
<p>Que se haya vulnerado los derechos reconocidos en los incisos 2 y 4 del artículo 71 del Código Procesal Penal.</p> <p>Que la vulneración de estos derechos se haya producido durante las diligencias preliminares o la investigación preparatoria.</p> <p>Que sea residual, es decir, que opere siempre que el ordenamiento procesal no especifique un camino determinado para la reclamación del derecho afectado.</p>	
¿Es el imputado el único habilitado para invocar tutela de derechos en el marco de la investigación preparatoria o el Código Procesal Penal faculta a otras partes procesales para ello?	
<p>La víctima, dentro del proceso penal, tiene un papel importante en tanto colabora con el fiscal para el esclarecimiento de los hechos. Partiendo de esta premisa, se derivan sus derechos, siendo uno de los más relevantes: el reconocimiento de la tutela efectiva, cuyo contenido esencial se revela en su derecho a la información y participación activa en el proceso; por lo que, no sólo busca una pena, sino una reparación civil. En tal sentido, es posible que la víctima recurra a una tutela de derechos con la finalidad de proteger o</p>	

<p>custodiar los derechos que le asisten (artículo IX, inciso 3, del Título Preliminar del Código Procesal Penal).</p>
<p>¿Cuáles son los derechos protegidos por la tutela de derechos regulada en el artículo 71.4º del Código Procesal Penal?</p>
<p>Son todos los derechos reconocidos en la Constitución y las leyes que tienen como finalidad proteger y resguardar los derechos reconocidos al imputado siempre y cuando no exista vía procedimental determinada para salvaguardar dichos derechos.</p>

5.2.6. Entrevista al Juez Rosendo Pompeyo Vía Castillo.

<p>DATOS DEL ENTREVISTADO</p>	<p>Grado : Abogado titulado Institución : Corte Superior de Justicia de La Libertad. Cargo : Juez del Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria</p>
<p>¿Cuáles, son los presupuestos para invocar, en la actualidad, tutela de derechos durante la investigación preparatoria?</p>	
<p>De conformidad con la norma antes citada, artículo 71.4 del Código Procesal Penal, el único presupuesto a exigir es que se haya violado cualquier derecho fundamental que le asiste a una persona investigada por cualquier delito, ante lo cual puede acudir directamente al juez en vía de tutela para que subsane la omisión o dicte las medidas de protección o corrección que correspondieran, la misma que puede ser planteada ya sea en investigación preliminar o en investigación preparatoria.</p>	
<p> </p>	

<p>¿Es el imputado el único habilitado para invocar tutela de derechos en el marco de la investigación preparatoria o el Código Procesal Penal faculta a otras partes procesales para ello?</p>
<p>El imputado es el sujeto procesal que preeminentemente puede acudir en tutela al juez de investigación preparatoria ante la vulneración de cualquiera de sus derechos regulados en el artículo 71.2 del Código Procesal Penal. Sin embargo, esa prerrogativa no sería exclusiva para el imputado, ya que, por interpretación extensiva del artículo 113 del Código Procesal Penal, al tercero civilmente responsable, según el artículo antes citado, le asisten todos los derechos y garantías que el código concede al imputado. Lo contrario ocurre con el agraviado, cuyas facultades generales y adicionales contempladas en los artículos 104 y 105 del código, no lo establecen así. Para el tercero civil sí se considera ello, haciendo una interpretación extensiva del referido artículo 113.</p>
<p>¿Cuáles son los derechos protegidos por la tutela de derechos regulada en el artículo 71.4º del Código Procesal Penal?</p>
<p>Fundamentalmente conocer los cargos formulados en su contra y si es detenido que se le exprese el motivo de dicha medida; contar con abogado defensor desde los actos iniciales de la investigación; abstenerse de declarar y, si lo hace, debe estar presente su abogado defensor, así como en todas las diligencias en las que se requiera su presencia; a 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; y, en caso que su salud lo amerite, a ser examinado por un médico; y otros derechos fundamentales.</p>

5.2.7. Entrevista a la Jueza Irene Milagritos Cruzado Zapata

<p>DATOS DEL ENTREVISTADO</p>	<p>Grado : Abogada titulada Institución : Corte Superior de Justicia de La Libertad. Cargo : Jueza del Cuarto Juzgado de Investigación</p>
--	---

	Preparatoria
¿Cuáles, son los presupuestos para invocar, en la actualidad, tutela de derechos durante la investigación preparatoria?	
<p>Para solicitar una tutela de derechos es necesario que se hayan vulnerado los derechos establecidos en el artículo 71.2, inciso a) al j) del Código Procesal Penal y, residualmente, cuando el ordenamiento procesal no especifique una vía específica para la reclamación del derecho afectado.</p>	
¿Es el imputado el único habilitado para invocar tutela de derechos en el marco de la investigación preparatoria o el Código Procesal Penal faculta a otras partes procesales para ello?	
<p>El artículo 71 del Código Procesal Penal establece que el imputado es el único sujeto procesal que tiene legitimación activa para plantear una solicitud de tutela de derechos, careciendo de esta calidad procesal el agraviado, el tercero civilmente responsable, los testigos, terceros o cualquier órgano de auxilio judicial.</p>	
¿Cuáles son los derechos protegidos por la tutela de derechos regulada en el artículo 71.4º del Código Procesal Penal?	
<p>Imputación suficiente, cuestionamiento de diligencias con vulneración de derechos fundamentales y, por ende, exclusión de material probatorio.</p>	

5.2.8. Entrevista al Juez Eduardo Carlos Medina Carrasco.

	Grado : Abogado titulado
--	---------------------------------

<p>DATOS DEL ENTREVISTADO:</p>	<p>Institución : Corte Superior de Justicia de La Libertad.</p> <p>Cargo : Juez del Décimo Juzgado de Investigación Preparatoria especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios</p>
<p>¿Cuáles, son los presupuestos para invocar, en la actualidad, tutela de derechos durante la investigación preparatoria?</p>	
<p>Legalmente, ninguno. Empero, en la jurisprudencia nacional se ha establecido la necesidad de formular pedido previo ante el Ministerio Público, en algunos supuestos de tutela de derechos.</p>	
<p>¿Es el imputado el único habilitado para invocar tutela de derechos en el marco de la investigación preparatoria o el Código Procesal Penal faculta a otras partes procesales para ello?</p>	
<p>Por principio de legalidad procesal, el único autorizado para la figura de tutela de derechos es el imputado. Por aplicación extensiva sustentada en el principio de igualdad, podría abarcar la protección de los derechos de otros sujetos procesales. Empero, sin soslayar que tiene una actuación residual.</p>	
<p>¿Cuáles son los derechos protegidos por la tutela de derechos regulada en el artículo 71.4º del Código Procesal Penal?</p>	
<p>Por principio de legalidad procesal abarca la protección de los derechos de orden constitucional y legal. No podría reducirse nada de ello.</p>	

5.2.9. Entrevista al especialista Jeans Arnol Velasco Hidalgo.

DATOS DEL ENTREVISTADO	<p>Grado : Abogado titulado</p> <p>Institución : Ministerio Público</p> <p>Cargo : Fiscal Adjunto Provincial de la Segunda Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Trujillo</p>
¿Cuáles, son los presupuestos para invocar, en la actualidad, tutela de derechos durante la investigación preparatoria?	
<p>Los presupuestos son simplemente que se alegue la vulneración de un derecho contenido en el artículo 71 del Código Procesal Penal, que son garantías procesales específicas del imputado, que están enumerados en una cantidad de doce y que son derivaciones propiamente del derecho de defensa.</p>	
¿Es el imputado el único habilitado para invocar tutela de derechos en el marco de la investigación preparatoria o el Código Procesal Penal faculta a otras partes procesales para ello?	
<p>Si bien es cierto el código, de manera expresa indica que es el imputado quien puede incoar una tutela de derechos, sin embargo se debe tener en cuenta que el Acuerdo Plenario N.º 4-2010 en donde se establece que las garantías que se tratan de tutelar en una audiencia de tutela de derechos están contenidas tanto en la Constitución como en las leyes, y en la ley se habla de un artículo del Título Preliminar del Código Procesal Penal, que es el artículo IX y, si se lee todo el tenor del artículo, se aprecia una parte final donde se indica que, también, la autoridad tiene la obligación de velar por la protección de los derechos de la víctima. En tal sentido, si la víctima, como sujeto procesal, en algún estadio del proceso ve afectado sus derechos, también podría recurrir en vía de tutela de derechos. También el tercero civilmente responsable podría recurrir en vía de tutela, pues es una garantía tutelar y se debe realizar una interpretación no tan literal ni gramatical, sino una interpretación conforme a la Constitución.</p>	

¿Cuáles son los derechos protegidos por la tutela de derechos regulada en el artículo 71.4º del Código Procesal Penal?

El artículo 71.2 contiene un listado de doce garantías procesales específicas. El Acuerdo Plenario N.º 4-2010 indica que, necesariamente, se debe invocar la vulneración de uno de los derechos contenidos en ese artículo, además, dice que la naturaleza residual de esta tutela de derechos impide que se quiera tutelar otros derechos que no sean los que están contenidos en el artículo 71, pero se establecen también las limitaciones y una limitación es que, siempre y cuando, no existan otros mecanismos tutelares, que existen en el código procesal, como control de plazos, control de actos de investigación, reexamen de incautación, entre otros; siempre y cuando no existan otras vías, recién se puede recurrir a la tutela, pero además dice que hay derechos fundamentales que, sin estar contenido en el 71 y cuando no exista otro mecanismo tutelar que los proteja, sí se puede invocar tutela de derechos. O sea, hay un número *apertus* en este aspecto.

5.2.10. Entrevista al especialista Edwin Adolfo Morocco Colque.

DATOS DEL ENTREVISTADO	<p>Grado : Magister en derecho.</p> <p>Institución : Estudio jurídico Alva & asociados.</p> <p>Cargo : Abogado externo</p>
¿Cuáles, son los presupuestos para invocar, en la actualidad, tutela de derechos durante la investigación preparatoria?	
<p>Se debe tener en cuenta que la tutela de derechos se invoca en un estadio procesal definido: la investigación preparatoria. Segundo, que el derecho invocado esté en el catálogo de derechos descritos en el artículo 71 o, no estando en ese catálogo, que esté en la Constitución. Y que permita precisamente una solución que no implique la nulidad del</p>	

acto procesal. Me refiero a nulidad, no a ineficacia, porque sucede que llevan a cabo actos procesales que después pueden ser declarados ineficaces y no necesariamente nulos. Por ejemplo, pruebas obtenidas con afectación de derechos fundamentales, entre otras cosas. Otro presupuesto es que la parte sea legítima para interponer, lógicamente es el agraviado y, excepcionalmente, en primer orden, el tercero civilmente responsable y, en segundo orden, podría ser el agraviado, pero sólo en ciertos aspectos restringidos, cada uno según sus propias consideraciones.

¿Es el imputado el único habilitado para invocar tutela de derechos en el marco de la investigación preparatoria o el Código Procesal Penal faculta a otras partes procesales para ello?

Técnicamente, el imputado es quien recibe la acción penal, en ese marco de ideas, *prima facie*, es por eso que se establece que solamente él podría ser titular de la tutela de derechos, porque justamente él sería el perjudicado por el ejercicio de la acción penal. Se ha discutido si es que el agraviado también podría interponer una tutela de derechos, pero sobre el agraviado no recae la acción penal. No obstante, existen tesis, como la del Dr. Evelio Vidal, más inclusivas en la dinámica procesal, en las cuales se ha establecido que el agraviado tiene la posibilidad de corregir ciertas deficiencias que pueda cometer el Ministerio Público dentro de la investigación en ejercicio de la acción penal. Claro, tendrán que ser ciertos derechos muy específico, pues, como digo, el agraviado no es el receptor de la acción penal. Quien se vería perjudicado con un mal ejercicio de la acción penal, directamente, es el imputado. Es por eso que él tiene protagonismo en el ejercicio de la tutela de derechos. No creo que en todos los contextos se pueda dar para el agraviado. A lo mucho creo que se puede dar en un tema de la corrección formal de formalización o de los hechos de imputación, en caso de ser muy genéricos, en la medida que considere que le afectan. Ahora, hay que tener ciertos reparos porque, como ha señalado el Tribunal Constitucional, las actuaciones del Ministerio Público son postulatorias. El Ministerio Público tiene la titularidad y no se le puede obligar a hacer algo diferente, salvo que se desprenda de los actos de investigación que hay cosas que el fiscal, pese a que las tiene a la mano, no las ha tomado en cuenta. Entonces, solamente en ese extremo, en cuanto a la motivación y a la argumentación, el agraviado podría invocar tutela de derechos. En el caso del tercero civilmente responsable, existe una posición interesante porque, si bien es cierto, él no recibe la acción penal, es también cierto que él recibe los efectos económicos

de la responsabilidad penal del delito cometido, entonces en ese ámbito, creo que el tercero civilmente responsable tiene que coadyuvar a la tesis de absolución del inculgado, es lo que más le interesa: si no hay responsabilidad principal, pues difícilmente se podría sostener la responsabilidad del tercero civil. Ahora, hay que tener en cuenta que, como ya se ha formulado en acuerdos plenario y casaciones, debe haber una adecuada motivación desde el punto de vista de la pretensión civil que, incluso, la Corte Suprema ha establecido que, con independencia de que no se declare responsabilidad penal, puede debatirse la responsabilidad civil en el proceso penal. Entonces, teniendo en cuenta estas premisas jurisprudenciales, claro está, entonces, que sí podría interponerse una tutela de derechos, en lo pertinente a las condiciones que reúne el tercero civil: la debida imputación de los cargos, que tengan por lo menos un mínimo correlato de coherencia. Creo que este aspecto es el que podría invocar justamente por su nivel protagónico dentro del proceso. Considero que el tercero civilmente responsable sí podría invocar tutela de derechos porque tiene legitimidad en la medida que va a recibir las consecuencias civiles de la comisión de un delito.

¿Cuáles son los derechos protegidos por la tutela de derechos regulada en el artículo 71.4º del Código Procesal Penal?

Los derechos que se deben proteger vía tutela de derechos se había dicho que solamente eran los del 71 del Código Procesal Penal. Sin embargo, en Acuerdos Plenarios N.º 4-2010 y N.º 2-2012 se desarrolla algo interesante en el fundamento 9 y 10, donde se establece qué derechos pueden protegerse, y se abre la puerta a que no sean únicamente aquellos descritos en el artículo 71, sino todos aquellos que se desprendan de la tutela procesal efectiva y del debido proceso. Claro, en tanto guarden conexidad con el trámite del proceso, por ejemplo: derecho a ofrecer prueba, control de prueba ilícita, derecho a ser notificados de los actos procesales. O sea, todo acto que pueda generar un tema de remedio, porque la tutela de derechos, a diferencia del hábeas corpus, no puede generar la nulidad de un acto procesal. La tutela de derechos solamente puede reestablecer una situación en la medida que sea posible. Por eso, el juez, en la investigación preparatoria, pregunta: ¿cómo se puede restablecer, cómo se puede recuperar el derecho, cómo se puede remediar el acto procesal? Porque no se puede declarar nulo, con la tutela de derechos, un acto procesal. La tutela de derechos es una medida recomponedora del proceso, por eso se llama «tutela» a diferencia del hábeas corpus, que si puede generar

nulidad y busca restablecer el *status quo*. La tutela de derechos tiene otra finalidad, no de anular, sino de remediar. Así también lo establecido la Corte Suprema. Solamente pueden protegerse aquellos derechos que no impliquen la nulidad de un acto procesal porque la tutela de derechos no ha sido concebida para generar nulidades

5.2.11. Entrevista al especialista Arsenio Oré Guardia.

DATOS DEL ENTREVISTADO:	<p>Grado : Magister en Ciencias Penales</p> <p>Institución : Estudio Jurídico Oré Guardia</p> <p>Cargo : Socio fundador</p>
<p>¿Es el imputado el único habilitado para invocar tutela de derechos en el marco de la investigación preparatoria o el Código Procesal Penal faculta a otras partes procesales para ello?</p>	
<p>Según los términos del Código Procesal Penal, es el imputado. Sin embargo, en el proceso no solo se tutela los derechos del imputado, sino, también, de los otros sujetos procesales: el agraviado. Lo que pasa es que la tutela de derechos del imputado es más importante porque importa una afectación de su libertad, en tanto que las expectativas resarcitorias de la víctima son distintas, sumamente respetables, pero menos que las del imputado.</p>	

5.3. Resultado 3 (respecto al OE. 3)

El siguiente resultado obedece al objetivo específico 3: analizar la interpretación adoptada por la Corte Suprema, respecto de la institución de tutela de derechos, en el Acuerdo Plenario N.º 04-2010, Acuerdo Plenario N.º 02-2012 y la Casación N.º 136-2013. Se empleó como instrumento de investigación la guía de análisis de jurisprudencia emitida por la Corte Suprema, la cual permitió recopilar información acerca de la interpretación desarrollada por la Corte Suprema sobre la regulación de la tutela de derechos. A continuación, se expone los resultados.

5.3.1. Acuerdo Plenario N.º 04-2010 (16 de noviembre de 2010).

SUMILLA	DOCTRINA LEGAL PERTINENTE
<p>Los jueces supremos de lo penal, llevaron a cabo el Pleno Jurisdiccional con motivo de desarrollar los alcances de la audiencia de tutela de derechos, según lo presupuestado por el artículo 71º del Código Procesal Penal.</p>	<p>10º. “(...) Los derechos protegidos a través de esta Audiencia son los que se encuentran recogidos taxativamente en el artículo 71º del NCPP. Son los siguientes: (i) conocimiento de los cargos incriminados, (ii) conocimiento de las causas de la detención, (iii) entrega de la orden de detención girada, (iv) designación de la persona o institución a la que debe avisarse de la detención y concreción inmediata de esto, (v) posibilidad de realizar una llamada, en caso se encuentre detenido, (vi) defensa permanente por un abogado, (vii) posibilidad de entrevistarse en forma privada con su abogado, (viii) abstención de declarar o declaración voluntaria, (ix) presencia de abogado defensor en la declaración y en todas las diligencias que requieran su concurso, (x) no ser objeto de medios coactivos, intimidatorios o contrarios a la dignidad, ni ser sometidos a técnicas o métodos que induzcan o alteren la libre voluntad, (xi) no sufrir restricciones ilegales, y (xii) ser examinado por un médico legista o por otro profesional de la salud, cuando el estado de salud así lo requiera.</p> <p>11º. La finalidad esencial de la audiencia de tutela es, entonces, la protección, resguardo y consiguiente efectividad de los derechos del imputado reconocidos por la Constitución y las leyes. Desde esta perspectiva, el Juez de 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</p>

	<p>la alegación del imputado que se ha producido la vulneración de uno o varios de sus derechos reconocidos específicamente en el artículo 71º del NCPP, responsabilizando al Fiscal o a la Policía del agravio.</p>
	<p>13º. (...) aquellos requerimientos o disposiciones fiscales que vulneran derechos fundamentales constitucionales pero que tienen vía propia para la denuncia o control respectivo, no podrán cuestionarse a través de la audiencia de tutela (...). Por ello no es errado afirmar que la audiencia de tutela es residual (...).</p>
	<p>15º. Siendo ello así, el Juez de la Investigación Preparatoria está obligado a convocar a audiencia de tutela si se presenta una solicitud para la tutela del respeto a un derecho fundamental que no tiene vía propia. No obstante, debe de realizar una calificación del contenido de la solicitud porque eventualmente el agravio puede constituirse en irreparable si se cita a audiencia, por lo que en este caso excepcionalmente puede resolver de manera directa y sin audiencia. Asimismo, no está obligado a convocar a audiencia de tutela en los casos que aprecia manifiesta intención del imputado o de su abogado defensor de obstruir la labor de investigación de la fiscalía en vez de debatir sobre la existencia de un agravio de derechos. El juez, por tanto, está habilitado para realizar un control de admisibilidad de la petición respectiva y, en su caso, disponer el rechazo liminar, cuidando siempre de verificar cada caso en particular para no dejar en indefensión al imputado.</p>

	<p>17°. Asimismo, a través de la audiencia de tutela se podrá solicitar la exclusión del material probatorio obtenido ilícitamente –en los casos en que ésta sea la base de sucesivas medidas o diligencias– siempre que no exista una vía propia para alcanzar este propósito y que tenga que ver con la afectación o vulneración de alguno de los derechos fundamentales del imputado reconocido en el artículo 71° NCPP.</p>
--	---

5.3.2. Acuerdo Plenario N.º 02-2012 (26 de marzo de 2012).

SUMILLA	DOCTRINA LEGAL PERTINENTE
<p>Se llevó a cabo el I Pleno Jurisdiccional Extraordinario Penal de los Jueces Supremos en lo Penal, con la finalidad de determinar los alcances de la audiencia de tutela de derechos en lo atinente al deber de imputación suficiente que recae sobre el Ministerio Público.</p>	<p>6°. Los rasgos generales o característicos esenciales de la acción de tutela jurisdiccional penal, normada en el artículo 71° del Nuevo Código Procesal Penal –en adelante, NCPP– han sido abordados en el Acuerdo Plenario N° 4-2010/CJ-116.</p> <p>Los derechos fundamentales que se protegen son aquellos previstos en el citado artículo 71° NCPP. Uno de ellos es el conocimiento de los cargos formulados en contra del imputado (artículo 71°.2, 'a'). Debe entenderse por 'cargos penales', aquella relación o cuadro de hechos –acontecimiento histórico–, de relevancia penal, que se atribuye al imputado y que, <i>prima facie</i>, justifican la inculpación formal del Ministerio Público [...].</p>

	<p>11°. [...] En este caso la función del Juez de la Investigación Preparatoria –ante el incumplimiento notorio u ostensible por el Fiscal de precisar los hechos que integran los cargos penales– sería exclusiva y limitadamente correctora –disponer la subsanación de la imputación plasmada en la DFCIP, con las precisiones que luego de la audiencia sería del caso incorporar en la decisión judicial para evitar inútiles demoras, pedidos de aclaración o corrección, o cuestionamiento improcedentes.</p>
--	--

5.3.3. Casación N.º 136-2013 (11 de junio del 2014).

SUMILLA	DOCTRINA LEGAL PERTINENTE
<p>La audiencia de Tutela de Derechos sólo puede ser instalada a efectos de debatir la afectación de derechos del imputado dispuestos en el artículo 71º del Código Procesal Penal.</p>	<p>La presente casación se pronuncia sobre tres temas específicos: a) derechos protegidos por medio de la tutela de derechos; b) efectos de la no confirmatoria judicial de la incautación; c) aplicación del artículo 13º de la ley n° 28008. Resulta pertinente a los efectos del presente trabajo solo el primer punto. Se procede, entonces, a exponer la doctrina jurisprudencial relevante.</p> <p>3.4. (...) Esta Corte Suprema a través de los Acuerdo Plenarios N° 04-2010-CJ- 116 y N° 02-2012-CJ-116 de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, ha desarrollado la institución de tutela de derechos, habiéndose establecido como derechos legitimados para ser recurridos en vía de tutela los establecidos en el artículo 71º del Código</p>

	<p>Procesal Penal de 2004, <i>constituyendo esta una lista cerrada de derechos.</i> [cursivas añadidas]</p>
	<p>3.6. Siendo que con anterioridad ya se ha determinado qué derechos pueden ser objeto de tutela, el derecho de ejecución de las resoluciones judiciales (comprendido dentro de la tutela procesal efectiva) no ha sido considerado dentro de dicho listado cerrado, por lo cual discrecionalmente los órganos jurisdiccionales no puede incorporar nuevos supuestos de procedencia, al dejar abierta la posibilidad de que se haga un uso abusivo, ilegítimo, se desnaturalice la figura de tutela y se permita al órgano jurisdiccional un control total tanto de las actuaciones de la Policía como del Ministerio Público.</p>

5.4. Resultado 4 (respecto al OE. 4):

El presente resultado obedece al siguiente objetivo específico: determinar si existe incidencia entre las posibles interpretaciones de las disposiciones normativas que regulan el mecanismo de tutela de derechos y el contenido esencial del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva. Se empleó como instrumento de investigación la guía de entrevista a jueces y expertos.

