

LA TUTELA DE DERECHOS PARA EL AGRAVIADO

EN EL PROCESO PENAL PERUANO

Galileo Galilei Mendoza Calderón



Editorial
CICI

CENTRO DE INVESTIGACIONES
Y CAPACITACIONES INTERDISCIPLINARES

ISBN 978-628-97288-8-0

Autor

Galileo Galilei Mendoza Calderón

Doctor en Derecho

Universidad Nacional de Barranca

gmendoza@unab.edu.pe

<https://orcid.org/0000-0002-6847-913X>

Editor: Alain Fitzgerald Castro Alfaro

Título:

La tutela de derechos para el agraviado en el proceso penal peruano

Autor: Galileo Galilei Mendoza Calderón

ISBN Versión Digital: 978-628-97288-8-0

Sello Editorial:

Editorial Centro de Investigaciones y Capacitaciones Interdisciplinares SAS – CICI

Coordinadora: Nora González Pérez – Cartagena –Colombia

Diagramación: Alain Castro González

Portada: Linda Castro

Prohibida la reproducción total o parcial por cualquier medio sin la autorización escrita del titular de los derechos patrimoniales

Esta obra está bajo una licencia Creative Commons – Atribución – No comercial – Sin Derivar 4.0 internacional

https://co.creativecommons.org/?page_id=13



Cartagena –Colombia, Diciembre de 2025

***LA TUTELA DE DERECHOS PARA EL
AGRAVIADO EN EL PROCESO PENAL
PERUANO***

Galileo Galilei Mendoza Calderón

**Colombia
Latinoamérica**

2025

DECLARACIÓN DE ORIGINALIDAD Y PROCEDENCIA

Esta obra es producto de una investigación original que proviene de la tesis titulada: La tutela de derechos para el agraviado en su incoación vulneración de las garantías penales. Distrito judicial de Huaura – Huacho 2017, la cual fue aprobada y sustentada por el autor del libro para optar el grado académico de Doctor en Derecho en la Universidad Nacional Hermilio Valdizán. La tesis se encuentra colgada en el link de la universidad en: <https://repositorio.unheval.edu.pe/ITEM/o4E6DC8B-7FAA-47D0-B3B2-CD4325A2CF86>

El autor declara que este libro constituye una obra original, propio del trabajo de investigación riguroso. A su vez, agradezco a la Universidad Nacional Hermilio Valdizán por autorizar la utilización de los datos y a los revisores por sus valiosas contribuciones al fortalecimiento de esta investigación.

Esta declaración tiene como propósito garantizar la transparencia académica y el reconocimiento de las contribuciones intelectuales que han enriquecido esta publicación.

El autor

Contenido

RESUMEN	iv
INTRODUCCIÓN.....	v
CAPITULO I: DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN.....	6
1.1. Fundamentación del problema de investigación.....	6
1.2. Justificación	8
1.3. Importancia o propósito	10
1.4. Limitaciones	11
1.5. Formulación del problema de investigación.....	12
1.6. Formulación de los objetivos de la investigación	12
1.7. Formulación de las hipótesis de la investigación.....	13
1.8. Variables	14
1.9. Operacionalización de variables	14
1.10. Definición de términos operacionales.....	16
CAPITULO II: MARCO TEÓRICO	20
2.1. Antecedentes	20
2.2. Bases teóricas	21
2.3. Bases conceptuales.....	32
2.4. Bases Epistemológicas	95
CAPITULO III: METODOLOGÍA	130
3.1 Ámbito	130
3.2 Población	130
3.3 Muestra.....	130
3.4 Nivel y tipo de estudio	130
3.5. Diseño de investigación.....	131
3.6. Técnicas e instrumentos	131
3.7. Validación y confiabilidad del instrumento.....	131
3.8. Procedimiento	132
3.9. Plan de tabulación y análisis de datos.....	132
CAPITULO IV: RESULTADOS Y DISCUSIÓN	135
4.1. Análisis descriptivo	135
4.2. Análisis inferencial y contrastación de hipótesis	146
4.3. Discusión de resultados.....	157
4.4. Aporte de la investigación.....	161

CAPITULO V: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	164
5.1. Conclusiones	164
5.2. Recomendaciones	168
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	171
ANEXOS	176

RESUMEN

La posibilidad de recurrir ante el Juez, para hacer valer los derechos del agraviado cuando estos se vean menoscabados en la instauración del procedimiento penal, encuentra fundamento jurídico y dogmático, a partir de una interpretación sistemática, teleológica, y armónica con los principios constitucionales y en consonancia con el derecho supranacional, el más importante es la Declaración sobre Principios Fundamentales de la Justicia para las Víctimas de Delitos y Abuso de Poder en correlación con el art. 25° del Pacto de San José de Costa Rica; siendo que el art. 95 del código procesal penal; reconoce derechos y facultades las cuales deben ser interpretadas sistemáticamente. En el estudio efectuado, se ha llegado a determinar según el análisis inferencial y contrastación de hipótesis se analiza la tutela de derechos y garantías penales en ella se aprecia que el 48,0% (24) manifiestan que los agraviados gozan de tutela de derechos y garantías penales; mientras que el 22,0% (11) indican que no es así. Se utilizó el estadístico de prueba χ^2 calculado 6,551 y p valor 0,010 ($p < 0,05$), indica que con una probabilidad de error de 1,0% la tutela de derechos se relaciona con las garantías penales; por lo que se rechaza la hipótesis nula y se acepta la hipótesis de investigación (H_i) que afirma que la tutela de derechos se relaciona con las garantías penales. Lo cual indica que actualmente de no incorporar la tutela de derechos para el agraviado vulnera las garantías penales como el derecho de defensa y el de contar con un recurso efectivo.

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

INTRODUCCIÓN

El modelo procesal penal, tiene como aforismo respetar irrestrictamente los derechos de las partes, siendo que el Ministerio Público, con apoyo de la Policía Nacional del Perú, en sus actuaciones deben de mostrar un respeto a los derechos fundamentales que le asiste a la persona que se le imputa un hecho delictuoso, "lo que en realidad no resulta una novedad, sino que simplemente es el afianzamiento de una sociedad a un Estado Constitucional de Derecho, esto es la constitucionalización del proceso penal" (Zamora, 2011, p.03), amparo y protección de los derechos de toda persona sometida al ius puniendi, establecidos en nuestra carta magna, afianzándose una vez más el debido proceso penal en su vertiente del derecho a la defensa, este amparo y protección de los derechos del imputado, reconocidos por la Constitución y las leyes, la encontramos plasmada en el art. 71º numeral 4 del Código Procesal Penal; que establece:

Quando 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 (...). (Código Procesal Penal, 2024, p.63).

Sustento normativo que ha quedado afianzado con el Acuerdo Plenario N° 4-2010/CJ-116, en donde se restringió los derechos del imputado, en la norma adjetiva en comento:

Esto es: a) Conocimiento de los cargos incriminados, b) De las causas de detención, c)- Entrega de la orden de detención girada, d) Designación de la persona o institución a la que debe avisarse de la detención y concreción inmediata de esto, e)- Posibilidad de realizar una llamada, en caso se encuentre detenido, f) Defensa permanente por un abogado, g) Posibilidad de entrevistarse en forma privada con su abogado, h) Abstención de declarar o declaración voluntaria, i) Presencia de abogado defensor en la declaración y en todas las diligencias que requieran su concurso, j) No ser objeto de medios coactivos, intimidatorios o contrarios a la dignidad, ni ser sometido a técnicas o métodos que induzcan o alteren la libre voluntad, k) No sufrir restricciones ilegales, l) Ser examinado por un médico legista o por otro

profesional de la salud, cuando el estado de salud así lo requiera. (Acuerdo Plenario N° 4-2010/CJ-116, p 04).

Habiéndose establecido además en el Acuerdo Plenario N° 2-2012/CJ-116, que esta acción de tutela también procede ante una falta de imputación suficiente por parte del Ministerio Público, debiendo el imputado en un primer momento acudir al propio Fiscal para solicitar las subsanaciones correspondientes en orden a la precisión de los hechos atribuidos, este derecho de modo amplio lo reconoce el art. 71.1 del NCPP. Sin embargo, debemos enfatizar "si la víctima o directamente el ofendido por el hecho delictivo, tiene posibilidad de recurrir, a través de una tutela de derechos, al Juez de Investigación o de Garantías, para poner fin a la vulneración de algunos de sus derechos procesales fundamentales" (Fustamante, 2011, p. 03); si más aun el art. IX. del Título Preliminar, referido al Derecho de Defensa; en su inc. 3 establece:

El proceso penal garantiza, también, el ejercicio de los derechos de información y de participación procesal a la persona agraviada o perjudicada por el delito. La autoridad pública está obligada a velar por su protección y a brindarle un trato acorde con su condición. (Código Procesal Penal, 2024, p.27).

En ese sentido podríamos advertir que la interpretación que el Juez deba realizar a este novísimo procedimiento no solo deberá estar enfocada a un análisis constitucional, sino también al ámbito supranacional, norma que tiene supremacía ante otras de nivel jerárquico, a fin de evitar la vulneración a las garantías penales en el procedimiento del agraviado, en ese sentido consideramos que la Tutela de Derechos, también puede ser incoada, requerida o solicitada por el agraviado cuando se advierta la inobservancia del contenido esencial de los derechos y garantías previstos en la constitución, sobre todo a recibir un trato igualitario y una protección judicial de sus derechos; esto quiere decir que tendremos que advertir, *i) Que tipo principios básicos son vulnerados; ii) No se propicia las garantías del sistema procesal penal acusatorio, para el agraviado; iii) Las Resoluciones emitidas por el juez de garantías, deberán realizar control difuso, para incoar este procedimiento, o apartarse de la doctrina jurisprudencial, así como iv) Que tipo de errores judiciales podrían perjudicar a la víctima, a fin de evitar la vulneración de algunos de sus derechos;* siendo que en los artículos 95 y 104 del Código Procesal Penal, les reconoce derechos y facultades las cuales deben ser

interpretadas sistemática y teleológicamente con el único fin de que al ofendido por el delito se le pueda resarcir el menoscabo del hecho cometido en su contra, alcanzando así justicia a su pretensión, y evitar una doble revictimización por parte de la inoperancia del Estado.

Capítulo I

DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

CAPITULO I: DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.1. Fundamentación del problema de investigación

Naturaleza: Una de las innovaciones del nuevo modelo es la que al órgano persecutor del delito, a través del Ministerio Público, y con apoyo de la Policía Nacional del Perú, en sus actuaciones muestren un irrestricto respeto a los derechos fundamentales que le asiste a la persona que se le imputa un hecho delictuoso, “lo que en realidad no resulta una novedad, sino que simplemente es el afianzamiento de una sociedad a un Estado Constitucional de Derecho, esto es la constitucionalización del proceso penal” (Zamora, 2011, p.03).

Este amparo y protección de los derechos del imputado, reconocidos por la Constitución y las leyes, la encontramos plasmada en el art. 71° numeral 4 del C.P.P; que establece: “Cuando el imputado considere que durante las Diligencias Preliminares o en la Investigación Preparatoria no se ha dado cumplimiento a estas disposiciones, o que sus derechos no son respetados, o que es objeto de medidas limitativas de derechos indebidas o de requerimientos ilegales, puede acudir en vía de tutela al Juez de la Investigación Preparatoria para que subsane la omisión o dicte las medidas de corrección o de protección que correspondan”; ...sustento normativo que ha quedado afianzado con el Acuerdo Plenario N° 4-2010/CJ-116, en donde se restringió los derechos del imputado, en la norma adjetiva en comento, esto es: *a) Conocimiento de los cargos incriminados, b) De las causas de detención, c)- Entrega de la orden de detención girada, d) Designación de la persona o institución a la que debe avisarse de la detención y concreción inmediata de esto, e)- Posibilidad de realizar una llamada, en caso se encuentre detenido, f) Defensa permanente por un abogado, g) Posibilidad de entrevistarse en forma privada con su abogado, h) Abstención de declarar o declaración voluntaria, i) Presencia de abogado defensor en la declaración y en todas las diligencias que requieran su concurso, j) No ser objeto de medios coactivos, intimidatorios o contrarios a la dignidad, ni ser sometido a técnicas o métodos que induzcan o alteren la libre voluntad, k) No sufrir restricciones ilegales, l) Ser examinado por un médico legista o por otro profesional de la salud, cuando el estado de salud así lo requiera.*

Habiéndose establecido además en el Acuerdo Plenario N° 2-2012/CJ-116, que esta Acción de Tutela, también procede ante una falta de Imputación suficiente por parte del Ministerio Publico, debiendo el imputado en un primer momento acudir al propio Fiscal para solicitar las subsanaciones

correspondientes en orden a la precisión de los hechos atribuidos, este derecho de modo amplio lo reconoce el art. 71.1 del NCPP.

Sin embargo, debemos enfatizar “si la víctima o directamente el ofendido por el hecho delictivo, tiene posibilidad de recurrir, a través de una tutela de derechos, al Juez de Investigación o de Garantías, para poner fin a la vulneración de algunos de sus derechos procesales fundamentales” (Fustamante, 2011, p. 03), sí más aun el art. IX. del Título Preliminar, referido al Derecho de Defensa; en su inc. 3 establece:

El proceso penal garantiza, también, el ejercicio de los derechos de información y de participación procesal a la persona agraviada o perjudicada por el delito. La autoridad pública está obligada a velar por su protección y a brindarle un trato acorde con su condición. (Código Procesal Penal, 2024, p.27).

En ese sentido podríamos advertir que la interpretación que el Juez deba realizar a este novísimo procedimiento no solo deberá estar enfocada a un análisis constitucional, sino también al ámbito supranacional, norma que tiene supremacía ante otras de nivel jerárquico, a fin de evitar la vulneración a las garantías penales en el procedimiento, del agraviado.

Dimensiones: En la presente investigación determinaremos si la Tutela de Derechos, también puede ser incoada, requerida o solicitada por el agraviado cuando se advierta la inobservancia del contenido esencial de los derechos y garantías previstos en la constitución, esto quiere decir que tendremos que advertir, *i) Que tipo principios básicos son vulnerados; ii) No se propicia las garantías del sistema procesal penal acusatorio, para el agraviado; iii) Las Resoluciones emitidas por el juez de garantías, deberán realizar control difuso, para incoar este procedimiento, o apartarse de la doctrina jurisprudencial, así como iv) Que tipo de errores judiciales podrían perjudicar a la víctima, a fin de evitar la vulneración de algunos de sus derechos.*

Hechos: Esta investigación divergente merece la opinión de los profesionales (operadores – jueces), ya que algunos consideran que no procede este instituto procesal de la tutela de derechos para el agraviado, y otros por el contrario como el suscrito consideran lo contrario, que si debería proceder,

máxime como veremos vulnera derechos fundamentales del ofendido, los mismos que se encuentran consagrados en el artículo 2 inciso 2 de nuestra Constitución Política que prescribe: *"toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen... o de cualquier otra índole"*; siendo que los jueces en un proceso penal deben preservar el principio de igualdad procesal (igualdad ante la ley), debiendo en todo caso allanar todos los obstáculos que impidan o dificulten su vigencia, esto como es de verse en el reciente fallo emitido por el Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria, en el Expediente N°. 00006-2023-1-5001-JS-PE-01, en los seguidos contra la Presidenta Dina Ercilia Boluarte Zegarra y Otros.

Explicaciones o antecedentes: La presente investigación es inédita, puesto que a pesar de haber pasado algunos años no se ha detectado otras investigaciones (tesis), sobre el problema, pero si existen ya publicaciones (artículos), de ciertos juristas sobre el tema, lo cual corrobora que hay una corriente fuerte a fin de que también la tutela de derechos sirva de protección para la víctima cuando vea un menoscabo sus derechos fundamentales.

1.2. Justificación

¿Porque debemos estudiar este tema de investigación?: Este tema justifica la importancia de estudio toda vez que nos va a permitir conocer realmente la incoación, aplicación y tramitación de este procedimiento novedoso, y del cual a la fecha se avizora que este instituto procesal solo se aplicaría en favor del imputado, siendo que como está estructurado el mismo se advierte flagrantemente un desmedro a los derechos fundamentales de las partes, básicamente del agraviado, en atención a ello, si bien es cierto un proceso penal debe ser eficaz, justo y tramitado en un plazo razonable ello como principal anhelo de la sociedad, más aún cuando se restringe la libertad personal, pero ello no significa atentar flagrantemente al principio constitucional de igualdad ante la ley. Así, a decir de Asencio Mellado: "El proceso no es otra cosa que un método de determinación de hechos y responsabilidades y para la consecución de este fin ha de permanecer en la más absoluta neutralidad (...)". (Cubas, V., Doig, Y., y Quispe., F. 2005, p. 493).

En la actualidad, la sociedad peruana percibe que la justicia en nuestro país es lenta, ineficaz, y que se siguen procesos ritualistas, engorrosos, fundamentalmente escritos que no conllevan a la

solución oportuna y justa de sus conflictos dejando en muchos casos una sensación de impunidad y corrupción que incide negativamente en la imagen institucional del Poder Judicial, y que inclusive el Estado garantiza de manera más eficaz los derechos de los imputados, dejando de lado a la víctima a pesar de que es obligación del Estado garantizar su seguridad, ello conforme se infiere de lo establecido en nuestra carta magna en el artículo 44, esto quiere decir, que no existiría paridad entre el imputado y la víctima cuando ambos en un proceso penal tienen el interés y la legitimidad para obrar en defensa de sus derechos, buscando siempre su mayor satisfacción en la secuela de un procedimiento penal, del cual ambos son sujetos procesales, con derechos, deberes y obligaciones, para con el proceso como deber de garante que estos tienen. Para reflejar esa sensación, que tiene la ciudadanía actualmente es necesario recordar la frase de una conocida obra literaria: “Pertenezco, pues, a la justicia (...). Entonces, ¿para qué puedo quererte? La justicia nada quiere de ti. Te toma cuando vienes y te deja cuando te vas.” (Kafka, 1939, p.217).

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

1.3. Importancia o propósito

¿Para que servirá la presente investigación? Indudablemente el ser un tema inédito, la importancia y finalidad de la presente investigación va a radicar en que se hará saber a los operadores de justicia de que el actual procedimiento para la tutela de derechos, a favor solo del imputado afecta flagrantemente el principio de igualdad ante la ley, y en consecuencia, el irrestricto derecho de defensa del agraviado, más aún que de acuerdo a lo establecido en el art. IX. del Título Preliminar, referido al Derecho de Defensa; en su inc. 3 establece:

El proceso penal garantiza, también, el ejercicio de los derechos de información y de participación procesal a la persona agraviada o perjudicada por el delito. La autoridad pública está obligada a velar por su protección y a brindarle un trato acorde con su condición. (Código Procesal Penal, 2024, p.27).

Si bien es cierto se parte que esta afectación, va a estar determinada a lo establecido en el art. 71 del Nuevo Código Procesal Penal, esta circunstancia no es tan cierta, ya que como veremos el perjudicado por el delito tiene también la posibilidad de recurrir ante el Juez de Garantías, para hacer valer sus derechos cuando estos se vean menoscabados en la instauración del procedimiento penal, básicamente en la Investigación Preliminar y Preparatoria; encontrando el fundamento jurídico y dogmático, a partir de una interpretación teleológica, sistemática y armónica con los principios constitucionales.

Es así que, de una parte, el artículo 2 inciso 2 de nuestra Constitución Política numera que “toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen... o de cualquier otra índole”; por otro lado, en el numeral 3 del artículo I del Título Preliminar del NCPP, se señala que “las partes intervendrán en el proceso con iguales posibilidades de ejercer las facultades y derechos previstos en la Constitución y en este Código, y los jueces preservarán el principio de igualdad procesal, debiendo allanar todos los obstáculos que impidan o dificulten su vigencia; no hay que dejar pasar por alto que también tenemos un derecho supranacional, “en cuanto a las garantías procesales para la víctima que reconocen derechos explícitos a favor de las víctimas en el proceso” (Neyra, 2010, p. 05), el más importante es la Declaración sobre Principios Fundamentales de la Justicia para las Víctimas de Delitos y Abuso de Poder, adoptada por la

Asamblea General de las Naciones Unidas el año 1985, en correlación con el art. 25° del Pacto de San José de Costa Rica que reconoce como una obligación del estado proveer de una debida protección judicial a sus ciudadanos cuando alguno de sus derechos constitucionalmente reconocidos ha sido lesionado; siendo que en los artículos 95 y 104 del nuevo código procesal penal, les reconoce derechos y facultades las cuales deben ser interpretadas de manera teleológica y sistemáticamente con el único fin de que al ofendido por el delito se le pueda resarcir en el menoscabo del hecho cometido en su contra, alcanzando así justicia a su pretensión, y evitar una doble revictimización por parte de la inoperancia del Estado.

Estos resultados que se obtengan servirán para una mejora legislativa (modificación de la norma), o en todo caso para crear doctrina jurisprudencial (uniformizándose criterios), para lo cual recurriremos no solo al análisis normativo nacional, sino que también supranacional, buscando siempre el mayor beneficio para el ser humano, (en este caso el agraviado), es decir, “que debe acudir a la norma más amplia, en base a lo que establece el Principio Pro Homine” (Wikipedia, 2016, p.01).

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

1.4. Limitaciones

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

1.5. Formulación del problema de investigación

Problema General

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

Problemas Específicos

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

1.6. Formulación de los objetivos de la investigación

Objetivo general

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

Objetivos Específicos

- a. Identificar la relación de la tutela de derechos con la imparcialidad del juez de garantías en el distrito judicial de Huaura.
- b. Describir la relación de la tutela de derechos con el derecho a la defensa en el distrito judicial de Huaura.
- c. Evaluar la relación de la tutela de derechos con el debido proceso en el distrito judicial de Huaura.

- d. Examinar la relación de las garantías penales con el acceso a la justicia en el distrito judicial de Huaura.
- e. Describir la relación de las garantías penales con la igualdad ante la ley en el distrito judicial de Huaura.
- f. Identificar la relación de las garantías penales con el recurso interno en el distrito judicial de Huaura.

1.7. Formulación de las hipótesis de la investigación

Hipótesis general

Hi. El derecho de defensa del agraviado se relaciona con el principio de igualdad de armas, a fin de garantizar la paridad de condiciones y oportunidades; de las partes, de los casos implicados en los expedientes judiciales.

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

Hipótesis específicas

Hi₁. La tutela de derechos para el agraviado se relaciona con la imparcialidad del juez de garantías con los casos implicados en los expedientes judiciales.

Ho₁. La tutela de derechos para el agraviado no se relaciona con la imparcialidad del juez de garantías con los casos implicados en los expedientes judiciales.

Hi₂. La tutela de derechos para el agraviado se relaciona con los derechos de defensa de los casos implicados en los expedientes judiciales.

Ho₂. La tutela de derechos para el agraviado no se relaciona con los derechos de defensa de los casos implicados en los expedientes judiciales.

Hi₃. La tutela de derechos para el agraviado se relaciona con el debido proceso de los casos implicados en los expedientes judiciales.

Ho₃. La tutela de derechos para el agraviado no se relaciona con el debido proceso de los casos implicados en los expedientes judiciales.

Hi₄. Las garantías penales para el agraviado se relacionan con el acceso a la justicia de los casos implicados en los expedientes judiciales.

Ho₄. Las garantías penales para el agraviado no se relacionan con el acceso a la justicia de los casos implicados en los expedientes judiciales.

Hi₅. Las garantías penales para el agraviado se relacionan con la igualdad ante la ley de los casos implicados en los expedientes judiciales.

Ho₅. Las garantías penales para el agraviado no se relacionan con la igualdad ante la ley de los casos implicados en los expedientes judiciales.

Hi₆. Las garantías penales para el agraviado se relacionan con el recurso interno de los casos implicados en los expedientes judiciales.

Ho₆. Las garantías penales para el agraviado no se relacionan con el recurso interno de los casos implicados en los expedientes judiciales.

1.8. Variables

Variable independiente (X)

Tutela de Derechos

Variable dependiente (Y)

Garantías penales

Variable interviniente (Z)

Protección Judicial

1.9. Operacionalización de variables

Variable independiente:

- X: Tutela de derechos
- X1. Acceso a la justicia
 - X2. Igualdad ante la ley

X3. Recurso interno

Variable dependiente

Y: Garantías penales

Y1. Imparcialidad del juez de garantías

Y2. Derecho de defensa

Y3. Debido proceso

Variable interviniente

- Cargo
- Tiempo de servicio
- Grado

Variable	Dimensiones	Indicadores	Resultado	Escala
Tutela de derecho	Acceso a la justicia	Proceso penal legitimada	Si No	Nominal dicotómica
		Incoar tutela de derecho		
		Garantiza trato igualitario		
	Igualdad ante la ley	No incoación es discriminante	Si No	Nominal dicotómica
		Delitos discriminantes		
		Procedimiento especial		
	Recurso interno	Limitaciones jurídicas	Si No	Nominal dicotómica
		Fuentes de derecho		
		Vulneración de las partes		
		Aplicación en etapa preparatoria		
Gara ntías penal		Tutela de derecho		

	Imparcialidad del juez de garantías	Derechos fundamentales	Si	Nominal dicotómica
		Garantías penales	No	
	Derecho de defensa	Vulneración de garantías penales	Si	Nominal dicotómica
		Obviar tutela de derecho	No	
		Derecho de defensa		
	Debido proceso	Principio de igualdad procesal	Si No	Nominal dicotómica
		Protección judicial		
		Incoación de tutela de derecho		
		Carga procesal		

1.10. Definición de términos operacionales

Derechos Fundamentales

Son aquellos de los que es titular el hombre no por graciosa concesión de las normas positivas, sino con anterioridad e independientemente de ellas, y por el mero hecho de ser hombre, de participar de la naturaleza humana (Sánchez, 2014, p.229).

Expediente

Está constituido por escritos presentados por las partes, resoluciones emitidas en el mismo donde se encuentran consignados todos los actos procesales o actas realizados en un proceso, debidamente numerados (foliados), convirtiéndose en un documento que en su conjunto acredita en el desarrollo de un proceso judicial.

Garantías penales

Son derechos del cual gozan las partes en la secuela de un procedimiento y que por lo tanto sirven de protección a favor del individuo (procesado o agraviado), la sociedad, siendo que estos sirven de protección frente a un peligro o riesgo en la aplicación del derecho.

Juicio oral

Es la etapa estelar del proceso penal ordinario, en la que después de contar con una acusación o haber terminado la etapa intermedia, se realizan en forma pública los debates orales de las partes ante el juzgado de fallo pertinente, actuándose las pruebas, admitida en la etapa anterior.

Principio procesal

Es un axioma que informa la forma de ser un proceso.

Protección Judicial

Se trata de un derecho que 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, ello conforme a lo establecido en el artículo. 25 de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, (Comisión Interamericana de derechos humanos, 1969, p. 04)

Recurso

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

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

Sentencia

Parte final de un proceso judicial, en la que el juez resuelve un conflicto judicial, aplicando el derecho que corresponde a cada caso para la solución o resolución de la controversia, esta tiene 03 partes (argumentativa, considerativa y resolutive).

Tutela de Derechos

Es un mecanismo que puede ser utilizado por el imputado cuando este considere que en la secuela del proceso (esto en la investigación preliminar y solo hasta la etapa preparatoria), sus derechos no son respetados, o que es objeto de medidas limitativas de derechos indebidos o de requerimientos

ilegales, puede acudir en vía de tutela al Juez de Garantías a fin de que éste tutele, proteja, subsane o dicte las medidas de corrección pertinentes, protegiéndose así, mejor los derechos del imputado).