5.4.1. Entrevista al Juez Superior Manuel Estuardo Luján Túpez.

<p>DATOS DEL ENTREVISTADO</p>	<p>Grado : Doctor en Filosofía del Derecho. Institución : Corte Superior de Justicia de La Libertad.</p>
--	--

	Cargo : Juez Superior Titular.
<p>¿Incide la interpretación desarrollada por la Corte Suprema en los Acuerdos Plenarios N.º 04-2010 y N.º 02-2012 y en la Casación N.º 136-2013, respecto a la institución de tutela de derechos, en el contenido esencial del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva?</p>	
<p>En realidad, la tutela de derechos es un mecanismo de interdicción, más que un mecanismo de solución del conflicto, por ello, su incidencia es limitado objetiva (solo por los derechos limitados) y subjetivamente (solo por el imputado). No posee alcances mayores, pues se entiende que el proceso no puede vulnerar derechos, por ende no puede hacerlo ni el fiscal, mucho menos el juez.</p>	

5.4.2. Entrevista a la Jueza Superior Norma Beatriz Carbajal Chávez.

DATOS DEL ENTREVISTADO:	<p>Grado : Maestrando en Derecho Penal.</p> <p>Institución : Corte Superior de Justicia de La Libertad.</p> <p>Cargo : Juez Superior Titular</p>
<p>¿Incide la interpretación desarrollada por la Corte Suprema en los Acuerdos Plenarios N.º 04-2010 y N.º 02-2012 y en la Casación N.º 136-2013, respecto a la institución de tutela de derechos, en el contenido esencial del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva?</p>	
<p>Sí. Considero que la incidencia es positiva. La posición de la Corte Suprema frente a esta institución ha permitido precisar y delinear cuando y bajo qué presupuestos puede invocarse una tutela de derechos, evitándose, así, pedidos impertinentes, que lo que hacían era dilatar innecesariamente la investigación. No considero que se hayan lesionado los derechos fundamentales.</p>	

5.4.3. Entrevista al Juez Superior Víctor Burgos Mariños.

DATOS DEL ENTREVISTADO	Grado : Doctor en Derecho. Institución : Corte Superior de Justicia de La Libertad. Cargo : Juez Superior Titular
¿Incide la interpretación desarrollada por la Corte Suprema en los Acuerdos Plenarios N.º 04-2010 y N.º 02-2012 y en la Casación N.º 136-2013, respecto a la institución de tutela de derechos, en el contenido esencial del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva?	
<p>Sí incide, pues la interpretación es muy reducida y formalista. En materia de garantías, la interpretación debe ser lo más amplia posible.</p>	

5.4.4. Entrevista a la Jueza Superior Sara Angélica Pajares Bazán.

DATOS DEL ENTREVISTADO	Grado : Magister en Derecho Penal. Institución : Corte Superior de Justicia de La Libertad. Cargo : Juez Superior Titular
¿Incide la interpretación desarrollada por la Corte Suprema en los Acuerdos Plenarios N.º 04-2010 y N.º 02-2012 y en la Casación N.º 136-2013, respecto a la institución de tutela de derechos, en el contenido esencial del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva?	
<p>Considero que sí. La incidencia en el contenido esencial del derecho a la tutela procesal efectiva, a partir de la interpretación arribada por la Corte Suprema sobre la disposición normativa del artículo 71.4 del Código Procesal Penal, en los mencionados acuerdos</p>	

plenarios y en la Casación N.º 136-2013-TACNA, está referida a que la tutela de derechos cumple la finalidad de proteger al imputado durante el desarrollo de las actuaciones de investigación de la Policía Nacional del Perú y el Ministerio Público, a fin de que no incurran en excesos o negligencias que afecten los derechos del procesado y por ello, el juez, en su condición de tercero imparcial, es el que debe controlar las deficiencias en que incurran los mencionados funcionarios y precisamente, la Corte ha señalado que las disposiciones del artículo 71 del Código Procesal Penal constituyen una lista cerrada de derechos; ello implica que pueden existir otras deficiencias o vulneración de derechos del imputado, pero no son susceptibles de protección a través de la tutela de derechos, sino que se debe recurrir a los institutos jurídicos establecidos por el legislador y que, en modo alguno un juez puede generar una desfiguración de la tutela de derechos para abrir nuevos supuestos de procedencia que no están en el artículo 71 del Código Procesal Penal.

5.4.5. Entrevista al Juez Juan Martín Ramírez Sáenz.

DATOS DEL ENTREVISTADO	Grado : Abogado titulado Institución : Corte Superior de Justicia de La Libertad. Cargo : Juez del Primer Juzgado de Investigación Preparatoria
¿Incide la interpretación desarrollada por la Corte Suprema en los Acuerdos Plenarios N.º 04-2010 y N.º 02-2012 y en la Casación N.º 136-2013, respecto a la institución de tutela de derechos, en el contenido esencial del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva?	
<p>Sí. En contraposición a la interpretación contenida en las decisiones señaladas, resulta lógico y coherente la interpretación realizada por la Corte Suprema en el Auto de Apelación A.V. 05-2018-“1”, pues la finalidad de la tutela de derechos es proteger y resguardar los derechos del imputado reconocidos en la Constitución y las leyes, por lo que sólo plantear tutela cuando se haya afectado los derechos señalados en el inciso 2 del artículo 71 del Código Procesal Penal, resulta siendo incorrecto. Pues al hacer una interpretación extensiva del inciso 1 y 4 del artículo 71, nos permite colegir que vía audiencia de tutela de</p>	

derechos se pueden revisar todos los derechos fundamentales transgredidos durante las diligencias preliminares o durante la investigación preparatoria.

5.4.6. Entrevista al Juez Rosendo Pompeyo Vía Castillo.

DATOS DEL ENTREVISTADO	Grado : Abogado titulado Institución : Corte Superior de Justicia de La Libertad. Cargo : Juez del Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria
<p>¿Incide la interpretación desarrollada por la Corte Suprema en los Acuerdos Plenarios N.º 04-2010 y N.º 02-2012 y en la Casación N.º 136-2013, respecto a la institución de tutela de derechos, en el contenido esencial del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva?</p>	
<p>Por su puesto, la incidencia básica es que la tutela de derechos, tal como se ha analizado en el Acuerdo Plenario N.º 04-2010, estaría destinada a proteger fundamentalmente los derechos contemplados en el artículo 71, mas no así otras irregularidades o vulneraciones de derechos que pueden acontecer en el proceso penal y que tienen una vía propia para su protección (v. gr.: control de actos de investigación) que no podrían cuestionarse en vía de tutela, de lo contrario se desnaturalizaría dicha institución.</p>	

5.4.7. Entrevista a la Jueza Irene Milagritos Cruzado Zapata

DATOS DEL ENTREVISTADO	Grado : Abogada titulada Institución : Corte Superior de Justicia de La Libertad. Cargo : Jueza del Cuarto Juzgado de Investigación Preparatoria
-------------------------------	---

¿Incide la interpretación desarrollada por la Corte Suprema en los Acuerdos Plenarios N.º 04-2010 y N.º 02-2012 y en la Casación N.º 136-2013, respecto a la institución de tutela de derechos, en el contenido esencial del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva?

El Código Procesal Penal, en su artículo 71.4, considera que la tutela de derechos constituye una vía jurisdiccional a la cual la persona imputada por la comisión de un delito puede acudir. El Acuerdo Plenario N.º 04-2010 señala que la tutela de derechos postulada por el investigado únicamente puede tener como escenario la primera etapa del proceso, puede plantearse sólo en la investigación constituida por sus dos sub-fases de diligencias preliminares o de investigación preparatoria propiamente dicha; consiguientemente, no puede plantearse en la etapa intermedio o juzgamiento. El Acuerdo Plenario N.º 02-2012 sólo hace referencia a la audiencia de tutela por imputación suficiente.

5.4.8. Entrevista al Juez Eduardo Carlos Medina Carrasco.

DATOS DEL ENTREVISTADO:	<p>Grado : Abogado titulado</p> <p>Institución : Corte Superior de Justicia de La Libertad.</p> <p>Cargo : Juez del Décimo Juzgado de Investigación Preparatoria especializado en Delitos de Corrupción de funcionarios</p>
<p>¿Incide la interpretación desarrollada por la Corte Suprema en los Acuerdos Plenarios N.º 04-2010 y N.º 02-2012 y en la Casación N.º 136-2013, respecto a la institución de tutela de derechos, en el contenido esencial del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva?</p>	
<p>Sí tiene incidencia. <i>Prima facie</i>, la tutela de derechos es un excelente mecanismo protector de los derechos del imputado. Empero, las condiciones restrictivas impuestas en los</p>	

Acuerdos Plenarios no las comparto (pedido previo al fiscal, control de admisibilidad judicial, etc.), y creo que allí pierde algo de su enfoque protector.

5.4.9. Entrevista al fiscal especialista Jeans Arnol Velasco Hidalgo.

DATOS DEL ENTREVISTADO	Grado : Abogado titulado Institución : Ministerio Público Cargo : Fiscal Adjunto Provincial de la Segunda Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Trujillo
¿Incide la interpretación desarrollada por la Corte Suprema en los Acuerdos Plenarios N.º 04-2010 y N.º 02-2012 y en la Casación N.º 136-2013, respecto a la institución de tutela de derechos, en el contenido esencial del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva?	
<p>Por más que la Corte Suprema haya incidido en el aspecto de que la protección solamente se trata sobre derechos fundamentales del imputado, no debemos perder de vista que en el título preliminar del Código Procesal Penal se habla de un principio fundamental: el principio de igualdad procesal. Este principio quiere decir que el juez, en toda instancia, cualquiera que fuese la etapa procesal, tiene que garantizar que las partes estén en iguales condiciones. Entonces, bajo ese contexto, considero que no podemos enfocarnos en que los únicos derechos protegidos son los del artículo 71 y solamente del imputado. Además, nuestro modelo procesal es garantista, y siendo garantista, se trata de salvaguardar los derechos no solamente del imputado, sino de todos los intervinientes en el proceso.</p>	

CAPÍTULO 6. DISCUSIÓN DE RESULTADOS

6.1. Discusión del resultado 1.

Fundamento de la tutela de derechos. A partir de los datos analizados en el instrumento de guía de análisis de jurisprudencia, se obtuvo la siguiente información relacionada al fundamento para la incorporación de la tutela de derechos en el ordenamiento jurídico procesal penal. La Corte Suprema ha establecido en el Acuerdo Plenario N.º 04-2010 que el mecanismo de tutela de derechos se desarrolla con la finalidad de salvaguardar los derechos del imputado y controlar la legalidad de la función fiscal. Así, se menciona en dicho acuerdo lo siguiente:

La finalidad esencial de la audiencia de tutela es, entonces, la protección, resguardo y consiguiente efectividad de los derechos del imputado reconocidos por la Constitución y las leyes. Desde esta perspectiva, el Juez de 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 71º del NCPP, responsabilizando al Fiscal o a la Policía del agravio. (fundamento jurídico 11)

Más adelante, en el fundamento 19 del citado acuerdo, se dice:

En síntesis, es de afirmar, que la Tutela de Derechos es una garantía de específica relevancia procesal penal, que puede usar el imputado cuando ve afectado y vulnerado uno o varios derechos establecidos específicamente en el artículo 71º del NCPP, quien puede acudir al Juez de Investigación Preparatoria para que controle judicialmente la legitimidad y legalidad de los actos de investigación practicados por el Ministerio Público [...]. (fundamento jurídico 19)

En otras palabras, su fundamento radica en la necesidad de que el órgano persecutor del delito realice su función dentro de los márgenes permitidos por el ordenamiento jurídico, observando el principio de objetividad y respetando los derechos fundamentales del investigado o imputado durante el curso de las investigaciones.

El Acuerdo Plenario N.º 02-2012 en este punto no hace más que remitirse a lo desarrollado por el acuerdo predecesor y, de hecho, se centra específicamente en un caso concreto en el que opera la facultad del órgano jurisdiccional para controlar la legalidad de la actuación fiscal, esto es, en el supuesto de formulación de una imputación vaga o genérica por parte del Ministerio Público.

El criterio sobre el fundamento de la incorporación de la tutela de derechos en el Código Procesal Penal es finalmente ratificado por la Casación N.º 136-2013, aunque los términos con los que se formula son distintos. En esta decisión la Corte Suprema considera que el fundamento para la regulación de la tutela de derechos en el proceso penal es el control de los excesos o negligencias ocasionadas por los entes a cargo de la investigación penal. De este modo, la prohibición de actuar al margen del ordenamiento jurídico procesal y constitucional ya no solo se exige al Ministerio Público como ente titular de la acción penal, sino también al órgano de apoyo en la función investigativa: la Policía Nacional del Perú. Dice la Corte Suprema en la citada casación:

La tutela de derechos como institución procesal tiene una finalidad protectora del imputado, quien en su calidad de parte acusada se ve sometido al aparato estatal durante la investigación del delito a cargo de la Policía Nacional del Perú y el Ministerio Público, que por el especial papel que desempeñan en la lucha contra la criminalidad, en ciertos casos, incurren en excesos o negligencias, las cuales no puede adjudicarse gratuitamente al procesado, por ello, el legislador ha establecido esta institución procesal, para que sea el juez quien controle estas falencias en el propio aparato estatal. (fundamento jurídico 3.4)

Pues bien, sobre la base de los resultados ahora estudiados y analizados, cabría formular la siguiente conclusión preliminar: el fundamento de la inclusión en el ordenamiento jurídico procesal penal de la tutela de derechos radica en la necesidad de controlar la legalidad de la actuación de los entes a cargo de la investigación penal, que son fundamentalmente dos: el Ministerio Público y la Policía Nacional del Perú.

En cuanto a la información obtenida en el instrumento de guía de entrevistas, básicamente la totalidad de los entrevistados refirieron que la tutela de derechos encuentra su fundamento en la protección de los derechos fundamentales –legales y constitucionales– del investigado, en

el marco de una investigación penal. Sin embargo, hace falta matizar las respuestas de cada entrevistado, pues se logra distinguir las siguientes posturas:

- ✓ **Postura 1.** Aquellos que fundamentan la incorporación del mecanismo de tutela de derechos en una exigencia constitucional. Aquí se hallan los entrevistados Manuel Estuardo Luján Túpez, Sara Angélica Pajares Bazán, Rosendo Pompeyo Vía Castillo y Edwin Adolfo Morocco Colque.

La tutela de derechos como garantía procesal secundaria propia del Código Procesal Penal, efectivamente, deriva de exigencias normativas constitucionales. Si se entiende que este mecanismo procesal busca la protección de los derechos fundamentales y legales de los investigados o imputados, su fundamento no puede derivar más que del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva, reconocido en la Constitución Política del Perú, en tanto que, conforme se ha desarrollado en el Capítulo II del marco teórico, este derecho exige que toda persona que pretenda el reconocimiento de sus derechos se encuentre con un proceso dotado de todas las garantías necesarias para hacer efectivos los derechos materiales.

Este mecanismo de protección busca tutelar los derechos de las partes procesales frente a actos lesivos desplegados por funcionarios públicos, tal como lo ha establecido la Corte Suprema. En ese sentido, busca fundamentalmente la eficacia vertical de los derechos. La eficacia vertical de los derechos fundamentales, como bien lo refirió el especialista Morocco Colque, impone al Estado el deber de implementar garantías que mantengan el respeto y vigencia de los derechos fundamentales (v. gr.: las garantías de hábeas corpus, acción de amparo, etc.)

- ✓ **Postura 2.** Aquellos que fundamentan la incorporación de la tutela de derechos en el modelo garantista adoptado por nuestro ordenamiento jurídico procesal penal. El especialista Jeans Arnol Velazco Hidalgo señala que el modelo garantista exige la regulación de un mecanismo formal dentro del proceso penal tendiente a proteger los derechos fundamentales.

Esta postura teórica, en efecto, es válida. La efectividad del garantismo, como modelo normativo, se verifica en función de dos dimensiones: por los derechos y principios que sanciona la Constitución y por la efectividad que se otorga a esos derechos, ya sea a

través de prestaciones negativas (de no interferencia en las libertades) o de prestaciones positivas (de salvaguarda de las libertades) por parte del Estado. Como bien apunta Ferrajoli (1995), en concordancia con lo desarrollado en el Capítulo II del Marco Teórico,

[...] una Constitución puede ser avanzadísima por los principios y los derechos que sanciona y, sin embargo, no pasar de ser un pedazo de papel si carece de técnicas coercitivas –es decir, de garantías– que permitan el control y la neutralización del poder y del derecho ilegítimo (p. 852).

- ✓ **Postura 3.** Aquellos que, sin mostrar adherencia a una postura teórica determinada, fundamentan la incorporación de la tutela de derechos en razones prácticas. La principal razón es la posibilidad de la comisión de actos ilegales por parte de los funcionarios a cargo de la investigación penal y, en ese sentido, consideran necesario la regulación de un mecanismo, como la tutela de derechos, destinado a la protección o reparación de los derechos frente a tales actos. En este grupo, se encuentran los entrevistados jueces Norma Beatriz Carbajal Chávez, Víctor Burgos Mariños, Juan Martín Ramírez Sáenz, Irene Milagritos Cruzado Zapata, Eduardo Carlos Medina Carrasco, y el especialista Arsenio Oré Guardia.

La postura de este último grupo más que justificar *a priori* la incorporación de la tutela de derechos en el Código Procesal Penal –es decir, desde un modelo teórico–, lo justifica *a posteriori* –a partir los datos que en la práctica los expertos han evidenciado–. De acuerdo a la postura asumida por estos especialistas, la tutela de derechos se justifica en razón al posible uso arbitrario del poder que pueden ejercer en contra de los investigados o imputados las autoridades que persiguen el delito –Ministerio Público o Policía Nacional–.

Las tres posturas antes estudiadas realmente se encuentran vinculadas entre sí. Si bien pueden ser analizadas de manera independiente, constituyen una realidad única. El garantismo como crítica del derecho no solo reconoce la distinción entre derecho vigente y derecho efectivo, sino que denuncia la contradicción entre las prácticas ilegítimas del derecho efectivo, y postula la necesidad de reconocer garantías orientadas a sancionar los actos contrarios al derecho vigente. Esta necesidad de reconocer garantías, debido a la común contradicción entre el derecho vigente y el derecho efectivo, encuentra reconocimiento constitucional en el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva, que, como se ha desarrollado en el Capítulo II del Marco Teórico, exige que todo proceso cuente con garantías mínimas para la protección de los derechos.

El reconocimiento del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva presupone la posibilidad de vulneración de otros derechos y la consiguiente necesidad de que quien reclame un derecho se encuentre con un proceso que dota de las debidas garantías para que en el curso de este no solo vea satisfecha su pretensión, sino que además sea tratado de manera acorde con su dignidad y los derechos fundamentales. En ese sentido, la tutela de derechos se erige como uno de los tantos mecanismos que sirven para proteger todo aquel derecho constitucional o legal frente a lesiones arbitrarias por parte de los poderes públicos. De este modo, además, se pone en evidencia que la tutela de derechos está orientada a garantizar la eficacia vertical de los derechos.

Conjugando lo antes señalado, es posible sintetizar los resultados antes indicados, en la siguiente conclusión: la inclusión de la tutela de derechos en el ordenamiento jurídico procesal penal obedece a tres fundamentos claramente delimitados: un *fundamento teórico garantista* (la tutela de derechos es un mecanismo procesal exigido por los postulados del garantismo penal); un *fundamento normativo constitucional* (la tutela de derecho es una exigencia derivada del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva); y un *fundamento empírico* (la tutela de derechos deriva de la necesidad de controlar la legalidad de la actuación los órganos a cargo de la investigación penal, que, en ocasiones, se torna arbitraria).

Ahora bien, resulta oportuno resolver la siguiente interrogante: ¿la tutela de derechos ha sido incorporada en el Código Procesal Penal con la finalidad exclusiva de proteger los derechos del imputado? Para responder a ello se debe determinar la intención histórica de legislador procesal y de la doctrina procesal penal, conforme se ha desarrollado en el apartado I del Subcapítulo 3 del Marco Teórico. En dicho apartado se analizó la idea de la función de tutela de derechos por parte del órgano jurisdiccional, luego de que, superado el proceso inquisitivo, asumió un rol distinto al de la dirección de la investigación penal.

Así, se dijo que el Código Procesal Penal de 1991 asigna al juez la función de velar por la legalidad de la investigación. En otras palabras, cautelaba y controlaba que la investigación se desarrolle en armonía con el derecho procesal objetivo (normas que regulan el proceso). Comentando sobre la función del juez penal en la etapa de investigación regulada por este código procesal, San Martín (1998) señala que “*el Juez Penal, en esta etapa, es el encargado de autorizar las medidas coercitivas y restrictiva de derechos; de controlar la actividad investigatoria del Fiscal, en cuanto a los plazos y la legalidad de sus actuaciones [...]*” (p. 233).

Por otra parte, el proyecto de reforma del Código Procesal Penal de 1991, de haber sido aprobado y entrado en vigencia, hubiera contenido en su normativa al antecedente directo de la garantía procesal hoy conocida como tutela de derechos, se trata del mecanismo denominado por San Martín (1998, p. 239) como *acción de tutela*. Ella operaba ante la afectación irrazonable del derecho de defensa del imputado y del principio de celeridad, además de afectaciones a otros derechos como el conocimiento de los cargos formulados, el derecho a ser asistido por un abogado defensor, el derecho de abstenerse a declarar, etc. Pero este proyecto de reforma no solo habilitaba al imputado para solicitar la tutela de sus derechos, sino también se preocupó por que el agraviado pueda a su vez formular solicitudes en salvaguarda de sus derechos (San Martín, 1998, p. 239). Tampoco puede olvidarse que se mantuvo, en este proyecto, la posibilidad de que el juez penal controle la legalidad de la investigación. Oré (1995) al respecto enseña que el proyecto habilitaba al juez para:

Controlar la regularidad de la investigación fiscal. Puede exhortar, de oficio o a petición de parte al Fiscal Provincial para que subsane alguna irregularidad detectada en la conducción de la investigación. En caso de que su exhortación no fuera atendida lo pondrá en conocimiento del Fiscal Superior correspondiente para que proceda conforme a sus atribuciones. (p. 55)

Otro proyecto de superlativa importancia –gestado en la ciudad de Trujillo por el Grupo Huanchaco– es el denominado Proyecto Huanchaco. Se trata de un proyecto de Código Procesal Penal de corte preminentemente acusatorio adversarial, gestado desde la sociedad civil, en el que participaron “*profesores universitarios, académicos, magistrados, abogados y la iglesia católica*” (Mixán, et. al., 2003, p. 12); y que fue incluido en los trabajos de la comisión que el Ministerio de Justicia crearía en el año 2003, cuyo resultado final sería el Código Procesal Penal de 2004 (Burgos, 2011, pp. 27-28). Se trata entonces de uno de los antecedentes más cercanos al hoy vigente modelo procesal y que contiene las ideas que en ese entonces ya manejaba la doctrina.

Cabe destacar del Proyecto Huanchaco que, dando otro paso adelante sobre sus predecesores y antecedentes legislativos, ya no solo otorga al juez penal una función de velar por la legalidad del proceso, los derechos del investigado y los derechos del agraviado, sino que ahora ya empieza a erigirse la idea de *control constitucional de la investigación por parte del órgano jurisdiccional*. Muestra de ello es la propia redacción del art. 42 del Proyecto:

Art. 42. JUEZ PENAL DE CONTROL Y GARANTÍAS.- Los jueces de control y garantías serán competentes para ejercer:

1. *El control constitucional y legal de la investigación fiscal y adoptar las demás decisiones de naturaleza jurisdiccional durante la investigación preparatoria;*
2. *El control de la acusación fiscal y la dirección de la Audiencia Preliminar, en la cual podrá decidir la aplicación de una forma especial de conclusión o suspensión del proceso, pronunciarse sobre la prueba para el juicio y dictar el auto de declaración de procedencia a juicio. (Proyecto “Huanchaco” de Código Procesal Penal, 2003, art. 42).*

Es propio de este proyecto la idea de control constitucional de la investigación por parte del órgano jurisdiccional, que, por ello, se erigen como *juez de garantías*. Ya no se concibe al juez como simple guardián de la legalidad de la investigación, sino que ahora debe resguardar que, en el transcurso de esta, la entidad persecutora del delito ejerza su función investigativa de conformidad con los mandatos constitucionales.

De todo lo expuesto se evidencia que el legislador y la doctrina procesal de la época anterior a la vigencia del presente Código Procesal Penal, ha ido perfeccionando la idea de tutela de derechos desde una visión legalista hasta una de orden constitucional, salvaguardando los derechos del imputado y posteriormente del agraviado. No se trata entonces de una idea que parezca mantenerse estática, sino todo lo contrario, ha ido evolucionando cada vez más a una visión más garantista, por decirlo de alguna manera. En el siguiente cuadro se apreciará con precisión la evolución de la idea de tutela de derechos y de juez de garantías.

Función del juez de garantías	Controlar la legalidad de la investigación	Garantizar los derechos del imputado	Garantizar los derechos del agraviado	Controlar la constitucionalidad de la investigación
Código Procesal Penal de 1991	Sí	-	-	-
Proyecto de reforma del CPP de 1991	Sí	Sí (acción de tutela)	Sí	-

Proyecto	Sí	Sí	Sí	Sí
Huanchaco				

El mecanismo procesal de tutela de derechos, regulado *prima facie* en el artículo 71.4 del CPP ha recogido todas estas funciones, pues permite al juez controlar la legalidad y constitucionalidad de la investigación, así como, en principio, los derechos del investigado. Pero como se verá más adelante, aunque el tenor literal y bajo una interpretación asistemática parece que dicho mecanismo procesal se limita a proteger los derechos del investigado, esta concepción está muy lejos de la evolución de la idea de “tutela de derechos” y de “juez de garantías” que en la legislación y la doctrina se ha ido manejando. Conforme se ha visto a través del brevísimo recorrido histórico desarrollado líneas arriba, la tendencia de la idea de tutela de derechos se ha ido desarrollando en clave extensiva, es decir, primero el órgano jurisdiccional se encargó de controlar la legalidad, luego la constitucional; primero se encargó de proteger al imputado, luego, a la víctima. Lo más natural, entonces, es concluir que debe entenderse que la tutela de derechos, además de los fundamentos garantista, constitucional y empírico antes aludidos, ha sido incorporada en el Código Procesal Constitucional del 2004 no solo para proteger los derechos constitucionales y legales del imputado, sino también de las demás partes procesales que requieran tutela jurisdiccional. Pensar lo contrario –que el juez de garantías tutela derechos solo del imputado– implicaría detener el avance histórico de la idea de tutela de derechos.

Naturaleza jurídica. En lo relativo a la naturaleza jurídica de la institución de tutela de derechos, de acuerdo a la información recopilada en el instrumento de guía de análisis de jurisprudencia, se obtuvo que, según los Acuerdos Plenarios N.º 04-2010, N.º 02-2012 –este finalmente se remite a los fundamentos de aquel– y la Casación N.º 136-2013, la Corte Suprema concibe a la tutela de derechos como una *garantía procesal* tendiente a salvaguardar los derechos del imputado reconocidos en el artículo 71 del Código Procesal Penal.

Pero no se trata de cualquier garantía procesal. Lo desarrollado en el Subcapítulo 3 del Marco Teórico permite complementar esta idea con base en los conceptos del garantismo penal. Recuérdese que Ferrajoli (2004, p. 43), desde su sistema denominado *garantismo*, clasifica el concepto de garantías en otros dos subconceptos: garantías primarias y garantías secundarias. Las garantías primarias son los correlativos *deberes y obligaciones de titularidad del destinatario de los derechos*. Las garantías primarias, cuando son positivizadas, se expresan en *normas primarias* (normas que identifican el titular del deber y especifican en qué

consiste este deber). Por otra parte, las garantías secundarias son las obligaciones de sancionar o reparar la violación de derechos o de sus garantías primarias, y son expresadas positivamente en *normas secundarias* (normas que identifican al titular del deber de reparar la lesión de los derechos y garantías primarias, generalmente el juez, y que establecen las medidas a adoptar ante estas lesiones). El mecanismo procesal de tutela de derechos obedece a este segundo concepto, por lo que, en el presente trabajo, se le concibe como una *garantía procesal secundaria*, cuya regulación normativa (el art. 71.4 y demás disposiciones relacionadas) se erigen como *normas secundarias*, que identifican al juez de investigación preparatoria como el titular del deber de reparar las violaciones de los derechos y garantías primarias dentro de la investigación penal.

6.2. Discusión del resultado 2.

Para la discusión con respecto al resultado 2, que obedece al segundo objetivo específico, se empleó el instrumento de guía de entrevistas, y en mérito a este se obtuvo distintas respuestas de los entrevistados que pueden clasificarse en los siguientes grupos:

En cuanto a los derechos protegidos a través de la garantía de tutela de derechos.

- ✓ Aquellos que consideran que este mecanismo procesal protege una lista abierta (o *numerus apertus*) de derechos. Aquí se encuentran los entrevistados Víctor Burgos Mariños, Sara Angélica Pajares Bazán, Rosendo Pompeyo Vía Castillo, Eduardo Carlos Medina Carrasco, Jeans Arnol Velasco Hidalgo y Edwin Morocco Colque.

El primero de los mencionados, en la pregunta relativa a ¿cuáles son los derechos protegidos por la tutela de derechos regulada en el artículo 71.4 del CPP?, indicó que la lista de derechos protegidos vía tutela no debe ser cerrada ni subsidiaria. “*Todo pedido al Juez es por vía de tutela*”. La jueza Pajares Bazán, en igual sentido, indicó que los derechos protegidos por la tutela de derechos son “*las disposiciones normativas que contienen los artículos 71.1 y 71.2 [...]*”; la magistrada, entonces, al hacer referencia al inc. 1 del art. 71 del CPP, remite la protección de derechos a través de la garantía de tutela a una lista abierta, genérica (protección de derechos legales y constitucionales).

El magistrado Vía Castillo, aunque a la pregunta ¿cuáles son los derechos protegidos por la tutela de derechos regulada en el artículo 71.4 del CPP? se refirió a lo enunciado en el

art. 71.2 del CPP, cabe precisar que el entrevistado refirió que son *fundamentalmente* los derechos contenidos en dicho inciso 2; sin embargo, no niega que, en vía de tutela de derechos, se proteja derechos distintos a los estipulados en el art. 71.2 del CPP. Para entender mejor su posición hace falta atender a su respuesta a la pregunta referida a ¿cuáles son los presupuestos para invocar, en la actualidad, tutela de derechos durante la investigación preparatoria? El citado magistrado dice expresamente: *“De conformidad con la norma antes citada, artículo 71.4 del Código Procesal Penal, el único presupuesto es exigir que se haya violado cualquier derecho fundamental que le asiste a una persona investigada por cualquier delito [...]”*. En ese sentido, la posición del magistrado Vía Castillo consiste en que la tutela de derechos puede operar en orden a proteger *cualquier derecho fundamental*. En parecido sentido se pronuncia el abogado Edwin Morocco Colque, quien indicó que uno de los presupuestos para invocar tutela de derechos es que el derecho invocado esté en el catálogo de derechos descritos en el artículo 71 del CPP o, sin estar en ese catálogo, que esté en la Constitución Política. Es decir, para el abogado entrevistado, por vía de tutela de derechos se protege, además de los derechos del art. 71.2 del CPP, los derechos fundamentales recogidos en la Constitución Política.

Cabe hacer la precisión con respecto a las posiciones del magistrado Eduardo Carlos Medina Carrasco, el fiscal Jeans Arnol Velasco Hidalgo, pues hicieron hincapié en que la tutela de otros derechos fundamentales distintos a los del artículo 71 del CPP, es procedente siempre y cuando no exista otro mecanismo procesal específico para su reparación o corrección (carácter residual de la tutela de derechos). Así, el magistrado Medina Carrasco señaló que la tutela de derechos, *“por principio de legalidad procesal abarca la protección de los derechos de orden constitucional y legal. No podría reducirse nada de ello”*, aunque al opinar sobre los sujetos habilitados para solicitar tutela de derechos hizo hincapié en el carácter residual de dicha garantía.

Para el fiscal Velasco Hidalgo, realizando una interpretación del Acuerdo Plenario N.º 04-2010, indica que existe una lista abierta de derechos protegidos a través de la tutela de derechos, siempre y cuando se cumpla con el criterio de residualidad, es decir, siempre que el derecho conculcado no tenga vía específica de protección (control de plazos, control de actos de investigación, reexamen de incautación, etc.)

- ✓ Aquellos que consideran que la protección de los derechos fundamentales por medio de la tutela de derechos está limitada a lo descrito en el inc. 2 del art. 71 del CPP. Forman parte de este grupo el magistrado Manuel Estuardo Luján Túpez, Norma Beatriz Carbajal Chávez e Irene Milagritos Cruzado Zapata. El magistrado Luján Túpez, en evidente referencia a lo enunciado taxativamente en el art. 71.2 del CPP y a las excepciones admitidas por la Corte Suprema (cuestionamiento de prueba prohibida), limita la protección de los derechos en vía de tutela a los siguientes: el derecho de defensa, el derecho a conocer los motivos de la detención, el derecho a probar y a contradecir la prueba, el derecho a la interdicción a la arbitrariedad, el derecho a la debida intervención e investigación y el derecho a la integridad. En igual sentido, se pronuncian las magistradas Carbajal Chávez y Cruzado Zapata, pues ambas consideran que se protegen los derechos especificados en el artículo 71 del CPP, incluso la segunda de las magistradas citadas especifica que son los derechos del inc. 2 del art. 71 del CPP.

En cuanto a la legitimidad activa.

- ✓ Aquellos que consideran que sólo el imputado puede acudir en vía de tutela de derechos. Son partidarios de esta posición los jueces Manuel Luján Túpez, Norma Carbajal Chávez, Sara Pajares Bazán, Irene Cruzado Zapata.
- ✓ Aquellos que consideran que otras partes procesales pueden invocar tutela de derechos. En este grupo puede identificarse dos subgrupos:
 - Para el juez Víctor Burgos Mariños otras partes procesales, distintas al imputado, también pueden invocar tutela, tales como: el agraviado y el tercero civilmente responsable. De igual parecer son el juez Eduardo Carlos Medina Carrasco, el fiscal Jeans Arnol Velasco Hidalgo y el abogado Edwin Adolfo Morocco Colque. El especialista Arsenio Oré Guardia considera que el imputado y el agraviado pueden solicitar tutela de derechos, aunque especifica que sus intereses en el proceso son distintos.

Se advierte, además, que los resultados hallados en este subgrupo guardan relación con los estudios citados en el apartado “antecedentes” del presente trabajo. Así, nótese que los magistrados antes mencionados consideran que no sólo el imputado

se encuentra legitimado para invocar tutela de derechos, sino también la parte agraviada o incluso el tercero civilmente responsable, posición que también ha sido objeto de análisis en la tesis intitulada “La vigencia efectiva del principio de igualdad procesal y derechos del agraviado” (2016), en la tesis titulada “La no regulación de la tutela de derechos a favor del agraviado en el código procesal penal y el derecho al debido proceso” (2012) y en la tesina titulada “Tutela de derechos solicitada por la parte agraviada en el NCPP 2015” (2015), de modo que es palmario el interés científico que existe sobre la cuestión relativa a la legitimidad activa de otras partes procesales distintas al investigado/imputado para acudir en vía de tutela de derechos durante la investigación preparatoria.

- Para el magistrado Rosendo Pompeyo Vía Castillo, sólo el imputado y el tercero civilmente responsable pueden invocar tutela de derechos, este último fundamentalmente porque de acuerdo al artículo 113 del Código Procesal Penal a él se le reconoce las mismas garantías que al imputado. El agraviado no se encuentra facultado para ello, pues la norma procesal, según el magistrado, no lo regula taxativamente.

A partir de los resultados analizados, se advierte que de la totalidad de entrevistados la mayoría opta por otorgar a la tutela de derechos una protección amplia de derechos fundamentales y legales, no limitada a los derechos taxativamente establecidos en el inciso 2 del artículo 71 del Código Procesal Penal. Asimismo, en cuanto a la legitimidad activa, la mayoría de los entrevistados consideran –aunque cada uno con ciertos matices– que otras partes procesales distintas al investigado pueden solicitar tutela de derechos.

La posición mayoritaria, en realidad, no carece de base legal. Tal como se demuestra en el apartado V. del Subcapítulo 3 del Marco Teórico, la posibilidad de que el mecanismo procesal de tutela de derechos garantice amplia y no restrictivamente los derechos de las partes procesales, deriva del tenor propio de las disposiciones normativas del Código Procesal Penal (concretamente, de los artículos 71.4, 93, I.3 del TP, 104 y 113.1), y no deriva de una interpretación arbitraria o *contra legem*. En el presente trabajo, en el apartado antes citado se ha postulado que la regulación normativa de la tutela de derechos no se limita al artículo 71.4, sino que se extiende a otras disposiciones normativas, hecho que queda evidenciado al interpretar sistemáticamente el Código Procesal Penal. De este modo, para determinar los presupuestos legales de la tutela de derechos el análisis no debe limitarse al artículo 71.4.

Las disposiciones normativas a las que se debe atender, para determinar a los sujetos legitimados para invocar tutela de derechos son las que se describen a continuación.

- Dispositivo normativo del CPP que otorga legitimidad activa a la persona jurídica (pasible de consecuencias accesorias):

Art. 93.- Derechos y garantías.

1. La persona jurídica incorporada en el proceso penal, en lo concerniente a la defensa de sus derechos e intereses legítimos, goza de todos los derechos y garantía que este Código concede al imputado.

- Dispositivos normativos del CPP que otorgan legitimidad activa al agraviado y actor civil:

Art. I.- Justicia Penal.

[...]

3. Las partes intervendrán en el proceso con iguales posibilidades de ejercer las facultades y derechos previstos en la Constitución y en este Código. Los jueces preservarán el principio de igualdad procesal, debiendo allanar todos los obstáculos que impidan o dificulten su vigencia.

Art. IX.- Derecho de Defensa.

[...]

3. El proceso penal garantiza, también, el ejercicio de los derechos de información y de participación procesal a la persona agraviada o perjudicada por el delito. La autoridad pública está obligada a velar por su protección y a brindarle un trato acorde con su condición.

Art. 104.- Facultades del actor civil.

El actor civil, sin perjuicio de los derechos que se le reconocen al agraviado, está facultado para [...] formular solicitudes en salvaguarda de su derecho.

- Dispositivo normativo del CPP que otorga legitimidad activa al tercero civilmente responsable:

Art. 113.- Derechos y garantías del tercero civil.

1. El tercero civil, en lo concerniente a la defensa de sus intereses patrimoniales goza de todos los derechos y garantías que este Código concede al imputado.

Si se entiende que la tutela de derechos es, conceptualmente, una garantía –específicamente una garantía secundaria– reconocida expresamente al imputado, no habrá duda en concebir que en los artículos 93.1 y 113.1 del Código Procesal Penal, al prescribir que la persona jurídica y el tercero civil responsable cuentan con los mismos derechos y *garantías* del imputado, se está reconociendo que tanto la persona jurídica como el tercero civil gozan de la protección de sus derechos en vía de tutela de derechos. Del mismo modo, si al agraviado se le reconoce el mismo estatus procesal de igualdad que el imputado con respecto a la protección de sus derechos, y tomando en cuenta que al actor civil se le faculta formular solicitudes en salvaguarda de sus derechos, no puede negarse que, para ambos, la vía para solicitar la protección de sus derechos es el mecanismo procesal denominado *tutela de derechos*. Restringir el ámbito de protección de la tutela de derechos a solo una de las partes –el imputado– sería, incluso, ir en contra de principio de legalidad, esto es, ir en contra de lo expresado en los dispositivos normativos citados.

La misma infracción al principio de legalidad sucedería en el caso de limitar la protección de derechos, en vía de tutela de derechos, exclusivamente a aquellos recogidos en el inciso 2 del artículo 71 del Código Procesal Penal. No puede perderse de vista que, como se ha mencionado en el apartado 5.1 del Subcapítulo 3 del Marco Teórico, la tutela de derechos según el tenor literal del artículo 71.4 del Código Procesal Penal, opera ante el incumplimiento de las disposiciones normativas que preceden al inciso 4 del mencionado artículo, es decir, opera cuando se infringe lo estipulado en los incisos 1, 2 o 3. El inciso 1 no preceptúa ninguna lista cerrada o taxativa de derechos. Por el contrario, se refiere genéricamente a la protección de los derechos constitucionales y legales del investigado. En ese sentido, para el investigado, la tutela de derechos, según el tenor literal de su regulación normativa, opera no solo ante la conculcación de los derechos recogidos en el inciso 2 del artículo 71 del Código Procesal Penal, sino también ante la vulneración de cualquier derecho constitucional o legal del investigado (tal como lo prescribe el inciso 1 del art. 71 del CPP); aunque, claro, sin perder de vista el necesario carácter residual de la garantía. Lo mismo sucede en el caso de las otras

partes procesales. Las normas del Código Procesal Penal no limitan la protección de los derechos de la persona jurídica, el agraviado o actor civil y el tercero civilmente responsable a una lista cerrada de derechos, concluir ello supone una vulneración al principio de legalidad.

6.3. Discusión del resultado 3.

Esta discusión está relacionada al siguiente objetivo específico: analizar la interpretación desarrollada por la Corte Suprema respecto de la institución de la tutela de derechos en los Acuerdos Plenarios N.º 04-2010, N.º 02-2012 y en la Casación N.º 136-2013. En principio resulta necesario determinar cuál es dicha interpretación. Para ello se empleó el instrumento de guía de análisis de jurisprudencia.

El primer pronunciamiento vinculante sobre la tutela de derechos por parte de la Corte Suprema aparece en el Acuerdo Plenario N.º 04-2010 del 16 de noviembre del 2010. En este pronunciamiento la Corte Suprema señala por primera vez, en el fundamento jurídico 10, que la tutela de derechos está orientada a proteger los derechos recogidos *taxativamente* en el artículo 71º del Código Procesal Penal y especifica inmediatamente aquellos derechos establecidos en el inciso 2 del mencionado artículo. Esta protección, sin embargo, debe ser residual, pues, conforme al segundo párrafo del fundamento jurídico 13 del acuerdo, se afirma que *“aquellos requerimientos o disposiciones fiscales que vulneran derechos fundamentales constitucionales pero que tienen vía propia para la denuncia o control respectivo, no podrán cuestionarse a través de la audiencia de tutela”*.

La protección de estos derechos, por consecuencia lógica, son de exclusividad del imputado pues la propia redacción normativa del inciso 2 del artículo 71 del Código Procesal Penal se refiere al cumplimiento de determinados actos por parte de la autoridad pública a favor del imputado (“Los Jueces, Fiscales o la Policía Nacional deben hacer saber al imputado de manera inmediata y comprensible, que tiene derecho a: a) Conocer los cargos formulados en su contra [...] b) Designar a la persona o institución a la que debe comunicarse su detención [...]”, etc.).

No obstante, sobre la protección de derechos en vía de tutela, la Corte Suprema, en el fundamento jurídico 17 del mencionado acuerdo plenario, hace una excepción a la regla de

protección exclusiva para los derechos del artículo 71.2. Se trata de la posibilidad de solicitar en vía de tutela de derechos la exclusión del material probatorio ilícitamente obtenido.

En el Acuerdo Plenario N.º 02-2012 del 26 de marzo del 2012, la Corte Suprema, además de remitirse a lo establecido en el Acuerdo Plenario N.º 04-2010, desarrolla extensivamente uno de los derechos establecidos en el literal a) del artículo 71.2 del Código Procesal Penal, esto es, el derecho del imputado a conocer los cargos formulados en su contra. Partiendo de este derecho, la Corte Suprema señala que cuando los hechos imputados al investigado en la disposición de formalización de investigación preparatoria no tengan un mínimo de detalle que permita al imputado conocer el suceso histórico que se le atribuye y la forma y circunstancias en que pudo tener lugar (fundamento jurídico 10), este podrá acudir al fiscal para solicitar las subsanaciones y precisiones correspondientes al hecho objeto de imputación y, solo muy excepcionalmente, ante la desestimación de la solicitud de corrección por parte del fiscal o ante su falta de respuesta, el imputado podría solicitar tutela de derechos ante el juez de garantías.

En el Acuerdo Plenario N.º 02-2012 la Corte Suprema, modificando su criterio inicial plasmado en el Acuerdo Plenario N.º 04-2010, abre la posibilidad cuestionar, en vía de tutela de derechos la imputación contenida en la disposición de formalización de investigación preparatoria, siempre que se cumpla con el requisito de admisibilidad referido a solicitar previamente la rectificación de la imputación al fiscal a cargo.

En la Casación N.º 136-2013, la Corte Suprema se ocupa de desarrollar tres temas: i) los derechos protegidos a través de la solicitud de tutela de derechos, ii) los efectos producidos por la no confirmatoria judicial de la incautación y iii) la aplicación del artículo 13 de la Ley N.º 28008 –Ley de los Delitos Aduaneros–. Para efectos del presente trabajo, se tomará en cuenta únicamente en el primer tema.