Capítulo II

MARCO TEÓRICO

CAPITULO II: MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes

Antecedentes Internacionales

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

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

Antecedentes Nacionales

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

- 1) La Vigencia efectiva del principio de igualdad procesal y los derechos del agraviado. Tesis para optar el grado de maestra en derecho mención en Derecho Penal y Ciencias Criminológicas.

Universidad Nacional de Trujillo. Unidad de Postgrado. Autora: Br. Karina Delgado Nicolás. Asesor: Dr. William Arana Morales. Trujillo – Perú. 2016.

- 2) La Dimensión objetiva de los procesos constitucionales de tutela de derechos fundamentales. Tesis para optar por el título de licenciada en derecho. Pontificia Universidad Católica del Perú. Facultad de Derecho. Presentada por: Liliana María Salomé Resurrección. Asesor: Samuel Bernardo Abad Yupanqui. Lima – Perú. 2010.
- 3) El Derecho fundamental del acceso a la justicia y las barreras de acceso en poblaciones urbanas pobres en el Perú. Tesis para optar el grado académico de magíster en derecho constitucional. Pontificia Universidad Católica del Perú. Escuela de Postgrado; que presenta: John Iván Ortiz Sánchez. Miembros del Jurado: Profesor Antonio Peña Jumba (Asesor) Profesor Wilfredo Ardito Vega Profesor Javier La Rosa Calle. Lima – 2014.

Antecedentes Locales

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

2.2. Bases teóricas

2.2.1 Antecedentes de los procesos rápidos

No cabe duda de que tiempo que pasa es justicia que olvida, “el tiempo es necesario para que se desarrolle un proceso penal” (Pachas, 2007, p.23), pero éste no puede ser demasiado largo que dure, “incluso cuando el imputado ha muerto, ni tan corto que el imputado no pueda defenderse, el tiempo debe ser limitado, y es que a veces los extremos se tocan” (Bobbio, 1995, p.209). En efecto, de nada sirve, un proceso largo que nunca va acabar, donde no hay justicia, con el extremo, de un proceso corto, “en el cual el imputado no pueda ejercer sus derechos y garantías tampoco se encuentra justicia” (Pastor, 2002, p. 49).

Así mismo podemos ver que Pastor, (2002), citando a Cesar Becarías, señalo:

Cuanto más pronta y cercana al delito cometido sea la pena, será más justa y útil. La idea clara y precisa, es la llamada lentitud o morosidad de la administración de justicia penal, se ha instalado en el centro de la escena como uno de los problemas más graves del sistema penal. (p. 51).

No cabe duda la carga procesal que arrastra el sistema procesal penal peruano. Ante este problema, se ha planteado a los procesos especiales, como parte de la solución para acelerar estos procesos y descongestionar el sistema penal, esto también evidentemente sin dejar de lado los derechos de las víctimas. Para ello, es necesario repasar, que dicen los diferentes autores nacionales y extranjeros, con respecto al concepto de los procesos especiales, de tal forma que

Por su parte, Roberto y Iparraguirre (2005), señalan que la razón de ser de los procedimientos especiales es dotar al sistema de mecanismos procesales que permitan atender las necesidades de celeridad, tutela y paz que nuestra sociedad exige. Estructuras procesales dotadas, además, de las garantías necesarias contra los abusos y manipulaciones, que permitan tener un proceso eficiente, que descongestione la administración de justicia, evitándose así, el descontento y sobre todo la desconfianza de la sociedad en el sistema de justicia nacional (...). Estamos pues, ante categorías de procedimientos simplificados ágiles, bien planteados por el codificador, como alternativas al proceso común, que permitan combatir la delincuencia, y en especial a la criminalidad organizada con celeridad y eficacia.

Los procesos especiales son una clara unión del proceso americano con el proceso continental, ya que el sistema americano demostró que sus procesos penales, aplicando el "Adversary Criminal Trial" (Laugbein, 2003, p. 01), o el sistema acusatorio adversarial puede ser más rápido que los sistemas europeos. Pese a ello, cuando se implantan en Europa comienzan a cuestionar esta rapidez y por el abandono de ciertas garantías procesales, que inclusive hacen que en Italia, el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre el patteggiamento o terminación anticipada italiana, dando pautas de la forma como debe de aplicarse para que sea constitucional, de allí que en el Perú, la acusación directa, proceso inmediato y terminación anticipada se aplican a todos los delitos e inclusive a todos los intervinientes en el proceso penal, es decir a los autores, coautores, cómplices primarios, cómplices secundarios, inductores e instigadores, máxime aun con la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 1194, que establece inclusive la obligatoriedad por parte del Ministerio Público en aquellos delitos flagrantes de procesarlos inmediatamente siempre y cuando se cumplan los presupuestos que establece el art. 446 del código procesal penal, modificado por el citado Decreto Legislativo.

A diferencia de Chile, Colombia y España, estos procedimientos solo se aplican a delitos de menor cuantía o delitos de bagatela. Dejando en claro, que, si bien el ciudadano de a pie pide una mayor celeridad en sus causas, estos procedimientos son cuestionados, por la víctima, a la que muchas veces se les deja de lado, e indefensa indirectamente, prueba de ello se ha emitido el Acuerdo Plenario Extraordinario N° 02 – 2016/CIJ- 116. II, en el fundamento 26 indica:

El actor civil, (entiéndase ni siquiera se considera al agraviado), como parte acusadora, y el tercero civil, como parte acusada, **no son partes necesarias, imprescindibles para la constitución del proceso penal** -son partes contingentes: pueden o no estar presentes en un concreto proceso jurisdiccional-. Su incorporación en la causa está en función, de un lado, a la propia voluntad del perjudicado por el delito y, de otro lado, a que existan criterios legales de imputación, objetiva y subjetiva, para incorporar a un tercero como responsable de la reparación civil.

Esto quiere decir que su participación es facultativa y pasiva, ello en razón a la naturaleza del procedimiento inmediato y a lo célere en la resolución del caso, siendo así la Tutela de Derechos, para esta parte, puede serle útil con el fin de que sus derechos en la tramitación de una causa no se vean menoscabados, por la acción o inacción de los operadores de justicia, garantizándose así el principio constitucional de igualdad ante la ley, que es lo que en puridad se busca en toda litis penal.

2.2.2 Los sistemas procesales

El sistema procesal es definido por Ore (2011), "como el conjunto de principios y reglas que rigen un determinado ordenamiento jurídico en la resolución de conflictos, entre otros, de naturaleza penal" (46). Bajo ese esquema se identifican tres sistemas procesales penales, así lo refiere Lira (2016), "sistema acusatorio, inquisitivo y mixto" (p.01), en la que podemos ver la evolución democrática que ha tenido el proceso penal a lo largo de su trajinar legal el mismo que por el momento no lo veremos.

2.2.3 La supremacía de la constitución

Es claro que la Constitución ya no es considerada una carta política, sino una norma jurídica que irradia todo el ordenamiento jurídico (cualquiera sea su ámbito), más aún en el ámbito penal, es por ello para Villarreal, (2016), establece lo siguiente:

En el Estado constitucional la Constitución se encuentra en la posición más alta del orden jurídico, es la norma suprema de donde se desprenden las demás leyes, en ella se cimienta no sólo el orden jurídico y la organización política del Estado, sino también, los derechos fundamentales de la persona. Como norma jurídica vincula a todos los poderes públicos y la colectividad en general a actuar bajo los valores y principios que alberga, es la fuente del resto de normas jurídicas, en ella se fundamenta las ulteriores normas. El principio de supremacía constitucional es el fundamento del control de constitucionalidad, orienta que toda norma de inferior jerarquía se ajuste a la Constitución, tiene como objetivo preservar que el orden jurídico se caracterice por su plenitud, por su jerarquía y coherencia. Mediante este principio, la norma que no se ajusta a la Constitución es expulsada del orden jurídico por inconstitucional, por órganos especializados que se encargan del control constitucional como los tribunales o cortes constitucionales. En base a este principio la interpretación del derecho se realiza desde la constitución y conforme a la constitución. Este principio valor se encuentra reconocido en el artículo 51º de la Constitución, cuya observancia implica obligatoriamente a tener en cuenta en la creación del derecho y en la labor interpretativa, en consecuencia, todos tenemos el compromiso constitucional de cumplir y defender en armonía con otros bienes constitucionales (p. 88).

Siendo así es evidente que actualmente el proceso penal, esta constitucionalizado y que en su protección fundamental no hace distingo entre las partes, más por el contrario maximiza los derechos y garantías de los actores, que en este caso sería no solo al imputado, sino también a la víctima del hecho criminal, por tanto, se debe maximizar in bonam parte la interpretación constitucional, como así también lo indica el profesor Quiroga (1985):

La finalidad de la interpretación es encontrar a través de un proceso racional y controlable el resultado correcto adecuado a la Constitución, fundamentar dicho resultado y de este modo crear una previsibilidad y una certidumbre del derecho y no tan solo decidir por el amor a la propia decisión (p. 328).

2.2.4. La justicia restaurativa como medio tuitivo de derechos fundamentales.

En nuestro ordenamiento procesal, nada se habla de la justicia restaurativa, someramente se habla de principio de oportunidad o acuerdo reparatorio entre el imputado y la víctima, que en puridad no

vendría hacer lo mismo, ya que dicho mecanismo procesal su fin sería el descongestionar la carga procesal y dar una salida alternativa a ciertos delitos de bagatela. Ahora bien, se dice que la justicia restaurativa es:

Un mecanismo que necesariamente se efectiviza con la participación de un trinomio compuesto por víctima-infractor-comunidad. La justicia restaurativa pone énfasis en el elemento subjetivo, es decir en, el trinomio: *Victima-infractor-comunidad*, como el principal factor para encontrar la mejor y más efectiva solución al daño causado por la acción criminal, pues no habrá mejor solución que aquella que de mutuo propio acuerden los directamente involucrados en el conflicto, con el acompañamiento y soporte de la comunidad. Uno de los pilares del surgimiento de la justicia restaurativa se halla en la *necesidad de tutela de la víctima*, cuyos derechos, intereses, necesidades y expectativas, por muchos años habían sido postergados a la luz del sistema penal retributivo. Con la justicia restaurativa, la víctima deja la marginación y el desamparo, pasando de ser un agente meramente espectador a un sujeto protagónico y esencial. La justicia restaurativa halla su razón de ser en la necesidad de restituirle a la víctima todo aquello que le fue arrebatado por la acción delictiva; la víctima al formar parte de la comunidad también refleja en ésta las consecuencias perniciosas que causó el delito. (Rodríguez, 2016. p. 516).

Atendiendo a ello podríamos decir que la justicia restaurativa, vería las consecuencias del crimen a través de la percepción del ofendido, y ya no a través de la percepción del acusado o del ius puniendi del estado, como persecutor del delito (fiscalía).

2.2.5 El derecho a la igualdad ante la ley.

Este derecho fundamental, está normado en el artículo 2 de nuestra actual carta magna que señala que: toda persona tiene derecho: (...) 2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole.

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

condición de aquellos que hasta ese momento la entienden exclusiva para sí o para su grupo. (Bórea, 2016, p. 57).

Este derecho a la igualdad ante la ley, traducida y aplicada al proceso penal, sería en que la víctima reclamaría que, en la tramitación de su causa penal, no solo se salvaguarde sus derechos y garantías, sino que además tenga una participación más activa, y a fin de garantizar este derecho, es que consideramos que debe haber una acción de tutela en su favor, esto cuando la autoridad policial o fiscal, valla en desmedro de los derechos que a esta le asiste conforme se explicara más adelante.

2.2.6 Garantías en el proceso penal

Con la intención de afianzar más el denominado “derecho constitucional aplicado”, se ha planteado la tesis de despojar de todo poder oficioso al Juez, en tanto que se asume:

Como peligrosa la proposición de conferir poderes probatorios al Juez, despreciando la idea de que el Juzgador, recurra a la “prueba de oficio”, y acceda supuestamente a la mítica “verdad real” y recordando además que esta tendencia se daba en los sistemas autoritarios, donde la búsqueda de la verdad material como fin del proceso llegó a justificar las torturas más grandes que ha conocido la historia (Neyra, 2010, p. 03).

Este garantismo procesal, se afianzará en un Estado Constitucional de Derecho, en base a la constitucionalización del proceso penal, como ya lo dijimos reflejado en el esfuerzo por parte de los Órganos Jurisdiccionales de respetar escrupulosamente los mandatos de un debido proceso constitucional, afianzado al proceso penal, sin perder la eficacia y eficiencia en la solución de los conflictos en un tiempo razonable, y sin vulnerar las garantías de los justiciables.

Dicho de otro modo, en respeto irrestricto de los principios procesales, propiamente dichos, siendo estos: a) principio de igualdad de las partes litigantes; b) principio de imparcialidad del juzgador; c) principio de transitoriedad del proceso; d) principio de eficacia del proceso; e) principio de la moralidad en el debate (Cornejo, 2014, p. 680).

De esta forma los derechos fundamentales relacionados con y derivados del debido proceso, como lo afirma el profesor Cornejo (2014):

El derecho a la acción judicial y acceso a los tribunales como expresión de la facultad de todos a acceder a los tribunales de justicia y actuar en juicio para la tutela de sus derechos e intereses legítimos sin ninguna discriminación; el derecho a un juicio justo y público para que su asunto sea tratado, discutido y decidido equitativa y públicamente, en un plazo razonable de tiempo, frente a un juez independiente e imparcial, preconstituido por ley; el derecho de defensa y contradicción se garantiza en cualquier momento del proceso, el derecho inviolable a defenderse en el contradictorio entre las partes en condiciones de efectiva paridad; así mismo, garantiza la posibilidad de ser representado y defendido, asistido y aconsejado por un abogado, y ser asistido de ser el caso por peritos; el derecho a la prueba garantiza el derecho de valerse, en el juicio, de los medios, aún atípicos, de prueba directa o contraprueba que sean legalmente admisibles y pertinentes; el derecho a asistencia jurídica gratuita que el Estado asegura, mediante los institutos pertinentes, públicos o privados (p. 683 - 684).

En fin, vemos que cada vez más se viene afianzando las debidas garantías en salvaguarda de un irrestricto proceso penal, ello en consonancia con la Convención Americana de Derecho Humanos, que hace expresa referencia a las garantías judiciales entre otros derechos para con las partes, sobre todo para la parte agraviada.

2.2.7 Bases legales

Legislación supranacional

Como lo indica Olivas (2016), al referirse a víctimas “es y seguirá siendo un tema de valiosa importancia social, debido a ello son valoradas y protegidas por los Estados u organizaciones de Estados. De acuerdo a sus valores, principios, temores y pretensiones, pueden variar de un continente a otro” (p. 45). Por ello nos será de valiosa importancia incorporar algunas de las legislaciones que armonizan con nuestra legislación interna y que ha emitido con el propósito de proteger a sus ciudadanos, quienes por acción u omisión se conviertan en víctimas (máxime si el Perú las ha ratificado).

A. Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder.

- Las víctimas de delitos, inc. 1,2 y 3.
- Acceso a la justicia y trato justo, inc. 4, 5,6 y 7.

- Resarcimiento, inc. 8, 9, 10 y 11
 - Indemnización, inc. 12 y 13
 - Asistencia. Inc. 14, 15, 16 y 17.
 - Las víctimas del abuso de poder, inc. 18, 19, 20 y 21
- B. Convención Americana sobre Derechos Humanos. "Pacto de San José de Costa Rica".**
- Artículo 24. Igualdad ante la ley y artículo 25. Protección judicial, inc. 1 y 2
- C. Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.**
roma, 4.xi.1950.
- Art. 6 Derecho a un proceso equitativo.
- D. Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas.**
- Artículo 24, inc. 4 y 5.
- E. Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas**
(Naciones Unidas Derechos Humanos, 2017, p. 02)
- Artículo 19.
- F. Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones** (Naciones Unidas Derechos Humanos, 2017, p. 18).
- Víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario, inc. 8, 9.
 - VI. Tratamiento de las víctimas, inc. 10.
 - VII. Derecho de las víctimas a disponer de recursos, inc 11.
 - VIII. Acceso a la justicia, inc. 12, 13 y 14.
 - IX. Reparación de los daños sufridos, inc. 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22 y 23.
 - X. Acceso a información pertinente sobre violaciones y mecanismos de reparación, inc. 24.
 - XI. No discriminación, inc. 25.
 - XII. Efecto no derogatorio, inc. 26.

G. El consejo de Europa y la unión europea.

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

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

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

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

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

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

➤ Información y apoyo.

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

➤ Participación en el proceso.

- Derecho a ser oído.
- Derechos en casos se adopte una decisión de no continuar el procesamiento.
- Derecho a garantías en el contexto de los servicios de justicia reparadora.
- Derecho a la justicia gratuita.

- Derecho al reembolso de gastos.
- Derecho a la restitución de bienes.
- Derecho a obtener una decisión relativa a la indemnización p parte del infractor en el curso del proceso penal.
- Derecho de las víctimas residentes en otro estado miembro.
- Derecho a recibir protección de las víctimas y reconocimiento i las víctimas con necesidad de protección especial.
- Derecho a la protección.
- Derecho a evitar el contacto entre víctima e infractor.
- Derecho a la protección de las víctimas durante las investigaciones penales.
- Derecho a la protección de la intimidad.
- Evaluación individual de las víctimas a fin de determinar sus necesidades especiales.
- Derecho a la protección de las víctimas con necesidades especiales de protección durante el proceso penal.
- Derecho a la protección de las víctimas menores de edad durar el proceso.

I. La organización de estados americanos (OEA)

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

H. Las víctimas de violaciones del derecho internacional penal

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

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

J. La corte penal internacional

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

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

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

Legislación nacional

- Constitución Política del Estado
 - Derechos fundamentales de la persona
 - Artículo 2.- Toda persona tiene derecho; inc. 2.
 - Artículo 139. Principios de la Administración de Justicia, inc. 3, 8 y 14
- Código Procesal Penal
 - Derecho de Defensa
 - Artículo I. Justicia Penal; inc. 3
 - Artículo IX. Derecho de defensa, inc. 3.
 - Artículo 94. Definición de agraviado.
 - Artículo 95. Derechos del agraviado.
 - Artículo 96. Deberes del agraviado.
 - Artículo 97. Designación de apoderado común.
 - Artículo 98. Constitución y derechos.

Artículo 99. Concurrencia de peticiones.

Artículo 100. Requisitos para constituirse en actor civil.

Artículo 101. Oportunidad de la constitución en actor civil.

Artículo 102. Trámite de la constitución en actor civil.

Artículo 104. Facultades del actor civil.

Artículo 105. Facultades adicionales del actor civil.

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

2.3. Bases conceptuales

2.3.1. La Reforma procesal peruana y el agraviado.

Como bien lo indica el jurista Paiva (2013), con la reforma al sistema procesal penal “es insoslayable que el operador jurídico fije su atención no solo en quien es sometido a la actuación procesal penal en calidad de indiciado, imputado o acusado, sino también, con igual diligencia, y en términos de ley, en las víctimas” (p. 07), por tanto, lo que se busca es que el proceso penal se convierta en un ambiente de participación activa de las víctimas para su beneficio, en pro de encontrar justicia.

Entonces cómo ven y cómo tratan a la víctima nuestros ordenamientos jurídicos da también la idea del propio desarrollo de los derechos y el grado de eficacia y eficiencia en su verdadera dimensión. Porque si se olvida a la víctima, por mucho que se haya castigado al delincuente el problema social indudablemente subsiste, por la insatisfacción de una de las partes, precisamente la que sufrió con el evento delictivo. No hay que olvidar que el tribunal constitucional en la Sentencia emitida en el Exp. 00295-2012-PHC/TC – Lima. Aristóteles Román Arce Paucar, (Sentencia del Tribunal Constitucional, 2015, p. 30), señaló:

El Tribunal Constitucional arriba a dicha conclusión por cuanto entiende que el derecho al plazo razonable del proceso es un derecho de naturaleza inclusiva, en la medida en que su ámbito de tutela puede alcanzar a más de un titular. Así, tratándose de un proceso penal, la cobertura constitucional puede alcanzar no sólo al procesado, sino también a la víctima o la parte civil. Por ello, es posible que, cada vez que se determine la violación del derecho al plazo razonable del proceso, se afecte también el derecho a obtener satisfacción jurídica en un tiempo razonable de la víctima o la parte civil. Y es que, una situación como la descrita, esto es, la prolongación del proceso más allá de lo razonable, podría afectar por igual a ambas

partes; y si ello es así, debería considerarse también la tutela del derecho de la víctima o la parte civil (...).

Y es que la comisión de un delito representa, antes que infracción de la ley penal, la manifestación de un conflicto jurídico que deriva de un acto ilícito que ha podido producir un daño de diversa especie e intensidad, sea físico, psicológico, económico, etc.

Este daño ilícito afecta, por encima de las demás personas o a la sociedad en su conjunto, a quien lo padece. Por consiguiente, la respuesta que da el Estado al ilícito penal no puede desatender la doble dimensión: el conflicto entre el delincuente y la sociedad, pero también el conflicto que surge entre el agresor y el agredido. De acuerdo con las ideas precedentes, y atendiendo a las nuevas tendencias del Derecho Procesal Penal que consideran a la víctima como un gran protagonista del proceso penal, el CPP de 2004 le reconoce ampliamente –en comparación con la normativa anterior– una serie de derechos y garantías cuyo alcance y precisión deben ser desarrollados al constituir de vital importancia para un correcto y exitoso funcionamiento del sistema procesal penal que se está implementando en nuestro ordenamiento jurídico. Y de esa forma tornar en real el cambio que se busca, llegando a una más eficiente y equilibrada resolución del conflicto penal. De tal manera que no puede desconocerse los derechos de la víctima en el proceso penal, tales como el derecho a la tutela judicial efectiva, a la verdad, a la información, protección física y jurídica, petición, participación, entre otros, procurando una reparación integral a la víctima y no solo una indemnización económica. (Paiva, 2013, p.21, 22).

2.3.2. El Agraviado

No cabe duda de que toda acción u omisión a la ley penal traerá como consecuencia la afectación de un bien jurídico protegido, siendo así:

En la historia de la persecución penal hay dos personajes que se disputan, con buenos títulos, la calidad de ofendido: la sociedad y la víctima (persona individual o jurídica) que ven dañados o puestos en peligro sus intereses y sus derechos. Son muchos más, en cambio, los que se atribuyen la condición de víctima. Unos y otros buscan, en todo caso, el castigo del culpable – autor del delito–, y también pretenden la tutela social y el resarcimiento del daño que han sufrido. Entre los datos que caracterizan al delito de siempre se hallan la identidad del agresor y del agredido, que entran en contacto personal, por el ataque que aquel emprende, por el

enfrentamiento que compromete a ambos, por la malicia que alguien utiliza para obtener, de cierto individuo, determinada ventaja. En cambio, el delito moderno puede golpear a un número indeterminado de sujetos y provenir de un número también indeterminado de agentes. No importa la identidad de aquellos y estos, que ni siquiera se conocen entre sí (Machuca, 2007, p.48).

Esto sin duda genera que el agraviado directo o indirecto, busque siempre un resarcimiento, esto es “la reacción punitiva y reparadora enderezada contra el autor del delito y a veces contra quienes no han participado en la conducta reprobable, pero deben responder por ella, en forma lateral y subordinada” (Machuca, 2007, p.48). Siendo así el agraviado a la fecha habría sido desplazado o relegado en la litis penal, ya que la sociedad estaría representada por la fiscalía, mientras que el agraviado no gozaría de esa situación, más aún si en el proceso penal peruano, si este no se constituye en actor civil, estaría relegado generalmente a los resultados del mismo.

2.3.3. Víctima en el código procesal penal

Podemos ver que la norma procesal penal, estableció diversos preceptos legales, pero estos de manera general, en cuanto a los derechos y deberes que se le confiere en un proceso penal, siendo así se puede ver que:

El agraviado es lo mismo que “víctima”, y que “actor civil” y “querellante particular” son dos especies de agraviado. Si bien algunos autores, consideran que “agraviado” es un concepto más restringido que el de “víctima”, en tanto –como hemos indicado antes– se suele considerar que “agraviado es sinónimo de “sujeto pasivo del delito”, sin embargo debemos entender que de la redacción del código adjetivo penal, este le otorga un concepto amplio a la expresión “agraviado”, que podría ser equiparable a “víctima”, en tanto prescribe que se considerará agraviado a todo aquel que resulte directamente ofendido por el delito (hasta aquí sujeto pasivo del delito), pero además también podrá ser considerado agraviado, según el citado código, a aquel que resulte perjudicado por las consecuencias del mismo. (Villegas, 2013, p. 57).

Ahora bien, desde nuestra perspectiva resulta adecuada la definición hecha por el legislador en el código adjetivo del 2004, ya que reconocer un concepto amplio de víctima (o agraviado), la cual da una mayor protección

a toda persona que sufra las consecuencias, ya sean directas o indirectas, de un ilícito penal, advirtiéndose que seguiría los lineamientos trazados a nivel supranacional.

Si bien podemos observar que la norma procesal, hace alusión a un ofendido por el delito (que sería equivalente al sujeto pasivo del delito) y a aun perjudicado, que es aquel que también sufre las consecuencias del evento delictivo, lo cierto es que tal distinción a efectos prácticos no genera consecuencias contrarias por cuanto a ambos términos se le incluye dentro del genérico término de agraviado (que en si significa lo mismo para efectos prácticos), por lo que ambos (ofendido y perjudicado) gozan de los mismos derechos. Aunque podríamos recordar lo que ha dicho la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre la existencia de una víctima directa y otra indirecta, lo que no afecta en nada los derechos y garantías de estos.

2.3.4. El Agraviado en el título preliminar del código procesal penal

Cuando el legislador aprobó el código adjetivo, estableció una serie de derechos y garantías a la víctima; siendo esto así en el Título Preliminar en el artículo IX.3, se estableció: “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”. Es por ello que últimamente hemos visto que:

El sobredimensionamiento del interés estatal en la persecución y sanción del delito ha marginado los intereses jurídicos de la víctima del delito, los cuales no pueden limitarse a su derecho a obtener una determinada suma de dinero por concepto de reparación civil al final del procedimiento, sino que una debida tutela, implica reconocerle ciertas facultades procesales para hacer uso del derecho de defensa, y también, asistirle mediante medidas de protección en el caso de delitos graves. Lo importante a estos efectos es impedir una segunda victimización que redunde en una afectación psicosocial, de ahí que la doctrina desde una posición extraída de la victimología haga alusión al “redescubrimiento de la víctima” (Pérez, 2014, p. 205).

Siendo así, no cabe duda de que la autoridad (policial, fiscal y judicial), en la secuela del proceso penal deberá de garantizar los derechos y garantías que posee la víctima, máxime si contra esta

recae todas las consecuencias del delito, por tanto, el agraviado ocupará un rol prevalente y fundamental en su causa penal.