Sobre los derechos protegidos a través del mecanismo de tutela de derechos, la Corte Suprema en este pronunciamiento no hace más que reafirmar categóricamente –en calidad de doctrina jurisprudencial vinculante– lo que ya venía desarrollando en los acuerdos plenarios antes citados, esto es, los derechos protegidos por la garantía de tutela de derechos son solo aquellos recogidos en el inciso 2 del artículo 71 del Código Procesal Penal. En los términos de la casación:

[...] No obstante, no toda afectación se puede reclamar a través de la audiencia de tutela de derechos, por cuanto, al ser una institución procesal, el legislador y la jurisprudencia han establecido mecanismos específicos para determinados actos [...].

Esta Corte Suprema a través de los Acuerdos Plenarios N° 04-2010-CJ-116 y N° 02-2012-CJ-116 de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, ha desarrollado la institución de la tutela de derechos, habiéndose establecido como derechos legitimados para ser recurridos en vía de tutela los establecidos en el artículo 71 del Código Procesal Penal de 2004, constituyendo esta una lista cerrada de derechos. (fundamento jurídico 3.4, doctrina jurisprudencial)

El caso que motivó el recurso de casación tenía por objeto reclamar la ejecución de una resolución judicial que dispuso la no confirmación de la medida de incautación, y, en consonancia con el texto citado *supra*, la Sala llegó a la conclusión de que el derecho a la ejecución de una resolución judicial –parte del contenido del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva– no se encuentra previsto en el *listado cerrado* de derechos que son objeto de protección por el mecanismo de tutela, por lo que se declaró improcedente la solicitud de tutela de derechos.

Aunque la Corte Suprema no ha sido explícita afirmando que la tutela de derechos protege solo aquellos reconocidos en el artículo 71.2 del Código Procesal Penal, sino que se limita a decir que dicho mecanismo protege *derechos taxativamente recogidos en una lista cerrada del artículo 71*, no existe otro sentido que pueda otorgarse a sus distintos pronunciamientos más que aquel referido a que la tutela de derechos protege solo los derechos recogidos en el inciso 2 del artículo 71, máxime si al momento de identificar cuáles son esos derechos, se describan los derechos, precisamente, descritos en el inciso 2 (véase fundamento jurídico 10 del Acuerdo Plenario N.º 04-2010). En esa línea de ideas, sería una contradicción en los términos postular la siguiente interpretación:

- ✓ Según la Corte Suprema, los derechos protegidos por la vía de tutela de derechos son aquellos taxativamente reconocidos en el artículo 71 del Código Procesal Penal, **desde el inciso 1 hasta el inciso 3** del citado artículo, con la precisión de que estos derechos

constituyen una lista cerrada. Excepcionalmente, a través de este mecanismo procesal puede cuestionarse la licitud de la prueba o la imputación contenida en la disposición de formalización de investigación preparatoria, en este último caso se exige como requisito de admisibilidad solicitar previamente al fiscal la subsanación de la imputación.

Esta interpretación debe ser desestimada, pues, como se ha dicho anteriormente constituye una contradicción. Si la tutela de derechos protege una *lista cerrada* de derechos, no puede incluirse dentro de esta lista a aquellos que se describen en el inciso 1 del artículo 71 del Código Procesal Penal, pues en este inciso se describe una *lista abierta* de derechos al prescribir genéricamente que el imputado puede hacer valer los derechos que la Constitución y las leyes le conceden.

Por ende, la única interpretación válida que puede inferirse, analizando los sucesivos criterios de la Corte Suprema en los Acuerdos Plenarios N.º 04-2010, N.º 02-2012 y en la Casación N.º 136-2013, es la siguiente:

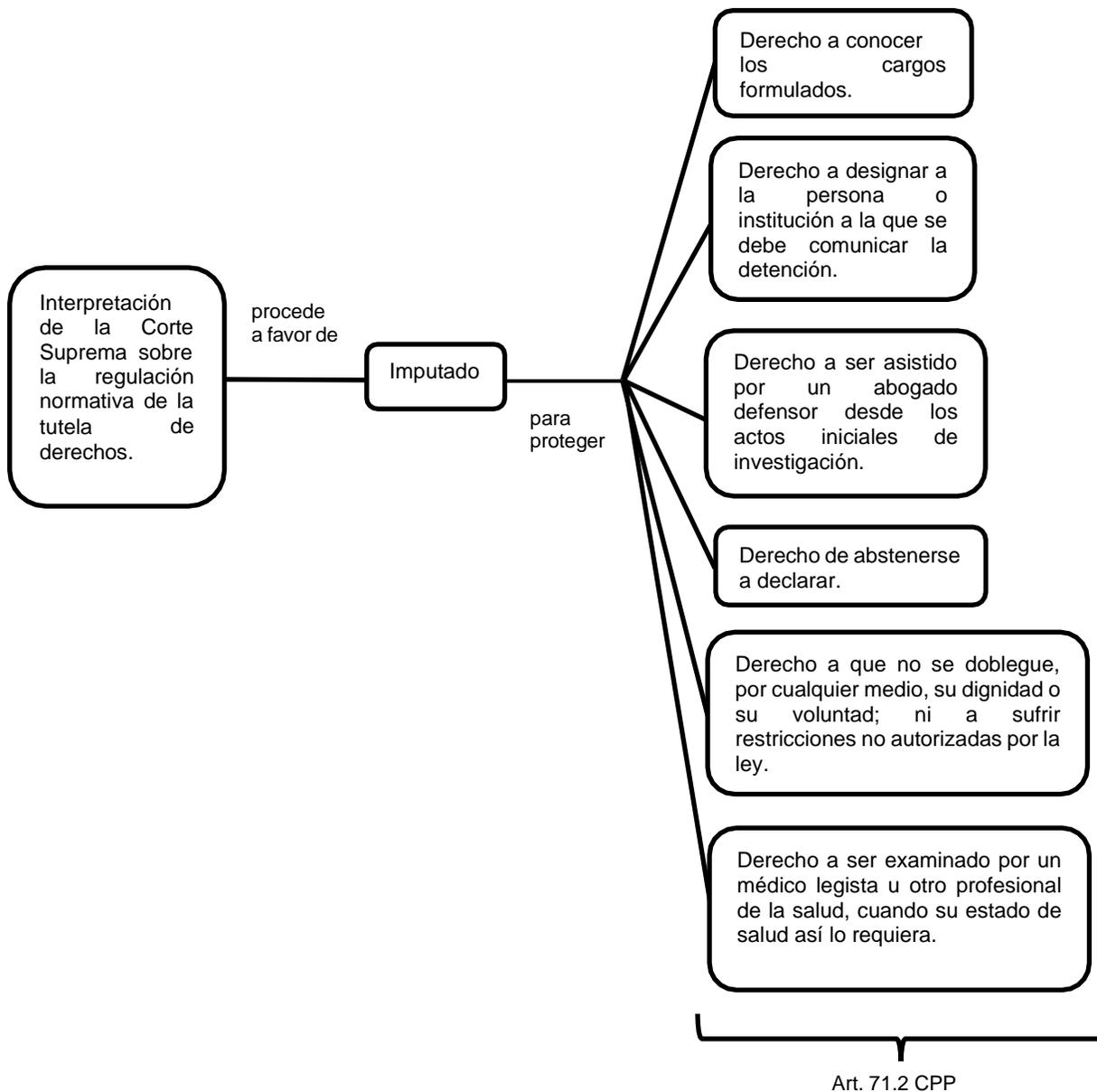
- ✓ La Corte Suprema considera que la tutela de derechos es una garantía procesal, con carácter residual, destinada a salvaguardar los derechos del imputado. Estos derechos son aquellos reconocidos en el inciso 2 del artículo 71 del Código Procesal Penal y constituyen una lista cerrada. Excepcionalmente, a través de este mecanismo procesal puede cuestionarse la licitud de la prueba o la imputación contenida en la disposición de formalización de investigación preparatoria, en este último caso se exige como requisito de admisibilidad acudir primero al Fiscal.

Así también lo entiende Villegas (2016):

Como se ha visto, la Corte Suprema ha sostenido en diversos pronunciamientos que los derechos mencionados en el art. 71 del CPP de 2004 han sido recogidos taxativamente y esos derechos (que únicamente estarían protegidos por la Audiencia de tutela) serían aquellos que se mencionan en el numeral 2 del art. 71 del CPP de 2004. (p. 4)

Esta última interpretación es aquella que la Corte Suprema ha formulado y complementado en sus distintos pronunciamientos, especialmente en la Casación N.º 136-2013. Importa resaltar de ella dos puntos específicos: i) para la Corte Suprema, la tutela de derechos es una

garantía destinada a salvaguardar esencialmente los derechos del imputado; ii) a través de ella se protege solo los derechos recogidos en el inciso 2 del artículo 71 del Código Procesal Penal. A continuación se detallan estos puntos con un esquema.



6.4. Discusión del resultado 4.

La discusión del resultado 4 está vinculada al objetivo específico 4: determinar si existe incidencia entre las posibles interpretaciones de las disposiciones normativas que regulan el mecanismo de tutela de derechos y el contenido esencial del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva. En otras palabras, se busca determinar si existe asociación entre la elección de una determinada interpretación (interpretación I, interpretación II.1 o interpretación II.2, como se verá a continuación) de las normas que regulan la tutela de derechos y el contenido del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

Antes de analizar la información recabada en el resultado 4, resulta primordial recordar las distintas interpretaciones que la doctrina procesal ha postulado sobre la tutela de derechos. En el Subcapítulo 3, sección III, apartado 3.1., se ha establecido que existen dos posturas fundamentales sobre cómo debe interpretarse la regulación normativa del mecanismo de tutela de derechos: la *interpretación I* y la *interpretación II*. Y dentro de esta segunda postura, se puede diferenciar entre la *interpretación II.1* y la *interpretación II.2*.

Según aquellos que postulan la interpretación I, la garantía de tutela de derechos tiene por objeto otorgar protección solo a los derechos del imputado taxativamente establecidos en el inciso 2 del artículo 71 del Código Procesal Penal. Cupe (2010), Taboada (2009) y Coaguila (2016) han asumido esta tesis interpretativa. Cupe (2010), ya citado en el desarrollo del marco teórico, al respecto ha dicho:

Así, somos de la opinión que la institución procesal de la tutela de derechos del artículo 71.4 del CPP de 2004, en cuanto a su supuesto de procedencia referido a “cuando sus derechos no son respetados”, en rigor, solo está habilitada a ser planteada cuando no son respetados alguno de los derechos del imputado reconocidos taxativamente en el artículo 71.2 del CPP de 2004. (p. 9)

El Juez de la Corte Superior de La Libertad, Taboada (2009), en su obra *Jurisprudencia y Buenas Prácticas en el Nuevo Código Procesal Penal*, remitiéndose a su propia resolución recaída en el expediente n.º 749-2008, defiende la interpretación I al indicar no solo que la vía de tutela de derechos es de exclusividad para el imputado (p.137), sino que además este mecanismo procesal “*en rigor está habilitada ante la vulneración de alguno de los derechos*

del imputado reconocidos taxativamente en el artículo 71°, numeral 2° del Código Procesal Penal” (p. 138). Sin embargo, como se verá más adelante, el autor asume otra postura –la de la interpretación II– en su obra posterior.

En esta misma línea de interpretación, Coaguila (2016) sostiene que no debería existir controversia en cuanto a que la legitimidad activa de la tutela de derechos le corresponde solo al imputado (p. 48) y que, además, el pedido de tutela de derechos debe ser rechazado cuando no trate sobre *“la protección de derechos constitucionales distintos a los cautelados por la Tutela de Derechos en el artículo 71.2 [...]”* (p. 55).

Por otra parte, conforme a la interpretación II, la tutela de derechos está orientada a proteger una serie de derechos más allá de los enunciados en el inciso 2 del artículo 71 del Código Procesal Penal. Los partidarios de esta interpretación señalan que, siempre que no exista otro mecanismo específico para su protección, mediante el mecanismo procesal de tutela de derechos se protege cualquier derecho de naturaleza constitucional o legal. No obstante, esta postura se divide cuando se trata de determinar la legitimidad activa de las partes para invocar tutela de derechos. Unos abogan por la protección de cualquier derecho, en vía de tutela de derechos, a favor solo del imputado (interpretación II.1); otros, por su parte, argumentan que con el mecanismo de tutela de derechos se debe proteger cualquier derecho, así estos sean de titularidad de otras partes procesales distintas al imputado (interpretación II.2).

Verapinto (2010) y Bazán (2011) se han expresado conforme a la interpretación II.1. Así, por ejemplo, Bazán (2011), en cuanto a la cuestión de la legitimidad activa para invocar tutela de derechos, señala que se encuentra legitimado para ello *“solo el imputado, no el agraviado, el actor civil o el tercero civil”* (p. 72), sin perjuicio de que la lista de derechos protegidos por vía de tutela a favor del imputado, según el citado autor, no debería ser taxativa ni limitada a lo descrito en el artículo 71.2 del Código Procesal Penal. En los propios términos de Bazán (2011):

Pese a que el Acuerdo Plenario que se reseña, en su fundamento jurídico 10 emplea la expresión «Los derechos protegidos a través de esta Audiencia son los que se encuentran recogidos taxativamente en el artículo 71° del NCPP», vale decir, los mencionados en el numeral 2) del indicado artículo, el autor no comparte dicha afirmación categórica puesto que considera que es posible incorporar otros derechos

del imputado como susceptibles de ser protegidos vía tutela, en la medida que la enumeración de los derechos consignados en el numeral 2) solo se refieren al deber de las autoridades –jueces, fiscales y policía– para hacer saber de manera inmediata y comprensible al imputado los derechos específicos o “mínimos” que goza al interior del proceso (variante nacional de la Advertencia Miranda o Derechos Miranda), aparte del hecho incontrastable que en el numeral 1) del aludido artículo se establece que “El imputado pue hacer valer por sí mismo, o a través de su Abogado Defensor, los derechos que la Constitución y las Leyes le conceden, desde el inicio de las primeras diligencias de investigación hasta la culminación del proceso” (pp. 76-77).

De otro lado, Alva (2010), Villegas (2016) y Somocurcio (2009) son partidarios de la interpretación II.2, pues no solo abogan por que la tutela de derechos brinde protección de otros derechos distintos a los establecidos en el inciso 2 del artículo 71 del Código Procesal Penal, sino también consideran que otras partes procesales distintas al investigado puedan solicitar la realización de una audiencia de tutela de derechos. Con respecto a la legitimidad activa de la víctima para solicitar tutela de derechos, Alva (2010) indica que:

Si bien el artículo 71 del NCPP solo prevé que el imputado pue recurrir a través de la tutela de derechos, cuando estos hayan sido violentados, no es menos cierto que la víctima –y con mucha mayor razón el actor civil, en virtud de un argumento lógico a pari– también lo puede hacer, al estar conforme al nuevo sistema procesal, en igualdad de condiciones y derechos que el imputado

Villegas (2016), defendiendo también la tesis de legitimidad activa de la víctima para solicitar tutela de derechos, señala:

Consideramos que la víctima pue acudir al Juez de la investigación preparatoria para solicitarle que ponga coto a la afectación de sus derechos. Y es que este juez es el encargado de que no sean violados los derechos y garantías constitucionales de cualquier sujeto procesal. Resaltamos este último aspecto porque suele pensarse que solo debe velar por las garantías de una de las partes: el imputado, lo cual no es correcto, pues no es defensor de una de las partes como si fuera su abogado particular, sino que antes bien es juez de garantías para todos, en tanto es defensor

de la legalidad del proceso, de que este se desarrolle con todas las garantías y velar por el respeto de los derechos de todos los sujetos procesales. (p. 6)

Somocurcio (2009) en igual sentido señala:

Sin embargo, una interpretación auspiciada por los artículo I (las partes intervendrán en el proceso con iguales posibilidades de ejercer las facultades y derechos previstos en la Constitución y este Código) y IX (el proceso penal garantiza, también, el ejercicio de los derechos de información y de participación procesal a la persona agraviada o perjudicada por el delito) del título preliminar del CPP de 2004 permite considerar plausible la incoación de tutelas por parte de la víctima, así como del testigo (esto último en el desarrollo de diligencias preliminares. (p. 6)

En el presente trabajo no se comparte la posición adoptada por Somocurcio (2009, p. 6) en cuanto defiende la posibilidad de que el testigo, durante las diligencias preliminares, pueda solicitar legítimamente la realización de una audiencia de tutela de derechos, debido a que en sentido estricto no puede considerársele como parte procesal. Sobre el testigo no recae formalmente una imputación concreta y el Código Procesal penal no le reconoce mayores derechos que los relativos a la abstención de declaración bajo supuestos específicos (artículos 163 y 165). Solo en el supuesto que el testigo pase a ser considerado formalmente como imputado, agraviado o actor civil, o tercero civil responsable, debería contar con legitimidad activa para solicitar tutela de derechos.

Por su parte, Taboada (2015), en su obra *La tutela de derechos*, parece adoptar una postura distinta a la que desarrolló en el año 2009 en su obra *Jurisprudencia y Buenas Prácticas en el Nuevo Código Procesal Penal*. La actual posición de Taboada (2015) se adhiere a la interpretación II.2, pues, cuando se ocupa de desarrollar la cuestión de la legitimidad activa de la tutela de derechos desarrolla en dos apartados la legitimidad del imputado (p. 47) y del agraviado (p.49), señalando expresamente que “*de este modo, los jueces tienen el deber de preservar el principio de igualdad procesal y, asimismo, deben allanar todos los obstáculos que impidan su vigencia*” (p. 50). Además, al desarrollar los supuestos de procedencia de la tutela de derechos, indica que dicho mecanismo procede cuando los derechos del imputado establecidos en la Constitución y dispersos en el Código Procesal Penal no son respetados (p. 53), por lo que, a diferencia de su obra anterior, esta vez ya no limita la protección de

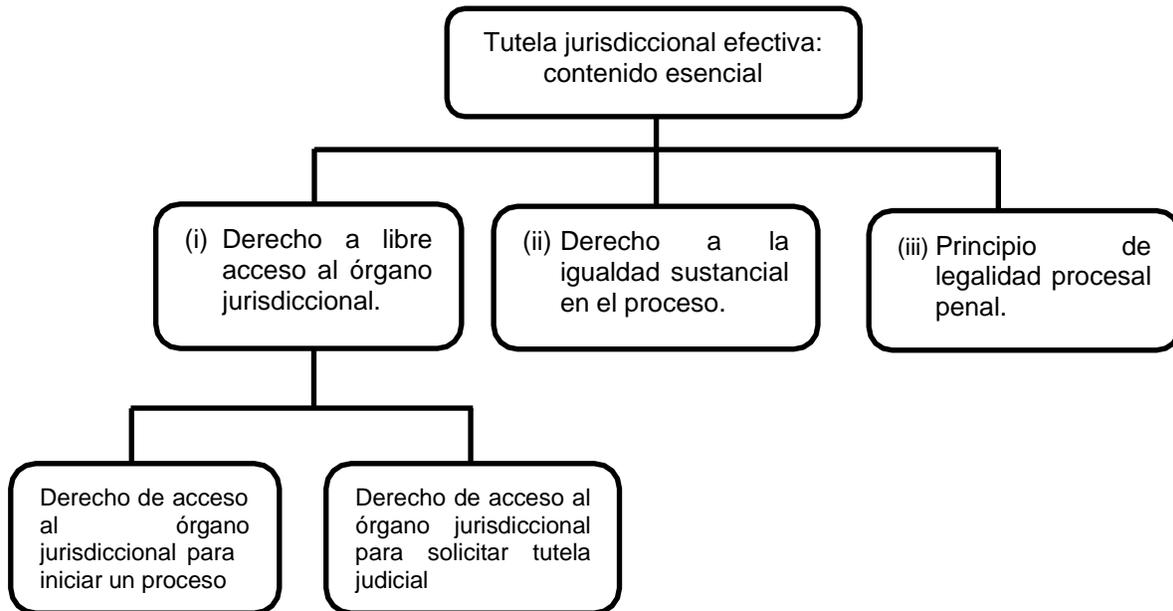
derecho por vía de tutela a los establecidos taxativamente en el artículo 71.2 del Código Procesal Penal y considera que, en virtud del principio de igualdad procesal, la víctima también debería tener legitimidad activa para formular solicitudes de tutela de derechos.

Por último, Rueda (2015), en consonancia con la postura asumida en este trabajo (Subcapítulo 3, apartado V del Marco Teórico), que además puede ser clasificada como parte de la interpretación II.2., considera que la tutela de derechos puede ser invocada a favor del agraviado, actor civil y tercero civilmente responsable. Dice el mencionado autor:

A nuestro juicio, la vía de tutela puede ser promovida también a favor de otros sujetos procesales (agraviado, actor civil y tercero civil), como mecanismo específico para la protección de derechos en la investigación penal) (p. 261)

La posibilidad de ampliar el mecanismo de tutela de derechos a otros sujetos procesales distintos al imputado, también tiene sustento en el principio de igualdad procesal, mediante el cual “las partes intervendrán en el proceso con iguales posibilidades de ejercer las facultades y derechos”, incluso, el juez tiene el deber de “allanar todos los obstáculos que impida o dificulten su vigencia”. (p. 262)

Corresponde ahora, a efectos de luego centrar la discusión en el objetivo específico 4, traer a colación aquello desarrollado en el Subcapítulo 2 del Marco Teórico del presente trabajo, esto es, el contenido esencial del derecho a la tutela procesal efectiva. Este derecho se encuentra reconocido en el artículo 139 de la Constitución Política del Perú, como un derecho/principio de la función jurisdiccional y forma parte de los denominados derechos a prestaciones, de acuerdo a la clasificación desarrollada por los profesores Alexy y Marinoni. Su contenido esencial, conforme se desprende del artículo 4 del Código Procesal Constitucional está compuesto, entre otros, por los siguientes derechos:



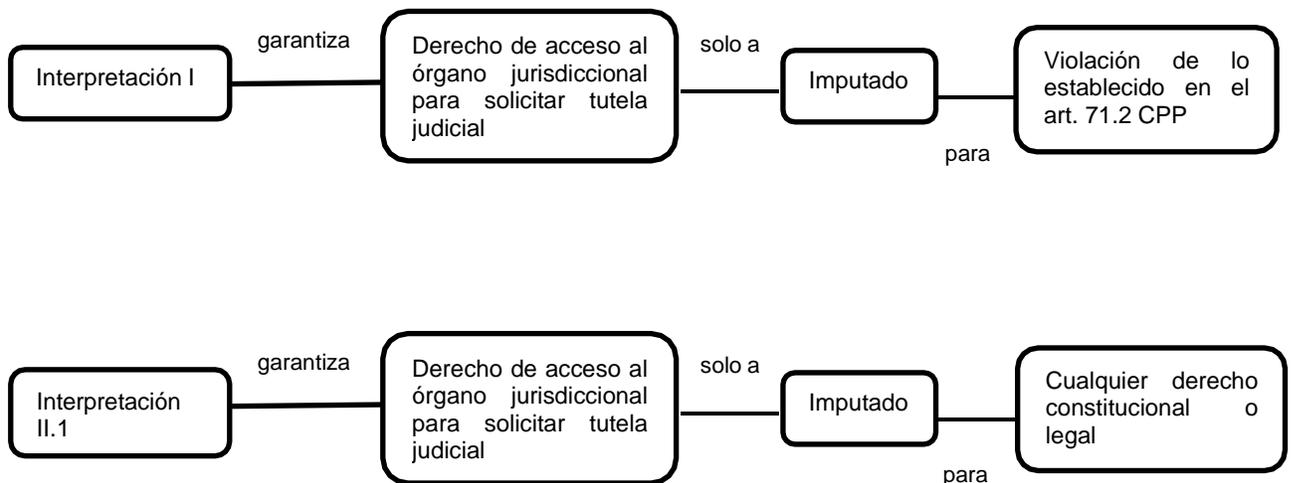
En la primera dimensión esencial, esto es, en el derecho al libre acceso al órgano jurisdiccional, se ha diferenciado entre: *el derecho de acceso al órgano jurisdiccional para iniciar un proceso y el derecho de acceso al órgano jurisdiccional para solicitar tutela judicial*. Esta última manifestación implica que ante cualquier vulneración de derechos fundamentales y legales de las partes procesales en un proceso penal (en el sentido amplio del concepto, esto es, incluyendo la investigación preparatoria), estas tienen el derecho de recurrir ante el órgano jurisdiccional para solicitar su reparación.

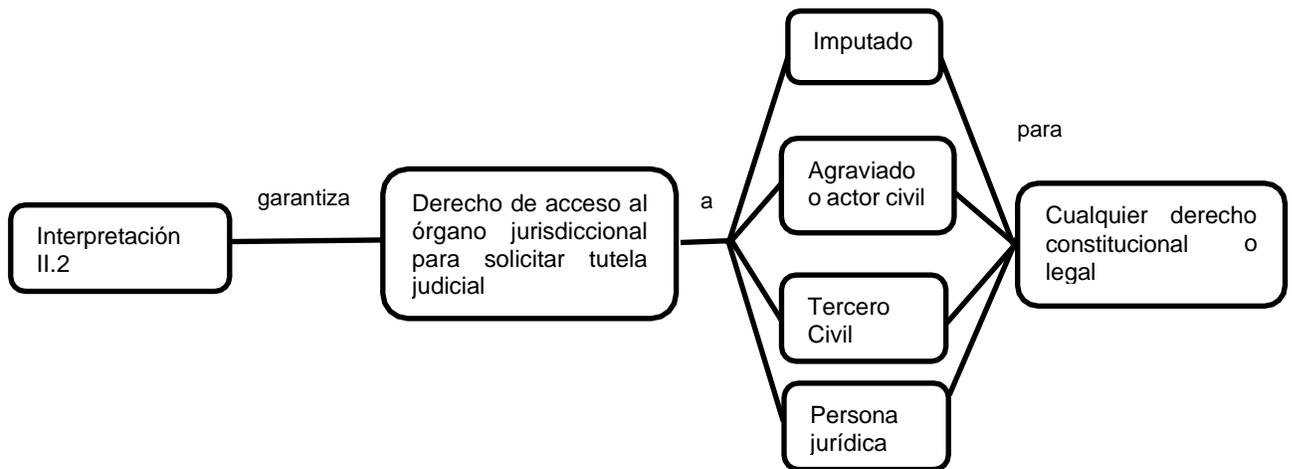
Ahora bien, centrando la atención en el cuarto objetivo específico, corresponde determinar cuál es la incidencia entre el contenido esencial del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva y la interpretación de la regulación de la tutela de derechos. Partiendo de la premisa ya establecida en la discusión del resultado 1, se puede afirmar que, al ser la tutela de derechos una garantía secundaria derivada del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva, debe existir una asociación necesaria entre *la interpretación que se adopte sobre dicha institución y el contenido esencial del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva*. Dicho en otros términos, adoptar la interpretación I, interpretación II.1 o interpretación II.2 incidirá necesariamente en el contenido esencial del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. Dicha incidencia necesaria opera porque precisamente la tutela de derechos es una garantía procesal secundaria derivada o exigida por el derecho fundamental a la tutela

jurisdiccional efectiva, si se entiende por tutela jurisdiccional efectiva, conforme al Tribunal Constitucional, lo siguiente

El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, reconocido en el artículo 139.3° de la Constitución, implica que cuando una persona pretenda la defensa de sus derechos o de sus intereses legítimos, ella deba ser atendida por un órgano jurisdiccional mediante un proceso dotado de un conjunto de garantías mínimas. (STC N.º 0005-2006-AI/TC del 26 de marzo de 2007, FJ. 23)

La forma de interpretar la regulación normativa de la tutela de derechos, en consecuencia, no incide sino en el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, y no en otro (como podría ser el debido proceso, el derecho al juez natural, etc.), pues es un instituto que deriva de la propia definición de aquel derecho fundamental. Ahora bien, una vez establecida la incidencia necesaria entre la la tutela de derechos y el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva, cabe mostrar cómo es que se desarrolla dicha incidencia, tomando en cuenta las distintas interpretaciones que sobre la regulación normativa de este mecanismo procesal se han postulado. A continuación se presenta tres esquemas sobre ello.





Como se puede advertir de los tres esquemas antes elaborados, la interpretación I deja de lado el derecho de acceso al órgano jurisdiccional para solicitar tutela en casos de otras partes procesales distintas al imputado (agraviado o actor civil, tercero civil) y, además, se limita la tutela judicial solo a la protección de los derechos reconocidos en el inciso 2 del artículo 71 del Código Procesal Penal, excluyendo así a otros derechos constitucionales o legales. En ese sentido, se puede afirmar que la interpretación I, vulnera el contenido esencial del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva –específicamente el derecho de acceder al órgano jurisdiccional para solicitar tutela judicial–.

La interpretación II.1, si bien es menos restrictiva sobre el contenido esencial del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, pues amplía los derechos objeto de protección en vía de tutela de derechos más allá del artículo 71.2 del Código Procesal Penal, lo cierto es que continúa afectando el derecho de solicitar tutela judicial del agraviado o actor civil, del tercero civilmente responsable y de la persona jurídica incorporada al proceso penal. La interpretación II.2 es la más garantista del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, pues no deja en indefensión a las partes procesales distintas al investigado y garantiza la operatividad del mecanismo procesal de tutela de derechos ante la vulneración de cualquier derecho constitucional o legal que no cuente con vía específica de protección.

Ahora bien, para efectos del presente trabajo, resulta determinante establecer en cuál de todas las interpretaciones antes desarrolladas –interpretación I, interpretación II.1 o interpretación II.2– puede clasificarse a la interpretación desarrollada por la Corte Suprema en los Acuerdos

Plenarios N.º 04-2010 y N.º 02-2012 y en la Casación N.º 136-2013. Para esta labor se utilizó la quinta pregunta formulada en la guía de entrevistas.

Tomando en consideración las respuestas de cada experto, se ha considerado pertinente clasificar en tres grupos según sea negativa, positiva o neutra la respuesta a la interrogante: *¿Incide la interpretación adoptada por la Corte Suprema en los Acuerdos Plenarios N.º 04-2010 y N.º 02-2012 y en la Casación N.º 136-2013, respecto a la institución de tutela de derechos, en el contenido esencial del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva?* A continuación, se elabora un cuadro comparativo a efectos de entender mejor las posiciones de cada entrevistado sobre la citada pregunta.

RESPUESTAS		
INCIDENCIA NEGATIVA	INCIDENCIA POSITIVA	NO VALORA
Víctor Burgos Mariños	Norma Beatriz Carbajal Chávez.	Manuel Estuardo Luján Túpez,
Para el magistrado, la incidencia es negativa pues la interpretación adoptada por la Corte Suprema es reducida y formalista.	La magistrada considera que la interpretación es acertada en razón a que la Corte Suprema determina supuestos específicos para invocar la tutela de derechos.	El magistrado, aunque no valora positiva o negativamente la interpretación de la Corte Suprema, señala que la misma limita la aplicación de la tutela de derechos tanto objetiva como subjetivamente.
Juan Martín Ramírez Sáenz		Sara Angélica Pajares Bazán
Para el magistrado, la incidencia es negativa, pues se		Para la magistrada, la interpretación de la Corte

<p>debe proteger cualquier derecho fundamental y no sólo los del artículo 71 del CPP.</p>		<p>Suprema incide en la tutela procesal efectiva en el sentido que establece una lista cerrada de derechos objeto de protección por la tutela de derechos, sólo a favor del imputado</p>
<p>Eduardo Carlos Medina Carrasco</p>		<p>Rosendo Pompeyo Vía Castillo</p>
<p>Para el magistrado, la interpretación adoptada por la Corte Suprema es restrictiva en cuanto a los requisitos de admisibilidad de la tutela de derechos.</p>		<p>Para el magistrado, la incidencia de la interpretación de la Corte Suprema sobre el derecho a la tutela procesal efectiva radica en que sólo se protegen los derechos enumerados en el artículo 71.</p>
<p>Jeans Arnol Velasco Hidalgo</p>		<p>Irene Milagritos Cruzado Zapata.</p>
<p>Para el fiscal especialista la interpretación de la Corte Suprema restringe el derecho de acudir en vía de tutela a otras partes procesales distintas al imputado.</p>		<p>Para la magistrada, la interpretación de la Corte Suprema sobre el derecho a la tutela procesal efectiva radica en que sólo es posible invocar tutela de derechos durante la investigación preparatoria.</p>

A partir de las respuestas descritas líneas arriba se aprecia que, según la opinión de los entrevistados que tuvieron a bien valorar negativa o positivamente, la mayoría de estos (Víctor Burgos Mariños, Juan Martín Ramírez Sáenz, Eduardo Carlos Medina Carrasco y Jeans Arnol

Velasco Hidalgo) considera que la interpretación adoptada por la Corte Suprema sobre el artículo 71.4 del Código Procesal Penal que regula la tutela de derechos incide negativamente en el contenido esencial del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, ya sea porque dicha interpretación es muy reducida y formalista (Burgo Mariños), porque la tutela de derechos debe proteger otros derechos distintos a los del artículo 71.2 del Código Procesal Penal (Ramírez Sáenz), porque es restrictiva al momento de establecer los requisitos de admisibilidad de la tutela de derechos (Medina Carrasco) o porque restringe el derecho de acudir en vía de tutela a otras partes procesales distintas al imputado (Velasco Hidalgo).

Como se aprecia, los entrevistados que afirman una incidencia negativa aluden específicamente a una interpretación restrictiva por parte de la Corte Suprema en tres supuestos: los sujetos legitimados para acudir en vía de tutela de derechos, los derechos protegidos por este mecanismo procesal y los requisitos de admisibilidad.

Esto constituye una implicancia teórica relevante para el presente trabajo debido a que, con base en los instrumentos utilizados en este resultado 4, toma mayor fundamento la idea de clasificar a la interpretación desarrollada por la Corte Suprema sobre regulación normativa de la tutela derechos como parte de lo que en este trabajo se ha denominado interpretación I. En ese sentido, se puede postular, por lo menos preliminarmente, la incidencia negativa entre la interpretación de la Corte Suprema sobre la regulación normativa de la tutela de derechos y el contenido esencial del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, pues este derecho fundamental exige que la facultad de invocar tutela de derechos ante el juez de garantías no debe limitarse solo al imputado y tampoco deben protegerse exclusivamente los derechos descritos en el artículo 71.2 del Código Procesal Penal; además, atendiendo a lo desarrollado en la discusión 3, la interpretación de la Corte Suprema también sería contraria al principio de legalidad, por contravenir los artículos I.3, IX.3 (Título Preliminar), 93.1, 104 y 113.1 del Código Procesal Penal.

CAPÍTULO 7. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

7.1. Conclusión respecto del OE.1.

La tutela de derechos, regulada *prima facie* en el inciso 4 del artículo 71 del Código Procesal Penal, en cuanto a su naturaleza jurídica, es una garantía procesal secundaria, cuyo fundamento radica en la exigencia constitucional de respeto a los derechos fundamentales y legales (fundamento normativo-constitucional), y en el propio modelo garantista adoptado por el Código Procesal Penal (fundamento teórico-garantista). También encuentra fundamento en la necesidad de reparar la lesión de derechos fundamentales o dictar medidas de corrección en contra de los funcionarios a cargo de la investigación penal, cuando estos excedan el marco legal de su accionar (fundamento empírico).

7.2. Conclusión respecto del OE. 2.

Los presupuestos para invocar tutela de derechos durante la investigación preparatoria del proceso penal son: i) que se alegue la vulneración de un derecho fundamental reconocido en la Constitución o en las leyes (art. 71.1 CPP), ii) que la vulneración del derecho sea invocada por el imputado (art. 71.4 CPP), el agraviado o actor civil (art. I.3 TPP y art. 104 CP), el tercero civilmente responsable (art. 113.1 CPP) o la persona jurídica incorporada al proceso (art. 93 CPP) y iii) que la solicitud sea presentada durante la investigación preparatoria (art. 71.4 CPP).

7.3. Conclusión respecto del OE. 3.

La tutela de derechos, según la Corte Suprema, es una garantía procesal, con carácter residual, destinada a salvaguardar los derechos del imputado. Estos derechos son aquellos reconocidos taxativamente en el inciso 2 del artículo 71 del Código Procesal Penal y constituyen una lista cerrada. Excepcionalmente, a través de este mecanismo procesal puede cuestionarse la licitud de la prueba o la imputación contenida en la disposición de formalización de investigación preparatoria.

7.4. Conclusión respecto del OE. 4.

El contenido esencial del derecho a la tutela procesal efectiva está constituido por –entre otros– los siguientes derechos: derecho al libre acceso al órgano jurisdiccional, derecho a la igualdad sustancial en el proceso y el derecho al principio de legalidad procesal penal. Este contenido está vinculado con la garantía de tutela de derechos al ser esta una manifestación de aquel. Por tanto, la interpretación que se postule sobre la regulación normativa de la garantía de tutela de derechos –interpretación I, interpretación II.1 o interpretación II.2– tiene incidencia con el contenido esencial del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, pues o bien reduce o bien maximiza la tutela judicial de los derechos de las partes en la investigación y proceso penal.

7.5. Conclusión respecto del OG.

La interpretación adoptada por la Corte Suprema, en los Acuerdos Plenarios N.º 4-2010 y N.º 2-2012 y en la Casación N.º 136-2013 –que responde a la interpretación I, tal como se ha denominado en el presente trabajo– incide negativamente en el contenido esencial del derecho fundamental a la tutela procesal efectiva, pues:

- Se ha restringido el contenido esencial del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva del agraviado o actor civil, de la persona jurídica y del tercero civilmente responsable, en su manifestación de *principio de legalidad procesal penal y acceso al órgano jurisdiccional*, al no ser considerados por la Corte Suprema como sujetos legitimados para invocar la garantía de tutela de derechos, pese a que el Código Procesal Penal prevé disposiciones normativas (artículos I.3 del Título Preliminar, 71.4, 93, 104 y 113.1) que facultan a las partes antes mencionadas para solicitar esta garantía.
- Se vulneró el contenido esencial del derecho a la tutela procesal efectiva en su manifestación de *derecho al principio de legalidad procesal penal*, debido a que el campo de protección de derechos por vía de la garantía de tutela de derechos, a partir de las consideraciones de la Corte Suprema, se redujo considerablemente, pese a que el inciso 4 del artículo 71 del Código Procesal Penal literalmente remite la protección de derechos en vía de tutela a una cláusula abierta y genérica de derechos constitucionales y legales.

7.6. Recomendaciones.

Se recomienda a los operadores jurídicos –abogados, fiscales, jueces, entre otros– interpretar el artículo 71.4 del Código Procesal Penal sobre la base de una técnica de interpretación sistemática y en armonía con las exigencias constitucionales del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva, para, así, optimizar la vigencia de los derechos fundamentales de las partes procesales involucradas en una investigación penal.

Los jueces de garantías deben apartarse de los acuerdos plenarios o casaciones que establezcan criterios restrictivos sobre la garantía de tutela de derechos, cuando las condiciones del caso en concreto así lo exijan, en aplicación del artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

REFERENCIAS

Bibliografía.

Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid, España: Centro de estudios de derechos constitucional.

Alva, C. (2010). *La tutela de derechos en el Código Procesal Penal de 2004*. En *Gaceta Penal & Procesal Penal*, 2, (11).

Atienza, M. & Ruiz, J. (2009). *Para una teoría postpositivista del Derecho*. Lima, Perú: Palestra.

Barbosa, G. (2005). *Principio de legalidad y proceso penal*. En: *Derecho Penal y Criminología*, 26 (78). Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5319472>

Bazán, J. (2011). *Audiencia de tutela: fundamentos jurídicos (Acuerdo Plenario N° 4-2010/CJ-116)*. En: *Revista Oficial del Poder Judicial*, 5, (7). Recuperado de: <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/a7da1d004e3b23a3bf82bfa826aedadc/4.+Jueces++J+Fernando+Bazan+Cerd%C3%A1n.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=a7da1d004e3b23a3bf82bfa826aedadc>

Bobbio, N. (2016). *Teoría general del derecho*. (5ª ed.). Bogotá, Colombia: Temis.

Burgos, V. (2011). *Factores jurídico procesales inquisitivos en el código procesal penal que impiden consolidar el modelo acusatorio en el Perú* (tesis doctoral). Universidad Nacional de Trujillo, Trujillo, Perú.

Coaguila, J. (2016). *Los Derechos del Imputado y la Tutela de derechos en el Nuevo Código Procesal Penal (2da ed.)*. Lima, Perú: IDEMSA.

Copi, I. (1971). *Introducción a la lógica*. Buenos Aires, Argentina: Eudeba – Editorial Universitaria de Buenos Aires.

De Santa Teresa, M. (1805). *Compendio Moral Salmaticense según la mente del Angélico Doctor*. Navarra, España. Recuperado de: <http://www.filosofia.org/mor/cms/cms.htm>

Delgado, K. (2016). *La vigencia efectiva del principio de igualdad procesal y los derechos del agraviado*. (Tesis de maestría). Escuela de Post Grado Universidad Nacional de Trujillo, Perú.

España. Tribunal Constitucional (Pleno). [Internet] Sentencia núm. 192/1981 de 8 de abril [Consultado el 30 de marzo de 2020]. Disponible en: <https://www.iberley.es/legislacion/sentencia-8-abril-1981-pleno-tribunal-constitucional-recurso-inconstitucionalidad-numero-192-1981-contra-diversos-preceptos-real-decreto-ley-17-1977-4-marzo-1272273>

Ferrajoli, L. (2004). *Derechos y garantías. La Ley del más débil*. Madrid, España: Trotta.

Ferrajoli, L. (2001) *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid, España: Trotta.
Recuperado de: http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/Derechos_fundamentales_ferrajoli.pdf

García, A. (2018). *Teorías de la tópica jurídica*. Lima, Perú: Palestra.

García, G. & Contreras, P. (2013). El derecho a la tutela judicial y al debido proceso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno. En *Estudios Constitucionales*, 11 (2) pp. 229-281. Recuperado de: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82029345007>

García, V. (2015). *Constitución, justicia y derechos fundamentales*. Lima, Perú: Lex & Iuris.

Guastini, R. (2018). *La interpretación de los documentos normativos*. Naucalpan de Juárez, Mexico: CIIJUS.

Guastini, R. (2016). *Las fuentes del derecho. Fundamentos teóricos*. Lima, Perú: Raguel.

Guastini, R. (2001). *Estudios de teoría constitucional*. Ciudad de México, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Guilherme Marinoni, L. (2017). *Derecho a la tutela judicial de los derechos*. En G. Priori Posada (coord.), *Derecho material y proceso. El modo cómo el proceso se adecúa a la tutela del derecho material* (pp. 22-55). Lima, Perú: Palestra.

Guilherme Marinoni, L. (2016). *Tutela anticipatoria y tutela inhibitoria*. Lima, Perú: Palestra.

Guilherme Marinoni, L. (2014). *Tutela inhibitoria*. Madrid, España: Marcial Pons.

Guilherme Marinoni, L. (2007). *Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva*. Lima, Perú: Palestra.

Guilherme Marinoni, L. (2007). *El derecho de acción en la Constitución brasileña*. En *Ius Et Praxis*, 13, (2), pp. 57-80. Recuperado de <https://scielo.conicyt.cl/pdf/iusetp/v13n2/art04.pdf>.

Hidalgo, A. (2017). *La ambigüedad en el lenguaje jurídico: su diagnóstico e interpretación a través de la lingüística forense*. En *Anuario de filología. Estudios de lingüística*, pp. 73-96. Recuperado de <http://revistes.ub.edu/index.php/AFEL/article/download/AFEL2017.7.5/22789>

Ipanaque, I. (2015). *La tutela de derechos solicitada por la parte agraviada en el NCPP 2015*. (Tesina de suficiencia profesional). Universidad Científica del Perú, San Juan Bautista, Perú.

Iturralde, V. (2014). *Interpretación literal y significado convencional. Una reflexión sobre los límites de la interpretación jurídica*. Madrid, España: Marcial Pons.

Kalinowski, G. (1973). *Introducción a la lógica jurídica. Elementos de semiótica jurídica, lógica de las normas y lógica jurídica*. Buenos Aires, Argentina: Eudeba – Editorial Universitaria de Buenos Aires.

Kay, R. (1989). *Original intentions, standard meanings, and the legal character of the Constitution*. En *Constitutional Commentary*, 6, (39), pp. 39-50. Recuperado de https://conservancy.umn.edu/bitstream/handle/11299/165120/06_01_Symposium_Kay.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Kay, R. (1996). "Originalist" Values and Constitutional Interpretation. En *Faculty Articles and Papers*, 19, (2), pp. 335-341. Recuperado de https://opencommons.uconn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1004&context=law_papers

- Kay, R. (2017). *Construction, originalist interpretation and the complete Constitution*. En *Journal of Constitutional Law*, 19, (Feb. 2017), pp. 1-25. Recuperado de https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1024&context=icl_online
- Loayza, C. (2015). *La prueba de oficio como manifestación del derecho a la tutela procesal efectiva en el proceso penal* (tesis de pregrado). Universidad Privada del Norte, Trujillo, Perú.
- Lois, J. (1956). *Sobre el concepto de «naturaleza jurídica»*. En *Anuario de filosofía del derecho*, (4), pp. 159-182. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2057273>
- Mamani, M. (2011). *Tutela de derechos, recurso destinado a cautelar los derechos y garantías del imputado en el proceso penal, en la ciudad de Tacna, período mayo 2008 – abril 2010*. (Tesis de licenciatura). Universidad Nacional Jorge Basadre Grohmann, Tacna, Perú.
- Mixán, F., Burgos, V. & Pérez, A. (2003). *Proyecto Huanchaco. Código Procesal Penal Peruano*. Trujillo, Perú: Centro de Estudios para la Reforma de la Justicia, Democracia y Libertad. Recuperado de: <https://inecip.org/wp-content/uploads/INECIP-Proyecto-Huanchaco-CPP-Peruano.pdf>
- Morón, J. (2010). *Los actos-medidas (medidas correctivas, provisionales y de seguridad) y la potestad sancionadora de la Administración*. En *Revista de Derecho Administrativo*, (9), pp. 135-157. Recuperado de: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13710>
- Neyra, J. (2010). *Garantías en el nuevo Proceso Penal Peruano*. En *Revista de la Maestría en Derecho Procesal. Escuela de posgrado PUCP*, 4 (1), pp. 1-19. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoprocesal/article/view/2399>
- Nieva, J (2017). *Derecho procesal III. Proceso Penal*. Madrid, España: Marcial Pons.
- Nogueria, H. (2003). *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*. Ciudad de México, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas.