2.3.5. Designaciones de agraviado en el modelo adversarial

Una de las novedades del código adjetivo fue establecer en su corpus juris procesal del 2004, diversos deberes y derechos del agraviado así podemos ver el título IV (la víctima) de la sección IV (El Ministerio Público y los demás sujetos procesales) del libro primero del Capítulo I: artículos 94-97, sobre el agraviado, del Capítulo II: artículos. 98-106, sobre el actor civil, que es en puridad el agraviado que actúa en el proceso penal (con ciertos derechos), y del Capítulo III: artículos 107-110, sobre el querellante particular, que es también un agraviado de un delito de persecución privada (querella); todos ellos relacionados de manera directa (o indirecta), con la persona que ha sufrido algún tipo de deterioro a raíz de un crimen.

Por otro lado, el modelo inquisitivo del Código de Procedimientos Penales de 1940, dentro de su cuerpo jurídico no se advierte título o capítulo alguno en la cual, en la que señale derechos del imputado, menos aún del agraviado, ello dentro de su esquema mixto e inquisitivo, situación superada con lo establecido en norma procesal. Siendo así en el artículo 94 inciso 1 del Nuevo Código Procesal Penal, la define: “que se considera como tal a todo aquel que resulte directamente ofendido por el delito o perjudicado por las consecuencias del mismo”. No cabe duda de que con el nuevo modelo procesal en esta parte se innova el panorama normativo hacia la víctima (ofendido, perjudicado o agraviado). En ese sentido veremos como clasifica y define el jurista Pérez (2014), a las diversas denominaciones o acepciones del agraviado:

a. La víctima

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

del sistema social, pero que están al servicio o en una relación instrumental de protección con los bienes individuales o microsociales; estamos hablando, por ejemplo, de la salud pública, la seguridad pública, etc.

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

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

b. El ofendido

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

pretensión civil en el procedimiento, por lo cual, la persona, legitimada por el orden civil, ejerce válidamente esta pretensión.

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

c. El perjudicado

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

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

d. El agraviado

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

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

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

En estos casos, dichos actores podrán ejercer los derechos y facultades atribuidas a las personas directamente ofendidas por el delito, bajo la salvedad de que esto se hará siempre que el objeto social de la asociación se vincule directamente con esos intereses y haya sido reconocida e inscrita con anterioridad a la comisión del delito objeto del procedimiento.

Estas normas suponen que la legitimación no se circunscribe a los titulares de derechos subjetivos e intereses legítimos, sino que se extiende a determinadas instituciones sociales por

el mero hecho de su constitución y reconocimiento jurídico para la defensa del interés común o general, pues –como señala San Martín Castro– esta institución procesal busca una mayor dinámica de protección de los bienes jurídicos penales relacionados con los derechos fundamentales de la persona y con la protección de los intereses difusos.

Resulta nuevo en nuestro ordenamiento que se haya recogido la protección de intereses difusos, que son de todos y a la vez de nadie, por lo que el reconocimiento de las instituciones que velan por estos intereses y su participación como querellante se encuentra justificada. Al ser considerado agraviado tiene la opción a solicitar la reparación civil. En el caso de los incapaces, la representación recaerá en los padres, tutores o curadores; en caso de las personas jurídicas, como prescribe el artículo 92, será el apoderado judicial, y, en el caso del Estado como agraviado, la representación y su defensa en juicio, la realizan los procuradores públicos según lo previsto en el Decreto Ley N° 17537.

e. El actor civil

El actor civil es una categoría procesal de larga data. Se trata del agraviado que ejercita la pretensión resarcitoria en el proceso penal, actuando con todos los derechos, facultades y obligaciones de un sujeto procesal; a diferencia del ofendido, el actor civil no ejerce ninguna pretensión penal y su interés y actuación se limita a la reparación civil, ofreciendo y presentando prueba contra el procesado o el tercero civil a fin de acreditar su pretensión, aun cuando puede aportar prueba vinculada a la determinación de la responsabilidad penal del procesado. Asimismo, el actor civil, a diferencia del ofendido, únicamente podrá constituirse cuando haya un proceso penal (o una investigación preparatoria) en curso. La calidad de actor civil es determinada por su comparecencia en el proceso penal, no puede hablarse de actor o parte civil antes del proceso, como sí sucede con el agraviado. Para constituirse en parte o actor civil, el compareciente en el proceso penal debe cumplir ciertos requisitos de admisibilidad que de no cumplirse originaría el rechazo de su solicitud de constitución.

f. El querellante particular

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

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

En nuestro sistema siempre se ha reconocido, como excepción al principio de oficialidad, la existencia de delitos de ejercicio de la acción penal privada en que es el ofendido quien promueve y ejerce la acción penal, estándole vedado al Ministerio Público intervenir en el procedimiento. A pesar de que en estos casos el actor privado pretende y defiende un interés público, la ley penal lo limita a la concurrencia del interés privado en perseguirlo; por ello lo dota del poder de persecución penal, pero no de un poder público. La demostración de que ese interés preponderante es privado está en el carácter generalmente renunciable de la acción, con efectos extintivos para la persecución penal y la sanción de abandono de la acción para el caso de inactividad del querellante.

Querellante, entonces, es el acusador privado, que, sobre la base de un derecho que el orden jurídico le reconoce, impulsa la realización de un proceso penal, a efectos de solicitar a la instancia jurisdiccional la imposición de una sanción punitiva y una reparación económica proporcional al daño producido por el delito. Para Clariá Olmedo es querellante el particular que produce querella para provocar un proceso penal; es en realidad, el particular que formula una imputación criminal, sobre un delito que solo a él le interesa su persecución y sanción. El querellante es parte procesal necesaria en el procedimiento por delitos perseguibles por acción privada (el caso de injuria, por ejemplo), en la medida que, al no existir interés público, no

interviene el fiscal, de manera que dicho acusador privado ocupa ahora la misma posición procesal –mutatis mutandi– que correspondería al titular de la acusación pública. El agraviado, en este caso, es el titular de la acción penal, tanto respecto de la incoación del proceso como de su sostenimiento a lo largo del proceso.

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

Con respecto de los requisitos para constituirse en querellante particular, estos están regulados en el artículo 108 del Código Procesal Penal, que señala que este promoverá la acción de la justicia mediante querella y el escrito de la misma deberá contener, bajo sanción de inadmisibilidad lo siguiente:

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

Dentro de las facultades del querellante particular se encuentra el participar en todas las diligencias del proceso, ofrecer prueba de cargo sobre la culpabilidad y reparación civil, interponer recursos impugnatorios referidos al objeto penal y civil del proceso, y cuantos medios de defensa y requerimientos estime necesarios en salvaguarda de su derecho de acuerdo con el artículo 109.1 del Código Procesal Penal. Vale todo lo dicho en el caso de las facultades del actor civil, que se hacen más intensas en el caso del querellante particular, puesto

que sobre él recae la carga de la prueba, en la medida que en estos procedimientos no interviene el fiscal. En tal virtud, el Derecho positivo procura conferirle todos los mecanismos procesales suficientes para poder ejercitar eficazmente su pretensión, tanto referida a la punibilidad de la conducta como a la pretensión indemnizatoria, a partir de una igualdad de armas procesal. Asimismo, el querellante particular podrá intervenir en el procedimiento a través de un apoderado designado especialmente a este efecto, esto se dará en los casos en que no estuviere en el pleno ejercicio de sus derechos civiles; sin embargo, esta designación no lo exime de declarar en el proceso.

A diferencia de los procesos para delitos perseguibles por acción penal pública, para el querellante particular existe el desistimiento regulado en el artículo 110 del Código Procesal Penal que señala; que este podrá desistirse expresamente de la querella en cualquier estado del procedimiento, sin perjuicio del pago de costas. Además, regula el desistimiento tácito cuando el querellante particular no concurra sin justa causa a las audiencias correspondientes, a prestar su declaración o cuando no presente sus conclusiones al final de la audiencia. Con respecto a la justa causa, esta deberá acreditarse, de ser posible, antes del inicio de la diligencia o, en caso contrario, dentro de las 48 horas siguientes a la fecha fijada para aquella, por lo que el Código da la oportunidad para poder ejercer el derecho de defensa y no se produzcan indefensiones producidas por la eventualidad. (p. 211 -217)

Como podemos ver, si bien es cierto en parte de la doctrina existiría varios tipos de expresiones acerca de la denominación de la víctima, dado a los múltiples conceptos y/o definiciones que se tiene sobre el mismo, sin embargo, en la práctica y realidad, el concepto que engloba todas estas tienen relación directa al termino de agraviado (sujeto pasivo, ofendido, perjudicado, actor civil o víctima). Por lo que para efectos prácticos y comunes se utilizara el termino agraviado.

2.3.6. El agraviado y sus derechos en nuevo modelo procesal

Como ya se viene indicando el código adjetivo del 2004, trata de dar y reconocer a la víctima un lugar adecuado dentro del proceso penal, pero véase, no completo (ya que no siempre se garantiza sus derechos), ya que si bien es cierto se le reconoce como sujeto procesal, y se le amplía el reconocimiento de derechos en contraposición con la normativa inquisitiva de 1940, de cierta manera se le comprueba

y da valor a la víctima en el nuevo modelo procesal penal; siendo así a la fecha existen ciertos derechos que maximizan la participación del agraviado en el proceso penal, buscando su legitimidad para obrar sino también el legítimo interés en el proceso, siendo esto así el jurista Villegas (2013), las establece de esta manera:

a. El derecho a un trato digno y respetuoso

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

Solo con un trato digno a la víctima es que se podrá avanzar en el reconocimiento, respeto y protección de sus demás derechos fundamentales, pues la dignidad de la persona es el presupuesto ontológico para la existencia y defensa de los demás derechos fundamentales, y es que los distintos derechos, aun cuando poseen un significado específico cada uno, tutelan un bien jurídico unitario: los rasgos concretos de la personalidad humana; de suerte que aun resultando autónomamente enjuiciables, son reconducibles a la más general expresión de la dignidad humana. De este modo al atentar contra la dignidad de una persona irremediablemente a la vez se están vulnerando sus derechos.

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

Entonces para la Constitución Política peruana la dignidad del ser humano no solo representa el valor supremo que justifica la existencia del Estado y de los objetivos que cumple, sino que a su vez se

convierte en el fundamento esencial de todos los derechos que, con la calidad de fundamentales, habilita el ordenamiento.

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

Por lo tanto, como acertadamente sostiene González Pérez, “La dignidad humana es una cualidad intrínseca, irrenunciable e inalienable de todo ser humano, constituyendo un elemento que cualifica al individuo en cuanto tal, siendo una cualidad integrante e irrenunciable de la condición humana. Ella es asegurada, respetada, garantizada y promovida por el orden jurídico estatal e internacional, sin que pueda ser retirada a alguna persona por el ordenamiento jurídico, siendo inherente a su naturaleza humana; ella no desaparece por más baja y vil que sea la persona en su conducta y sus actos”.

En síntesis, la dignidad se constituiría en un valor superior constitucional, de lo cual se deriva que tenga como funciones: i). fundamentar o dar sustento valorativo a las demás normas y a las actuaciones del poder público –incluso de la sociedad y los particulares, en general; ii) orientar los fines, alcances e interpretación de las normas y las políticas públicas, iii) frenar toda norma o actividad que los contravenga abiertamente, o que se aparte de ellos trasgrediendo su sentido, y también, iv) ser fuente de producción normativa.

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

El Tribunal Constitucional peruano ha formulado el criterio de entender a la dignidad humana como principio-derecho, lo cual produce las siguientes consecuencias. Primero, en tanto principio, actúa a lo largo del proceso de aplicación y ejecución de las normas por parte de los operadores constitucionales, como: a) criterio interpretativo; b) criterio para la determinación del contenido esencial constitucionalmente protegido de determinados derechos, para resolver supuestos en los que el

ejercicio de los derechos deviene en una cuestión conflictiva, y c) criterio que comporta límites a las pretensiones legislativas, administrativas y judiciales, e incluso extensible a los particulares. Segundo, en tanto derecho fundamental se constituye en un ámbito de tutela y protección autónomo. En ello reside su exigibilidad y ejecutabilidad en el ordenamiento jurídico, es decir, la posibilidad de que los individuos se encuentren legitimados a exigir la intervención de los órganos jurisdiccionales para su protección, en la resolución de los conflictos sugeridos en la misma praxis intersubjetiva de las sociedades contemporáneas, donde se dan diversas formas de afectar la esencia de la dignidad humana, ante las cuales no podemos permanecer impávidos.

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

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

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

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

El reconocimiento de una indemnización por los perjuicios derivados de un delito es una de las soluciones por las cuales ha optado el legislador ante la dificultad en materia penal de lograr el pleno restablecimiento de los derechos y bienes jurídicos violentados en razón a la comisión de un delito. Pero no es la única alternativa ni mucho menos la que protege plenamente el valor intrínseco de cada ser humano. Por el contrario, el principio de dignidad impide que la protección a las víctimas y perjudicados por un delito sea exclusivamente de naturaleza económica.

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

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

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

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

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

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

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

La Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 25 de octubre de 2012, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo establece que el delito constituye un injusto contra la sociedad y una violación de los derechos individuales de las víctimas. Por ello, las víctimas de delitos deben ser reconocidas y tratadas de manera respetuosa, sensible y profesional, sin discriminación de ningún tipo por motivos como la raza, el color, la etnia o el origen social, los rasgos

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

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

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

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

Igualmente la Decisión Marco del Consejo de Europa, del 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal prescribió en su artículo 11 que debe propiciarse que los Estados a través de sus servicios públicos o mediante la financiación de organizaciones de apoyo a la víctima,

iniciativas en virtud de las cuales las personas que intervienen en las actuaciones o que tienen otro tipo de contacto con la víctima reciban la adecuada formación, con especial atención a las necesidades de los grupos más vulnerables, formación que debe ir dirigida con especial referencia a los agentes de la policía y profesionales del Derecho.

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

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

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

quienes han sido víctimas de un delito como a las demandas de protección y seguridad de la sociedad en su conjunto ante nuevos ámbitos de criminalidad.

Precisamente, uno de los mayores problemas para las víctimas de delitos ha sido el acceso a la justicia con el objeto de lograr una tutela adecuada de sus derechos. Este problema presenta perfiles diferentes según se trate de acceder a los órganos jurisdiccionales del orden civil con el objeto de reclamar la restitución, reparación o indemnización por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia del hecho ilícito, posibilidad reconocida generalmente en los distintos ordenamientos jurídicos, o de acceder a los órganos jurisdiccionales del orden penal, bien para llevar a cabo un papel activo en las causas penales, bien simplemente para tener conocimiento del desarrollo del enjuiciamiento de los hechos delictivos de que ha sido objeto y conocer el resultado del mismo, bien para participar en el mismo en su condición de testigos pero con la seguridad de que van a recibir la adecuada protección y tutela, posibilidades no siempre reconocidas en los diversos ordenamientos y, desde luego, reguladas de forma muy diversa y con distinta extensión.

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

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

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

sin que le obstruya, impida o disuada irrazonablemente, y, el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales.

La posibilidad de poder acceder a los órganos jurisdiccionales ha sido entendida como el derecho que tiene toda persona a un recurso sencillo y rápido ante los jueces o tribunales competentes, el cual debe sustanciarse de acuerdo a las normas del debido proceso. Cuando se hace uso del término “recurso”, este debe ser entendido en un sentido amplio y no limitado al significado que esta palabra tiene en la terminología jurídica de las legislaciones procesales de los diversos países, debe entenderse como “acceder al tribunal”, sinónimo de vía judicial o proceso.

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

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

Tal es la relación entre ambos derechos que nuestro Tribunal Constitucional al referirse a tal circunstancia ha señalado que la tutela judicial efectiva es el marco y el debido proceso una expresión específica, por lo que la tutela judicial efectiva supone tanto el derecho de acceso a los órganos de justicia como la eficacia de lo decidido en la sentencia; es decir, una concepción garantista y tutelar que encierra todo lo concerniente al derecho de acción frente al poder deber de la jurisdicción; el derecho al debido proceso, en cambio,

significa la observancia de los derechos fundamentales esenciales del procesado, principios y reglas esenciales exigibles dentro del proceso como instrumento de tutela de los derechos subjetivos.

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

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

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

El CPP de 2004 en aras de tornar en verdaderamente efectiva la tutela jurisdiccional y la participación de la víctima en un proceso, con todas las garantías, que tiene la víctima o agraviado (ya señalamos que para

nuestro código adjetivo son lo mismo) ha ampliado la participación de la misma al interior del proceso regulando una serie de derechos que puede ejercer en cada etapa del proceso.

c. Derecho a la intimidad

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

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

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

- En el artículo 95.1.c se prescribe que en los procesos por delitos contra la libertad sexual se preservará su identidad, bajo responsabilidad de quien conduzca la investigación o el proceso.
- En la misma dirección, se apunta en el artículo 139.2 que está prohibida la publicación de las generales de ley y de imágenes de testigos o víctimas menores de edad, salvo que el juez, en interés exclusivo del menor permita la publicación.
- En el artículo 171.3 se señala que cuando deba recibir testimonio de menores y de personas que hayan resultado víctimas de hechos que las han afectado psicológicamente, se podrá disponer su recepción en privado.

Ahora bien, el derecho a la intimidad de la víctima no solo puede ser vulnerado por dar a conocer cierta información de carácter personalísimo de la víctima al público, si no que tal afección también se puede dar en el mismo seno del proceso penal, por ejemplo, en el marco de la investigación penal es frecuente la

realización de una serie de diligencias de investigación que pueden afectar el aludido derecho; por ejemplo, el personal médico puede requerir información de carácter confidencial e inclusive hacer investigaciones de carácter intrusivo en el cuerpo de la víctima.

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

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

Es común que la víctima sea objeto de prueba, realizándose sobre ella inspecciones, pericias diversas, como una identificación del cadáver, exámenes médicos sobre el cuerpo, verificación de edad, etc.

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

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

d. Derecho a la información veraz.

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

Ahora bien la información y las orientaciones brindadas por las autoridades competentes, los servicios de apoyo a las víctimas y de justicia reparadora deben ofrecerse, en la medida de lo posible, a través de una diversidad de medios y de forma que pueda ser entendida por la víctima. La información y las orientaciones deben proporcionarse en términos sencillos y en un lenguaje accesible. Asimismo, debe garantizarse que la víctima pueda ser entendida durante las actuaciones. A este respecto, debe tenerse en cuenta el conocimiento que tenga la víctima de la lengua utilizada para facilitar información, su edad, madurez, capacidad intelectual y emocional, alfabetización y cualquier incapacidad mental o física. Deben tenerse en cuenta, en particular, las dificultades de comprensión o de comunicación que puedan ser debidas a algún tipo de discapacidad, como las limitaciones auditivas o de expresión oral. Del mismo modo, durante los procesos penales deben tenerse en cuenta las limitaciones de la capacidad de la víctima para comunicar información.

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

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

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

la causa.

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

La Corte Constitucional colombiana, sobre este aspecto, sostiene que no se precisa de una intervención en sentido procesal para que las autoridades de investigación asuman los deberes que imponen la garantía de comunicación (entiéndase, para nosotros, información) que se proyecta en dos ámbitos: (i) información acerca de los derechos que el orden jurídico establece para garantizar sus intereses en el proceso penal, y (ii) acceso a la información acerca de las circunstancias en que se cometió el delito, que forma parte del derecho, que forma parte del derecho “a saber”, el cual se materializa con la posibilidad de acceso al expediente o a las diligencias desde sus primeros desarrollos. La interconexión e interdependencia que existe entre los derechos a la verdad, a la justicia, y a la reparación exige que la garantía de comunicación se satisfaga desde el primer momento en que las víctimas entran en contacto con los órganos de investigación. Los derechos a la justicia y a la reparación pueden verse menguados si se obstruye a las víctimas las posibilidades de acceso a la información desde el comienzo de la investigación a efectos de que pueden contribuir activamente con el aporte de pruebas e información relevante sobre los hechos.

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

Las víctimas deben ser informadas oportunamente y detalladamente sobre las principales etapas del proceso. Como se ha indicado, la falta de información sobre el progreso del caso es uno de los aspectos que causa mayor frustración e insatisfacción a las víctimas. Es deber de quienes fungen como miembros de la Policía, fiscales y jueces mantener un contacto permanente con las víctimas e informarles inmediatamente de las actuaciones procesales que se piensa tomar incluyendo, especialmente, las decisiones negativas para las víctimas, como pueden ser las decisiones de archivo, peticiones de sobreseimiento, entre otros.

Consideramos que la víctima debe ser informada, aun cuando no lo haya solicitado, sobre cualquier resolución judicial, sobre el cual se configure el menor indicio de que la seguridad de las víctimas o sus allegados pueda verse afectada por el contenido de la resolución. Por ejemplo, en el caso que se resuelva por el cese de la prisión preventiva, lo cual podría ocasionar que el imputado al estar libre busque acercarse a la víctima para intimidarla, amenazarla, etc.

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

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

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

Abona a favor de esta idea lo prescrito en el inciso 1 del artículo 324 del CPP de 2004, cuando señala que solo podrán enterarse del contenido de la investigación las partes de manera directa o a través de sus abogados debidamente acreditados en autos. Si bien podría decirse contra ello, que el citado código hace alusión a

las “partes” del proceso, lo que se podría entender tanto al imputado, y en todo caso al agraviado pero únicamente cuando se haya constituido en actor civil, sin embargo, consideramos que atender a este último supuesto, significaría restringir demasiado el derecho a la información que tiene la víctima, derecho que le asiste por el solo hecho de ser tal, al margen de su participación en el proceso o de su constitución en actor civil.

e. Derecho a ser escuchado en el proceso.

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

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

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

En el ámbito europeo la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo del 25 de octubre de 2012, señala que: “No se puede hacer justicia si no se permite a las víctimas explicar las circunstancias del delito y aportar pruebas de forma comprensible para las autoridades competentes. Es igualmente importante garantizar que se trata a la víctima con respeto y que pueda ejercer sus derechos. Por lo tanto, siempre debe proporcionarse a la víctima un servicio de interpretación gratuito, durante el interrogatorio y para facilitarle su participación activa en las vistas judiciales, de acuerdo con el estatuto de

la víctima en el sistema judicial penal pertinente. Para otros aspectos del proceso penal, la necesidad de interpretación y traducción puede variar en función de cuestiones específicas, del estatuto de la víctima en el sistema judicial penal pertinente y su implicación en las actuaciones, y de los derechos específicos que la asistan. Solo es preciso ofrecer interpretación y traducción para estos otros casos en la medida necesaria para que las víctimas ejerzan sus derechos”.

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

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

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

podrán ofrecer como prueba una decisión carente de una debida motivación y así demostrar que el derecho a ser oído fue violado.

Por otro lado la Corte IDH en el Caso Barbani Duarte y otros vs. Uruguay señaló que el derecho a ser oído consagrado en el artículo 8.1 presenta dos ámbitos: "(...) por un lado, un ámbito formal y procesal de asegurar el acceso al órgano competente para que determine el derecho que se reclama en apego a las debidas garantías procesales (tales como la presentación de alegatos y la aportación de prueba). Por otra parte, ese derecho abarca un ámbito de protección material que implica que el Estado garantice que la decisión que se produzca a través del procedimiento satisfaga el fin para el cual fue concebido. Esto último no significa que siempre deba ser acogido sino que se debe garantizar su capacidad para producir el resultado para el que fue concebido".

f. Derecho a la defensa

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

g. Derecho a la verdad

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

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

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

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

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

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

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

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

Por lo tanto, dicho deber de investigar no consiste en una mera formalidad, sino que debe ser asumida de manera completa, con “seriedad”. La Corte IDH sostiene que la obligación de investigar: “(...) *debe emprenderse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa. Debe tener un sentido y ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad*”.

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

Asimismo ha afirmado que:

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

Adicionalmente, se enfatiza el papel democratizador de la investigación que no solo tiene una manifestación individual, sino social, al considerarse que: “El derecho a conocer la verdad tiene como efecto necesario que en una sociedad democrática se conozca la verdad sobre los hechos de graves violaciones de derechos humanos. Esta es una justa expectativa que el Estado debe satisfacer, por un lado, mediante la obligación de investigar las violaciones de derechos humanos y, por el otro, con la divulgación pública de los resultados de los procesos penales e investigativos. Esto exige del Estado la determinación procesal de los patrones de actuación conjunta y de todas las personas que de diversas formas participaron en dichas violaciones y sus correspondientes responsabilidades. Además, en cumplimiento de sus obligaciones de garantizar el derecho a conocer la verdad, los Estados pueden establecer comisiones de la verdad, las que contribuyen a la construcción y preservación de la memoria histórica, el esclarecimiento de hechos y la determinación de responsabilidades institucionales, sociales y políticas en determinados periodos históricos de una sociedad”.

El Tribunal Constitucional peruano también ha reconocido el derecho a la verdad, manifestando que este derecho se encuentra implícitamente reconocido en nuestra Constitución Política, derivado del principio-derecho de dignidad humana (artículo 1), del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva (artículo 139, inciso 3) y del deber primordial del Estado de garantizar la plena vigencia de los derechos

humanos (artículo 44). Asimismo, ya con anterioridad, ha dejado sentado que el derecho a la verdad tiene dos dimensiones:

- **Dimensión colectiva**, por la cual la nación tiene el derecho de conocer la verdad sobre los hechos o acontecimientos injustos y dolorosos provocados por las múltiples formas de violencia estatal y no estatal. Tal derecho se traduce en la posibilidad de conocer las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las cuales ellos ocurrieron, así como los motivos que impulsaron a sus autores. El derecho a la verdad es, en ese sentido, un bien jurídico colectivo e inalienable.
- **Dimensión individual**, cuyos titulares son las víctimas, sus familias y sus allegados. El conocimiento de las circunstancias en que se cometieron las violaciones de los derechos humanos y, en caso de fallecimiento o desaparición, del destino que corrió la víctima por su propia naturaleza, es de carácter imprescriptible. Las personas, directa o indirectamente afectadas por un crimen de esa magnitud, tienen derecho a saber siempre, aunque haya transcurrido mucho tiempo desde la fecha en la cual se cometió el ilícito, quién fue su autor, en qué fecha y lugar se perpetró, cómo se produjo, por qué se le ejecutó, dónde se hallan sus restos, entre otras cosas.

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

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

La Corte Constitucional colombiana ha dicho que:

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

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

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

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

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

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

Ahora bien, al margen de lo señalado debe tenerse en cuenta que el derecho a la verdad no supone que en todo tiempo y momento el resultado de las averiguaciones será necesariamente exitoso, alcanzará el efecto esperado por las víctimas del delito o cubrirá las expectativas de determinados sectores de la sociedad. El derecho a la verdad y el respectivo deber de esclarecimiento si bien tienden a lograr la verdad histórica no significa que siempre dicho resultado se podrá alcanzar o el alcance será de tal magnitud que cubra las reales expectativas de las partes. El deber de esclarecimiento busca como fin determinar la verdad de los hechos, pero puede ocurrir que en algunos casos dicha finalidad no se cubra. Por ello, debe entenderse que el deber de esclarecimiento es una obligación de medios y no de resultados, en la medida

que es posible que la verdad acerca de la comisión del delito o de sus presuntos autores no llegue nunca a saberse, pese a que se han desplegado una serie de medios, recursos y técnicas tendientes a su descubrimiento.