- Oré, A. (2012). *Jurisprudencia sobre la aplicación del nuevo código procesal penal* [Versión Adobe Digital Editions]. Lima, Perú: Academia de la Magistratura (AMAG). Recuperado de <http://repositorio.amag.edu.pe/bitstream/handle/123456789/50/Jurisprudencia%20sobre%20la%20aplicacion%20del%20Nuevo%20Codigo%20Procesal%20Penal.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Oré, A. (1995). *Sobre violencia, justicia y eficacia: el proyecto de Código Procesal Penal*. En *THĒMIS-Revista De Derecho*, (32), pp. 51-56. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/11479>
- Parejo, L. (1981). *El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional. A propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981*. En *Revista Española de derecho Constitucional*, 1 (3), pp. 169-190. Recuperado de: <https://doi.org/10.18042/cepc/redc>
- Perelman, C. & Olbrechts-Tyteca, L. (1989). *Tratado de la Argumentación. La Nueva Retórica*. Madrid, España: Gredos SA.
- Perelman, C. (1979). *The New Rhetoric: a Theory of Practical Reasoning*. En *The New Rhetoric and The Humanities. Essays on Rhetoric and its Applications*, 140, pp. 1-42. Recuperado de: https://link.springer.com/chapter/10.1007/978-94-009-9482-9_1
- Roxin, C. (2015). *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Argentina: Editores del Puerto.
- Rueda, A. (2015). *Tutela de derechos en el Código Procesal Penal de 2004: objeto de protección y sujetos legitimados*. En *Gaceta Penal & Procesal Penal*, 3, (69), pp. 255-264.
- Russell, B. (1923). *Vagueness*. En *Australasian Journal of Philosophy and Psychology*, 1, (2), pp. 84-92.
- Salazar, J. (2008). *El contenido esencial de los derechos constitucionalmente protegidos*. En *Foro Jurídico*, (8), pp. 142-152. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/18503>

San Martín, C. (1998). *La reforma del proceso penal peruano*. En *Revista Peruana de Derecho Procesal* II, pp. 227-257. Recuperado de http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080527_04.pdf

Somocurcio, V. (2009). *Tutela de derechos en el Código Procesal Penal de 2004, ¿sismógrafo del derecho de defensa?* En *Gaceta Penal & Procesal Penal*, 6, (32).

Taboada, G. (2009). *Jurisprudencia y Buenas Prácticas en el Nuevo código Procesal Penal.*, Lima, Perú: Reforma

Taboada, G. (2015). *La tutela de derechos*. Trujillo, Perú: BLG.

Vásquez, S. (2013). *La imputación de los resultados tardíos. Acerca de la dimensión temporal de la imputación objetiva*. Buenos Aires, Argentina: B de F.

Villegas, E. (2016). La audiencia de tutela de derechos en la jurisprudencia nacional. Un estudio crítico. En *Revista Ita Ius Esto*, pp. 1-13. Recuperado de <https://www.itaIusesto.com/wp-content/uploads/2019/07/13.10.-La-audiencia-de-tutela-de-derechos-seg%C3%BAAn-la-jurisprudencia-nacional-Elky-Villegas-Paiva-1.pdf>

Villegas, E. (2015). *Tutela de derechos también para la víctima del delito. A propósito de la Casación N° 136-2013-Tacna*. En *Gaceta Penal & Procesal Penal*, 2, (68), pp. 223-231.

Viola, F & Zaccaria, G. (2007). *Derecho e interpretación. Elementos de teoría hermenéutica del derecho*. Madrid, España: Dykinson.

Jurisprudencia.

España. Tribunal Constitucional (1981). Resolución n.º 192/1981. Recuperada de: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-T-1981-9433>

Perú. Corte Suprema (2012). Resolución s/n de la Sala Penal Permanente, recaída en la Casación n.º 172-2011. Recuperada de: <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/95697e80412b6033a0dc37bf7c8760a/Sentencia+de+Casaci%C3%B3n+.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=95697e80412b6033a0dc37bf7c8760a>

Perú. Corte Superior de Justicia (2017). Resolución n.º 3 de la Segunda Sala Penal de Apelaciones de Lima, recaída en el expediente n.º 00462-2017-7. Recuperada de: <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2017/10/Legis.pe-Tutela-de-derecho-por-imputaci%C3%B3n-necesaria-en-diligencias-preliminares-caso-Chincher0.pdf>

Perú. Corte Suprema de Justicia (2018). Resolución n.º 2 del Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria, recaída en el expediente n.º 00006-2018-13. Recuperada de: https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2018/12/Resoluci%C3%B3n-2-6-2018-13-5001-JS-PE-01-Noguera-Legis.pe_.pdf

Perú. Corte Suprema de Justicia (2018). Resolución n.º 2 del Juzgado Suprema de Investigación Preparatoria, recaída en el expediente n.º 20-2018. Recuperada de: https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2018/12/A.V.-20-2018-Legis.pe_.pdf?fbclid=IwAR3alMjgc6Cpz-w-o9lxPo4d4cHywhOwidBHAI0UuyR1nWfEB0jod5pZ100

Perú. Corte Suprema de Justicia (2018). Resolución s/n del Juzgado Suprema de Investigación Preparatoria, recaída en el expediente n.º 15-2018. Recuperada de: https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2018/12/A.V.-15-2018-Legis.pe_.pdf?fbclid=IwAR14XA5h62Qq4mC5sK2ae776kbqLfhJYKeXA9InlwazJI_eh_KXU5AMefZM

Perú. Corte Suprema de Justicia (2018). Resolución s/n de la Sala Penal Especial, recaída en el expediente n.º 5-2018. Recuperada de: https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2018/08/Auto-de-apelaci%C3%B3n-05-2018-1-Legis.pe_.pdf

Perú. Corte Suprema de Justicia (2019). Resolución n.º 4 recaída en el expediente n.º 00020-2018. Recuperada de: https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2019/01/Exp.-00020-2018-2-5001-JS-PE-01-Legis.pe_.pdf

Perú. Corte Superior de Justicia (2019). Resolución n.º 10 de la Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional del Sistema Especializada en Delitos de Crimen Organizado, recaída en el expediente n.º 00249-2015. Recuperada de: https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2019/04/EXP.-249-2015-41-Legis.pe_.pdf

Perú. Corte Suprema de Justicia (2019). Resolución n.º 2 del Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria, recaída en el expediente n.º 00001-2019. Recuperada de: https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/1408d900487b07a590f799a38f54faeb/CS-JSIP-TDD-01-2019-ANA-JARA.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=1408d900487b07a590f799a38f54faeb&fbclid=IwAR0aswvr69eFL5kTeLjHX-hs48zOqwUeYrj5yXDZY0evYIZK_zV8ccRGJII

Perú. Corte Suprema de Justicia (2019). Resolución s/n de la Sala Penal Permanente, recaída en la Casación n.º 373-2018. Recuperada de: https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2019/02/Cas.-373-2018-Nacional-Legis.pe_.pdf

Perú. Corte Superior de Justicia (2019). Resolución n.º 3 de la Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional Permanente Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios, recaída en el expediente n.º 39-2018-4. Recuperada de: https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2019/06/Exp.-00039-2018-4-5201-JR-PE-02-Legis.pe_.pdf

Perú. Corte Superior de Justicia (2019). Resolución n.º 2 recaída en el expediente n.º 00002-2017-85. Recuperada de: https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2019/06/Exp.-00002-2017-85-1706-JR-PE-06-Legis.pe_.pdf

Perú. Tribunal Constitucional (2003). Resolución recaída en el expediente n.º 01797-2002-HD/TC. Recuperada de: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/01797-2002-HD.html>

Perú. Tribunal Constitucional (2005). Resolución recaída en el expediente n.º 0091-2005-PA/TC. Recuperada de: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00091-2005-AA.html>

Perú. Tribunal Constitucional (2005). Resolución recaída en el expediente n.º 2876-2005-PHC/TC. Recuperada de: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/02876-2005-HC.html>

Perú. Tribunal Constitucional (2005). Resolución recaída en el expediente n.º 01417-2005-AA/TC. Recuperada de: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/01417-2005-AA.html>

- Perú. Tribunal Constitucional (2005). Resolución recaída en el expediente n.º 01417-2005-AA/TC. Recuperada de: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/01417-2005-AA.html>
- Perú. Tribunal Constitucional (2005). Resolución recaída en el expediente n.º 050-2004-AI/TC y otros. Recuperada de: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00050-2004-AI%2000051-2004-AI%2000004-2005-AI%2000007-2005-AI%2000009-2005-AI.pdf>
- Perú. Tribunal Constitucional (2005). Resolución recaída en el expediente n.º 763-2005-PA/TC. Recuperada de: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00763-2005-AA.html>
- Perú. Tribunal Constitucional (2005). Resolución recaída en el expediente n.º 00048-2004-AI/TC. Recuperada de: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00048-2004-AI.pdf>
- Perú. Tribunal Constitucional (2006). Resolución recaída en el expediente n.º 0004-2006-PI/TC. Recuperada de: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00004-2006-AI.pdf>
- Perú. Tribunal Constitucional (2007). Resolución recaída en el expediente n.º 0005-2006-PI/TC. Recuperada de: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/00005-2006-AI.pdf>
- Perú. Tribunal Constitucional (2011). Resolución recaída en el expediente n.º 00032-2010-PI/TC. Recuperada de: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/00032-2010-AI.html>
- Perú. Tribunal Constitucional (2014). Resolución recaída en el expediente n.º 04617-2012-PA/TC. Recuperada de: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2014/04617-2012-AA.html>
- Perú. Tribunal Constitucional (2016). Resolución recaída en el expediente n.º 01460-2016-PHC/TC. Recuperada de: <http://spijlibre.minjus.gob.pe/content/noticia/pdf/Sentencia01460-2016-HC.pdf>
- Perú. Tribunal Constitucional (2017). Resolución recaída en el expediente n.º 00070-2014-PA/TC. Recuperada de: https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2019/03/00070-2014-AA-Amazonas-Legis.pe_.pdf
- Perú. Tribunal Constitucional (2020). Resolución recaída en el expediente n.º 1908-2013-AA/TC. Recuperada de: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2020/01908-2013-AA.pdf>

Legislación.

Ley 23859. *Facultan al Poder Ejecutivo para que, dentro del presente periodo constitucional, promulgue mediante decreto legislativo los códigos penal y de procedimientos penales.* (junio 8, 1984). Art. 1. Congreso de la República del Perú. Recuperada de: <https://peru.justia.com/federales/leyes/23859-jun-8-1984/gdoc/>

Ley 24911. *Amplía el plazo para que el poder ejecutivo promulgue el Código Penal y el Código de Procedimientos Penales.* (octubre 25, 1988). Art. 1. Congreso de la República del Perú. Recuperada de: <https://peru.justia.com/federales/leyes/24911-oct-25-1988/gdoc/>

Ley 25281. *Aprueba delegación de facultades al Poder Ejecutivo para dictar mediante decreto legislativo el Código de Procedimientos Penales.* (octubre 30, 1990). Art. 2. Congreso de la República del Perú. Recuperada de: <https://peru.justia.com/federales/leyes/25281-oct-29-1990/gdoc/>

Decreto Ley 25461. *Modifican el Art. 2° del Decreto Legislativo N° 638 en cuanto a la fecha de su vigencia.* (abril 28, 1992). Art. 2. Presidente de la República. Recuperada de: <https://peru.justia.com/federales/decretos-leyes/25461-apr-28-1992/gdoc/>

Ley 26299. *Crean Comisión Especial Revisora del texto del Código Procesal Penal.* (abril 28, 1994). Arts. 1 y 5. Congreso Constituyente Democrático. Recuperada de: <https://peru.justia.com/federales/leyes/26299-mar-29-1994/gdoc/>

Ley 26657. *Interpretan Artículo 112° de la Constitución referido a la reelección Presidencial.* (agosto 23, 1996). Art. Único. Congreso de la República del Perú. Recuperada de: <https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/Leyes/26657.pdf>

ANEXOS

ANEXO 1

GUÍA DE ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

(ACUERDOS PLENARIOS Y CASACIONES)

SUMILLA	DOCTRINA LEGAL / JURISPRUDENCIA VINCULANTE

ANEXO 2

GUÍA DE ENTREVISTAS

DATOS DEL ENTREVISTADO	Grado : Institución : Cargo :
Según su experiencia, ¿cuál es el fundamento normativo jurídico y social para la incorporación de la tutela de derechos regulada en el artículo 71º.4 del Código Procesal Penal?	
¿Cuáles, son los presupuestos para invocar, en la actualidad, tutela de derechos durante la investigación preparatoria?	
¿Es el imputado el único habilitado para invocar tutela de derechos en el marco de la investigación preparatoria o el Código Procesal Penal faculta a otras partes procesales para ello?	
¿Cuáles son los derechos protegidos por la tutela de derechos regulada en el artículo 71.4º del Código Procesal Penal?	
¿Incide la interpretación desarrollada por la Corte Suprema en los Acuerdos Plenarios N.º 04-2010 y N.º 02-2012 y en la Casación N.º 136-2013, respecto a la institución de tutela de derechos, en el contenido esencial del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva?	

ANEXO 3

CORREOS ELECTRÓNICOS DE CONFIRMACIÓN DEL CONTENIDO DE LAS ENTREVISTAS

Confirmación del Juez Superior Víctor Burgos Mariños

RE: Confirmación de entrevista



Victor Burgos Mariños <vburgosm@hotmail.com>
Mar 20/10/2020 10:01



Para: Carlos Eduardo Cabel Villarroel

Conforme estimado Carlos Cabel. Saludos.

De: Carlos Eduardo Cabel Villarroel <n00056511@upn.pe>
Enviado: martes, 20 de octubre de 2020 11:30
Para: vburgosm@hotmail.com <vburgosm@hotmail.com>
Asunto: Confirmación de entrevista

Buenos días, Dr. Víctor Burgos Mariños.

Le saluda el Bach. Carlos Eduardo Cabel Villarroel, egresado de la Universidad Privada del Norte, sede Trujillo.

Remito el presente correo con la finalidad de que, por favor, me brinde su confirmación del contenido de la entrevista consignada en mi tesis.

Adjunto la entrevista en formato pdf.

Muchas gracias por su tiempo.

Confirmación del Juez Superior Manuel Estuardo Luján Túpez

Confirmación de entrevista



Manuel Lujan Tupez <mlujantupez@yahoo.es>
Mar 20/10/2020 11:46



Para: Carlos Eduardo Cabel Villarroel

 Entrevista a Juez Superior Ma...
203 KB  

Buenas tardes
Bach. Don Carlos Eduardo Cabel Villarroel
Egresado de la Universidad Privada del Norte, sede Trujillo

Por la presente le brindo confirmación a la entrevista adjunta que en su oportunidad contesté para su tesis. Igual le adjunto firmada nuevamente la entrevista.

Quedo atento a cualquier indicación.

Dr. Manuel E. Luján Túpez
Juez Superior La Libertad
Docente 51 - 44 - 771707
966574334
mlujantupez@yahoo.es

Confirmación del Juez Eduardo Carlos Medina Carrasco.

Confirmación de entrevista.  1 

 EDUARDO MEDINA CARRASCO <ecmedina78@hotmail.com>
ail.com >
Mar 20/10/2020 17:19
Para: Carlos Eduardo Cabel Villarroel

Buenas noches,
Expreso mi conformidad con el contenido del archivo recibido, y obviamente con la entrevista realizada.
Atentamente

EDUARDO CARLOS MEDINA CARRASCO
Juez Especializado Titular
Corte Superior de Justicia de La Libertad

Confirmación del Abogado Edwin Adolfo Morocco Colque.

Confirmación de entrevista.  1 

 Edwin A. Morocco Colque <edwin.morocco@upn.edu.pe>
pe>
Jue 22/10/2020 9:43
Para: Carlos Eduardo Cabel Villarroel

Estimado bachiller Cabel Villarroel,
Por la presente, ratifico el contenido del documento adjunto.
Saludos.

Edwin Adolfo Morocco Colque
Docente Tiempo Completo de Derecho
Programa Adulto Trabajador
T. (44) 606 200 – Anexo 4075
Av. Del Ejército 920, Urb. El Molino, Trujillo.
La Libertad – Perú.
upn.edu.pe

 UNIVERSIDAD
PRIVADA DEL NORTE
LAUREATE INTERNATIONAL UNIVERSITIES



Confirmación del Fiscal Jeans Arno Velazco Hidalgo.

Confirmación de entrevista.  1 

 Jeans Arno Velazco Hidalgo <jvelazcodj@mpfn.gob.pe>
e>
Tue 22/10/2020 21:54
Para: Carlos Eduardo Cabel Villarroel

Buenas noches.

Confirmando la realización de la entrevista adjunta.
Saludos cordiales.

Jeans A. Velazco Hidalgo
Fiscal Provincial de Primera Fiscalía Provincial Penal de Chorrillos

Confirmación del Juez Rosendo Pompeyo Vía Castillo.

Confirmación de entrevista.  1 

 ROSENDO POMPEYO VIA CASTILLO <rpvcagitarario@hotmail.com>
>
Thu 23/10/2020 16:05
Para: Carlos Eduardo Cabel Villarroel

Hola Carlos.

Confirmando el contenido de la entrevista que me has remitido.
Un abrazo.
Atte.
Rosendo Vía Castillo.

Confirmación de la Jueza Sara Angélica Pajares Bazán.

Confirmación de entrevista.  1 

 sara angélica pajares bazán <sarapajares1@yahoo.es>
>
Thu 23/10/2020 19:33
Para: Carlos Eduardo Cabel Villarroel

Buenas noches
Señor Bachiller en Derecho
Carlos Eduardo Cabel Villarroel
Egresado de la Universidad Privada del Norte, Sede Trujillo.

Por la presente brindo mi conformidad al contenido de la entrevista adjunta en formato pdf, que en su oportunidad respondí para su Tesis de Pregrado.
Atentamente

Sara Angélica Pajares Bazán
Jueza Superior Titular
Presidente 3 SPA CSJ La Libertad.

Confirmación de la Jueza Norma Beatriz Carbajal Chávez.

Confirmación de entrevista.  2 

 NORMA BEATRIZ CARBAJAL CHAVEZ <normacarbajal26@hotmail.com>     

Dom 25/10/2020 15:00
Para: Carlos Eduardo Cabel Villarroel

Estimado bachiller Carlos Cabel Villarroel, ratifico el contenido de la entrevista que usted realizó a mi persona y que ha sido utilizada en su tesis sobre la tutela de derechos.
Atentamente,
Norma Beatriz Carbajal Chávez
Juez Superior CSJLL

Confirmación de la Jueza Irene Milagritos Cruzado Zapata.

Confirmación de entrevista.  1 

 Irene Milagritos Cruzado Zapata <milagritoscz1980@gmail.com>     

Dom 25/10/2020 18:35
Para: Carlos Eduardo Cabel Villarroel

CONFIRMADO. Si estoy conforme con lo consignado. Gracias.

Confirmación del Juez Juan Martín Ramírez Sáenz.

Confirmación de entrevista.  1 

 Juan Martin Ramirez Saenz <martinramirezpj@hotmail.com>     

Mar 27/10/2020 5:54
Para: Carlos Eduardo Cabel Villarroel

BACHILLER CARLOS EDUARDO CABEL VILLARROEL
POR ESTA VÍA Y CONFORME SE ME HA SOLICITADO, RATIFICO EL CONTENIDO DE LO QUE SE EXPRESA
COMO RESPUESTAS EN EL FORMATO DENOMINADO ENTREVISTA.
ATENTAMENTE
JUAN MARTÍN RAMÍREZ SÁENZ
JUEZ DEL PRIMER JUZGADO DE INVESTIGACION PREPARATORIA DE TRUJILLO

Con respecto a la entrevista realizada al Abogado Arsenio Oré Guardia, el audio de la entrevista se encuentra almacenada en el CD que se anexa a la tesis.

ANEXO 4

ACUERDO PLENARIO N.º 4-2010/CJ-116



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

**VI PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES
PERMANENTE Y TRANSITORIAS**

ACUERDO PLENARIO N.º 4-2010/CJ-116

*FUNDAMENTO: ARTÍCULO 116º TULO LOPJ
ASUNTO: AUDIENCIA DE TUTELA*

Lima, dieciséis de noviembre de dos mil diez.—

Los Jueces Supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1º. Las Salas Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización de la Presidencia de esta Suprema Corte dada mediante Resolución Administrativa N.º 165—2010P—PJ, y a instancias del Centro de Investigaciones Judiciales, acordaron realizar el VI Pleno Jurisdiccional de los Jueces Supremos de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial —en adelante, LOPJ—, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

2º. El Pleno Jurisdiccional se realizó en tres fases.

En la primera fase los Jueces Supremos discutieron y definieron la agenda para lo cual tuvieron en cuenta los diversos problemas y cuestiones de relevancia jurídica que han venido conociendo en sus respectivas salas en el último año. Fue así como se establecieron los siete temas de agenda así como sus respectivos problemas específicos.

La segunda fase, denominada participación ciudadana, tuvo como finalidad promover la intervención y el aporte de la comunidad jurídica del país para la solución de cada uno de los problemas antes planteados. Para ello se habilitó el foro de participación a través del portal de internet del Poder Judicial, habiendo logrado con ello una amplia participación de diversas instituciones de la capital así como de diversas provincias del país a través de sus respectivas ponencias. Luego de una debida selección de las ponencias presentadas, se realizó en fecha 4 de noviembre la audiencia pública en la que los representantes de todas las instituciones acreditadas sustentaron y debatieron sus respectivas ponencias ante el Pleno de los Jueces Supremos de ambas Salas Penales.

En dicha audiencia con relación al tema que aborda el presente Acuerdo sustentaron su ponencia los señores Mario Rodríguez Hurtado —en representación del Instituto



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
VI PLENO JURISDICCIONAL PENAL

de Ciencia Procesal Penal— y Frescia Sisi Villavicencio Ríos —en representación de la Escuela de Formación Procesal Penal Garantista – Huaura—, las mismas que se tuvieron en cuenta para la discusión del presente Acuerdo Plenario. Es así como finalmente se expide el presente Acuerdo Plenario, emitido conforme a lo dispuesto en el Artículo 116° de la LOPJ, que, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial a dictar este tipo de Acuerdos con la finalidad de concordar criterios jurisprudenciales de su especialidad.

3° La tercera fase del VI Pleno Jurisdiccional comprendió ya el proceso de discusión y formulación de los acuerdos plenarios cuya labor recayó en los respectivos Jueces Ponentes en cada uno de los siete temas. Esta fase culminó el día de la sesión plenaria realizada en la fecha con participación de todos los jueces integrantes de las Salas Permanente y Transitoria, interviniendo todos con igual derecho de voz y voto.

4°. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario.
Interviene como Ponente señor PRÍNCIPE TRUJILLO.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§ 1. Aspectos generales.

5°. El artículo 71° del NCPP prevé los derechos del imputado y, específicamente, en el apartado cuatro regula la denominada “Audiencia de tutela”. Esta figura legal está prevista en la Sección Cuarta “El Ministerio Público y los demás sujetos procesales”, Capítulo Primero “El imputado”, Título II “El imputado y el abogado defensor” del Libro Primero “Disposiciones Generales” del Nuevo Código Procesal Penal —en adelante, NCPP—.

Prescribe la citada norma que: “1. El imputado puede hacer valer por sí mismo, o a través de su Abogado Defensor, los derechos que la Constitución y las Leyes le conceden, desde el inicio de las primeras diligencias de investigación hasta la culminación del proceso... 4. Cuando el imputado considere necesario que durante las Diligencias Preliminares o en la Investigación Preparatoria no se ha dado cumplimiento a estas disposiciones, o que sus derechos no son respetados, o que es objeto de medidas limitativas de derechos indebidos o de requerimientos ilegales, puede acudir en vía de tutela al Juez de la Investigación Preparatoria para que subsane la omisión o dicte las medidas de corrección o de protección que correspondan. La solicitud del imputado se resolverá inmediatamente, previa constatación de los hechos y realización de una audiencia con intervención de las partes”.

6°. Los derechos fundamentales son aquellos que se encuentran incluidos en la Constitución Política como norma constitutiva y organizativa del Estado que son



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
VI PLENO JURISDICCIONAL PENAL

considerados como esenciales en el sistema político y que están especialmente vinculados a la dignidad humana. Es decir, son aquellos derechos que dentro del Ordenamiento Jurídico disfrutaban de un *estatus* especial en cuanto a garantías —de tutela y reforma—.

Es así que el reconocimiento y la preocupación por la plena vigencia de estos derechos son acontecimientos que cuentan con una relevancia trascendental, pues los mandatos de la Constitución adquieren una gran influencia, no sólo porque ocupa la posición de primer nivel en el ordenamiento jurídico —artículo 138º, segundo párrafo— sino porque materialmente en el proceso penal los derechos en conflicto son fundamentales, de relevancia constitucional, al estar integrados el derecho de punir que corresponde al juez —artículos 138º y 139º.10 de la Constitución— con los derechos del imputado que también están protegidos constitucionalmente —artículo 139º.14— [SAN MARTÍN CASTRO, César. (2003) *Derecho Procesal Penal*. 2da. Ed. Lima, Grijley E.I.R.L., p. 79].

7º. De lo expresado en el fundamento jurídico precedente se desprende que la Constitución, especialmente en su artículo 139º, ha reconocido un conjunto de derechos y principios procesales del que se derivan un conjunto de consecuencias en orden tanto a los derechos y garantías de los justiciables, cuanto a los límites de los poderes públicos. En este orden, es que la Constitución ha incorporado un conjunto de garantías genéricas y una extensa relación de garantías específicas que tienen que ver con una vasta relación de cláusulas de relevancia constitucional que definen los aspectos de la jurisdicción penal, la formación del objeto procesal y el régimen de actuación de las partes.

8º. Las garantías procesales genéricas son aquellas normas generales que guían el desenvolvimiento de la actividad procesal. En ocasiones sirven para reforzar el contenido de las garantías específicas. Su valor se acrecienta cuando se amparan en ellas garantías concretas que, por la circunstancia que fuere, no quedaron incluidas de modo expreso en la Constitución. Estas son:

- i) El debido proceso (artículo. 139º inciso 3).
- ii) El derecho a la tutela jurisdiccional (artículo 139º inciso 3).
- iii) El derecho a la presunción de inocencia (artículo 2º inciso 24. “e”).
- iv) El derecho de defensa (artículo 139º inciso 14).

9º. La Constitución se convierte así en el referente por antonomasia, no solo del legislador procesal sino de toda actuación de los encargados de la persecución penal, y de las personas que de una u otra manera se ven vinculadas a un caso penal. Esta afirmación implica un deber de protección de los derechos fundamentales durante todo el proceso penal, lo que no significa la omisión de tutelar otros bienes o valores jurídicos constitucionalmente valiosos, en la medida que tales derechos son relativos y no absolutos. Por ello, el Tribunal Constitucional ha sostenido que el respeto de los derechos fundamentales de los procesados no es incompatible con el deber de los jueces de determinar, dentro de un proceso penal debido, la responsabilidad penal del imputado [STC N° 9081-2006-PHC/TC, del 1 de junio de 2007].



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
VI PLENO JURISDICCIONAL PENAL

§ 2. *La audiencia de tutela. Alcances.*

10°. Los derechos fundamentales deben gozar de mayor protección y por ello es que a nivel procesal la Audiencia de tutela es uno de los principales aportes del nuevo sistema procesal. Los derechos protegidos a través de esta Audiencia son los que se encuentran recogidos taxativamente en el artículo 71° del NCPP. Son los siguientes: (i) conocimiento de los cargos inculcados, (ii) conocimiento de las causas de la detención, (iii) entrega de la orden de detención girada, (iv) designación de la persona o institución a la que debe avisarse de la detención y concreción inmediata de esto, (v) posibilidad de realizar una llamada, en caso se encuentre detenido, (vi) defensa permanente por un abogado, (vii) posibilidad de entrevistarse en forma privada con su abogado, (viii) abstención de declarar o declaración voluntaria, (ix) presencia de abogado defensor en la declaración y en todas las diligencias que requieran su concurso, (x) no ser objeto de medios coactivos, intimidatorios o contrarios a la dignidad, ni ser sometidos a técnicas o métodos que induzcan o alteren la libre voluntad, (xi) no sufrir restricciones ilegales, y (xii) ser examinado por un médico legista o por otro profesional de la Salud, cuando el estado de salud así lo requiera. En salvaguarda de su efectiva vigencia, de esta audiencia de tutela pueden emanar resoluciones judiciales que corrijan los desfueros cometidos por la Policía o los Fiscales, así como también protejan al afectado.

11°. La finalidad esencial de la audiencia de tutela es, entonces, la protección, resguardo y consiguiente efectividad de los derechos del imputado reconocidos por la Constitución y las leyes. Desde esta perspectiva, el Juez de 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 agravio. En otras palabras, su finalidad esencial consiste en que el Juez determine, desde la instancia y actuación de las partes, la vulneración al derecho o garantía constitucional prevista en la citada norma y realice un acto procesal dictando una medida de tutela correctiva —que ponga fin al agravio—, reparadora —que lo repare, por ejemplo, subsanando una omisión— o protectora.

12°. Un aspecto vital que es de destacar es que la tutela de derechos es un mecanismo eficaz tendiente al restablecimiento del *statu quo* de los derechos vulnerados, que encuentra una regulación expresa en el NCPP, y que debe utilizarse única y exclusivamente cuando haya una infracción —ya consumada— de los derechos que asiste al imputado. Como puede apreciarse, es un mecanismo o instrumento procesal que se constituye en la mejor vía reparadora del menoscabo sufrido, y que incluso puede funcionar con mayor eficiencia y eficacia que un proceso constitucional de habeas corpus [ALVA FLORIÁN, César A. (2004) *La Tutela de Derechos en el Código Procesal Penal de 2004*. Lima, Gaceta Jurídica, p. 13.]

13°. Dicho de otro modo, la Tutela de derechos es un instrumento idóneo para salvaguardar las garantías del imputado y, a su vez, regular las posibles



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
VI PLENO JURISDICCIONAL PENAL

desigualdades entre perseguidor y perseguido. Esta institución procesal penal es por tanto 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, siendo consciente que cualquier acto que traspase el marco de los derechos fundamentales podrá ser controlado por el Juez de la Investigación Preparatoria. Queda claro entonces que en el nuevo modelo procesal penal es fundamental la idea de control en el ejercicio del *ius puniendi* estatal.

En este sentido, aquellos requerimientos o disposiciones fiscales que vulneran derechos fundamentales constitucionales pero que tienen vía propia para la denuncia o control respectivo, no podrán cuestionarse a través de la audiencia de tutela. En efecto, ocurre que el NCPP ha establecido en varios casos mecanismos específicos para ventilar asuntos relativos a los derechos básicos del imputado, como sucede con las audiencias de control del plazo de las diligencias preliminares o de la investigación preparatoria formalizada (artículos 334°.1, 343°. 2) o con aquella que sustancia el reexamen de la intervención de las comunicaciones telefónicas o análogas (artículo 231°.3). Por ello no es errado afirmar que la audiencia de tutela es residual, esto es, opera siempre que el ordenamiento procesal no especifique un camino determinado para la reclamación por un derecho afectado [RODRÍGUEZ HURTADO, Mario, Ponencia presentada para la Audiencia Pública del VI Pleno Jurisdiccional se las Salas Penales de la Corte Suprema]. En esa misma línea, no podrá cuestionarse a través de la tutela la inadmisión de diligencias sumariales solicitadas por la defensa durante la investigación, pues, para este efecto rige lo dispuesto en el artículo 337°.4 del NCPP.

14°. Ahora bien, lo expuesto en el fundamento jurídico precedente no significa que el imputado o su abogado defensor puedan cuestionar a través de la audiencia de tutela cualquier tipo de disposición o requerimiento que haga el fiscal, pues solamente se pueden cuestionar los requerimientos ilegales que vulneran derechos fundamentales relacionados con los enumerados en el artículo 71° numerales del 1 al 3 del NCPP. Por lo tanto, aquellos requerimientos o disposiciones fiscales que vulneran derechos fundamentales pero que tienen vía propia para la denuncia o control respectivo, no podrán cuestionarse a través de la audiencia de tutela. En efecto, ocurre que el NCPP ha establecido en varios casos mecanismos específicos para ventilar asuntos relativos a los derechos básicos del imputado, como sucede como las audiencias de control del plazo de las diligencias preliminares o de la investigación preparatoria formalizada (artículos 334°.1, 343°.2) o con aquella que sustancia el reexamen de la intervención de las comunicaciones telefónicas o análogas (artículo 231.3). Por ello no es errado afirmar que la audiencia de tutela es residual, esto es, opera siempre que el ordenamiento procesal no especifique un camino determinado para la reclamación por un derecho afectado¹.

15°. Siendo ello así, el Juez de la Investigación Preparatoria está obligado a convocar a audiencia de tutela si se presenta una solicitud para la tutela del respeto a un

¹ RODRÍGUEZ HURTADO, Mario: Ponencia presentada para la Audiencia Pública del VI Pleno Jurisdiccional se las Salas Penales de la Corte Suprema.

 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
VI PLENO JURISDICCIONAL PENAL

derecho fundamental que no tiene vía propia. No obstante, debe de realizar una calificación del contenido de la solicitud porque eventualmente el agravio puede constituirse en irreparable si se cita a audiencia, por lo que en este caso excepcionalmente puede resolver de manera directa y sin audiencia. Asimismo, no está obligado a convocar a audiencia de tutela en los casos que aprecie manifiesta intención del imputado o de su abogado defensor de obstruir la labor de investigación de la fiscalía en vez de debatir sobre la existencia de un agravio de derechos. El Juez, por tanto, está habilitado para realizar un control de admisibilidad de la petición respectiva y, en su caso, disponer el rechazo liminar, cuidando siempre de verificar cada caso en particular para no dejar en indefensión al imputado.

16°. Por otro lado, si bien los actos de investigación realizados por el Ministerio Público gozan de amparo legal por tratarse de la autoridad pública encargada de la persecución del delito, ello no implica que sean inatacables o incuestionables, puesto que han de sujetarse a la ley y al principio de objetividad. Es decir, estos actos de investigación podrán quedar viciados o excluidos, según el caso, si se vulneraron derechos fundamentales que se encuentran recogidos en el artículo 71° NCPP, esto es, si por ejemplo se efectuó su detención sin haberle puesto en conocimiento al imputado de los derechos fundamentales que le asisten, por lo que el Juez en audiencia de tutela dictará las medidas que correspondan de acuerdo a ley.

17°. Asimismo, a través de la audiencia de tutela se podrá solicitar la exclusión del material probatorio obtenido ilícitamente —en los casos en que ésta sea la base de sucesivas medidas o diligencias— siempre que no exista una vía propia para alcanzar este propósito y que tenga que ver con la afectación o vulneración de alguno de los derechos fundamentales del imputado reconocido en el artículo 71° NCPP. La posibilidad de atacar el material probatorio obtenido ilegalmente deriva del reconocimiento del principio de legitimidad de la prueba —axioma que instruye que todo medio de prueba será valorado sólo si ha sido obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo, y que carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona— que se encuentra establecido en el artículo VIII del Título Preliminar del NCPP y de la utilización de la prueba —regulado en el artículo 159° del acotado Código— que establece que el Juez no podrá utilizar, directa o indirectamente, las fuentes o medios de prueba obtenidos con vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona. Lo anotado hace viable que en la Audiencia de tutela se cuestionen los elementos probatorios obtenidos mediante procedimientos ilegales o viciosos y que una vez comprobada su ilicitud el Juez determine su exclusión, como medida correctiva o de protección.

18°. Otro de los problemas recurrentes que es del caso abordar en el presente acuerdo es el relativo al cuestionamiento de la Disposición de Formalización de la Investigación Preparatoria a través de la Audiencia de Tutela, es decir, si es posible activar —desde la defensa— una vía de control judicial de la referida disposición fiscal. Sobre el particular y, en principio, debemos descartar esta posibilidad, fundamentalmente porque, como se ha enfatizado, la vía de la tutela sólo está



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
VI PLENO JURISDICCIONAL PENAL

habilitada para aquellos casos en los que se vulnere algunos de los derechos esenciales asociados en términos amplios a la defensa. Por lo demás debe quedar claro que la Disposición en cuestión es una actuación unilateral del Ministerio Público y no puede ser impugnada ni dejada sin efecto por el Juez de la Investigación Preparatoria. Cumple una función esencialmente garantista: informa al imputado de manera específica y clara acerca de los hechos atribuidos y su calificación jurídica, esto es, el contenido de la imputación jurídico penal que se dirige en su contra. Además, ya en el proceso formalmente iniciado, las partes pueden hacer uso de los medios de defensa técnico para evitar un proceso en el que no se haya verificado los presupuestos esenciales de imputación. Piénsese por ejemplo en la declaración de atipicidad a través de la excepción de improcedencia de la acción o en la de prescripción ordinaria, si es que antes de la Formalización de la Investigación Preparatoria se cumplió el plazo correspondiente.

19°. En síntesis, es de afirmar, que la Tutela de Derechos es una garantía de específica relevancia procesal penal, que puede usar el imputado cuando ve afectado y vulnerado uno o varios derechos establecidos específicamente en el artículo 71° del NCPP, quien puede acudir al Juez de Investigación Preparatoria para que controle judicialmente la legitimidad y legalidad de los actos de investigación practicados por el Ministerio Público y repare, de ser el caso, las acciones u omisiones que generaron el quebrantamiento del derecho de las partes procesales. La vía de tutela judicial sólo podrá hacerse efectiva durante las diligencias preliminares y en la investigación preparatoria propiamente dicha.

III. DECISIÓN

20°. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial;

ACORDARON:

21°. **ESTABLECER** como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 10° al 19°.

22°. **PRECISAR** que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22° de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116° del citado estatuto orgánico.

23°. **PUBLICAR** el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial "El Peruano". Hágase saber.



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
VI PLENO JURISDICCIONAL PENAL

Ss.

SAN MARTÍN CASTRO

LECAROS CORNEJO

PRADO SALDARRIAGA

RODRÍGUEZ TINEO

BARRIOS ALVARADO

PRÍNCIPE TRUJILLO

NEYRA FLORES

BARANDIARÁN DEMPWOLF

CALDERÓN CASTILLO

SANTA MARIA MORILLO

[Handwritten signature]

[Handwritten signature]

[Handwritten signature]

[Handwritten signature]

[Handwritten signature]

SE PUBLICO CONFORME A LEY

[Handwritten signature]
Dra. PILAR SALAS CAMPOS
Secretaría de la Sala Penal Permanente
CORTE SUPREMA

ANEXO 5

ACUERDO PLENARIO N.º 2-2012/CJ-116



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

**I PLENO JURISDICCIONAL EXTRAORDINARIO DE LAS
SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIA**

ACUERDO PLENARIO N.º 2-2012/CJ-116

FUNDAMENTO: ARTÍCULO 116º TUO LOPJ
ASUNTO: AUDIENCIA DE TUTELA E IMPUTACIÓN SUFICIENTE

Lima, veintiséis de marzo de dos mil doce.-

El Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la República y los Jueces Supremos de lo Penal de este Máximo Tribunal de Justicia Ordinario, reunidos en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1º. Las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Presidente del Poder Judicial mediante Resolución Administrativa N.º 053-2012-P-PJ, y el concurso del Centro de Investigaciones Judiciales, bajo la coordinación del señor Prado Saldarriaga, acordaron realizar el I Pleno Jurisdiccional Extraordinario Penal -que incluyó el Foro de "Participación Ciudadana"- de los Jueces Supremos de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial -en adelante, LOPJ-, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

2º. El I Pleno Jurisdiccional Extraordinario Penal se realizó en tres etapas. La primera etapa tuvo como finalidad convocar a la comunidad jurídica y a la sociedad civil del país, quienes intervinieron con sus valiosos aportes en la identificación y análisis de los tres problemas hermenéuticos y normativos seleccionados. Para ello se habilitó el Foro de "Participación Ciudadana" a través del portal de internet del Poder Judicial, de suerte que se logró una amplia participación de la comunidad jurídica y de diversas instituciones del país a través de sus respectivas ponencias y justificación.

3º. La segunda etapa consistió en el desarrollo de la Audiencia Pública, que se llevó a cabo el doce de marzo del presente año. En ella, los representantes de la comunidad jurídica e instituciones acreditadas sustentaron y debatieron sus respectivas ponencias ante el Pleno de los Jueces Supremos de ambas Salas Penales, interviniendo en el análisis del tema del presente Acuerdo Plenario, los señores Giammpol Taboada Pilco (Juez de Investigación Preparatoria de La Libertad); Julio Cesar Espinoza Goyena



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
I PLENO JURISDICCIONAL PENAL EXTRAORDINARIO

(Representante del Instituto de Ciencia Procesal Penal); Eduardo Remi Pachas Palacios y Mario Pablo Rodríguez Hurtado, profesores de derecho procesal penal.

4°. La tercera etapa del I Pleno Jurisdiccional Extraordinario Penal comprendió el proceso de discusión y formulación de los Acuerdos Plenarios, con la designación de Jueces Supremos Ponentes para cada uno de los tres temas seleccionados. Esta fase culminó el día de la Sesión Plenaria realizada en la fecha con participación de todos los Jueces integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria (a excepción del doctor Pariona Pastrana, quien se encontraba de vacaciones), con igual derecho de voz y voto. Es así, como finalmente se expide el presente Acuerdo Plenario, emitido conforme a lo dispuesto en el Artículo 116° de la LOPJ, que faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial a pronunciar resoluciones vinculantes con el fin de concordar criterios jurisprudenciales de su especialidad.

5°. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario.

Interviene como Ponente el señor SAN MARTÍN CASTRO.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

6°. Los rasgos generales o características esenciales de la acción de tutela jurisdiccional penal, normada en el artículo 71° del Nuevo Código Procesal Penal –en adelante, NCPP– han sido abordados en el Acuerdo Plenario N° 4-2010/CJ-116.

Los derechos fundamentales que se protegen son aquellos previstos en el citado artículo 71° NCPP. Uno de ellos es el: conocimiento de los cargos formulados en contra del imputado (artículo 71°.2, 'a'). Debe entenderse por 'cargos penales', aquella relación o cuadro de hechos –acontecimiento histórico–, de relevancia penal, que se atribuye al imputado y que, *prima facie*, justifican la inculpación formal del Ministerio Público.

El artículo 336°.2, 'b' NCPP, sobre este extremo, fija como contenido de la Disposición de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria –en adelante, DFCIP–, “*los hechos y la tipificación específica correspondiente. El Fiscal podrá, si fuera el caso, consignar tipificaciones alternativas al hecho objeto de investigación, indicando los motivos de esa calificación*”.

7°. Es evidente, por lo demás, que el nivel de precisión de los hechos –que no de su justificación indiciaria procedimental–, atento a la propia naturaleza jurídica de la DFCIP y del momento procesal de ejercicio o promoción de la acción penal por el Fiscal, debe ser compatible –cumplidos todos los presupuestos procesales– con el grado de sospecha inicial simple, propia de la necesidad de abrir una instancia de persecución penal –es decir, que impulse el procedimiento de investigación–. Tal consideración, como se sabe, ha de estar alejada de las meras presunciones, y fundada en puntos de partida objetivos y asentada en la experiencia criminalística de que, en pureza, existe un hecho de apariencia delictiva perseguible –presupuesto jurídico material– atribuible a una o varias personas con un nivel de individualización razonable y riguroso.



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
I PLENO JURISDICCIONAL PENAL EXTRAORDINARIO

Lo expuesto explica que una de las características del hecho investigado es su variabilidad durante el curso de la etapa de investigación preparatoria –o, mejor dicho, ‘delimitación progresiva del posible objeto procesal’–, y que el nivel de precisión del mismo –relato del hecho histórico y del aporte presuntamente delictivo de los implicados por la Fiscalía– tiene un carácter más o menos amplio o relativamente difuso. No es lo mismo un delito flagrante, que uno referido a sucesos complejos y de determinación inicial algo incierta y, por tanto, de concreción necesariamente tardía. En iguales términos, como no podía ser de otro modo, se ha pronunciado la STC N° 4726-2008-PHC/TC, del 19 de marzo de 2009, aunque es de aclarar que el nivel de detalle del suceso fáctico está en función a su complejidad y no necesariamente a su gravedad.

8°. En nuestro nuevo sistema procesal penal no corresponde al órgano jurisdiccional, como en otros contados modelos procesales, un amplio control de los presupuestos jurídico-materiales en sede de investigación penal preparatoria, cuyo señorío ejerce a plenitud el Ministerio Público –distinto es el caso, por cierto, de las otras etapas o fases procesales– (verbigracia: artículo 15°.3 del Estatuto de Roma de la Corte Penal).

Bastaría, en principio, la mera afirmación por el Fiscal de un suceso aparentemente típico para la configuración formalmente válida del proceso penal –el acto de imputación, si bien procesal, no es jurisdiccional–. Sólo en definidos momentos y precisos actos procesales está reservado al órgano jurisdiccional intervenir para enmendar presuntos desafueros del Fiscal a propósito de la expedición de la DFCIP. Este sería el caso, por ejemplo, de la delictuosidad del hecho atribuido y de los presupuestos procesales, en que el NCPP prevé vías específicas para su control jurisdiccional –el supuesto más notorio es el de la excepción de improcedencia de acción: artículo 6°.1, ‘b’ NCPP–.