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

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

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

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

Por último, el derecho a la verdad no tiene como contenido o como elemento configurador el derecho a lograr una condena en la que se impongan penas exacerbadas, de extrema gravedad y de duración indeterminada al individuo. El derecho a la verdad no confiere a las víctimas un derecho a lograr una condena

dura y severa. El derecho a la verdad no exige penas de larga duración o de excesivo rigor y menos la imposición extrema, por ejemplo, de una cadena perpetua. En este ámbito, el derecho a la verdad debe armonizarse también con el principio de proporcionalidad en su vertiente de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Asimismo, la gravedad de la pena debe estar en correlación con la gravedad del delito (injusto), las circunstancias personales de su comisión (culpabilidad) y ciertos factores procesales que pueden actuar en sentido agravatorio como también benigno. El derecho a la verdad no tiene que ver con la magnitud de las penas, ni con su severidad, ni con su posible lenidad.

h. Derecho a la protección integral

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

En conformidad con ello, el Código Procesal Penal ha regulado su reconocimiento de forma amplia, estableciendo una serie de medidas de protección para quienes tengan la calidad de testigos, peritos, agraviados o colaboradores (artículo 247). En tal sentido el fiscal o el juez, según el caso, de oficio o a instancia de las partes, adoptará las medidas necesarias para preservar la identidad del protegido, su domicilio, profesión y lugar de trabajo, sin perjuicio de la acción de contradicción que asista al imputado (artículo 248.1).

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

- Protección policial.
- Cambio de residencia.
- Ocultación de su paradero
- Reserva de su identidad y demás datos personales en las diligencias que se practiquen, y cualquier otro dato que pueda servir para su identificación, pudiéndose utilizar para esta un número o cualquier otra clave.
- Utilización de cualquier procedimiento que imposibilite su identificación visual normal en las diligencias que se practiquen.
- Fijación como domicilio, a efectos de citaciones y notificaciones, la sede de la Fiscalía competente,

a la cual se las hará llegar reservadamente a su destinatario.

- Utilización de procedimientos tecnológicos, tales como videoconferencias u otros adecuados, siempre que se cuenten con los recursos necesarios para su implementación. Esta medida se adoptará para evitar que se ponga en peligro la seguridad del protegido una vez desvelada su identidad y siempre que lo requiera la preservación del derecho de defensa de las partes.

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

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

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

i. Derecho a la asistencia

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

Al respecto la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas del Delito y del Abuso de Poder sostiene que las víctimas deben recibir la asistencia material, médica, psicológica y social que sea necesaria, por conducto de los medios gubernamentales, voluntarios, comunitarios y autóctonos. Igualmente se señala que se deberá informar a las víctimas de la disponibilidad de servicios sanitarios y sociales y demás asistencia pertinente, y se facilitará su acceso a ellos. Por otro lado se proporcionará al personal policial, de justicia, de salud, de servicios sociales y demás personal interesado capacitación que lo haga receptivo a las necesidades de las víctimas y directrices que garanticen una ayuda apropiada y rápida.

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

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

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

Entre las principales finalidades de este programa tenemos:

- Ejecutar las políticas y directrices técnicas para el funcionamiento del Programa de Asistencia de Víctimas y Testigos.
- Formular el proyecto del Plan de Trabajo Institucional y presupuesto anual de la unidad orgánica, de acuerdo a los dispositivos correspondientes y en coordinación con la Oficina Central de Planificación y Presupuesto.
- Velar por que se garantice la reserva y confidencialidad de la información.
- Controlar la ejecución del Programa de Asistencia de Víctimas y Testigos de las oficinas de apoyo a nivel nacional.
- Efectuar el informe anual al Despacho de la Fiscalía de la Nación sobre el funcionamiento del Programa.
- Instruir a las víctimas y/o testigos sobre los derechos que les asiste durante la investigación y el proceso judicial.
- Verificar el cumplimiento de la asistencia.
- Orientar respecto a las medidas de protección que pueda recibir de las entidades e instituciones correspondientes.
- Proporcionar el soporte profesional necesario para que el testigo y la víctima cuenten con el apoyo y tratamiento psicológico que les permita rehabilitarse cuando el caso lo requiera, y que posibilite contar con un testimonio idóneo durante la investigación y el proceso judicial.
- Evaluar la situación familiar y socioeconómica de la víctima y el testigo.
- Orientar su reinserción social, brindándole la información necesaria que posibilite dicho objetivo ante las entidades e instituciones correspondientes.
- Las demás que le asigne el Fiscal de la Nación de acuerdo a su ámbito funcional y las que le corresponda según los dispositivos legales. vigentes.

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

ejecución de las medidas de protección que eventualmente se dispongan”.

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

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

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

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

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

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

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

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

j. Derecho a la reparación integral.

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

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

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

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

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

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

i) Ventajas para la víctima: Afirma –el jurista alemán– que, mediante los mecanismos de la reparación, la víctima resulta indemnizada rápidamente sin ningún costo ni esfuerzo propio. Mientras que en otros sistemas penales, el proceso penal impedía que la víctima pudiera obtener alguna vez una indemnización efectiva, o que en otros casos debiera acudir al Derecho Civil y a su proceso para una indemnización por daños.

ii) Ventajas para el autor: El interviniente (autor o partícipe) del ilícito penal tiene la posibilidad, mediante una reparación rápida y voluntaria, de salir librado con una importante atenuación de la pena, o, incluso, y tal vez, con una suspensión condicional a prueba de la misma. Tanto desde un punto de vista social como personal, ahí se encuentra una gran oportunidad de que se motive al autor para emplear todas sus fuerzas, a fin de alcanzar un acuerdo de compensación que satisfaga a la víctima. Estamos aquí, por

consiguiente, ante la situación poco común en la que convergen los intereses de la víctima y del autor, y precisamente ahí reside la gran fuerza de fascinación de este modelo y la perspectiva de que supere la prueba de la práctica.

iii) **Ventajas para la administración de justicia:** La administración de justicia se ahorra un proceso civil o, por lo menos, esfuerzos inútiles de ejecución de sentencias. Pues la *action civile* o la *compensation order*, solo proporcionan a la víctima un título ejecutivo que carece de cualquier valor cuando el autor, como suele suceder, o bien no posee nada o bien se sustrae a la ejecución. Este gasto inútil de energía en el proceso y en la ejecución desaparece, en cambio, cuando el autor, tal como prevé el modelo propuesto, presta por sí mismo la indemnización de perjuicios. Además, en la administración de justicia penal se evita practicar pruebas costosas y que exigen mucho tiempo, si el autor y la víctima se ponen de acuerdo y los hechos sometidos a enjuiciamiento están fuera de discusión. Por consiguiente, cualquier acuerdo de compensación autor-víctima vinculado con la indemnización tiene que ser bienvenido por la administración de justicia.

2.3.7. Tutela de Derechos

La Tutela de Derechos, como está planteada y desarrollada a la fecha, “es un mecanismo de defensa de derechos que goza el imputado, solamente en la investigación preliminar y preparatoria, ya que por la experiencia hemos encontrado casos en los cuales se han interpuesto la misma en Juicio” (Mendoza, 2013, p. 275), ello a través de los incidentes que prevé el art. 362 del NCPP, lo cual evidencia una desnaturalización de la misma, así como se pretende confundir y equiparar a esta novísima figura procesal a una Garantía Constitucional que prevé el art. 200 de nuestra Carta Magna. Sin embargo, como lo señala Villarroel, (2013):

“el máximo intérprete de la Constitución en el Exp. N° 03631-2011-PA/TC, ha dado a entender que es posible que el agraviado también pueda recurrir a dicha figura, porque, de lo contrario, se podría vulnerar el principio de igualdad de armas que debe regir en el proceso penal, y como consecuencia a ello el derecho de defensa”, (p.139).

Definición

La Tutela de Derechos, es una nueva institución procesal, que busca garantizar los derechos del imputado, en la secuela de un proceso entiéndase desde la investigación preliminar, siendo que la ley brinda a toda persona procesada la protección judicial de sus derechos fundamentales a través

de un recurso efectivo esto es cuando resulten vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública (básicamente por las actuaciones realizadas por el Ministerio Público y la Policía Nacional), esta protección lógicamente va a versar sobre el irrestricto derecho al debido proceso y derecho de defensa que asiste a todo acusado, sin embargo el agraviado también podría petitionar tutela debiendo en todo caso allanar todos los obstáculos que impidan o dificulten su vigencia, esto como es de verse en el reciente fallo emitido por el Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria, en el Expediente N°. 00006-2023-1-5001-JS-PE-01, en los seguidos contra la Presidenta Dina Ercilia Boluarte Zegarra y Otros. “Ello evidencia, que los derechos del agraviado, no se encuentran supeditados solo a lo establecido en el artículo 95° del CPP, y por ende su protección constitucional, va más allá, al igual que su participación en el proceso penal.” (Juzgado de Investigación Preparatorio Supremo, 2023, p.12).

Así mismo para el jurista Alva, (2010) establece:

La tutela de derechos es una institución procesal consagrada de manera expresa en el NCPP, que permiten que dentro del mismo proceso penal se controle judicialmente la constitucionalidad de los actos de investigación practicados por el Ministerio Público (en algunos casos con el auxilio de la Policía Nacional), sin necesidad de recurrir a un “Juez Constitucional”, con lo que se dota al proceso penal de un carácter garantista, respecto al cual hay un actor siempre vigilante de su constitucionalidad: el Juez Penal de Garantías (Juez de Investigación Preparatoria), (p.15).

Por su parte Somocurcio, (2009) la define como:

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

cometido, el abogado tendrá un instrumento: la tutela de derechos; en el sistema, un sismógrafo el derecho de defensa (p. 290).

En ese orden de ideas podemos señalar que la Tutela de Derechos es una garantía del derecho que tiene toda persona “a la protección judicial de sus derechos fundamentales a través de un recurso efectivo, entendido este al restablecimiento del *statu quo* de los derechos vulnerados, que encuentra una regulación expresa en el NCPP del 2004” (Alva, 2012, p.13), (solo en cuanto a los parámetros establecidos en el art. 71 en cuanto al imputado) y 95 (en cuanto al agraviado) del NCPP), y que debe utilizarse única y exclusivamente cuando haya una infracción (ya consumada), de los derechos que le asiste tanto al imputado, como al agraviado, ello como respuesta al derecho de igualdad, “manteniéndola en los márgenes a los que las garantías procesales los obligan, salvaguardando con ello el equilibrio y la licitud de las actuaciones de investigación” (Apelación N.º 225-2022. Huancavelica, 2023, p. 01)

Como puede apreciarse, es un mecanismo (más que procesal), de índole constitucional, que se constituye en la mejor vía reparadora del menoscabo sufrido, “que incluso puede funcionar con mayor eficiencia y eficacia que un proceso constitucional de *habeas corpus*” (Alva, 2012, p.13), siendo que el Juez de Investigación Preparatoria controlara la constitucionalidad de los actos de investigación practicados por el Ministerio Público (entendida con el apoyo de la Policía Nacional).

Marco legal

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

de brindar una protección especial; Directrices para los Niños Víctimas y Testigos de Delitos: Señala diez derechos que deben ser respetados en el tratamiento con víctimas y testigos menores de edad.

Objeto y finalidad

Considero que si bien es cierto el imputado tendrá derecho a la tutela de derechos para reclamar ante el Juez de Garantías (Juez de Investigación Preparatoria), solamente en la investigación preliminar y preparatoria, mediante este procedimiento preferente y sumario, por sí mismo o por quien actúe a su nombre, (abogado defensor), la protección inmediata de sus derechos, cuando quieran que estos resulten vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública (entendida al Fiscal o Policía); en base al derecho de igualdad, el agraviado también puede accionar ante el Juez de garantías a fin de que su derecho sea respetado, siendo que en un primer momento, deberá acudir al propio fiscal para solicitar las subsanaciones correspondientes en orden a la precisión de los hechos atribuidos, y solo ante la desestimación del fiscal, o ante la reiterada falta de respuesta de aquel, y” siempre frente a una vulneración patente de su derecho” (Villegas, 2016, p. 280). Siendo entonces la finalidad esencial de la Tutela, “la protección, resguardo y consiguiente efectividad de los derechos del imputado reconocidos por la Constitución y las leyes” (Apelación N.º 225-2022. Huancavelica, 2023, p. 07), y consiguiente efectividad de los derechos del agraviado reconocidos por la Constitución y las Leyes, “dictándose pues la medida de tutela correctiva, (que ponga fin al agravio), o reparadora (que lo repare), por ejemplo, subsanando una omisión, o protectora” (Acuerdo Plenario N° 04 – 2010/CJ- 116, 2010, p 04).

Efectos de la tutela de derechos

La tutela de derechos como efecto genérico del mismo busca establecer “la existencia de una vulneración al derecho o garantía constitucional y realice un acto procesal dictando una medida”, (Juzgado de Investigación Preparatorio Supremo, 2024, p. 08), que corresponda, sin embargo, los posibles efectos jurídicos según Cupe (2010), a los que la defensa puede aspirar vía tutela de derechos, el agraviado de conformidad a lo establecido en el artículo 95 del NCPP, delimitan el marco de actuación del Juez de Investigación Preparatoria, son:

a. Subsanan la omisión,

- b. Dictar las medidas de corrección, y
- c. Dictar las medidas de protección, según corresponda (p.53).

Es decir, el marco de actuación del Juez de Investigación Preparatoria en términos de tutela de derechos se circunscribe a subsanar -disculpar o excusar-, corregir -enmendar lo errado- y proteger -amparar, favorecer, defender-; “de ninguna forma los términos antes citados implican la posibilidad de declarar nulo un acto procesal o sin efecto un elemento de convicción” (Salazar, 2013, p. 04).

Características

La Tutela de Derechos, tomando como referencia la “acción de tutela” (Pitu, 2002, p. 01), establecida en la doctrina colombiana presenta las siguientes características:

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

Sin embargo, para nuestra realidad peruana se podría establecer otras de manera más amplia y tuitiva, ello según Venturi y Barrios (2024):

- a. **Carácter Autónomo de la Tutela de Derechos.** (...) la Tutela de derechos como autónoma, por el hecho que esta figura procesal se da en ejercicio de la defensa del imputado, por lo tanto,

esta Tutela de Derechos, de ninguna forma suspende o interrumpe algún plazo procesal. (...) tampoco interrumpe el desenvolvimiento o desarrollo de la investigación preparatoria, por lo que se puede deducir que esta figura procesal de la Tutela de Derechos se tramita de manera incidental con el proceso principal, vale decir también que este Mecanismo se realiza en una audiencia específica con la presencia de quien ha hecho uso de la Tutela de Derechos y el representante del Ministerio Público.

- b. **Carácter Reclusorio de la Tutela de Derechos.** En concreto, se precisa que la Tutela de Derechos tiene una característica importante, la cual es preclusoria, ello teniendo como esencia que esta institución procesal de la Tutela de Derechos específicamente debe ser exigida ante el Juez competente, este es el Juez de garantías, vale precisar durante las diligencias preliminares o también, durante el camino de la Investigación Preparatoria hasta que culmine esta etapa del Proceso Penal. Ahora bien, de lo precedentemente mencionado, a mayor abundamiento nos vamos a lo preceptuado en el artículo 337° inciso 2 del Código Procesal Penal, el cual establece que la etapa de las diligencias preliminares es parte inicial de la propiamente llamada Investigación Preparatoria, por lo tanto, es válido mencionar, que una vez pasada y concluida la Investigación Preparatoria se procede a dictar un sobreseimiento de la causa o el Representante del Ministerio Público formula acusación, teniendo en cuenta lo antes mencionado en aquella esta ya no sería válida aplicar la Tutela de Derechos, debido a que nos encontraríamos dentro de la Etapa Intermedia del Proceso Penal, y mucho menos es aplicable en etapa de ejecución.
- c. **Carácter Reparador de la Tutela de Derechos.** En síntesis, la institución de la Tutela de Derechos es Reparadora, pues esta figura procesal básicamente persigue que el Juez de Investigación Preparatoria aplicando su jurisdicción controle la legalidad del proceso penal, vale decir, aquellos actos de investigación practicados en las diligencias preliminares e Investigación preparatoria vulnerando los derechos fundamentales del imputado, de tal forma la Tutela de Derechos busca reparar aquellas acciones que generan la violación de los derechos del investigado.
- d. **Carácter Igualador de la Tutela de Derechos.** 27 Se puede precisar, que la Tutela de Derechos tiene un carácter igualador, pues este mecanismo o institución procesal garantiza que el

imputado tenga derechos igualitarios como cualquier persona, vale decir, una igualdad de armas, ello dado que durante toda la investigación preparatoria (Diligencia Preliminar – Investigación Preparatoria) el Fiscal representante del Ministerio Público se encuentra a cargo de realizar todas las diligencias que precise correctas, por lo tanto, para que se evite algún tipo de vulneración de la Tutela de Derechos es que nace este mecanismo procesal llamado Tutela de Derechos, es a través de aquel mecanismo que el imputado (investigado) pueda hacer uso de la Tutela de Derechos para de esta forma equilibrar el proceso penal, ello dado que actualmente el NCPP es un código garantista. (p. 25-27).

Derechos protegidos

Garantiza los derechos que han sido recogidos por nuestra norma adjetiva en el art. “95 del NCPP” (Código Procesal Penal, 2024, p.74), siendo estos:

- a. A ser informado de los resultados de la actuación en que haya intervenido, así como del resultado del procedimiento, aun cuando no haya intervenido en él, siempre que lo solicite;
- b. A ser escuchado antes de cada decisión que implique la extinción o suspensión de la acción penal, siempre que lo solicite;
- c. A recibir un trato digno y respetuoso por parte de las autoridades competentes, y a la protección de su integridad, incluyendo la de su familia. En los procesos por delitos contra la libertad sexual se preservará su identidad, bajo responsabilidad de quien conduzca la investigación o el proceso.
- d. A impugnar el sobreseimiento y la sentencia absolutoria.
- e. El agraviado será informado sobre sus derechos cuando interponga la denuncia, al declarar preventivamente o en su primera intervención en la causa.
- f. Si el agraviado fuera menor o incapaz tendrá derecho a que durante las actuaciones en las que intervenga, sea acompañado por persona de su confianza.

Plazo

Si bien es cierto la norma procesal no establece un plazo para su interposición, pero haciendo una interpretación sistemática de la norma podemos indicar que tendrá hasta 120 días, esto es hasta antes de la conclusión de la investigación preparatoria, “salvo en casos en donde exista acusación directa, conforme se precisó en el fundamento undécimo de la Sentencia de Casación N° 1145-2021/Arequipa, del seis de septiembre de dos mil veintidós, emitida por esta Sala Suprema”.

(Apelación N.º 6-2023. Pasco, 2023, p. 09), siempre y cuando se establezca la vulneración de los derechos que goza el agraviado, considerando que comúnmente esta vulneración a sus derechos se realiza en las Diligencias Preliminares de investigación, (la misma que dura 60 días), siendo que un pedido tardío, podría implicar que haya cesado la amenaza o violación de un derecho constitucional o ésta se haya convertido en irreparable, conforme a lo previsto por el código procesal constitucional, aplicable supletoriamente al caso.

Competencia para la tutela de derechos.

Será competente para conocer la tutela el juez de investigación preparatoria con jurisdicción en el lugar donde ocurriere la violación que motive la presentación de la solicitud. Cuando en un lugar sean varios los jueces competentes el solicitante podrá presentar la demanda ante cualquiera de ellos (ello lógicamente al azar de acuerdo al sistema de ingresos de causa del sistema integral judicial). Por lo que queda descartada toda posibilidad que esta pueda presentarse ante el Juez de Fallo, ya que habría precluido el estadio siendo que pudiese invocarse otros medios técnicos.

Legitimidad e interés

No cabe duda de que quienes están legitimados para accionar en busca de garantizar su irrestricto derecho de defensa será el investigado como el agraviado, ello en base al derecho a la igualdad, esto es desde que son comprendidos en una investigación penal; así como también podrá accionar su abogado defensor (en su nombre), en salvaguarda a su derecho fundamental.

Actuación temeraria

Podría ocurrir cuando sin motivo expresamente justificado la misma tutela de derechos sea presentada por la misma persona o su abogado ante varios jueces, se rechazará o decidirán desfavorablemente todas las solicitudes, sin perjuicio de las sanciones establecidas en la Ley Orgánica del Poder Judicial; y en el Código Procesal Civil, aplicable supletoriamente al caso.

Inhibición y recusación

Podemos considerar que si podría darse esta siempre y cuando se den los presupuestos que establece nuestra norma procesal adjetiva en sus artículos 53º y 54º del código adjetivo.

Requisitos de la solicitud de tutela

Si bien es cierto “el ordenamiento procesal no haya previsto taxativamente una vía determinada para la reclamación de un derecho afectado” (Juzgado de Investigación Preparatorio Supremo, 2024, p.7).

Tomando como referencia la doctrina colombiana la solicitud de tutela se presentará por escrito, ante el Juzgado de Investigación Preparatoria, si bien la norma no ha especificado en los casos en que el “solicitante no sepa escribir o sea menor de edad o cuando exista urgencia” (Pitu, 2002, p.02), la tutela podría invocarse verbalmente, ello en aplicación a los derechos fundamentales (derechos humanos) que se manifiestan y del cual innegablemente goza el agraviado entiéndase: el derecho de defensa; derecho a la igualdad; las garantías del debido proceso y la protección judicial; establecidos en nuestra carta magna y en los organismos supranacionales del sistema universal del cual el estado forma parte. La solicitud contendrá:

- a. El nombre y generales de ley del solicitante;
- b. El derecho que sea vulnerado;
- c. El nombre de la autoridad, si fuere posible, o del órgano autor del agravio (Fiscalía o Comisaría),
- d. La acción que la motiva,
- e. Las medidas que se deban adoptar para la protección del derecho.
- f. Las demás circunstancias relevantes para decidir la tutela.

Es necesario dejar en claro que tanto el requerimiento escrito como verbal de la tutela de derechos debe guardar un mínimo de verosimilitud para su admisión traducida en una sucinta descripción de los hechos, siendo que estos deben tener conexión con el derecho fundamental invocado, de lo contrario cabría la posibilidad de declararla inadmisibile para su subsanación, sin perjuicio lógicamente que al no gozar de estos presupuestos declararla improcedente de plano.

Trámite de la tutela

Presentada la solicitud al Juez de la Investigación Preparatoria, éste, en forma inmediata, debe realizar:

- a. Ponderación del derecho fundamental invocado (verificando *a priori*, los presupuestos de admisibilidad, esto es que el agraviado halla requerido una respuesta al fiscal, y ante su rechazo, o ante la reiterada falta, contrario sensu se declarara improcedente de plano),

- b. Una constatación en el lugar “donde se encontrarían los recaudos vinculados a la afectación del derecho afectado” (Aquara, 2012, p.02), (ejemplo constituirse en la Fiscalía y/o Comisaría si es que al favorecido no se le quiere prestar el expediente, u obtener copias, o no se le ha explicado los resultados del proceso, siendo que esta constatación debe ser efectuada en torno al derecho invocado en la tutela de derechos, ello en cada caso en concreto); y
- c. Efectuada la constatación, “se debe programar la audiencia a fin de que las partes involucradas (el solicitante y el Ministerio Público) puedan exponer sus argumentos y plantear sus posturas de manera oral”, (Loza, 2024 p. 27), si el juez declara infundada la tutela de derechos, el caso concluye. Si el juez declara fundada la tutela de derechos, debe disponer la corrección o la forma de protección del derecho del imputado afectado.

Tutela derechos: “principio de celeridad-tiempo”

Tomando en cuenta la doctrina colombiana, y adecuándola a la Tutela de Derechos establecida en el NCPP, se tiene que esta es preferente y sumaria:

- a. Todos los días y horas son hábiles para proponerla;** efectivamente en la Corte Superior de Justicia de Piura, a través de la Resolución Administrativa N° 067-2011-CED-CSJPI/PJ, se aprobó la Directiva N° 01-2011-CSJP-CMICPP-P/PJ, en la que se estableció en el punto V, “materias que serán recepcionadas durante el Turno, en el cuarto párrafo establece al Requerimiento de Tutela de Derechos”, (Resolución Administrativa N° 067-2011-CED-CSJPI/PJ, 2011, p.03); cuando exista una afectación inminente a la libertad del imputado, sin embargo en base al derecho a la igualdad, considero que la víctima, también podría requerir tutela inmediata cuando el hecho sea flagrante y se vulnere su derecho, sobre todo a participar de los actos de investigación, que también pueda requerir, siendo que hasta la fecha estas resoluciones se encuentran vigentes.
- b. Trámite preferencial;** ante la interposición el Juez de Garantías deberá darle preferencia (excepto habeas corpus).
- c. Los plazos son perentorios e improrrogables;** ello en base a que mayormente se interpondrá está en la investigación preliminar (no descartando la preparatoria), cuando se avizora la vulneración del derecho fundamental del agraviado.
- d. Las notificaciones son inmediatas y por el medio más expedito;** esto conforme lo establece el art. 129°.2, del NCPP, esto quiere decir por teléfono, correo electrónico, fax, etc, o cualquier

otro medio de comunicación, de lo que se hará constar en autos, y de lo establecido en los arts. 18 y 19 del Reglamento de Notificaciones, Citaciones y Comunicaciones bajo las Normas del Código Procesal Penal.

- e. **Se puede prescindir de todo conocimiento para conceder la tutela;** solamente en el caso en que la vulneración al derecho fundamental del agraviado es incuestionable e innegable.
- f. **Presunción de veracidad;** todo agraviado que recurra al órgano jurisdiccional, tendrá que hacerlo en base a los principios procesales de veracidad, probidad, lealtad y buena fe en todos sus actos e intervenciones en el proceso; ello en base a su Deber de Garante, para con el proceso, caso contrario podría estar sometido a las sanciones que establece la ley.

Causales de procedencia de la tutela

La tutela de derechos busca garantizar una serie de derechos siendo así es un “mecanismo necesario para hacer valer tales derechos o requerir su adecuado cumplimiento”. (Juzgado de Investigación Preparatoria Supremo, 2022, p. 22).

Por su parte Verapinto (2010), establece 04 causales de procedencia:

- a. **Cuando no se ha dado cumplimiento a las disposiciones contenidas en el artículo 71° numerales 1** (derechos del imputado reconocidos en la Constitución y en la ley), **y 2** (los derechos que deben ser informados de manera inmediata y directa al imputado por los jueces, fiscales y la policía), en ese mismo sentido también de acuerdo al derecho de igualdad, el agraviado también podría recurrir al Juez cuando no se da cumplimiento a lo establecido en el art. 95° del NCPP.
- b. **Cuando los derechos del imputado no son respetados,** en ese mismo sentido a los derechos que también le asiste al agraviado, regulados en la Constitución Política y dispersos en el NCPP, con excepción de aquellos para cuya tutela existan mecanismos procesales específicos. Así tenemos por ejemplo, el caso del derecho a un plazo razonable en este caso no procede la tutela de derechos, pues el NCPP ha diseñado la figura del “Control de Plazos”, previstos en los artículos 334°.2 y 343°.3. En todos los demás casos en que no se respeten los derechos del agraviado, procede la tutela de derechos, teniendo como límite estacional la conclusión de la investigación preparatoria.