9°. Es evidente, asimismo, que no puede cuestionarse en vía de tutela jurisdiccional penal el nivel de los elementos de convicción o su fuerza indiciaria para anular la DFCIP, puesto que se trata de un presupuesto procesal –bajo cargo exclusivo de la jurisdicción ordinaria (así, STC N° 4845-2009-PHC/TC, del 7 de enero de 2010)–, cuyo control está reservado al requerimiento fiscal que da por concluida la fase de investigación preparatoria e inicia la etapa intermedia, en cuyo caso se exige, ya no sospecha inicial simple, sino ‘sospecha suficiente’ –se ha de esperar una condena con fuerte probabilidad, sospecha que a su vez alcanza a un convencimiento por el órgano jurisdiccional de la existencia de los presupuestos procesales y de la punibilidad de la conducta imputada–, plenamente controlable en este caso (vid: artículos 344°.1, 346°.1, 350°.1, ‘a’ y 352°.2 y 4 NCPP).

Así las cosas, se entiende que el párrafo 14° del Acuerdo Plenario N° 4-2010/CJ-116 limite el ejercicio de la acción de tutela, a la que califica de “residual”, a los derechos taxativamente enumerados en el artículo 71° NCPP, y que el párrafo 18° fije como criterio base la irrecurribilidad de la DFCIP.

10°. Ahora bien, la garantía de defensa procesal, desarrollada por el artículo IX del Título Preliminar del NCPP, incluye, aparte de los llamados ‘derechos instrumentales’ (derecho a la asistencia de abogado, utilización de medios de prueba pertinente, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable), los denominados ‘derechos



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
I PLENO JURISDICCIONAL PENAL EXTRAORDINARIO

sustanciales', que son presupuestos básicos de su debido ejercicio, entre ellos la comunicación detallada de la imputación formulada contra el imputado. Su efectividad, sin duda, como correlato del conocimiento de los cargos (artículo 72°.2, 'a' NCPP), requiere inexorablemente de que los hechos objeto de imputación en sede de investigación preparatoria (vid: artículo 342°.1 NCPP) tengan un mínimo nivel de detalle que permita al imputado saber el suceso histórico que se le atribuye y la forma y circunstancias en que pudo tener lugar.

Tal dato es indispensable para que pueda ejercer una defensa efectiva, la cual no puede quedar rezagada a la etapa intermedia o a la etapa principal de enjuiciamiento: la defensa se ejerce desde el primer momento de la imputación (vid: artículo 139°.14 de la Constitución), que es un hecho procesal que debe participarse a quien resulte implicado desde que, de uno u otro modo, la investigación se dirija contra él, sin que haga falta un acto procesal formal para que le reconozca viabilidad.

Es evidente, a partir del modelo procesal asumido por el NCPP, que el imputado, en un primer momento, deberá acudir al propio Fiscal para solicitar las subsanaciones correspondientes en orden a la precisión de los hechos atribuidos –este derecho de modo amplio lo reconoce el artículo 71°.1 NCPP–.

11°. Muy excepcionalmente, ante la desestimación del Fiscal o ante la reiterada falta de respuesta por aquél –que se erige en requisito de admisibilidad–, y siempre frente a una omisión fáctica patente o ante un detalle de hechos con entidad para ser calificados, de modo palmario, de inaceptables por genéricos, vagos o gaseosos, o porque no se precisó el aporte presuntamente delictivo del imputado, cabría acudir a la acción jurisdiccional de tutela penal.

En este caso la función del Juez de la Investigación Preparatoria –ante el incumplimiento notorio u ostensible por el Fiscal de precisar los hechos que integran los cargos penales– sería exclusiva y limitadamente correctora –disponer la subsanación de la imputación plasmada en la DFCIP, con las precisiones que luego de la audiencia sería del caso incorporar en la decisión judicial para evitar inútiles demoras, pedidos de aclaración o corrección, o cuestionamientos improcedentes–. Bajo ningún concepto el auto judicial puede ser anulatorio y, menos, de archivo o sobreseimiento anticipado de la investigación.

III. DECISIÓN

12°. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la intervención del Presidente del Poder Judicial, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial;

ACORDARON:

13°. ESTABLECER como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 6° al 11°.



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
I PLENO JURISDICCIONAL PENAL EXTRAORDINARIO

14°. PRECISAR que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22° de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116° del citado Estatuto Orgánico.

15°. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial "El Peruano". Hágase saber.-

Ss.

SAN MARTÍN CASTRO

VILLA STEIN

LECAROS CORNEJO

PRADO SALDARRIAGA

RODRÍGUEZ TINEO

BARRIOS ALVARADO

SALAS ARENAS

PRÍNCIPE TRUJILLO

NEYRA FLORES

VILLA BONILLA

MORALES PARRAGUÉZ

ANEXO 6

CASACIÓN N.º 136-2013-TACNA



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N.º 136-2013
TACNA

SUMILLA: La audiencia de tutela de derechos solo puede ser instada a efectos de debatir la afectación de derechos del imputado dispuestos en el artículo 71 del código procesal penal. La confirmatoria de incautación es un acto procesal necesario para dotar de valor instrumental a la incautación.

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, once de junio de dos mil catorce.-

VISTOS; el recurso de casación interpuesto por la abogada representante legal de SUNAT contra la resolución de vista emitida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Tacna, del treinta y uno de agosto del dos mil once, que revocó la resolución número dos de fecha primero de julio del dos mil once, que declaró improcedente el pedido de tutela de derechos solicitado por la defensa técnica de Roomi Saqib y Syed Munner Raza, y reformándola declararon fundado el pedido de tutela de derechos y ordenaron al Juez de primera instancia disponga la restitución de los bienes incautados a la empresa Autocraft Peru Sociedad de Responsabilidad Limitada y el levantamiento de toda restricción respecto de los vehículos incautados; con la fundamentación del recurso de casación en audiencia pública. Interviniendo como ponente el señor Juez Supremo Luis Alberto Cevallos Vegas.

CONSIDERANDO:

PRIMERO. FUNDAMENTOS DEL RECURSO

1.1. La abogada representante de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria en su recurso de casación, invoca como causales de procedencia del recurso: a) La errónea interpretación de



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N.º 136-2013
TACNA

doctrina jurisprudencial en cuanto al acuerdo plenario N° 5-2010/CJ-116, respecto de los efectos jurídicos de la desaprobación de la medida de incautación; y b) Inaplicación de normas jurídicas penales especiales, como el artículo 13 de la ley de delitos aduaneros, respecto a la devolución de bienes objeto del delito aduanero de tráfico de mercancías prohibidas o restringidas.

1.2. Indica como fundamentos de su recurso que: a) a través de la audiencia de tutela de derechos solamente se puede cuestionar los requerimientos ilegales que vulneren derechos fundamentales relacionados con los enumerados en el artículo 71 numerales 1 al 3 del Código Procesal Penal de 2004. En ese sentido, el pedido del abogado de los procesados debió ser declarado improcedente, toda vez que la medida de incautación recaía sobre los 193 vehículos de propiedad de las empresas procesadas no vulnera ningún derecho del artículo 71; b) se ha inaplicado el artículo 13 de la ley de delitos aduaneros, por cuanto, no se puede disponer la devolución de bienes incautados por delito de contrabando hasta que exista auto de sobreseimiento, sentencia condenatoria o absolutoria proveniente de resolución firme, que ordene su decomiso o disponga la devolución; y, c) los efectos de no confirmar una incautación no repercute en la validez de ésta, la confirmatoria solo dota de naturaleza instrumental y efectos probatorios a la medida.

SEGUNDO. ITINERARIO DE LA CAUSA

2.1. Mediante resolución número uno de fecha 11 de marzo de 2011, el Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria de la Corte Superior de Justicia de Tacna, declaró fundado en parte el requerimiento de confirmatoria de incautación solicitado por el representante del Ministerio Público, respecto de 193 vehículos incautados por presunto ingreso ilegal al territorio nacional por la Empresa Autocraft Perú SRL. Esta decisión fue



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N.º 136-2013
TACNA

Impugnada por la empresa afectada con la medida y por el Ministerio Público; siendo que la Sala Penal de Apelaciones que resolvió los recursos declaró fundada la oposición al requerimiento de confirmatoria de incautación y desaprobó en su totalidad el acta de incautación de fecha 3 de febrero de 2011, por considerar que no existen indicios de criminalidad, al no haberse acreditado mínimamente que los bienes importados tengan naturaleza ilegal que justifique la medida de incautación.

2.2. Con posterioridad a la emisión de dicha resolución, la empresa afectada por la medida solicitó en más de una oportunidad al Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria de Tacna, se cursen oficios a la oficina de Aduanas de Tacna para que proceda conforme a la resolución de la Sala de Apelaciones que desaprobó la medida de incautación. Consiguiendo con ello que se curse oficio a la oficina de Aduanas en Tacna y que el Juzgado responda que dicha entidad ya tenía conocimiento de la decisión del superior.

2.3. A consecuencia de ello, el abogado de Roomi Saqib y Syed Muneer Raza, solicitó en vía de tutela de derechos se disponga la devolución de los bienes incautados al haberse desaprobado la medida de incautación que recayó sobre ellos, alegando la afectación del derecho a la tutela procesal efectiva.

2.4. El Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria de Tacna, programó audiencia de control de acusación, la cual se realizó con la concurrencia de la parte solicitante y del representante del Ministerio Público, declarando improcedente el pedido de tutela de derechos al considerar que lo buscado por el solicitante era la ejecución de la resolución judicial que desaprobaba en su totalidad el requerimiento de confirmatoria de la



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N.º 136-2013
TACNA

incautación, derecho que no se encontraba comprendido entre los que se protege a través de esta institución.

2.5. Dicha decisión fue impugnada por los procesados y mediante resolución número 8 de fecha 31 de agosto del 2011, la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Tacna declaró fundada la solicitud de tutela de derechos y ordenó que el Juez de Investigación Preparatoria disponga la devolución de los bienes incautados a la empresa Autocraft Perú S.R.L. y el levantamiento de toda restricción respecto de los vehículos incautados.

2.6. Dicha resolución expedida por la Sala de Apelaciones, fue impugnada en vía de recurso de casación por la Superintendencia Nacional de Administración Tributario y mediante Ejecutoria Suprema de fecha 23 de agosto del dos mil trece, se declaró bien concedido el recurso de casación y se dejó expedita para vista de la causa.

TERCERO. FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN

3.1. Del análisis del recurso de casación, las causales de procedencia alegadas, los fundamentos de la Ejecutoria que concedió el recurso y los agravios fundamentados en audiencia por la parte recurrente, se puede colegir que los problemas planteados para el desarrollo de doctrina jurisprudencial son los siguientes: a) los derechos protegidos a través de la solicitud de tutela de derechos y b) los efectos producidos por la no confirmatoria judicial de la incautación. Y en cuanto a la inaplicación de una norma penal el siguiente: a) la aplicación del artículo 13 de la ley N.º 28008, Ley de los Delitos Aduaneros.



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N.º 136-2013
TACNA

SOBRE LA TUTELA DE DERECHOS

3.2. El inciso 1), del artículo 71º del Código Procesal Penal de 2004, reconoce la posibilidad que tiene el imputado de hacer valer sus derechos reconocidos por la Constitución de *motu proprio* o a través de su abogado defensor; asimismo, el inciso 2) de la misma disposición, reconoce taxativamente derechos procesales del imputado, los cuales deben ser comunicados de manera inmediata y comprensible cuando exista una imputación penal en su contra. De igual forma, el inciso 4), establece que: “[...] cuando el imputado considere que durante las Diligencias Preliminares o en la Investigación Preparatoria no se ha dado cumplimiento a estas disposiciones, o que sus derechos no son respetados, o que es objeto de medidas limitativas de derechos indebidas o de requerimientos ilegales, puede acudir en vía de tutela al Juez de la Investigación Preparatoria para que subsane la omisión o dicte las medidas de corrección o de protección que correspondan. La solicitud del imputado se resolverá inmediatamente, previa constatación de los hechos y realización de una audiencia con intervención de las partes”.

3.3. La audiencia de tutela de derechos tiene por finalidad: “[...] la protección, resguardo y consiguiente efectividad de los derechos del 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 71º del NCPP, responsabilizando al Fiscal o a la Policía del agravio. En otras palabras, su finalidad esencial consiste en que el Juez determine, desde la instancia y actuación de las partes, la vulneración al derecho o garantía constitucional prevista en la citada norma y realice un acto procesal



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N.º 136-2013
TACNA

dictando una medida de tutela correctiva –que ponga fin al agravio–, reparadora –que lo repare, por ejemplo, subsanando una omisión– o protectora”.¹

3.4. La tutela de derechos como institución procesal, tiene una finalidad protectora del imputado, quien en su calidad de parte acusada, se ve sometido al aparato estatal durante la investigación del delito a cargo de la Policía Nacional del Perú y el Ministerio Público, que por el especial papel que desempeñan en la lucha contra la criminalidad, en ciertos casos, incurrir en excesos o negligencias, las cuales no pueden adjudicarse gratuitamente al procesado, por ello, el legislador ha establecido esta institución procesal, para que sea el juez quien controle estas falencias en el propio aparato estatal. No obstante, no toda afectación se puede reclamar a través de la audiencia de tutela de derechos, por cuanto, al ser una institución procesal el legislador y la jurisprudencia se han establecido mecanismos específicos para determinados actos (v.gr. el exceso de plazo en la investigación se discute a través del control de plazos).

Esta Corte Suprema a través de los Acuerdos Plenarios Penal N° 04-2010-CJ-116 y N°02-2012-CJ-116 de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República ha desarrollado la institución de la tutela de derechos, habiéndose establecido como derechos legitimados para ser recurridos en vía de tutela los establecidos en el artículo 71 del Código Procesal Penal del 2004, constituyendo ésta una lista cerrada de derechos.

3.5. Se verifica de autos que la pretensión de la solicitud de tutela de derechos fue la ejecución de la decisión judicial que disponía la no

¹ Acuerdo Plenario Penal N° 04-2010-CJ-116, de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República. Fundamento jurídico 11.



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N.º 136-2013
TACNA

confirmación de la incautación, siendo ello así, se reclamaba la imposibilidad del juzgado de Investigación Preparatoria de ejecutar dicha resolución, pretensión a la cual accedió la Sala de Apelaciones en vía de tutela de derecho, haciendo la salvedad que pese a no estar dentro de los derechos tutelados a través de esta institución se declaraba fundada la solicitud atendiendo al tiempo excesivo que los bienes se encontraban incautados pese a que la incautación no fue confirmada judicialmente.

3.6. Siendo que con anterioridad ya se ha determinado qué derechos pueden ser objeto de tutela, el derecho de ejecución de las resoluciones judiciales (comprendido dentro de la tutela procesal efectiva) no ha sido considerado dentro de dicho listado cerrado, por lo cual discrecionalmente los órganos jurisdiccionales no puede incorporar nuevos supuestos de procedencia, al dejar abierta la posibilidad de que se haga un uso abusivo, ilegítimo, se desnaturalice la figura de tutela y se permita al órgano jurisdiccional un control total tanto de las actuaciones de la Policía como del Ministerio Público.

3.7. En ese sentido, el recurso debe ser declarado fundado, por cuanto, el derecho que se ha pretendido tutelar no se encuentra dentro de los previstos para la procedencia de esta institución jurídica, debiéndose reiterar que solo pueden ser objeto de tutela las afectaciones a los derechos comprendidos en el artículo 71 del Código Procesal Penal .

SOBRE LA CONFIRMATORIA DE INCAUTACIÓN

3.8. Con el rótulo de "incautación", el Código Procesal Penal del 2004, ha establecido dos instituciones jurídico procesales, una como medida de búsqueda de pruebas con restricción de derechos y otra como medida de coerción. En ambos casos es un acto de autoridad que limita las facultades de dominio respecto de bienes o cosas relacionadas, de uno u otro modo,



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N.º 136-2013
TACNA

con el hecho punible. En el primer caso, su función es primordialmente conservativa –de aseguramiento de fuentes de prueba material– y, luego, probatoria que ha de realizarse en el juicio oral. En el segundo caso, su función es substancialmente de prevención del ocultamiento de bienes sujetos a decomiso y de impedimento a la obstaculización de la averiguación de la verdad. Aún cuando en la identificación de los bienes sujetos a una u otra medida existen ámbitos comunes –pueden cumplir funciones similares–, lo esencial estriba en la función principal que cumplen, básicamente de cara a la posibilidad de una consecuencia accesorias de decomiso.

3.9. El artículo 316 del Código Procesal Penal establece que “[...] los efectos provenientes de la infracción penal o los instrumentos con que se hubiere ejecutado, así como los objetos permitidos por la ley siempre que exista peligro por la demora pueden ser incautados durante las primeras diligencias y en el curso de la investigación, ya sea por la Policía o por el Ministerio Público, debiendo el Fiscal requerir inmediatamente al Juzgado de Investigación Preparatoria la expedición de una resolución confirmatoria, la cual se emitirá sin trámite alguno en el plazo de dos días”. Asimismo, el inciso 2), del artículo 218 del mismo cuerpo normativo establece que: “[...] la Policía no necesitará autorización del Fiscal ni orden judicial cuando se trata de una intervención en flagrante delito o peligro inminente de su perpetración, de cuya ejecución dará cuenta inmediata al Fiscal. Cuando existe peligro por la demora, la exhibición o la incautación debe disponerla el Fiscal. En todos estos casos, el Fiscal una vez que tomó conocimiento de la medida o dispuso su ejecución, requerirá al Juez de la Investigación Preparatoria la correspondiente resolución confirmatoria.”

3.10. En ambos casos, el legislador ha establecido como imperativa la obligación del Ministerio Público, debe recurrir al órgano jurisdiccional



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N.º 136-2013
TACNA

para la expedición de la resolución confirmatoria, lo que evidencia que la medida ya sea instrumental o cautelar, siempre será necesaria la revisión del órgano jurisdiccional y la expedición de la correspondiente resolución confirmatoria. En ese sentido, los juzgados que evalúen dichos requerimientos deberán revisar no solo el plazo en el que es presentado el requerimiento, sino además y con mayor rigor, la proporcionalidad de la medida, la existencia efectiva de elementos de convicción que acrediten la relación con un evento delictivo, la fundamentación suficiente en la que se haga distinción en el tipo de incautación, la necesidad de la misma y los efectos sobre derechos del titular de los bienes.

3.11. De ser el caso, que el órgano jurisdiccional considere mediante resolución firme, que la medida no debe ser confirmada al no existir elementos de convicción que acrediten la vinculación del bien con el delito que se está sustanciando, este escenario hace desaparecer el presupuesto principal de la incautación, por lo cual, los bienes que han sido objeto de intervención por la Policía o Ministerio Público, deberán ser puestos a disposición de sus legítimos propietarios, esto no solo reduce al mínimo la afectación al derecho de propiedad sino también garantizar que terceros que nada tuvieron que ver en el evento delictivo se vean afectados injustificadamente por la medida.

Los efectos del incumplimiento de la presentación o la presentación tardía del requerimiento de confirmatoria de incautación, solo acarrearán responsabilidad administrativa del fiscal encargado, pero en ningún caso la nulidad de la materialización de la medida. De darse esta circunstancia el titular del bien, que verifique la falta del requerimiento de confirmatoria, podrá recurrir en principio ante el fiscal encargado y al no obtener respuesta o obtener una negativa, podrá recurrir al órgano jurisdiccional, quien deberá evaluar las circunstancias con citación del fiscal y resolver lo que al caso concreto atañe.



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N.º 136-2013
TACNA

ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

3.12. Si bien en el presente caso la Sala de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Tacna dispuso la devolución de los bienes incautados por considerar que no habían elementos de convicción que evidencien la comisión del delito de contrabando, esta decisión no debió ser conducida por la vía de la tutela de derechos por desnaturalizarse dicha vía, sino que debió ejercer medidas de coerción para el efectivo cumplimiento de sus resoluciones Judiciales de corresponder ello.

3.13. En cuanto al agravio que denuncia la no aplicación del artículo 13 de la ley N.º 28008, Ley de los Delitos Aduaneros, debe indicarse que efectivamente dicha disposición normativa restringe la posibilidad de devolución de los bienes incautados relacionados con delitos aduaneros, a la concurrencia de una resolución firme que declare la absolución o el sobreseimiento de la causa, es decir, que exista un pronunciamiento de fondo respecto de la comisión del ilícito penal. Existiendo regulación expresa a través de una norma especial, la devolución de las mercancías, medios de transporte, bienes y efectos que sean considerados como susceptibles de ser incautados por tener relación con delitos aduaneros, solo podrán ser devueltos cuando exista sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento firme que así lo disponga, mientras no medida estas resoluciones permanecerán bajo custodia de la administración tributaria a pesar de no haberse confirmado la incautación.

3.14. En consecuencia, conforme a lo anteriormente expuesto, se concluye que la Sala Superior incurrió en falta de aplicación del artículo 13 de la ley N.º 28008, Ley de los Delitos Aduaneros, por cuanto se dispuso de la devolución de bienes considerados objeto de delitos aduaneros sin mediar una sentencia absolutoria o un auto de sobreseimiento firme.



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N.º 136-2013
TACNA

DECISIÓN:

Por estos fundamentos:

I. Declararon **FUNDADO** el recurso de casación por motivo de una indebida aplicación, una errónea interpretación o una falta de aplicación de la Ley penal o de otras normas jurídicas necesarias para su aplicación y para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial, interpuesto por la abogada representante legal de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria; en consecuencia:

II. **CASARON** la resolución de vista emitida por la Sala Penal Superior de la Corte Superior de Justicia de Tacna, del treinta y uno de agosto del dos mil once, que revocó la resolución número dos de fecha primero de julio del dos mil once, que dispone declarar improcedente el pedido de tutela de derechos solicitado por el abogado defensor de Roomi Saqib y Syed Munner Raza, y reformándola declararon fundado el pedido de tutela de derechos y ordenaron al Juez de primera instancia disponga la restitución de los bienes incautados a la empresa Autocraft Peru SRL y el levantamiento de toda restricción respecto de los vehículos incautados; y emitiendo pronunciamiento sobre el fondo y actuando como órgano de instancia: **CONFIRMARON** la resolución de primera instancia de fecha primero de julio del dos mil once que declaró improcedente la solicitud de tutela de derechos.

III. **MANDARON** que la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Tacna y demás Cortes Superiores de los Distritos Judiciales que apliquen el Código Procesal Penal de 2004, consideren como doctrina jurisprudencial vinculante lo dispuesto en los fundamentos 3.4., 3.6., 3.10. y 3.11. de la presente Ejecutoria Suprema, debiéndose publicar en el



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N.º 136-2013
TACNA

Diario Oficial "El Peruano", de conformidad con el inciso cuarto del artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Penal.

IV. MANDARON que cumplidos estos trámites se devuelva el proceso al órgano jurisdiccional de origen; y se archive el cuaderno de casación en esta Corte Suprema.

S.S.

VILLA STEIN

PARIONA PASTRANA

BARRIOS ALVARADO

NEYRA FLORES

CEVALLOS VEGAS
CV/par.

0 5 SEP 2014

SE PUBLICO CONFORME A LEY


Dra. PILAR SALAS CAMPOS
Secretaría de la Sala Penal Permanente
CORTE SUPREMA