- c. Cuando el agraviado es objeto de medidas limitativas de derechos indebidas,** en este ámbito es relevante precisar que las medidas que limitan derechos fundamentales (bloqueo de cuentas, control de comunicaciones, etc), salvo las excepciones previstas en la Constitución, solo pueden dictarse por la autoridad judicial, en el modo, forma y con las garantías previstas por la ley, y mediante resolución debidamente motivada, a instancia de la parte procesal legitimada. La orden judicial, por su parte, debe sustentarse en suficientes elementos de convicción, en atención a la naturaleza y finalidad de la medida y al derecho fundamental objeto de limitación, así como respetar el principio de proporcionalidad, conforme lo señala el artículo VI del Título Preliminar del NCPP.
- d. Requerimientos ilegales;** es el Ministerio Público el director de la investigación, pero bajo las limitaciones y contrapesos que el nuevo sistema procesal penal supone. Así, asume el rol de titular de la acción penal, de conductor de la investigación, de acusador, así como un rol dispositivo, de parte y requirente. El fiscal, mediante requerimientos, insta al Juez de la Investigación Preparatoria, incluyendo los actos preliminares de la investigación, el dictado de actos jurisdiccionales (por ejemplo constitución de partes, limitación de derechos, etc.), o la autorización para realizar determinados actos restrictivos de derechos (incautación de bienes, control de comunicaciones y de documentos, etc.). Estos supuestos se refieren a los requerimientos ilegales que formula el Ministerio Público como conductor de la investigación preparatoria, al practicar los actos de investigación regulados en los artículos 64, 122, 322.2 y 323 NCPP. Siendo que estos actos de investigación podrán quedar viciados o excluidos, según sea el caso siempre y cuando vulneren los derechos establecidos en el art. 95 del NCPP.
- e. Cuando se actúe prueba ilegítima;** efectivamente como ya lo estableció el legislador todo medio de prueba debe ser valorado solo si ha sido obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo, esto como lo estatuye el art. VIII del T.P. del NCPP, esto quiere decir que se podrá solicitar la exclusión del material probatorio, (esta es la base de sucesivas medidas o diligencias), siempre que no exista una vía propia para alcanzar este propósito, conforme lo recoge el Acuerdo Plenario N° 04-2010/CJ-116, en consonancia con los derechos reconocidos al imputado en el art. 95° del NCPP.
- f. Cuando la disposición de formalización de la investigación preparatoria, tiene omisiones en la imputación fáctica y jurídica;** con ello se garantizara que no solo el imputado tenga un

mínimo nivel de detalle que le permita saber el suceso histórico que se le atribuye y la forma, y circunstancia en que pudo tener lugar, sino que también la víctima pueda tener un control sobre el mismo, esto es que no se le tome en cuenta el hecho histórico del cual, esta habría sido perjudicado por el delito, (esto es no se le considera agraviado de un hecho o la clasificación jurídica, del hecho es en desmedro de la víctima), siendo que en ambos casos, en primer orden deber acudir al propio fiscal para solicitar las subsanaciones, conforme quedo establecido en el Acuerdo Plenario N° 02 – 2012/CJ- 116, I Pleno Jurisdiccional Extraordinario de las Salas Penales Permanentes y Transitorias de la Corte Suprema de la República, (véase que este pleno solo toma en cuenta al imputado, lo cual consideramos un trato desigual a la víctima), y ante la desestimación o ante la reiterada falta de respuesta de este, al Juez de Investigación Preparatoria (requisito de admisibilidad), para que se le emplace y requiera al Fiscal la corrección del mismo (p.35-36).

Causales de improcedencia

Por otro lado conforme lo determina el Acuerdo Plenario N° 04-2010/CJ-116, de fecha 16 de noviembre del 2010, emitido en el VI Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, el mismo que es de observancia obligatoria para todos los jueces de la República, señala que el *...Juez está habilitado para realizar un control de admisibilidad de la petición respectiva y, en su caso, disponer el rechazo liminar...*; pero véase que dicho acuerdo solo está referido para el imputado, sin embargo podríamos ver que también esta situación análoga, puede ser para el agraviado. Así, los jueces de garantías podrán rechazar liminarmente una solicitud de Tutela de Derechos cuando (Acuerdo Plenario N° 04 – 2010/CJ- 116, 2010, p.05):

- Se cuestione requerimientos o disposiciones fiscales, que vulneran derechos fundamentales constitucionales, pero que tiene una vía propia para la denuncia o control respectivo.
- La admisión de diligencias sumariales solicitadas por la defensa durante la investigación, puesto que para ello rige lo establecido en el art. 337.4 del NCPP.
- No se vulnere derechos fundamentales relacionados con los enunciados en el art. 95 del NCPP, esto en función al trato igual de las partes.

- Se cuestiona la Formalización de la Investigación Preparatoria, por parte del Ministerio Público, ello en el entendido que se pretenda el archivo de las investigaciones, por parte de la víctima, manifestándose la aplicación de un criterio de oportunidad, sin que esta sea sometida al control del Juez de Garantías.

Convocatoria audiencia de tutela

Siendo ello así podemos advertir que el Juez de Garantías (Juez de Investigación Preparatoria), no se encuentra obligado a convocar a la Audiencia de Tutela, sino que puede rechazar este pedido, en base a la calificación *a priori*, del requerimiento, lo cual significa que puede declararla improcedente, cuando no se advierta la vulneración de un derecho fundamental, del agraviado, ceñido a lo que establece básicamente el art. 95 del NCPP, siendo que si se advirtiese una conducta maliciosa del agraviado o su abogado, el juzgador podría imponerle algún tipo de sanción disciplinaria, que establezca la ley, contrario sensu el Juez de Garantías, tendrá la obligación de convocar a la Audiencia de Tutela con la presencia obligatoria del Requirente (solicitante, afectado, etc), y del representante del Ministerio Público, siendo que ante la incomparecencia injustificada a la Audiencia por parte del abogado del solicitante, esta deberá ser declarada inadmisibles y disponer el archivo definitivo de los actuados, conforme se aprecia del art. 423°. 3 del NCPP, y del art. 41.3 del Reglamento General de Audiencias bajo las normas del Código Procesal Penal, aprobado mediante Resolución Administrativa N° 096 - 2006 - CE – PJ, de fecha 28 de junio del 2006, aplicable al caso, debiéndose emitir en dicho acto la resolución que corresponda.

Protección del derecho tutelado

Es necesario tomar como referencia la “acción de tutela” (Pitu, 2002, p. 03), que es vista como una garantía constitucional en el ordenamiento colombiano, pero adecuándola en lo pertinente a esta novísima institución procesal diríamos que cuando esta solicitud se dirija contra una acción de la autoridad el fallo que conceda la tutela tendrá por objeto garantizar al agraviado el pleno goce de su derecho, y volver al estado anterior de la violación, cuando fuere posible.

Cuando lo impugnado hubiere sido la denegación de un acto o una omisión, (que podría advertirse eventualmente), el fallo ordenara realizarlo o desarrollar la acción adecuada, para lo cual se

otorgara un plazo prudencial perentorio (considerando que este procedimiento es sumarísimo, el plazo no debe exceder de 24 horas). Si la autoridad es renuente a lo ordenado, y no expide el acto requerido, la juez previa constatación podrá disponer lo necesario para que el derecho sea libremente ejercido sin más requisitos. Ordenándose su inmediata cesación, así como evitar una nueva violación o amenaza, perturbación o restricción, a la víctima (por ejemplo no se le informa del proceso, no se le quiere brindar copias de los actuados, o no se realiza una actuación requerida, esto un acto de investigación), debiéndose tomar las medidas correctivas que corresponda, siendo que si bien es cierto ello no se encuentra establecido en nuestra norma adjetiva, se deberá tener en cuenta la ponderación de los derechos fundamentales del agraviado, entiéndase, el respeto al derecho de defensa, al derecho de igualdad o trato igualitario; las garantías del debido proceso y la protección judicial; establecidos en nuestra carta magna.

Cumplimiento del fallo

Preferido el fallo que concede la tutela, la autoridad responsable del agravio deberá cumplirla sin demora. Si no lo hiciera el juez, a nuestro criterio (ya no está previsto en la norma adjetiva, y teniendo el deber de administrar justicia), podrá tomar dos opciones:

- a.** Remitir copia al Ministerio Público, para la denuncia, por un presunto delito de Desobediencia a la Autoridad.
- b.** Se dirigirá al superior del responsable, y le requerirá para que lo haga cumplir y abra el correspondiente procedimiento disciplinario contra aquel.

En todo caso, el juez establecerá los demás efectos del fallo para el caso concreto y mantendrá la competencia hasta que esté completamente restablecido el derecho, ello en atribución a que se es un Juez de Garantías.

Alcances del fallo

El cumplimiento del fallo de la tutela de derechos no impedirá que se proceda contra la autoridad pública, si las acciones u omisiones en que incurrió generaren responsabilidad, tanto administrativa como penal.

Contenido del fallo

Si bien es cierto como ya lo citamos supra no existe un procedimiento establecido, pero advertimos que el Juez, debe dictar fallo inmediatamente luego de culminada la audiencia de tutela y en base a la inmediación que pueda tener de los elementos de convicción que se actúen en la misma, y de constatar la vulneración de los derechos del agraviado (en lo referido a lo establecido en el art. 95 del NCPP), este deberá contener:

- a.** La identificación del sujeto o sujetos de los cuales provenga la amenaza o vulneración.
- b.** Hechos materia de agravio o de imputación.
- c.** La determinación del derecho tutelado.
- d.** Pretensión de la conducta a cumplir con el fin de que sea efectiva la tutela.
- e.** El plazo perentorio para el cumplimiento de lo resuelto.
- f.** El apercibimiento ante el incumplimiento de lo resuelto.
- g.** Entre otras, que establezca el Juez de Garantías, con el fin de reestablecer el derecho vulnerado del imputado.

Notificación del fallo

Las partes quedarán debidamente notificadas en el mismo acto luego de emitirse el Fallo, y de culminada la Audiencia de Tutela, conforme a lo prescrito en el art. 16.1 que prevé: "Las resoluciones que se dicten en el curso de una audiencia o diligencia serán notificadas en forma oral"; del "Reglamento de Notificaciones, Citaciones y Comunicaciones bajo las Normas del Código Procesal Penal" (Resolución Administrativa N° 096 - 2006 - CE – PJ., 2006, p. 12), o a través de cualquier otro medio de comunicación, de lo que se hará constar en autos, conforme lo establece el art. 129°.2, del NCPP.

Impugnación de la tutela

En el presente caso advertiríamos hasta tres escenarios distintos:

- a.** Improcedencia liminar de la tutela,
- b.** Infundado el pedido, por parte del solicitante, y
- c.** Fundado el requerimiento.

Siendo ello así en este procedimiento novísimo el legislador no ha establecido regulación alguna a fin de regular la interposición de los recursos impugnatorios contra la resolución judicial de tutela de derechos (estimatoria o desestimatoria). Por lo que recurriendo a lo establecido en la Constitución Política del Perú, en el art. 139 inc. 6. *La pluralidad de la instancia*. (Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos - Caso Castillo Petrucci y otros Vs. Perú - Sentencia de Fondo, reparaciones y costas, Capítulo XI, párrafo 161), establece un principio y derecho de la función jurisdiccional, el de la doble instancia, y la recurribilidad de los fallos, por toda persona sometida a proceso. Por su parte el NCPP, ha establecido en el art. 413°. 2 al recurso de apelación, concordado con el art. 414°.1 párrafo c) *tres días para el recurso de apelación contra autos interlocutorios...*, así mismo el art. 416°.1, párrafo e) *Los autos expresamente declarados apelables o que causen gravamen irreparable*.

Por lo que considerando los tres escenarios descritos *supra*, y más aún que se causaría un gravamen irreparable, para el requirente, consideramos que dicha resolución judicial es susceptible de ser apelada, la cual debe ser elevada al Superior Jerárquico con efecto devolutivo. Siendo que el *Ad quem* conferirá traslado del escrito de fundamentación del recurso de apelación al Ministerio Público y a los demás sujetos procesales por el plazo de cinco días. Absuelto el traslado o vencido el plazo para hacerlo, si la Sala Penal Superior estima inadmisibile el recurso podrá rechazarlo de plano. En caso contrario, la causa queda expedita para ser resuelta, y se señalará día y hora para la audiencia de apelación, conforme se infiere de lo señalado en el art. 420°.1 y 2 del NCPP.

Tutela de derechos para la víctima

No cabe duda que la víctima en este nuevo sistema procesal, ha ganado un rol protagónico, esto no solo en el derecho a la información, y participación del proceso penal, tanto más aún que nuestra norma adjetiva en el art. 95° del NCPP, le confiere al agraviado una serie de derechos, sino que para la acción reparatoria del delito, la norma procesal le a conferido ciertas facultades, ello lógicamente cuando está constituido en actor civil, conforme se infiere del art. 104° del NCPP, consecuentemente cesara la legitimidad del Ministerio Publico para poder intervenir en el objeto civil del proceso.

Para Alva (2010), señala:

La posibilidad de que la víctima recurra a través de la tutela de derechos, es válida y tiene su fundamento jurídico y dogmático, a partir de una interpretación sistemática y armónica con los principios constitucionales, siendo que solo podría recurrir a la acción de tutela para cuestionar o proteger los derechos que le asisten, así como por ejemplo el de información y el de participación en el proceso, siendo básicamente el sustento jurídico lo normado en el numeral 3 del art. I del TP, del NCPP del 2004, el cual sostiene que las partes intervendrán en el proceso penal con "iguales posibilidades de ejercer las facultades y derechos previstos en la Constitución y en este código", y que los jueces preservaran el principio de igualdad procesal, debiendo allanar todos los obstáculos que impidan o dificulten su vigencia (p. 48).

Por otro lado, Sánchez (2010), citando a Montero Aroca, señala:

Que si bien es cierto el derecho de defensa no es exclusivo del imputado, sino que es un derecho fundamental atribuido a las partes de todo el proceso, que consiste básicamente en la necesidad de que estas sean oídas para que puedan alegar y probar, y de que conozcan y puedan rebatir todos los materiales de hecho y derecho que influyan en la resolución judicial (p. 81).

Es por ello que antes de la dación del Acuerdo Plenario N° 04-2010/CJ-116, de fecha 16 de noviembre del 2010, emitido en el VI Pleno Jurisdiccional; y del Acuerdo Plenario N° 02 – 2012/CJ- 116, de fecha 26 de marzo del 2011, emitido en el I Pleno Jurisdiccional Extraordinario ambos de las Salas Penales Permanentes y Transitorias de la Corte Suprema de la República, en la cual se observó que algunos órganos jurisdiccionales, advertían ciertos inconvenientes en que si la tutela de derechos, también podía ser utilizada, por la parte agraviada, durante el proceso penal (básicamente en la investigación preparatoria), esto lógicamente con el único fin de podersele garantizar sus derechos fundamentales reconocidos, si bien es cierto el art. 337 numeral 4 del NCPP, establece que: *"Durante la investigación, tanto el imputado como los demás intervinientes podrán solicitar al Fiscal todas aquellas diligencias que consideraren pertinentes y útiles para el esclarecimiento de los hechos. El Fiscal ordenará que se lleven a efecto aquellas que estimare conducentes"*, pero si el Fiscal no apreciara los actos de investigación que le solicitara el agraviado, podrá instar al Juez de Garantías un pronunciamiento judicial, y no como erróneamente se hacía en vía de tutela de derechos,

(lógicamente que este derecho no tendría forma de ser amparado vía tutela), hecho efectivamente reafirmado por el Acuerdo Plenario N° 04-2010/CJ-116, de fecha 16 de noviembre del 2010, el mismo que es de observancia obligatoria para todos los jueces de la República; en consecuencia ante la inacción, archivo u otra forma que agravie a la víctima en uso a sus derechos por parte del Fiscal, se tendrá que agotar los mecanismos que la ley le franquea, (lógico como requisito previo ante el mismo órgano), siendo que considero errónea que solamente sea el imputado que goce del monopolio de la tutela de derechos, situación que va en contra no solo de nuestro ordenamiento nacional citado supra, sino también en los diversos pactos, declaraciones, tratados, en la cual se garantiza el derecho del agraviado, sobre todo a gozar de un derecho a un trato igual en el proceso (lógico solo en lo que corresponda), siendo que el mismo puede ejercitarlo, por sí mismo o través de su abogado defensor, haciendo valer los derechos que la Constitución Política y las leyes le conceden, conforme a los derechos supra ya citados.

Tutela de derechos vs garantías constitucionales

No cabe duda de que para la “afección de derechos fundamentales se ha establecido dos sistemas, control difuso que es facultad de jueces ordinarios (Juez de investigación preparatoria) y control concentrado que es facultad de jueces del Tribunal Constitucional (Juez especializado), velan por la supremacía derechos constitucionales” (Quispe, Cueva, De Piérola y Ludeña, 2024, p. 07).

Siendo esto así algunos sostienen que la Tutela de Derechos, es una nueva Garantía Constitucional, establecida en la ley, y que inclusive de mayor efectividad que el Habeas Corpus, en ese sentido la doctrina establece que las garantías constitucionales:

Son todas aquellas instituciones que en forma expresa o implícita están establecidas por la Ley Fundamental para la salvaguarda de los derechos constitucionales y del sistema constitucional. Si bien en el lenguaje corriente los vocablos derechos y garantías son empleados como sinónimos, sus significados difieren completamente en el lenguaje jurídico. Los derechos son las regulaciones jurídicas de las libertades del hombre. Son la esencia jurídica de la libertad, mientras que las garantías son los instrumentos jurídicos establecidos para hacer efectivos los derechos del hombre. En el marco constitucional, las garantías son los medios que la Ley Fundamental pone a disposición de los hombres para sostener y defender sus derechos frente a las autoridades, los individuos y los

grupos sociales, y sin las cuales el reconocimiento de estos últimos será un simple catálogo de buenas intenciones. (Vipogo, 2011, p. 02).

Es por ello que para García (1989), indica que la garantía es el instrumento que la ley otorga al individuo para que, por su intermedio, pueda hacer efectivo cualquiera de los derechos que esa misma ley le reconoce, y el Instrumento que tiene el sistema constitucional para asegurar su subsistencia. Dicho de otro modo, la garantía constitucional es el instrumento procesal protector de la constitución, esto de los derechos fundamentales que goza toda persona, la misma que se encuentra dentro del amplio concepto de proceso constitucional (p.14). Siendo que la Constitución Política del Perú, a establecido en el Título V de las Garantías Constitucionales, en el art. 200º, a las siguientes: La Acción de Habeas Corpus, La Acción de Amparo, La Acción de Habeas Data, La Acción de Inconstitucionalidad, La Acción Popular y La Acción de Cumplimiento; teniendo todas estas una naturaleza distinta a la tutela, viendo por ejemplo que el Hábeas Corpus, que trata de evitar arrestos y detenciones arbitrarias, siendo esto un imposible jurídico con la Tutela de Derechos, ya que de ninguna manera podría ordenar una la libertad, ya que solamente podrá ordenar la protección, corrección o subsanación del derecho fundamental vulnerado por la Policía o el Fiscal, en cuanto a los derechos de la víctima.

Entiéndase así que la Tutela de Derechos es una garantía constitucional de las partes en el proceso penal, “institución procedimental de seguridad y de protección creado a favor de las personas que enfrentan un proceso penal para que dispongan de medios que hacen efectivo el goce de los derechos frente al peligro o riesgo de que sean desconocidos” (Quisbert, 2006, p. 02). Como puede apreciarse, la Tutela de Derechos es un mecanismo del derecho que tiene toda persona a la protección judicial de sus derechos fundamentales a través de un recurso efectivo, entendido este “al restablecimiento del *statuo quo* de los derechos vulnerados, que encuentra una regulación expresa en el NCPP del 2004” (Alva, 2010, p. 43), (solo en cuanto a los parámetros establecidos en el art. 95 del NCPP), y que debe utilizarse única y exclusivamente cuando haya una infracción de los derechos que le asiste a la ofendido por el delito.

2.4. Bases Epistemológicas

2.4.1. Teoría de los derechos fundamentales

El Jurista Alexy (2012), las especifica de la siguiente manera:

El concepto de una teoría jurídica general de los derechos fundamentales de la ley fundamental

Es posible formular teorías de tipos muy distintos sobre los derechos fundamentales. Las teorías históricas que explican el surgimiento de los derechos fundamentales, las teorías filosóficas que se ocupan de su fundamentación, y las teorías sociológicas acerca de la función de los derechos fundamentales en el sistema social, son sólo tres ejemplos. No existe casi ninguna disciplina en el ámbito de las ciencias sociales que no esté en condiciones de aportar algo a la problemática de los derechos fundamentales desde su punto de vista y con sus métodos.

De lo que aquí se trata es de una teoría jurídica general de los derechos fundamentales. El objeto y el carácter de esta teoría resultan de las tres características ya indicadas: primero, es una teoría de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental; segundo, es una teoría jurídica y tercero, una teoría general.

a) Una teoría de los derechos fundamentales de la ley fundamental.

Una teoría de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental es una teoría de determinados derechos fundamentales que tienen validez positiva. Esto te distingue de las teorías de los derechos fundamentales que han tenido validez en el pasado (teorías histórico-jurídicas), así como de las teorías sobre los derechos fundamentales en general (teorías teórico-jurídicas) y de teorías sobre los derechos fundamentales que no son los de la Ley Fundamental, por ejemplo, teorías sobre los derechos fundamentales de otros Estados o teorías de los derechos fundamentales de los Estados federados que integran la República Federal de Alemania.

El hecho de que deba distinguirse entre estas teorías no significa que no existan conexiones entre ellas. Las teorías histórico-jurídicas y las teorías de los derechos fundamentales de otros Estados pueden, dentro del marco de la interpretación histórica y de la interpretación comparativa, respectivamente, jugar un papel importante en la interpretación de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental. Una conexión con las teorías teórico-jurídicas se produce, por ejemplo, del hecho de que en ellas de lo que se trata es, entre otras cosas, de las estructuras de los derechos fundamentales que resultan posibles y necesarias, es decir, de una teoría general de las formas de los derechos fundamentales. El hecho de que determinados derechos fundamentales tengan

validez significa que todas las estructuras necesarias, y algunas de las posibles, de los derechos fundamentales han cobrado realidad. Como consecuencia, por una parte, una teoría sobre determinados derechos fundamentales válidos puede beneficiarse de las perspectivas teórico-jurídicas, y por otra, puede contribuir a ellas por medio del análisis de su materia. Justamente para comprender este tipo de conexiones es importante diferenciar lo conectado.

b) Una teoría jurídica de los derechos fundamentales de la ley fundamental.

Una teoría jurídica de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental es, en tanto teoría del derecho positivo de un determinado orden jurídico, una teoría dogmática. Dista mucho de ser claro qué es lo que convierte a una teoría en una teoría dogmática y, por lo tanto, en jurídica. Parece obvio orientarse, ante todo, por aquello que realmente se practica como ciencia del derecho y se denomina «dogmática jurídica» o «jurisprudencia», es decir, por la ciencia del derecho en sentido estricto y propio. Si se sigue esta vía, es posible diferenciar entre tres dimensiones de la dogmática jurídica: la analítica, la empírica y la normativa. Dicho brevemente, la dimensión *analítica* nace de la exploración conceptual y sistemática del derecho válido. El espectro de tareas se extiende aquí desde el análisis de los conceptos fundamentales (por ejemplo, el concepto de norma, de derecho subjetivo, de libertad y de igualdad), pasando por la construcción jurídica (por ejemplo, la de la relación entre el supuesto de hecho y los límites a los derechos fundamentales y la del efecto entre terceros), hasta la investigación de la estructura del sistema jurídico (por ejemplo, el llamado efecto de irradiación de los derechos fundamentales) y del fundamento de los derechos fundamentales (por ejemplo, de la ponderación).

De una dimensión *empírica* de la dogmática jurídica se puede hablar en un doble sentido: primero, en relación con el conocimiento del derecho positivo válido y, segundo, en relación con la utilización de premisas empíricas en la argumentación jurídica, por ejemplo, en el marco de argumentos consecuencialistas. Aquí habrá de interesar sólo lo primero.

Quien considere que el objeto de la dimensión empírica es el conocimiento del derecho positivo válido tendrá que presuponer un amplio y polifacético concepto del derecho y de la validez. En la dimensión empírica no se trata tan sólo de la descripción del derecho legislado sino también de la descripción y el pronóstico de la praxis judicial, es decir, no sólo del derecho legislado sino también del derecho judicial. Además, en la medida en que es condición de la validez positiva del derecho legislado y judicial, la eficacia del derecho es también objeto de la dimensión empírica. Por lo tanto, el objeto de la dimensión empírica se

extiende más allá de los conceptos de derecho y de validez del positivismo legislativo. Las razones para que ello sea así pueden apreciarse fácilmente, sobre todo en el ámbito de los derechos fundamentales. Debido a la textura abierta de las disposiciones que los establecen, poco es lo que se gana si sólo se conoce el derecho legislado. Incluso quien sostiene una concepción del concepto y de la validez del derecho acorde con el positivismo legislativo, cuando, como jurista, escribe un comentario sobre los derechos fundamentales o cuando, como abogado, asesora a un cliente en asuntos de derechos fundamentales o, como juez constitucional, fundamenta una decisión, no puede renunciar al conocimiento y a la consideración de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal. Aquí puede dejarse sin responder la pregunta de cómo ha de construirse esto en cada caso, desde el punto de vista de las teorías de la validez y de las fuentes del derecho". Basta constatar que existe un concepto amplio del conocimiento del derecho positivo válido, que no puede ser ignorado por nadie que desee satisfacer las exigencias de las profesiones jurídicas.

La caracterización de la segunda dimensión como «empírica» no implica que el conocimiento del derecho positivo válido se agote en el conocimiento de los hechos observables o que pueda ser reducido a ellos. Es un lugar común afirmar que *sólo* a partir de constataciones como aquella, en la que un número de personas reunidas en una sala, primero hablan y luego levantan la mano, no puede siempre inferirse la existencia de un derecho válido, cualquiera que sea el sentido que se dé a esta expresión. Quien, 'sobre la base de estos hechos, quiera formular enunciados sobre el derecho válido, tiene que interpretarlos a la luz de suposiciones que son las que hacen que estos hechos sean fuente de derecho. Los detalles de este proceso de interpretación son objeto de discusión. Lo único que aquí interesa es que su punto de partida es siempre hechos en un sentido empírico estricto. Esto justifica hablar de una «dimensión empírica».

En la tercera dimensión, en la *normativa*, se va más allá de la simple narración de aquello que puede identificarse en la dimensión empírica como derecho positivo válido, para llegar a la orientación y crítica de la praxis jurídica, sobre todo de la praxis de la actividad judicial. Para ella; es constitutiva la pregunta de cuál es, en el caso concreto y sobre la base del derecho positivo válido, la decisión correcta. En todos los casos discutidos, la respuesta a esta pregunta incluye las valoraciones de quien da la respuesta. En gran medida, la dogmática jurídica es un intento de dar una respuesta racionalmente fundamentada a problemas valorativos que han quedado sin resolver en el material autoritativo que ya existe. Esto confronta a la dogmática jurídica con el problema de la posibilidad de fundamentar racionalmente los juicios de valor. Más adelante se mostrará que, en principio, ello es posible.

El problema de la valoración se plantea, sobre todo, en la interpretación del material autoritativo, verificable de manera empírica, y cuando se trata de llenar sus lagunas. En esta medida, se puede hablar de un «*problema de complementación*». Al problema de la complementación se añade el *problema de la fundamentación*, en la medida en que para identificar el material autoritativo sea indispensable llevar a cabo valoraciones. En el ámbito del derecho constitucional, el problema de la fundamentación puede ser importante, por ejemplo, en el marco del problema de las llamadas normas constitucionales inconstitucionales o al responder la pregunta atinente a la fuerza vinculante de los precedentes del Tribunal Constitucional Federal. En última instancia, el problema de la fundamentación está también vinculado con la pregunta de por qué se debe obedecer la Constitución, aun cuando en relación con este aspecto no juegue casi ningún papel en la dogmática de los derechos fundamentales.

En la historia de la ciencia del derecho —y, más aún, en la de las teorías sobre la ciencia del derecho—, suele variar la importancia de las tres dimensiones. Un ejemplo bien claro al respecto es el paso de la jurisprudencia de conceptos a la jurisprudencia de intereses para llegar a la jurisprudencia de valores. De cómo se determine la relación de las tres dimensiones depende lo que en cada caso se conciba como jurídico en sentido estricto y propiamente dicho. Para conseguir determinar esta relación, es necesario recurrir a un punto de vista comprensivo de las tres dimensiones. Un criterio de esta naturaleza es el carácter de la ciencia del derecho en tanto disciplina *práctica*. La ciencia del derecho, tal como se cultiva en la actualidad, es, ante todo, una disciplina práctica porque su pregunta central es: ¿qué es lo debido en los casos reales o imaginarios? Esta pregunta se plantea en la ciencia del derecho desde una perspectiva que coincide con la del juez.

Esto no significa que la ciencia del derecho no pueda adoptar, además, otras perspectivas, ni que en ella se trate siempre directamente de la solución de casos concretos. Lo que significa es que la perspectiva del juez es la que caracteriza primariamente a la ciencia del derecho y que, por mas abstractos que puedan ser, los enunciados y teorías que se exponen en ella desde esta perspectiva, están siempre referidos a la solución de casos, es decir, a la fundamentación de juicios jurídicos concretos relativos al deber ser".

Frente a las tres dimensiones, el carácter de la ciencia del derecho como disciplina práctica resulta ser un principio unificador. Si la ciencia del derecho ha de cumplir racionalmente su tarea práctica, tiene entonces

que vincular a las tres dimensiones entre sí. Tiene que ser una disciplina integradora multidimensional: la vinculación de las tres dimensiones es una condición necesaria de la racionalidad de la ciencia del derecho como disciplina práctica.

Es fácil reconocer cuáles son las razones por las cuales ello es así. Para poder dar una respuesta a la pregunta de qué es lo jurídicamente debido, hay que conocer el derecho positivo válido. El conocimiento del derecho positivo válido es una tarea de la dimensión empírica. El material autoritativo que puede recogerse en la dimensión empírica no es suficiente para fundamentar de una forma vinculante el juicio jurídico concreto de deber ser en todos los casos más o menos problemáticos. Ello hace necesario recurrir a valoraciones adicionales y, así, a la dimensión normativa. La claridad conceptual, la no contradicción y la coherencia son presupuestos de la racionalidad de toda ciencia. Los numerosos problemas sistemático-conceptuales de los derechos fundamentales muestran cuán importante es el papel de la dimensión analítica dentro del marco de una ciencia práctica de los derechos fundamentales que desee asumir su tarea de una manera racional.

La vinculación de las tres dimensiones en la orientación de la tarea práctica de la ciencia del derecho, constituye lo dogmático y, con ello, lo jurídico en sentido estricto. Si, sobre esta base, se define el concepto de teoría jurídica? entonces una teoría jurídica de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental es una teoría adscrita al contexto de las tres dimensiones y orientada a la tarea práctica de la ciencia del derecho.

c) Una teoría jurídica general de los derechos fundamentales de la ley fundamental.

Una teoría general de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental es una teoría en la que se abordan los problemas que se plantean en todos los derechos fundamentales o en todos los derechos fundamentales de un determinado tipo, por ejemplo, en todos los derechos de libertad, de igualdad o de prestación. Su contrapartida es una teoría particular, que trata los problemas especiales de los derechos fundamentales singulares. Esta distinción apunta al alcance de la teoría. El alcance de una teoría es un asunto de diferentes grados. De este modo, una teoría que se centra en los problemas comunes a todos los derechos de libertad es desde luego una teoría general pero es menos general que una teoría que trata los problemas que afectan a todos los derechos fundamentales.

Es difícil distinguir entre teorías generales y particulares cuando se trata de los derechos fundamentales que tienen el carácter de derechos fundamentales generales, es decir, el derecho general de libertad y el derecho general de igualdad. En estos casos, ya el objeto mismo reviste generalidad. Con todo, también aquí

puede distinguirse entre una teoría general de estos derechos, en cuanto derechos fundamentales de un determinado tipo, y una teoría particular que se ocupa de ciertos problemas singulares relativos a la interpretación de estos derechos (p. 27-33).

2.4.2. El derecho general de igualdad.

En este sentido Alexy (2012), vuelve a señalar:

a) Igualdad en la aplicación y en la creación del derecho.

Al igual que en el caso de los derechos de libertad, también en los derechos de igualdad hay que distinguir entre el derecho general de igualdad y los derechos especiales de igualdad. Los derechos especiales de igualdad son los estatuidos, por ejemplo, por los artículos 3 párrafo 2 y 3, 6 párrafo 5, 33 párrafos 1-3, 38 párrafo 1 LF y el artículo 136 párrafos 1 y 2 de la Constitución de Weimar en vinculación con el artículo 140 LF; el derecho general de igualdad es estatuido por el artículo 3 párrafo 1 LF. Aquí habrá de considerarse sólo este último. El artículo 3 párrafo 1 LF: «Todas las personas son iguales ante la ley», se formula con la ayuda de la fórmula tradicional «ante la ley». Como lo sugiere su texto, esta fórmula se ha interpretado durante largo tiempo exclusivamente en el sentido de un mandato de *igualdad en la aplicación del derecho*. De esta manera, por definición, el mandato de igualdad en la aplicación del derecho puede vincular sólo a los órganos que aplican el derecho pero no al legislador. Anschütz;" formula brevemente su sentido de la siguiente manera: "Las leyes deben aplicarse sin tomar en cuenta la persona". En sus detalles, el mandato de igualdad en la aplicación del derecho presenta una estructura complicada, por ejemplo, cuando para la precisión de conceptos vagos, ambiguos y valorativamente abiertos, así como para el ejercicio de competencias discrecionales, exige reglas referidas a casos concretos. Sin embargo, el núcleo es simple. Exige que toda norma jurídica sea aplicada a *todo* caso que cae bajo su supuesto de hecho y a *ningún* caso que no caiga bajo dicho supuesto, es decir, que las normas jurídicas tienen que ser obedecidas. Sin embargo, que las normas jurídicas deban ser obedecidas, es algo que ellas mismas ya establecen, al expresar un deber ser. En esta medida, el mandato de igualdad en la aplicación del derecho exige tan sólo aquello que, de todas maneras, es válido si las normas jurídicas son válidas. Este mandato refuerza la vinculación de los órganos de aplicación del derecho a las normas dictadas por el legislador, sin establecer exigencias con respecto al contenido de estas normas, es decir, sin vincular al legislador. El legislador puede discriminar como quiera, y en la medida en que sus normas discriminatorias se apliquen en todos los casos, se cumple con el mandato de igualdad en la aplicación del derecho.

En contra de la limitación del significado del artículo 3 párrafo 1 LF al mandato de igualdad en la aplicación del derecho, puede aducirse argumentos fuertes. El artículo 3 párrafo 1 LF sería una disposición de derecho fundamental que no podría vincular al legislador y, por lo tanto, tampoco lo vincularía. Esto contradiría, primero, el artículo 1 párrafo 3 LF que vincula a los tres poderes, es decir, también al legislador, a los «derechos fundamentales subsiguientes». Segundo, contradiría la voluntad del Constituyente que habría formulado la vinculación del legislador justamente al principio de igualdad y que habría renunciado a una formulación semejante, sólo porque ella era superflua desde el punto de vista del artículo 1 párrafo 3 LF. Tercero, contradiría la idea de los derechos fundamentales que expresan una desconfianza frente al legislador, lo que implica que las leyes por él dictadas —cuando ello es posible de manera racional— deben ser sometidas a un control de derecho fundamental. Habrá que exponer que es posible un *control racional sobre la base del principio de igualdad*.

Justo en este sentido, el Tribunal Constitucional Federal consideró en sus primeras decisiones, como algo evidente, *la vinculación del legislador al principio de igualdad*, es decir, la interpretación del artículo 3 párrafo 1 LF, no sólo como mandato de igualdad en la aplicación del derecho sino también como mandato de *igualdad en la creación del derecho*. En puntos esenciales podía apoyarse aquí en algunos trabajos previos de la época de Weimar, sobre todo en los de Leibholz. Con la excepción de unas pocas opiniones", en lo que concierne a los lineamientos generales, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal ha encontrado consenso o ha sido simplemente aceptada. Ella será el objeto central de las reflexiones siguientes acerca de la estructura del derecho general de igualdad.

b) La estructura del mandato de igualdad en la creación del derecho.

El mandato de igualdad en la creación del derecho exige que todos sean tratados igual por el legislador. Pero ¿qué significa esto?

Es fácil de oír qué es lo que esto no puede significar. No puede significar ni que el legislador tiene que poner a todos en las mismas posiciones jurídicas ni que tenga que procurar que todos presenten las mismas propiedades naturales y se encuentren en las mismas situaciones fácticas. El legislador no sólo puede establecer el servicio militar sólo para los adultos, penas sólo para los delincuentes, impuestos según el monto de los ingresos, ayuda social sólo para los necesitados y condecoraciones sólo para ciudadanos distinguidos, sin violar el principio de igualdad; tiene también que hacerlo si no quiere dictar normas no funcionales (por ejemplo, una obligación de prestar el servicio militar dirigida a los niños), disparatadas (por

ejemplo, penas para todos) e injustas normas (por ejemplo, de pago de impuestos *per cápita*). La igualdad de todos con respecto a todas las posiciones jurídicas conduciría no sólo a normas no funcionales, disparatadas e injustas, sino que también eliminaría los presupuestos para el ejercicio de competencias. Todo elector debería ser también elegido y todo subordinado debería ser también jefe. Todo vendedor tendría no sólo el derecho a que se le pague el precio de venta sino también el deber de pagarlo, etc. Igualmente claro es que el principio de igualdad no puede exigir la igualdad en todas las propiedades naturales y en todas las situaciones fácticas en las que se encuentran los individuos. Quizás las diferencias en la salud, la inteligencia, la belleza, pueden hasta cierto punto ser reducidas o compensadas pero, su eliminación tropieza con límites naturales. A ello se agrega que la creación de una coincidencia de todos, desde todos los puntos de vista, aun cuando fuera posible, no sería deseable. La coincidencia de todos, desde todos los puntos de vista, tendría como consecuencia que todos querrían hacer lo mismo. Sin embargo, si todos hacen lo mismo, sólo es posible lograr un nivel intelectual, cultural y económico muy limitado.

Por lo tanto, el principio general de igualdad dirigido al legislador no puede exigir que todos deban ser tratados exactamente de la misma manera y tampoco que todos deban ser iguales, desde todos los puntos de vista. Por otra parte, si ha de tener algún contenido, no puede permitir todas las diferenciaciones y todas las distinciones. Cabe preguntarse si, y cómo puede encontrarse una vía intermedia entre estos extremos. Una clave al respecto la ofrece la fórmula clásica: «Hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual», que —en múltiples variaciones y complementaciones— constituye la columna vertebral de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal sobre el artículo 3 párrafo 1 LF.

La fórmula “Hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual”, puede interpretarse de dos maneras totalmente distintas. La primera interpretación la limita al postulado de una práctica de decisión universalista. Para el legislador, esto significa que las normas por él dictadas tienen que tener la forma de normas universales condicionadas, es decir, la forma: «Para todo x es válido que si x tiene las propiedades $P_1, P_2, \dots, P_n$, entonces está ordenado que para x valga la consecuencia jurídica C ».

Las normas de esta forma tratan a todas las x igual en la medida en que para todas las x , si son iguales con relación a $P_1, P_2, \dots, P_n$, prevén la misma consecuencia jurídica. No puede haber ninguna duda de que un postulado de este tipo, que corresponde al principio de universalidad de Haré, y al principio de la justicia

formal de Perelman, formula un postulado básico de la racionalidad práctica que es válido tanto para el legislador como para quien aplica el derecho; pero, tampoco puede haber ninguna duda de que con este postulado no se ha ganado mucho. Este postulado no dice nada acerca de cómo deben ser tratados qué individuos con qué propiedades. Si el principio general de igualdad se limitara a una práctica universalista de decisión, el legislador podría llevar a cabo cualquier discriminación sin violarlo, siempre que lo presentara bajo la forma de normas universales, algo que siempre es posible. Bajo esta interpretación, la legislación nacionalsocialista contra los judíos no vulnera la fórmula «Hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual».

Se logra una vinculación material del legislador, sólo si la fórmula «Hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual» no se interpreta como una exigencia relativa a la forma lógica de las normas, sino como una exigencia relativa a su contenido, es decir, no en el sentido de un mandato de *igualdad formal* sino *material*. Los problemas de una interpretación semejante resultan de que —como lo observa correctamente el Tribunal Constitucional Federal—, nunca dos personas o dos situaciones vitales personales son iguales desde todos los puntos de vista. Las relaciones humanas, siempre es igualdad y desigualdad con respecto a determinadas propiedades. Los juicios de igualdad que constatan la igualdad con respecto a determinadas propiedades son juicios sobre relaciones triádicas, a es igual a b con respecto a la propiedad P (propiedades $P_1, P_2, \dots, P_n$). Este tipo de juicios son juicios de igualdad *parcial*, es decir, juicios acerca de una igualdad *fáctica* referida sólo a algunas y no a todas las propiedades del par de comparación. Tales juicios son verdaderos si tanto a como b poseen la propiedad P (las propiedades $P_1, P_2, \dots, P_n$). Lo mismo es válido en relación con los juicios de desigualdad.

Los juicios de igualdad fáctica parcial no dicen todavía nada acerca de si está ordenado un trato igual o uno desigual. La igualdad fáctica parcial es conciliable con un trato desigual y la desigualdad fáctica parcial, con un trato igual. Que a sea un marinero al igual que b no excluye la posibilidad de que a sea penado por cometer hurto pero b no. Que a sea un marinero y b un empleado de banco no excluye la posibilidad de que ambos sean penados por cometer hurto. Por lo tanto, «igual» y «desigual» en la fórmula «Hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual» deben ser entendidos de una manera diferente a una igualdad o desigualdad fácticas, desde algún punto de vista. Dado que no existen dos personas o dos situaciones humanas entre las cuales no exista tanto una igualdad fáctica parcial como una desigualdad fáctica parcial, todo tendría

que tratarse siempre, al mismo tiempo, como igual y como desigual, si la fórmula se refiriese a la igualdad y desigualdad fáctica parcial, desde algún punto de vista.

Dado que no existe tanto una igualdad como una desigualdad, desde todos los puntos de vista (igualdad/desigualdad fáctica universal) entre los individuos y las situaciones humanas y, dado que la igualdad (desigualdad) fáctica parcial, desde algún punto de vista, no basta como condición de aplicación de la fórmula, ésta puede referirse sólo a una cosa: la igualdad y la desigualdad *valorativa*. Si ha de ser posible un orden jurídico diferenciado, la igualdad (desigualdad) valorativa tiene que relativizarse de dos maneras. Ella tiene que ser una igualdad valorativa *relativa a igualdades (desigualdades) fácticas parciales* pues si se agotara en una igualdad valorativa sin más de los individuos, no podría contribuir en absoluto a la fundamentación de tratos diferenciados. Tiene que ser, además, una igualdad valorativa *relativa a determinados tratos*, pues, si no lo fuera, no podría explicarse por qué dos personas que, desde un punto de vista, tienen que ser tratadas igualmente, no han de ser tratadas igualmente, desde todos los puntos de vista. A estas dos relativizaciones, que son las condiciones para que un trato diferenciado sea posible, se agrega una tercera, la *relativización* con respecto a un *criterio de valoración* que permite decir qué es valorativamente igual y desigual. La frase «Hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual» no contiene un criterio semejante sino que su aplicación lo presupone. La igualdad material conduce, entonces, necesariamente al asunto de la valoración correcta y, con ello, a la pregunta de qué es una legislación correcta, razonable o justa. Esto pone claramente de manifiesto el problema capital del principio general de igualdad. Es posible formularlo en dos preguntas, estrechamente vinculadas entre sí, es decir, primero, si y en qué medida es posible fundamentar racionalmente los juicios de valor que es necesario llevar a cabo dentro del marco del principio de igualdad y, segundo, quién ha de tener en el sistema jurídico la competencia para formular, en última instancia y con carácter vinculante, aquellos juicios de valor: el legislador o el Tribunal Constitucional. Con estas preguntas queda delimitado el campo de los problemas en el que tiene que moverse toda interpretación del artículo 3 párrafo 1 LF, en cuanto norma que vincula materialmente al legislador.

2.4.3. Trato igual y desigual

El mandato de trato igual

De acuerdo con la jurisprudencia permanente del Tribunal Constitucional Federal, existe una diferenciación arbitraria «cuando para la diferenciación legal no es posible encontrar [...] una razón razonable, que surja

de la naturaleza de la cosa o que, de alguna forma, sea concretamente comprensible». Por lo tanto, una diferenciación es arbitraria y, por ello, está prohibida, cuando no es posible encontrar una *razón* a favor de ella, que esté calificada de una determinada manera. La calificación de esta razón se describe de varias maneras. En la cita que se acaba de mencionar se exige que se trate de una razón razonable o que surja de la naturaleza de la cosa o que, de alguna otra manera, sea concretamente comprensible. En otras formulaciones se exige que la falta de objetividad de la razón de la diferenciación no puede ser «evidente» y, en otras, simplemente, que la razón hace que la diferenciación esté «justificada». El trasfondo de estas fórmulas está constituido por el postulado de «una forma de consideración orientada por la idea de la justicia».

De todo esto se infiere que tiene que haber una razón *suficiente* para las diferenciaciones, que las justifique y que la cualificación de la razón como suficiente es un *problema de valoración*. Aquí habrá de interesar sólo lo primero. Que para la admisibilidad de las diferenciaciones tiene que haber una razón suficiente que las justifique significa que, cuando no existe una razón semejante, está ordenada la igualdad de trato. Esto puede formularse con el siguiente enunciado, que constituye una precisión de la versión débil del principio general de igualdad antes mencionado: (7) "Si no hay ninguna razón suficiente para permitir un trato desigual, entonces está ordenado un trato igual".

No existe ninguna razón suficiente para permitir una diferenciación si todas las razones que hay que tener en cuenta tienen que considerarse como insuficientes. Esto es justo lo que ocurre cuando no se consigue una fundamentación para permitir la diferenciación. Como se ha observado reiteradamente, el principio general de igualdad establece así la carga de la argumentación para los tratos desiguales.

El mandato de trato desigual

La segunda parte del enunciado «Hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual», constituye una piedra de toque para esta tesis y también un instrumento para su explicación. La simetría de esta formulación sugiere interpretar el mandato de trato desigual de la misma manera que el de trato igual, es decir, explicitarlo con la siguiente norma de trato desigual que estructuralmente coincide con (7): (8) "Si no hay ninguna razón suficiente para permitir un trato igual, entonces está ordenado un trato desigual".

Sin embargo, esto tendría como consecuencia que se establecería una carga de argumentación tanto para los tratos iguales como para los desiguales, lo que eliminaría toda ventaja del trato igual y, como lo ha señalado Podlech, conduciría al mandato de fundamentar «que la regulación jurídica tendría que ser así y no de otra

manera». El principio de igualdad se convertiría, entonces, en una simple exigencia de fundamentación de las normas. Perdería toda orientación hacia la igualdad. Por ello, Podlech propone prescindir de la segunda parte de la fórmula, es decir, adscribir al artículo 3 párrafo 1 LF sólo una norma de igualdad de trato y no también una norma de trato desigual.

Una solución tan radical sería sólo recomendable si fuera inevitable. Sin embargo, no lo es. Se puede perfectamente tener ambas cosas: una orientación hacia la igualdad y, tanto una norma de trato igual como una de trato desigual. Naturalmente, para ello, la norma de trato desigual no puede tener, como en (8), la misma estructura que la norma de trato igual (7). Más bien, tiene que tener la siguiente forma: (9) “Si hay una razón suficiente para ordenar un trato desigual, entonces está ordenado un trato desigual”.

Esta fórmula se diferencia de la norma de igualdad de trato expresada en (7) porque para el mandato de un trato desigual exige que se logre una fundamentación, justo de este mandato⁴⁵, mientras que la norma de igualdad de trato deja que sea suficiente para el mandato de igualdad de trato el que no se haya logrado una fundamentación del permiso (admisibilidad) de una diferenciación. Justo en esta asimetría consiste la carga de la argumentación a favor del trato igual.

La asimetría entre la norma de igualdad de trato y la norma de desigualdad de trato tiene como consecuencia que el principio general de igualdad puede ser interpretado en el sentido de un *principio de igualdad* (*) que, *prima facie*, exige un trato igual y sólo permite un trato desigual si puede ser justificado con razones contrapuestas.

2.4.4. El principio de igualdad y la valoración.

La interpretación del principio de igualdad como regla de la carga de la argumentación puede estructurar un poco más el problema de la valoración, pero no solucionarlo. El principio de igualdad no da respuesta a la pregunta de qué es una razón suficiente para permitir u ordenar una diferenciación. Para ello, son indispensables otros puntos de vista, cierta-menté valorativos. Justo aquí es relevante la crítica fundamental a una sujeción del legislador al principio general de igualdad, que aduce que una sujeción semejante tendría como consecuencia que el Tribunal Constitucional Federal pudiera imponer sus concepciones acerca de una legislación correcta, razonable o justa y desplazar las del legislador, lo que significaría «un desplazamiento de competencias en contra del sistema constitucional a favor de la

jurisprudencia judicial y en contra del Poder legislativo». Sin embargo, esta objeción—que, en última instancia, señala que el Tribunal Constitucional Federal se convierte, en virtud del principio general de igualdad, en un Tribunal de la Justicia con competencias ilimitadas— puede refutarse.

Por lo pronto, hay que tener en cuenta que el principio general de igualdad es *lex generalis*, frente a las normas especiales de igualdad. Esto conduce aun considerable debilitamiento del problema. Las «decisiones materiales de igualdad», adoptadas en las normas especiales de igualdad, por ejemplo, en el artículo 3 párrafos 2 y 3 LF, vuelven superflua, en los numerosos casos comprendidos por ellas, la solución de un problema valorativo dentro del marco del principio general de igualdad.

Además, el principio general de igualdad —cuando se interpreta en el sentido débil aquí propugnado— deja un amplio margen de acción al legislador. Por ello, la tesis según la cual el Tribunal Constitucional Federal, es puesto en el lugar del legislador tiene que ser restringida considerablemente. El margen de acción del legislador, reiteradamente subrayado por el Tribunal Constitucional Federal, resulta de dos cosas: de la estructura de las normas de trato igual y desigual [(7), (9)] y del concepto de arbitrariedad.

Según (7), en caso de que existan razones suficientes para permitir un trato desigual, no está ordenado un trato igual. Sin embargo, bajo esta condición, tampoco está ordenado un trato desigual, pues, para ello. (9) exige razones suficientes no sólo para permitir sino también para ordenar un trato desigual. Si hay casos en los que hay razones suficientes para permitir pero no para ordenar un trato desigual, también hay casos en los cuales el principio general de igualdad no ordena ni un trato igual ni uno desigual sino que permite tanto un trato igual como uno desigual, es decir, confiere al legislador un margen de acción.

La interpretación del concepto de razón suficiente, con la ayuda del concepto de arbitrariedad, procura que haya casos en los cuales ciertas razones suficientes jueguen a favor de permitir pero no de ordenar un trato desigual. Una razón es suficiente para permitir un trato desigual si, en virtud de esta razón, el trato desigual no es arbitrario. Como lo ha expuesto Leibholz, la arbitrariedad es una versión aumentada de la incorrección. Por lo tanto, un trato desigual no es arbitrario no sólo cuando es la mejor solución o la más justa, sino también cuando existen razones plausibles para permitirlo. Que existen diferencias entre la razón plausible y la mejor razón relevante, es algo que se reconoce en que un tribunal puede, sin más, sostener que la mejor razón juega en contra de permitir un trato desigual y admitir que existe una razón plausible a su favor. Sin embargo, una razón plausible a favor de permitir un trato desigual, no es todavía una razón suficiente para la obligatoriedad de un trato desigual. Por lo tanto, que un trato desigual no sea arbitrario no

implica que un trato igual sea arbitrario. Por cierto, con todo esto no se ha dicho qué márgenes de acción tiene el legislador, pero sí se ha expuesto *que* el legislador tiene ciertos márgenes de acción.

Así, pues, en contra de la sujeción del legislador al principio de igualdad, no puede aducirse que ella trae como consecuencia que el Tribunal Constitucional Federal adquiera la competencia para hacer valer irrestrictamente sus valoraciones en lugar de las del legislador. Lo que se aduce es tan sólo que, en virtud del principio general de igualdad, adquiere determinadas competencias para fijar límites a la competencia del legislador. Esto significa también que, en cierta medida, las valoraciones del Tribunal se ponen por encima de las del legislador. Sin embargo, ello no basta para fundamentar una objeción.

Todo control del legislador por parte de un Tribunal Constitucional implica que, en una cierta medida, se da preferencia a las valoraciones del Tribunal frente a las del Legislador. En una variedad de casos, lo que las normas constitucionales ordenan no se infiere lógicamente sólo del texto literal de las disposiciones constitucionales; tampoco, con la ayuda de reglas metodológicas, es posible fundamentarlo necesariamente a partir de ellas y de otros datos jurídicamente relevantes. El enunciado según el cual toda interpretación de la Constitución incluye valoraciones del intérprete es tan trivial como fundamental. Por ello, si con la vinculación al principio de igualdad no ha de renunciarse a toda jurisprudencia constitucional, para la fundamentación de la tesis de que este principio conduce a una ampliación inadmisibles de la competencia del Tribunal Constitucional, no puede recurrirse simplemente al hecho de que su aplicación presupone valoraciones. Lo que habría que exponer es que, dentro del marco de la aplicación del principio general de igualdad; es indispensable una medida semejante de valoraciones subjetivas o incontrolables que, en lo que se refiere a la vinculación del legislador, obligaría a tratar al principio general de igualdad de una manera diferente a las otras normas de derecho fundamental. Sin embargo, no existe ningún motivo para ello. En la aplicación de todas las normas de derecho fundamental hay que solucionar problemas valorativos básicos. También en su interpretación existe la posibilidad de que el Tribunal reduzca, de una manera injustificable, el margen de acción que le corresponde al legislador en virtud de la Ley Fundamental.

Ciertamente, se podría intentar reducir, en alguna medida, el peligro de que el Tribunal Constitucional restrinja injustificablemente las competencias del legislador, eliminando la vinculación—controlable por el Tribunal Constitucional—del legislador a determinadas normas de derecho fundamental como la del artículo 3 párrafo 1 LF; sin embargo, el precio que por ello se pagaría sería demasiado alto. Todas las posibilidades de discriminación distan mucho de estar

comprendidas por las normas especiales de igualdad. No puede excluirse la posibilidad de que una mayoría parlamentaria lleve a cabo una discriminación no contemplada por las normas especiales de igualdad y que, desde el punto de vista del derecho constitucional, tendría que calificarse como inadmisibles. En todo caso, la no extensión de la protección iusfundamental a este tipo de discriminaciones podría estar justificada, si los juicios sobre la admisibilidad o inadmisibilidad inconstitucional fueran necesariamente juicios puramente subjetivos. Sin embargo, este no es el caso. También sin necesidad de entrar en la teoría de la fundamentación jurídica racional, puede decirse que existe una pluralidad de posibilidades de fundamentación racional de los juicios iusfundamentales de igualdad y desigualdad. Puede pensarse, por ejemplo, dentro del marco de aplicación del principio general de igualdad, en la posibilidad de apoyar los juicios valorativos necesarios en otras normas constitucionales (argumentación sistemática), en las posibilidades de la argumentación basada en precedentes, fundada en la—con el paso del tiempo, cada vez más rica—jurisprudencia constitucional, así como en idea de la justicia sistémica.

2.4.5. Igualdad jurídica e igualdad de hecho

Hasta ahora, de lo que se trataba era primordialmente de los presupuestos para la obligatoriedad, prohibición y permisión de un trato igual y de un trato desigual. No se ha prestado ninguna atención a la pregunta de qué es un trato igual y qué es un trato desigual. Sin embargo, hay motivos suficientes para plantearla. Ella conduce al problema de si la fórmula «Hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual» implica o no que el Estado está obligado a la creación de la igualdad fáctica.

Acerca de los conceptos de trato igual jurídico y de hecho

Los conceptos de trato igual y desigual tienen una ambigüedad básica. Pueden ser interpretados como referidos a los actos y como referidos a las consecuencias. La interpretación referida a los actos apunta exclusivamente a la acción estatal en sí, que hay que juzgar. En cambio, para la interpretación *referida a las consecuencias*, lo decisivo son las consecuencias prácticas de la acción estatal. Para aclarar esta distinción es idónea la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal sobre el derecho al amparo de pobreza. En una decisión de hace ya varios años, de lo que se trataba era de si el no otorgamiento del derecho al amparo de pobreza para iniciar un proceso judicial, a pesar de la obligación de tener un abogado, vulneraba el artículo 3 párrafo 1 LF. Según la interpretación del concepto de trato referido al acto, las personas con recursos y las

que carecen de ellos, no se tratan de una manera desigual, sino igual, por cuanto las ventajas del derecho al amparo de pobreza se otorgan-a ambas clases de personas de la misma manera.

Siguiendo una difundida terminología, habrá que decir que ambas reciben un trato jurídico igual. Sin embargo, según la interpretación del concepto de trato referido a las consecuencias, las personas que tienen recursos y las que carecen de ellos, no son tratadas igual sino desigualmente, pues el no otorgamiento del derecho de amparo de pobreza impide a quien carece de recursos, pero no a quien los posee, «recorrer una vía judicial prevista por la ley, tan sólo por carecer de los medios económicos necesarios». Una vez más, siguiendo una difundida terminología, habrá que decir que ambas personas reciben un trato *fáctico* desigual. Debido a la desigualdad de hecho en el trato, el Tribunal Constitucional Federal supone una vulneración del enunciada “Hay que tratar igual lo igual” y lo fundamenta en el sentido de lo expuesto más arriba, sosteniendo que no existe ninguna razón suficiente que justifique el trato (fáctico) desigual. La distinción entre trato igual y desigual, jurídico y fáctico, puede refinarse considerablemente. Para los fines que aquí se persiguen, basta lo dicho.

Los principios de igualdad jurídica e igualdad de hecho.

Aquella decisión sobre el derecho de amparo de pobreza, a la que siguieron muchas otras más⁶¹ y que en su estructura muestra fuertes similitudes con decisiones sobre la igualdad de oportunidades de los partidos políticos, permite reconocer un problema fundamental de toda interpretación del principio general de igualdad en el sentido de un mandato de creación de igualdad de hecho. El Tribunal Constitucional Federal lo expresa con las siguientes palabras: «la promoción de determinados grupos significa tratar a otros desigualmente». Quien desee crear igualdad de hecho tiene que aceptar una desigualdad jurídica. Por otra parte, debido a la desigualdad fáctica de las personas, la igualdad jurídica deja siempre que existan algunas desigualdades de hecho y, a menudo, hasta las refuerza. Si se adscribe al artículo 3 párrafo 1 LF tanto un *principio de igualdad jurídica* como un *principio de igualdad de hecho*, se produce dentro del marco del principio de igualdad una colisión fundamental: lo que según uno de los principios es un trato igual es, según el otro, un trato desigual y viceversa. Por ello, si se unen ambos principios en un principio superior de igualdad, puede decirse que este principio omnicomprendivo de la igualdad implica una «paradoja de la igualdad». Quien parte de un principio omnicomprendivo de igualdad, semejante, se enfrenta no sólo con el problema, muchas veces estudiado, de la relación entre la libertad y la igualdad, sino que tiene que

solucionar una parte considerable de los problemas de la igualdad, incluso dentro del marco del principio de igualdad.

La paradoja de la igualdad puede evitarse fácilmente cuando es posible renunciar totalmente al principio de la igualdad jurídica o al principio de la igualdad de hecho. Desde el punto de vista del derecho constitucional, hay que excluir la posibilidad de renunciar al principio de igualdad jurídica porque no puede haber ninguna duda de que este principio es un elemento del derecho constitucional vigente. Quien tenga alguna duda al respecto puede superarla echando una mirada a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal. A este argumento jurisprudencial se suman argumentos prácticos generales. La igualdad jurídica es un valor en sí mismo. De dos situaciones que son iguales desde todos los puntos de vista menos en uno, de tal manera que, en la primera existe una desigualdad jurídica y en la segunda no, hay que preferir la primera. En este sentido, existe un paralelismo entre la igualdad jurídica y la libertad negativa. Además, como ya se señalara más arriba, la carga de la argumentación para los tratos desiguales es un postulado básico de la racionalidad práctica.

Este postulado es válido, en todo caso, para el trato desigual en el sentido que se refiere a los actos. A esto se suma un argumento que, sólo a primera vista, es exclusivamente pragmático. El principio de la igualdad jurídica—como sólo apunta al acto de trato como tal y no tiene que considerar sus múltiples efectos—puede aplicarse con mucha mayor facilidad y certeza que el de la igualdad de hecho. Un padre que regala a sus dos hijos dos balones iguales, satisface plenamente —sin mayor reflexión y con certeza— la igualdad referida al acto. En cambio, es un asunto muy difícil e inseguro de juzgar, si de esta manera crea igualdad en lo que se refiere a las consecuencias. Si uno de los hijos está feliz con el regalo y el otro se siente triste, no se ha creado, desde el punto de vista del criterio de la igualdad de felicidad, ninguna igualdad en relación con las consecuencias. Desde luego, el criterio de igualdad en la felicidad es uno de los criterios más inseguros de la igualdad fáctica. Sin embargo, pone claramente de manifiesto un problema central de la creación de la igualdad táctica, es decir, el que consiste en que quien actúa puede controlar y percibir el proceso de creación de la igualdad sólo de una manera muy imperfecta. Por lo tanto, no puede haber ninguna duda de que el principio de la igualdad jurídica no puede sacrificarse en aras de la igualdad de hecho.

Acerca del papel del principio de la igualdad de hecho.

Así pues, para evitar una colisión dentro del principio de igualdad, en el marco del artículo 3 párrafo 1 LF, quedaría sólo la posibilidad de renunciar a la adscripción del principio de la igualdad de hecho al artículo 3 párrafo 1 LF en cuanto principio jurídicamente vinculante y que confiere derechos subjetivos exigibles judicialmente. Para tal fin, no es necesaria su exclusión del ordenamiento jurídico. Este principio puede ser interpretado como una norma que, si bien no puede ser impuesta judicialmente, vincula, sin embargo, al legislador y, como tal, permanece adscrita al artículo 3 párrafo 1 LF o se adscribe a la cláusula del Estado social del artículo 20 párrafo 1 LF. También desde el punto de vista de esta interpretación puede tener una vinculación con los derechos subjetivos. En este caso, no como una norma que fundamenta derechos subjetivos pero sí como una norma que justifica la introducción de ciertas restricciones a este tipo de derechos. No obstante, todo esto es secundario. La primera pregunta es, si se puede llevar a cabo o hay que renunciar a la adscripción del principio de la igualdad de hecho al artículo 3, párrafo 1 LF en cuanto principio que, básicamente, también puede fundamentar derechos subjetivos y cuyo respeto está sometido al control del Tribunal Constitucional Federal.

Las opiniones están divididas y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal es ambigua. Por una parte, se dice que el principio de igualdad no ordena al legislador «dictar una regulación que impida que estados de cosas desiguales, *de acuerdo con la desigualdad existente*, conduzcan a diferentes consecuencias jurídicas». Por otra, con respecto al artículo 3 párrafo 1 LF, se observa que «el legislador, en principio, no puede conformarse con aceptar, sin más, las diferencias de hecho existentes; si son incompatibles con las exigencias de la justicia, tiene que eliminarlas». Esto último puede interpretarse en el sentido del enunciado, muchas veces citado, que aparece en la Sentencia sobre el Partido Comunista de Alemania, según el cual el principio del Estado social exige «realizar progresivamente la igualdad hasta la medida razonablemente exigible».

Scholler ha observado que la «concreción del principio de igualdad [...] depende del concepto y de la imagen del Estado». Sin embargo, con respecto al concepto y la imagen del Estado, puede decirse que ellos expresan siempre una filosofía del Estado y del derecho más o menos desarrollado. Por ello, siguiendo a Dreier, puede decirse: la interpretación del principio de igualdad que se elija depende de la filosofía del derecho y del Estado que se tenga. Esta afirmación puede referirse a toda disposición de derecho

fundamental, pero tiene una importancia mayor para el principio de igualdad, por cuanto las preguntas de filosofía del derecho y filosofía del Estado, vinculadas con la igualdad, son muy controvertidas. Se discute no sólo cuál es el contenido justificado de las exigencias de la igualdad, sino también si es posible dar respuestas racionalmente fundamentadas a las preguntas de la igualdad y, si no se trata, más bien, de un conflicto entre ideologías y concepciones del mundo que no puede decidirse racionalmente. Parecería, pues, que en el problema acerca de si hay que adscribir al artículo 3 párrafo 1 LF también el principio de igualdad de hecho, de lo que se trata es de una pregunta que puede responderse adecuadamente sólo dentro del marco de una discusión básica de teoría jurídica, teoría del Estado y epistemología.

Sin embargo, sería apresurado —siguiendo esta impresión— comenzar con una discusión de asuntos normativos y epistemológicos básicos. Se dejaría entonces de lado una vía de solución que exige mucho menos esfuerzo y tiene muchas más perspectivas de éxito que un ingreso directo en el análisis de asuntos básicos: la vía del análisis dogmático basado en la teoría de las normas. Un análisis semejante, muestra que existe un modelo de solución que toma en cuenta tanto la igualdad jurídica como la igualdad de hecho y, al mismo tiempo, deja espacio para un amplio espectro de diferentes concepciones sobre el peso de ambos principios. Habrá de mostrarse que este modelo basta para la aclaración de los problemas aquí relevantes. Por lo pronto, se presentará el modelo. A continuación, sobre su base, habrán de discutirse algunas objeciones en contra de la adscripción del principio de igualdad de hecho al artículo 3, párrafo 1 LF.

La base del modelo está constituida por la fórmula clásica: «Hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual». De acuerdo con lo expuesto más arriba, la primera parte debe interpretarse mediante la norma de trato igual:

(7) Si no hay ninguna razón suficiente para permitir un trato desigual, entonces está ordenado un trato igual y su segunda parte, mediante la norma de trato desigual:

(9) Si hay una razón suficiente para ordenar un trato desigual, entonces está ordenado un trato desigual.

El paso decisivo hacia el modelo de solución que se pretende consiste en que, en *ambas* normas, el concepto de trato se interpreta en el sentido *referido al acto*. De esta manera, ambas normas sólo son válidas, directamente, en relación con la igualdad jurídica. Tomadas conjuntamente, expresan

una preferencia básica a favor del principio de igualdad jurídica. El segundo paso consiste en que, en el modelo de solución, el principio de igualdad de hecho se hace valer en la aplicación de ambas normas dentro del marco del concepto de razón suficiente. Puede ser tanto una razón suficiente para permitir un trato desigual como una razón suficiente para su imposición. En el primer caso, es la razón para un no derecho definitivo, a un determinado trato jurídico igual; en el segundo, es la razón para un derecho definitivo a un determinado trato jurídico desigual, que sirve para la creación de una igualdad de hecho. El primer caso es bien conocido. El principio de igualdad de hecho juega en él — a menudo bajo el nombre de «principio del Estado social»— el papel de una razón para la restricción con respecto al derecho general a la igualdad jurídica. El segundo caso es más interesante. En él, el principio de igualdad de hecho juega el papel de una razón para un derecho a un determinado trato jurídico desigual, es decir, aquél que sirve para la creación de una igualdad de hecho. Se fundamenta en él un derecho subjetivo a la creación de una parte de igualdad fáctica.

Esto último es el punto crítico. Para poder evaluarlo correctamente, es indispensable tener en cuenta qué significa que la igualdad de hecho sea objeto de *un principio*. Tal como se expusiera más arriba, los principios no son razones definitivas sino *prima facie*. Pueden ser desplazados por principios contrapuestos. El principio de igualdad de hecho es, por lo tanto, una razón suficiente para un derecho subjetivo definitivo a un trato jurídico desigual que sirve para la creación de la igualdad de hecho, sólo si desplaza a todos los otros principios contrapuestos que estén en juego. Hay que tomar en cuenta todo un conjunto de principios contrapuestos. Uno de ellos es siempre la igualdad jurídica, pues todo trato jurídico desigual para la creación de la igualdad de hecho es una restricción para la realización del principio de la igualdad jurídica. Además, siempre hay que tener en cuenta los principios que tienen como objeto la distribución de competencias entre el Tribunal Constitucional Federal y el legislador. , Con la constatación de derechos a la creación de la igualdad de hecho, un Tribunal Constitucional limita sensiblemente la libertad de configuración del legislador, sobre todo porque no sólo le quita la libertad de conferir o no este derecho, sino porque el otorgamiento de este tipo de derechos incluye, por lo general, el mandato al legislador de facilitar considerables fondos financieros y ello lo priva de la posibilidad de tomar otras medidas. Por eso, el principio formal de la libertad de configuración del legislador, democráticamente legitimado para la configuración social, es un segundo competidor principal del principio de igualdad de hecho. A estos dos principios, que siempre son relevantes, se suman muchos otros que pueden entrar en colisión con la igualdad de hecho, sobre todo aquellos que apuntan a las libertades negativas. Todo esto pone de

manifiesto que la clasificación del principio de la igualdad fáctica como una posible razón suficiente para la obligatoriedad de un trato jurídico desigual, que sirva para la creación de una igualdad de hecho, no implica que la igualdad jurídica o la libertad negativa se desplace injustificadamente por la igualdad de hecho, ni que la competencia para la configuración del orden social se desplace inadmisiblemente del legislador al Tribunal Constitucional Federal. Más bien, se crea así un modelo que permite adscribir también al artículo 3 párrafo 1 LF el principio de igualdad de hecho y, con ello, concebir esta disposición como una expresión de una concepción amplia de la igualdad, sin que por ello se prejuzgue acerca de una determinada concepción de la igualdad. La clave teórico-normativa y metodológica al respecto, es la teoría de los principios.

En contra de este modelo podría objetarse que es vacío y, por lo tanto, un mero juego intelectual, dado que los principios contrapuestos —sobre todo el de la libertad del legislador para la configuración de un orden social— tienen en *todos* los casos concebibles una relevancia tal que *siempre* el Tribunal Constitucional Federal ha de dejar de lado el reconocimiento de un derecho definitivo concreto a la creación de la igualdad de hecho, a partir directamente del artículo 3 párrafo 1 LF. Esto mostraría que el principio de igualdad de hecho no puede adscribirse al artículo 3 párrafo 1 LF como un principio de derecho fundamental en sentido pleno, ya que para ser tal tendría que tener la fuerza para fundamentar, por lo menos en *algún caso*, un derecho definitivo concreto.

Esta objeción puede apoyarse, sobre todo, en principios formales. Así, el argumento central en contra de los derechos originarios, a la igualdad de hecho, es decir, aquellos que están basados directamente en el artículo 3 párrafo 1 LF, afirma que la idea de la igualdad de hecho es una base demasiado insegura para un reconocimiento judicial de derechos concretos a la igualdad de hecho. El Tribunal debería incursionar en asuntos que no son exigibles judicialmente y llevar a cabo una política social. Si así lo hiciera, necesariamente rebasaría sus competencias. La intervención en las competencias del legislador sería tanto más intensa, cuanto más la jurisprudencia que apunta a la igualdad de hecho, intervenga, no sólo en el margen de acción jurídico del legislador, sino directamente y, en considerable medida, en su margen de acción financiero.

Estos argumentos tienen algo de razón. El concepto de igualdad de hecho es especialmente apto para ser interpretado de diversas maneras. Ello se debe a que, con respecto a la igualdad o desigualdad de hecho, puede hacerse valer criterios muy diferentes, por ejemplo, dinero, educación, influencia política, capacidad de autodeterminación, desarrollo de dotes y talentos, reconocimiento social, posibilidades de ascenso en

los diferentes ámbitos sociales, auto respeto, realización de los planes de vida y satisfacción personal. Esto pone de manifiesto que es posible que existan numerosas teorías de la igualdad de hecho recíprocamente incompatibles. Sin embargo, toda teoría de la igualdad fáctica es un programa para la distribución de los bienes distribuibles en una sociedad. No son sólo razones metodológicas las que excluyen la posibilidad de extraer de la Ley Fundamental exactamente un programa de distribución, sino también razones sistemático-constitucionales. Los asuntos distributivos constituyen un objeto central de la polémica de los partidos que compiten por la mayoría en el Parlamento. Esto excluye la posibilidad de partir —en una Constitución que se ha decidido por la democracia parlamentaria— de una sola teoría omnicompreensiva de la igualdad de hecho que subyaciese a la Constitución, y con la que toda decisión del Parlamento, relacionada con una distribución, estaría de acuerdo o no.

Sin embargo, con esto se ha aclarado sólo una cara de la moneda. La otra cara es que se trata de la existencia de derechos y que el mero hecho de que su conocimiento sea inseguro y su reconocimiento por parte del Tribunal Constitucional Federal reduzca el margen de acción del legislador, no es ningún argumento que tuerce a reconocer su inexistencia. El sentido de los derechos fundamentales consiste, justamente, en no dejar en manos de la mayoría parlamentaria la decisión sobre determinadas posiciones del individuo, es decir, en delimitar el margen de decisión de dicha mayoría, y es propio de las posiciones iusfundamentales el que pueda haber desacuerdo sobre su contenido. Si se considera que no es imposible decidir este desacuerdo con argumentos racionales y, si no se quiere que la mayoría parlamentaria decida ella misma sobre su propio margen de acción —lo que vulneraría la máxima de que nadie puede ser juez en su propia causa— queda entonces sólo la vía de dejar que el Tribunal Constitucional decida⁸². Por lo tanto, la pregunta ha de consistir en si las peculiaridades vinculadas con la igualdad fáctica, la especialmente alta inseguridad (pluralidad de las teorías de la distribución) y la especialmente intensa restricción del margen de acción del legislador (medios financieros) confieren al principio de la libertad de la configuración social del legislador un peso tal que simplemente tiene que ser dejada de lado la aceptación de derechos concretos a la igualdad de hecho, sometidos al control del Tribunal Constitucional. Ya este cuestionamiento pone de manifiesto que de lo que se trata no es de saber si el Tribunal Constitucional puede o no imponer su teoría de la distribución justa frente al legislador. Se trata más bien de saber si en algunos casos, puede limitar la libertad del legislador para la configuración social desde el punto de vista de la igualdad de hecho. Aquí hay que tener en cuenta la asimetría contenida en el modelo del principio general de igualdad entre la igualdad jurídica y la igualdad de hecho. A favor de la igualdad jurídica existe una carga de la argumentación; a favor de la igualdad

de hecho, no existe una carga semejante. Por lo tanto, la creación de una diferenciación que sirva para la igualdad de hecho está ordenada sólo si a favor de este mandato puede aducirse razones suficientes.

Ejemplos de los casos en los cuales el principio de la igualdad de hecho tiene prioridad frente a principios contrapuestos los ofrecen las ya mencionadas decisiones del Tribunal Constitucional Federal sobre el derecho al amparo de pobreza. Se podría objetar que estos casos no demuestran mucho, por cuanto presentan peculiaridades que prohíben una generalización. Así, se ha señalado, que en estos casos se agrega como punto de vista rector la garantía de protección jurídica del artículo 19 párrafo 4 LF, y que en ellos —a diferencia de lo que sucede en otros casos en donde se trata de la igualdad de hecho— es posible una decisión judicial acerca del asunto de la igualdad. Ya más arriba se señaló que uno de los problemas principales de la igualdad de hecho consiste en determinar el punto de vista en el que debe existir la igualdad de hecho. Que en los casos del derecho de amparo de pobreza se sume el principio de la protección jurídica al principio de la igualdad de hecho, significa que se determina el punto de vista en el que debe existir la igualdad de hecho. Sin embargo, esto no modifica en nada el hecho de que los casos del derecho al amparo de pobreza sean casos de igualdad de hecho, y no dice nada acerca de si desde otros puntos de vista, la Constitución ordena también la creación de la igualdad de hecho. Es, además, correcto que en el caso del derecho al amparo de pobreza, la decisión resulta relativamente fácil; por ello, los casos del derecho al amparo de pobreza son, en cierto modo, casos seguros de la prioridad del principio de igualdad de hecho. Sin embargo, esto no excluye su aplicación en otros casos. Todo esto enseña que los casos del derecho al amparo de pobreza son sólo limitadamente adecuados como base inductiva para otros casos, pero que tienen que ser considerados como casos de aplicación del principio de la igualdad de hecho y que de sus peculiaridades no puede inferirse la inaplicabilidad del principio de la igualdad de hecho a otros casos.

Como toda tesis relativa a una inexistencia, la tesis según la cual, no existen otros casos en los que la igualdad de hecho tenga prioridad frente a todos los demás principios contrapuestos relevantes, es difícil de fundamentar. Para su fundamentación no bastaría la demostración de que, habida cuenta de la actual situación de la legislación, no existe ningún caso en el que el Tribunal Constitucional Federal pueda conferir un derecho originario a la igualdad de hecho. La situación de la legislación puede cambiar y la Constitución no sólo es válida para la situación actual de la legislación. Como no es posible tener una visión de todos los casos posibles, la tesis de la inexistencia puede considerarse sólo como una suposición que queda refutada

tan pronto se expone un caso en el que el principio de igualdad de hecho es aplicable y tiene prioridad sobre otros principios.

Como un caso semejante puede considerarse el del mínimo vital". Sin una comparación no es posible determinar qué es lo que pertenece al mínimo vital constitucionalmente garantizado. Tal como lo enseña una mirada a la historia, y a lo que ocurre en otros países, el mínimo vital absoluto puede ser fijado a un nivel muy bajo. De lo que se trata según la Ley Fundamental, es el del mínimo vital relativo, es decir, de aquello que debe considerarse como tal, bajo las condiciones imperantes en la República Federal de Alemania. Tomar como marco de referencia aquello que el legislador garantiza en cada caso, significaría renunciar a la existencia de una medida o una pauta de derecho constitucional de aquello que el legislador tiene que garantizar. En estos casos, el concepto de la dignidad humana no ofrece una pauta racionalmente controlable. Sin embargo, el principio de igualdad de hecho ofrece una pauta de rango constitucional que además resulta racionalmente controlable. Exige una orientación por el nivel de vida efectivamente existente y permite quedarse debajo de éste a la luz de los principios contrapuestos. Ciertamente, de esta manera, todo se convierte en un asunto de ponderación. Sin embargo, esto no es, en primer lugar, algo insólito en el ámbito de los derechos fundamentales y, en segundo lugar, las ponderaciones pueden llevarse a cabo racionalmente. Por ello, el principio de igualdad, que incluye la igualdad de hecho, puede fundamentar, en casos referidos al mínimo vital, derechos concretos definitivos a la creación de la igualdad de hecho.

Podría objetarse que justamente este ejemplo muestra que es mejor adscribir la igualdad de hecho al principio del Estado social que al principio general de la igualdad. A favor de ello habla el hecho de que el principio de igualdad de hecho puede, sin duda, considerarse también como un sub principio del principio del Estado social. Sin embargo, el punto decisivo es que, a diferencia del principio de igualdad de hecho, la cláusula del Estado social no es una disposición de derecho fundamental. Por ello, una adscripción exclusiva al principio del Estado social no ofrecería ni siquiera la posibilidad de fundamentar, desde el punto de vista de los derechos fundamentales, derechos subjetivos concretos a la igualdad de hecho cualquiera que sea su delimitación. Sin embargo, por el contrario, como se ha expuesto, no existe ningún motivo para renunciar a esta posibilidad.

Si se sigue el modelo aquí presentado, es posible, por una parte, mantener la división de competencias entre el Tribunal Constitucional y el legislador, prevista por la Ley Fundamental, y tener en cuenta los numerosos

principios que se contraponen a la igualdad de hecho (especialmente la libertad negativa/igualdad jurídica). Por otra parte, en los casos en los que la relevancia de la igualdad de hecho es tan grande que todas las razones contrapuestas quedan desplazadas, es posible otorgar un derecho definitivo concreto a la creación de una determinada igualdad de hecho. Todo esto encaja sin contradicción en un modelo de un grado de complejidad relativamente reducido que, además, deja espacio para valoraciones bien diferentes.

2.4.6. La estructura de los derechos de igualdad como derechos subjetivos

Según Leibholz, los derechos subjetivos que resultan del principio general de igualdad, así como ocurre con los derechos de defensa, son derechos a omisiones, es decir, “a omisiones de perturbaciones arbitrarias de la igualdad jurídica”. Por ello, el principio general de igualdad es de «naturaleza negativa». En contra de este paralelismo de los derechos de igualdad y libertad puede objetarse que al principio general de igualdad pueden adscribirse derechos que obviamente son derechos pertenecientes al status positivo. Un ejemplo al respecto lo ofrece la decisión sobre el dinero para la vivienda por parte de quienes reciben ayuda social. Esto amerita preguntarse acerca de la estructura de los derechos de igualdad como derechos subjetivos:

Es posible distinguir tres tipos de derechos que resultan del principio general de igualdad: los derechos de igualdad definitivos abstractos, los derechos de igualdad definitivos concretos y los derechos de igualdad *prima facie* abstractos.

Dos son los *derechos de igualdad definitivos abstractos*: el derecho a la igualdad de trato, cuando no existe ninguna razón suficiente para permitir un trato desigual, y el derecho a ser tratado desigualmente cuando existe una razón suficiente para que esté ordenado un trato desigual. A estos dos derechos corresponden las normas de trato igual y desigual antes presentadas: a) Si no hay ninguna razón suficiente para permitir un trato desigual, entonces está ordenado un trato igual. b) Si hay una razón suficiente para ordenar un trato desigual, entonces está ordenado un trato desigual (p. 381- 402).

2.4.7. Bases Filosóficas

Sobre este apartado es necesario tomar cuenta lo sostenido por Díaz y Mendizábal (2018):

Historia de la victimología en el derecho penal clásico

En 1764, César Bonesana, marqués de Beccaria, publicó *Del Delito y de la Pena*. Con ello, marco el derecho penal para siempre.

Desde el título, la obra nos advierte que la infracción penal y la reacción social serán los únicos pilares sobre los que se levantará el edificio del derecho punitivo. En otros términos, la escuela clásica se consagró exclusivamente al estudio del delito y de la pena, a los que calificó de fenómenos jurídicos, excluyendo inconcebiblemente al factor humano.

Cuando nació el derecho penal, empezó a mantenerse acrítico y esterilizado, encapsulado en sus fórmulas lógico-abstractas y a espaldas del drama social y personal del criminal y la víctima, contradiciendo el inmerecido calificativo que por casi dos siglos y medio lo ha acompañado: "humanitario y científico/" En resumen, a la escuela clásica únicamente le interesó la cantidad y calidad de la pena que debía recibir el delincuente por el mal causado con su acción. En cuanto a la víctima, el clasicismo guardó y guarda aún el más absoluto silencio.

La marginación del delincuente por la víctima era propia de los vientos que corrían en el siglo XVIII, tiempos en los que prevalecían los principios liberales proclamados por la Ilustración, según los que el hombre, como en la filosofía de la antigua Grecia, era "la medida de todas las cosas", tal como lo sostuvo Protágoras. Las teorías contractualistas diseñaron una sociedad igualitaria en la que el hombre según "el contrato social" renunció a una parte de su libertad en pro de una libertad general y del bien común. Por lo tanto, el hombre del siglo XVIII, el "nuevo hombre", a diferencia de su antecesor -el hombre del absolutismo y del antiguo régimen- gozaban, por supuesto, en teoría, de igualdad de derechos, de la fraternidad de sus semejantes y de la libertad más absoluta tanto para contratar como para delinquir. Amo y señor de sus decisiones, agraciado con el don divino del libre albedrío, cuando un individuo se volvía criminal -igual que los pecadores para la Iglesia- lo hacía por su propia voluntad. Es más, se consideraba que quien ejecutaba un delito había desaprovechado las excelentes oportunidades que la sociedad le brindaba, amén de traicionar la confianza depositada por los asociados.

Entendemos así que la sociedad y el Estado quedaban exonerados de toda responsabilidad en el origen de la criminalidad, y consecuentemente, no era de su incumbencia interesarse por el delincuente al que bastaba aplicarle una sanción.

Si al derecho penal no le interesaba el criminal, menos le preocupaba la víctima, reducida al triste papel que patéticamente Rodríguez Manzanera resume así: "La víctima quedó marginada del drama penal, para ser

tan solo un testigo silencioso. La ley penal apenas la menciona, la literatura científica la ignora, y por lo general, queda en el más completo desamparo".

Interesarse por las víctimas hubiese significado para el derecho penal, reconocer la corresponsabilidad de la sociedad y el Estado en la gestación y producción del crimen, cuestión absolutamente inadmisibles para una sociedad política y económicamente estructurada sobre la base del más acendrado individualismo.

También debemos analizar la formulación del concepto de "bien jurídico", el cual contribuyó aún más a la marginación de la víctima. El "bien jurídico" despersonalizó al delito al que mágicamente convirtió en un ataque, no contra las personas, sino contra valores impersonales como la propiedad, el honor, la libertad sexual, etc. Es decir, cuando el delincuente cometía una infracción, jurídicamente agredía fórmulas abstrusas y no a seres humanos; lo cual era una conveniente posición, si tenemos en cuenta que la protección de estas corresponde al Estado.

Los postulados filosóficos sobre la estructuración de las penas y el derecho de la víctima

Debo destacar que los postulados del filósofo Rousseau fueron los que de manera categórica empezaron a servir de fundamento a la nueva forma de organización, que está sustentada en el contrato social. Es así como partiendo del estado natural, observamos que los hombres gozan de libertad e igualdad, la cual se pierde por dicho contrato social, pero al hacerlo, ganan su libertad civil y la propiedad de todo lo que poseen.

Es así como la génesis de una convivencia organizada da origen al Estado derivado, un Estado secundario que consagra los derechos naturales del hombre con la única limitante del respeto a los derechos de terceros, todo ello con una primordial finalidad: posibilitar la convivencia social.

Esto se comenzó a transformar en una fórmula de la modernidad, la misma que debió hacer posible la convivencia humana, además de crear las condiciones para que cada quien alcance sus expectativas de vida. Para que tales objetivos se cumplan, el estado cuenta con su principal instrumento que es el Derecho, dentro del cual las normas penales se evidencian como aquellas en que la fuerza estatal está en pro de la preservación del propio Derecho. Es así como, en la modernidad, el derecho penal surge al amparo de estos postulados, y con la misma finalidad propia del Derecho en sí, ya que desea hacer posible la convivencia social. Por ello, se alude al derecho penal en sus orígenes como un derecho de defensa social, puesto que busca preservar la vida al resocializar al individuo.

Entonces, podemos decir que el derecho penal moderno no fue estructurado para proteger a las víctimas, sino para proteger a la sociedad organizada al amparo del Estado moderno, y lo hace evitando la venganza de la víctima y depositando tal facultad en el propio Estado, posibilitando así la estabilidad de la sociedad organizada, ya que su estructura para tutelar bienes jurídicos en pro de la organización social y no del propio titular de aquel derecho, son más que notables. Una razón más para observar que la influencia de la filosofía contractualista de Rousseau, los postulados de Bonesano, marqués de Beccaria, sin duda, marcaron la pauta de las tendencias del derecho penal, postulando por un derecho penal más humanitario en que las prácticas del antiguo régimen quedasen de lado, pues tal como lo expresa Beccaria, vemos que el derecho penal se sustenta en principios como eje, a través de lo cual notamos que la medida de la pena debe ser el mínimo sacrificio necesario de la libertad individual que ella implica, y el de legalidad, al negar la justicia de gabinete, propia de sistemas inquisitivos y las prácticas de tortura, así como la idea de salvar los derechos del inculcado por medio de la actuación de un juez que recurre a la ley para sentenciar con justicia y criterio. Y aunque el derecho penal moderno logró avanzar y poseer cierta autonomía para el campo de la victimología, no debemos olvidar que aún se sigue trabajando en ello, precisamente para mejorar la efectividad de su estudio.

La corriente victimológica de Von Hentig

Mucho antes de que se estableciera una definición seria en el campo Victimológico, existieron algunos tratadistas que empezaron a estudiar esta figura, gracias a ello, empezaron a nacer algunas corrientes. Sin embargo, antes de analizar cómo Von Hentig ve el estudio de la víctima, debemos recalcar que la importancia que adquiere la víctima y su interacción con el delincuente obedece a la preocupación de connotados científicos, quienes comienzan a estudiar esta relación a nivel criminológico. Así, encontramos a los precursores de esta iniciativa, quienes aportan valiosos estudios a favor de la víctima.

La historia está vinculada a la importancia de la víctima y en relación con el elemento referencial más próximo, esto es, de acuerdo a su interacción inmediata con la figura del delincuente. En este sentido, la más temprana aproximación, desde esta particular óptica, creemos la inicia Hans von Hentig, quien en los EE.UU., publica en la Universidad de Yale, un texto que titula *El criminal y sus víctimas*, en el que hace un intento de clasificación de la víctima, que posteriormente ampliará y especificará en un estudio que sobre la estafa realizara en 1957, siendo este uno de los textos del derecho penal que dinamiza la pareja delincuente-víctima para el estudio de este tipo penal.

En 1948, Von Hentig había empleado la palabra "victimogénesis" en *El criminal y su víctima*, pero formalmente se ha impuesto la voz "victimología", y así se la ha aceptado sin objeción alguna.

Lo anterior, a pesar de la censura que hiciera, en cuanto a la acuñación del término, el profesor Jiménez de Asúa, quien le censuraba el haberse atribuido la condición de creador de la disciplina, desconociendo los aportes que en este sentido ya había hecho Von Hentig, en épocas precedentes al israelí,

Hans Von Hentig, que había emigrado hacia los Estados Unidos de Norteamérica, llega a publicar en 1948 en la Universidad de Yale, el estudio denominado *The criminal and his victims*, donde esboza una clasificación de la víctima que posteriormente subrayará en un estudio sobre la estafa (1957).

Es así como en *La estafa*, en "Estudios de psicología criminal", sostiene: "el individuo débil en el reino animal y entre hombres es aquel que posiblemente será la víctima de un ataque. Algunos, como los menores y los ancianos, son débiles de cuerpo; algunos pertenecen al sexo débil, otros son débiles de espíritu. La debilidad puede consistir también en la fuerza excesiva de una impulsión vital, lo que entorpece los mecanismos ordinarios de precaución y prevención". En principio, otorga relieve a la víctima por su juventud, sexo, edad y también por las deficiencias mentales. Luego las engloba en ciertos grupos que no clasifica de una manera precisa y considera que coadyuvan al delito, con lo que se constituyen en elementos causales. Habla de víctimas deprimidas, adquisitivas, desenfrenadas y libertinas, solitarias, acongojadas, atormentadas, bloqueadas, luchadoras, etc. La clasificación es sumamente amplia, como punto decisivo para la acción del delincuente.

Cuando Von Hentig trata específicamente de la estafa, divide a las víctimas en resistentes y cooperadoras. Observando con el lente actual, el estudio aparece como premonitorio respecto de muchas de sus conclusiones. Fundamentalmente porque va más allá de la victimología, que se limita a las relaciones entre individuos por hechos penales que lesionan simplemente la norma. Se refiere, por ejemplo, al caso de alta traición en que la víctima no es un ser humano, sino la propia comunidad.

Según su estudio, vemos que la víctima o sujeto pasivo es estudiado directamente desde la conducta desplegada por el victimario, constituyéndose así en un sujeto corresponsable y apetecible para el delincuente, por lo que es visto como un débil ante su adversario. Esta debilidad es vista desde la óptica

del sexo, la edad, el temor o bien la incapacidad que presente ante el agresor y la amenaza que de él se desprenda.

Siguiendo con el vocablo de la victimología, el mismo fue refrendado por el israelí Benjamín Mendelsohn, toda vez que venía realizando estudios con relación al tema, constituyéndose así en el precursor más reconocido en el ámbito de la disciplina de la victimología; la misma que hoy en día, se ha ido perfeccionando de acuerdo a las necesidades de la sociedad y de los avances tan profesionales en que ha llegado a constituirse el delito, independientemente de cualquiera que sea la causa de su situación.

Por ello, al hablar de victimología, el término abarca todos aquellos fenómenos que provoquen con su accionar, la existencia de víctimas y la relación que tenga con la sociedad, siendo su objetivo fundamental, el de coadyuvar en forma integral y científica, en la investigación de todos aquellos casos donde haya víctima y, a la vez, minimizar a través de políticas criminales bien fundamentadas, los incrementos de la delincuencia según sea la necesidad de la sociedad y el interés que esta tenga, como lo señala Landrove Díaz: "ya que el hombre representa la fuerza creadora de la sociedad, la reducción del número de víctimas contribuirá al progreso social".

Vemos pues que la victimología, derivada del inglés *victimology*, es una disciplina cuyo origen se sitúa a mediados del siglo XX, concretamente en el trabajo de Hans von Hentig *The criminal and his victim*, en el que trataba de poner de relieve la figura de la víctima, habitualmente olvidada por la criminología tradicional, surgiendo por tanto como una rama de la criminología y dedicada al estudio de la víctima.

Von Hentig sostuvo que, para la ley penal, la víctima es un blanco fijo al que el autor dirige sus disparos. Ella sufre, puede defenderse, pero su resistencia es vencida, en casos graves, mediante la fuerza y la amenaza. Según la dogmática, el ofendido, como objeto de ataque, es casi siempre arcilla blanda, que se acomoda a la mano del alfarero, pasivamente, sin vida propia y su resistencia es solo reacción a un mal sufrido o que amenaza. El que la víctima se haya colocado antes es una situación de peligro, que en el hurto del carterista no haya tenido cuidado, que en la estafa no haya estado atenta.

Ya en 1948 Von Hentig describió trece tipos de víctimas en su obra *The Criminal and his Victim*, constituyendo una tipología muy amplia, en la que se aprecian factores psicológicos, sociales y biológicos. En su obra *Crime: Causes and Conditions* divide a las víctimas según cuatro criterios: la situación, los impulsos y la eliminación de inhibiciones, la capacidad de resistencia y la propensión a ser víctima.

- Situaciones de la víctima. Se subdivide, a su vez, en víctima aislada (se aparta de las normales relaciones sociales y se torna solitaria) y la víctima por proximidad (distingue entre proximidad familiar y profesional).
- Impulsos y eliminaciones de inhibiciones de la víctima. Por lo que debemos hablar de cuatro tipos: víctima con ánimo de lucro (es aquella que por codicia por deseo de enriquecimiento fácil cae en manos de estafadores), víctima con ansias de vivir {aquella que se ha privado de las cosas que la mayoría ha gozado y trata de recuperar el tiempo perdido, de vivir lo que no ha vivido), víctimas agresivas (aquellas que han torturado a su familia, a sus amigos, a su amante o subordinados, los que llegado el momento, y por un mecanismo de saturación, se convierten de víctimas en victimarios) y víctimas sin valor (parece ser un sentimiento arraigado en algunas personas que determinados individuos inútiles son víctimas de menor valor).
- Víctimas con resistencia reducida. Esta tipología abarca seis tipos: víctima por estados emocionales, víctima por transiciones normales en el curso de la vida, víctima perversa, víctima bebedora, víctima depresiva y víctima voluntaria.
- Víctima propensa. También se divide en seis tipos: víctima indefensa, víctima falsa, víctima inmune, víctima hereditaria, víctima reincidente y víctima que se convierte en autor.

La victimología en el pensamiento de Mendelsohn

Se atribuye a Mendelsohn, el acuñar la expresión *victimología*. En este sentido también se expresa Neuman, de quien sostiene, venía trabajando en estas temáticas desde la década de los 40. Es Neuman, en rescate del buen nombre del abogado israelí, quien califica de injustas las expresiones de censura de Jiménez Asúa, en cuanto haberse atribuido tal paternidad. Así, Neuman sostiene: "Desde que conocí a Mendelsohn en 1973 y, mucho más, tras leer sus trabajos, persuade de lo inmerecido de la imputación". Es un precursor que, incluso un año antes de que apareciera el libro de Von Hentig, habló públicamente por vez primera en una conferencia sobre "victimología", Ello ocurrió el 29 de marzo de 1947, invitado por la Sociedad de Psiquiatría de Bucarest (Rumania). En 1940 había publicado sus estudios sobre violación (*Giustizia Penale*) y, en 1946, *New Biopsycho-social Horizons: Victimology*.

Pero el pensamiento de Mendelsohn va mucho más allá que el del criminólogo alemán. En efecto, habla de toda víctima y de todos los factores que provocan su existencia. Su pensamiento se ha ido

perfeccionando en el tiempo y con el aporte, que él reconoce, de otros autores y de las jornadas victimológicas a que Juego aludiremos. Pero desde un principio el investigador israelí definía a la victimología como "la ciencia sobre víctimas y victimidad". Y explica: "Entendemos el término 'victimidad' como un concepto general, un fenómeno específico común que caracteriza todas las categorías de víctimas cualquiera que sea la causa de su situación. De esa manera, la victimología satisface por completo las necesidades de la sociedad, y su definición como ciencia de las víctimas resulta ser la más adecuada; por eso deberá tomar en consideración todos los fenómenos que provocan la existencia de víctimas, en la medida en que tienen alguna relación con la sociedad". Y agrega seguidamente: "Sí limitamos la Victimología únicamente a un factor -el delictivo- la denominación 'victimología', o sea, la ciencia sobre las víctimas ya no corresponderá al concepto de víctimas en general".

Con todo y ello, creemos que es en 1956, cuando puede afirmarse que formalmente empieza la victimología, pues fue en este año cuando Benjamín Mendelsohn, en un artículo publicado en inglés y en francés, en revistas internacionales, como ya se dijo, habla con propiedad de la victimología y señala el ámbito de esta, que, sostiene él con entusiasmo, debe ser una nueva ciencia. En 1959, publica otro artículo que lleva por nombre "La victimología, ciencia actual" y convoca a un congreso sobre la materia en la ciudad santa de Jerusalén, donde confluirían profesionales de diversas ciencias que se relacionan con esta novísima rama.

El mérito de Benjamín Mendelsohn es inmenso, aunque algunos autores le nieguen la paternidad de la victimología. Gracias a sus llamados y a partir de su primer artículo, científicos de diversas partes del mundo occidental empiezan a ocuparse de la víctima como un objeto digno de tomarse en cuenta y los trabajos de investigación se suceden periódicamente desde entonces.

Es importante rescatar que el vocablo "victimología" fue utilizado por el israelí Benjamín Mendelsohn, el cual venía trabajando en ello desde la década de los cuarenta. Desde un principio, este autor trató a la victimología como el estudio de la víctima y victimidad, en donde se dejaba entender que el concepto era general para todas aquellas personas que habían tenido una situación determinada en donde hubiera un agresor, por lo que toma rumbo hacia una sociedad victimizada, dándole la opción para que desde esta perspectiva se estudiara la causa de un acto que atentara contra ella.

Por lo que Mendelsohn, a través de sus conocimientos y definición, amplió el concepto y lo pasó del sujeto propiamente a la colectividad, al determinar la existencia de factores que afectan a las personas en general, entre los que se encuentran los físicos, psíquicos, políticos y sociales.

A pesar de que Mendelsohn, entrevió a la victimología como una ciencia autónoma y bregó para que así se le considere, hoy en día esta concepción ha variado, pues se considera a la victimología una rama de la criminología, según la consagra la inmensa mayoría de autores e investigadores.

Mendelsohn no identifica a la víctima con una persona, sino como un carácter. Así, víctima es la personalidad del individuo o de la colectividad en la medida en que está afectada por las consecuencias sociales de su sufrimiento, determinado por factores de origen físico, psíquico, económico, político o social. Considera que en la víctima potencial, lo que importa es su sufrimiento, independientemente de los factores que lo producen.

Según Mendelsohn, la victimidad es una serie de características socio biosociológicas comunes a todas las víctimas, que la sociedad debe prevenir y combatir sin importar cuáles sean sus determinantes (criminales u otros). Por su parte, Fattah la define como los factores que predisponen a una persona a ser víctima.

Mendelsohn fue el primer autor en realizar una propuesta completa sobre el alcance de la victimología, haciendo referencia a todos los tipos de víctimas.

Las cataloga de la siguiente manera:

- Enteramente inocente. La persona que no ha hecho nada y se convierte en víctima.
- Provocadora. Incita al hecho criminal mediante su conducta.
- Por ignorancia. Sin desearlo impulsa deliberadamente a otro al crimen.
- Voluntaria. Provoca su propia victimización.
- Agresora. No es en realidad víctima. Puede serlo de manera imaginaria o simulada.

Además, vemos que fundamenta su clasificación en la correlación de culpabilidad entre víctima y el infractor. Es el único que llega a relacionar la pena con la actitud victimal. Sostiene que hay una relación inversa entre la culpabilidad del agresor y la del ofendido: a mayor culpabilidad del uno, menor la culpabilidad del otro.

Víctima completamente inocente o víctima ideal, es la víctima inconsciente que se ubicaría en el 0% absoluto de la escala de Mendelsohn. Es la que nada ha hecho o nada ha aportado para desencadenar la situación

criminal por la que se ve damnificada. Ej.: arrebató.

Víctima de culpabilidad menor o víctima por ignorancia: en este caso, se da un cierto impulso no voluntario al delito. El sujeto por cierto grado de culpa o por medio de un acto poco reflexivo causa su propia victimización. Ej.: una mujer que se provoca un aborto por medios impropios, pagando con su vida por su ignorancia.

Víctima tan culpable como el infractor o víctima voluntaria:

- Aquellas que cometen suicidio tentando a la suerte (Ej.: ruleta rusa).
- Suicidio por adhesión.

La víctima que sufre de una enfermedad incurable y que pide que la maten, no pudiendo soportar el dolor (eutanasia).

La pareja que pacta el suicidio (íncubo y súcubo), los amantes desesperados, o el esposo que mata a la mujer enferma y se suicida.

Víctima más culpable que el infractor:

- **Víctima provocadora:** aquella que por su propia conducta, incita al infractor a cometer la infracción. Tal incitación crea y favorece la explosión previa a la descarga que significa el crimen.
- **Víctima por imprudencia:** es la que determina el accidente por falta de control. Ej.: quien deja el automóvil mal cerrado o con las llaves puestas.

Víctima más culpable o víctima únicamente culpable

- **Víctima infractora:** cometiendo una infracción, el agresor cae víctima (exclusivamente culpable o ideal), se trata del caso de legítima defensa, en que el acusado debe ser absuelto.
- **Víctima simuladora;** el acusador que premeditada e irresponsablemente inculpa al acusado, recurriendo a cualquier maniobra con tal de hacer que la justicia caiga en un error.
- **Víctima imaginaria:** se trata generalmente de individuos con serias psicopatías de carácter y conducta. Es el caso del paranoico reivindicador litigioso, interpretativo, perseguidor-perseguido, histérico, mitómano, demente senil, o niño púber. Solo sirve para señalar a un autor imaginario ante la justicia penal y habrá que evitar que se cometan errores judiciales (p. 19-31).

Capítulo III

METODOLOGÍA

CAPITULO III: METODOLOGÍA

3.1 Ámbito

La presente investigación se llevó a cabo en el Módulo Penal de la Corte Superior de Justicia de Huaura, sito en la Av. Tambo Blanco N° 1139 del Distrito de Hualmay, Provincia de Huaura y Departamento de Lima, lugar en donde quedaban ubicados los Juzgados de Investigación Preparatoria de la sede judicial de la Corte Superior de Justicia de Huaura.

3.2 Población

Para el desarrollo de la presente investigación sea determinado, que la unidad de análisis de la investigación será en el distrito judicial de Huaura – Huacho, que debe estar conformado por el análisis de 50 operadores de justicia, relacionados con la actividad judicial penal.

3.3 Muestra

El estudio proyectado tuvo dos muestras, conformado por:

- **Personal jurisdiccional;** para estimar el tamaño muestra se recurrió a utilizar el paquete estadístico Statstics V2 que nos calculó una muestra de 25 trabajadores con nivel de confianza del 95%.
- **Operadores de justicia:** Siendo así también se evaluó 25 usuarios de esa forma se normalizó el tamaño muestral.

3.4 Nivel y tipo de estudio

3.4.1. Nivel de la Investigación

La presente investigación será de carácter Observacional, porque los datos fueron recolectados tal como se presentaron en cada tiempo, no fueron sometidos a la manipulación.

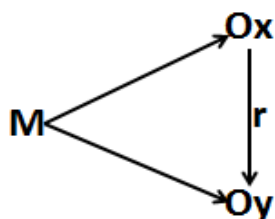
3.4.2. Tipo de la Investigación

El presente trabajo es una investigación Descriptiva, ya que el tema que se va a describir, estará amparado en la norma (constitucional, supraconstitucional y procesal), que regulan la aplicación de

la tutela de derechos para el agraviado, en base a los derechos de defensa y igualdad, y se advertirá la vulnerabilidad de las garantías procesales penales.

3.5. Diseño de investigación

El diseño que se utilizó fue el siguiente:



M: Muestra de estudio

Ox: Observación de la tutela de derechos

Oy: Observación de las garantías penales

r: Relación de la protección judicial en las variables

3.6. Técnicas e instrumentos

3.6.1. Técnicas

- Encuesta; esta técnica se usa para abarcar a un mayor número de personas en un solo momento (operadores de justicia involucrados fiscales, jueces, defensores y personal jurisdiccional), y aprovechar la oportunidad de tiempo para identificar los problemas, se usa el criterio de priorización.
- Análisis documental; ello sobre los expedientes en la cual se postula la tutela de derechos en diversos ilícitos penales.

3.6.2. Instrumentos

- Cuestionario; Las preguntas utilizadas fueron estructuradas y con alternativas de respuestas cerradas.
- Guía de análisis documental, esto sobre los expedientes como han sido resueltos.

3.7. Validación y confiabilidad del instrumento

Validación

Los instrumentos (cuestionario de Tutela de derechos y cuestionario Garantías penales) fueron validados por los siguientes doctores en derecho:

- Williams Humberto Vásquez Limo

- Walter Sánchez Sánchez
- German Guzmán Ostos Luis
- Jorge Hernán Nieves Chen y
- Juan Miguel Juárez Martínez

Confiabilidad

La confiabilidad se analizó después de aplicar la prueba piloto mediante el coeficiente Alfa Cronbach, por lo que el cuestionario de Tutela de derechos fue 0,656; mientras que el cuestionario Garantías penales fue 0,774. Los instrumentos tienen moderada confiabilidad para recoger los datos de investigación.

3.8. Procedimiento

Después de haber planteado las bases teóricas dentro del método, se procedió a la aplicación de dichas técnicas de forma contextual al caso a investigar, esto es se comenzó por señalar los pasos a seguir en cada una de las técnicas, de cómo se va a hacer, como se va a trabajar y con quienes, así como el planeamiento de los instrumentos de medición, esto es los cuestionarios y guía de análisis documental, ello en base al tratamiento de nuestra variable independiente.

3.9. Plan de tabulación y análisis de datos

Para aplicar los instrumentos a las muestras en estudio se procedió a realizar la coordinación con el administrador de la Sede del Módulo Penal de la Corte Superior de Justicia de Huaura, a fin de evaluar las unidades de análisis.

La recolección de datos se realizó en el ambiente de la Sede del Módulo Penal de la Corte Superior de Justicia de Huaura, así como en la Sede Principal de la Corte Superior de Justicia de Huaura.

Luego de aplicar los instrumentos se verificó la información para prevenir falta de datos con la ayuda de colaboradores.

Posterior a la aplicación de los instrumentos de información se construyó la base de datos en el programa SPSS, donde luego se realizó el procesamiento de los datos de cada uno de los instrumentos aplicados.

Luego de procesar la información se procedió a realizar el análisis e interpretación de los resultados y se aplicaron la prueba de contraste de hipótesis.

Luego se elaboró el informe final para su presentación, sustentación respectiva y posterior publicación.

Los datos obtenidos de los instrumentos fueron al análisis estadístico descriptivo, las variables categóricas y análisis estadístico inferencial a fin de contrastar las hipótesis de investigación.

Capítulo IV

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

CAPITULO IV: RESULTADOS Y DISCUSIÓN

4.1. Análisis descriptivo

Tabla 01. Cargo que ostentan los operadores de justicia del distrito judicial de Huaura – Huacho.

Cargo	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje acumulado
Abogado	15	30.0	30.0
Especialista judicial	12	24.0	54.0
Fiscal adjunto	9	18.0	72.0
Juez	7	14.0	86.0
Magistrado	2	4.0	90.0
Secretario judicial	2	4.0	94.0
Defensor público	1	2.0	96.0
Docente	1	2.0	98.0
Asistente jurisdiccional	1	2.0	100.0
Total	50	100.0	

Fuente: cuestionario de tutela de derechos y garantías penales.

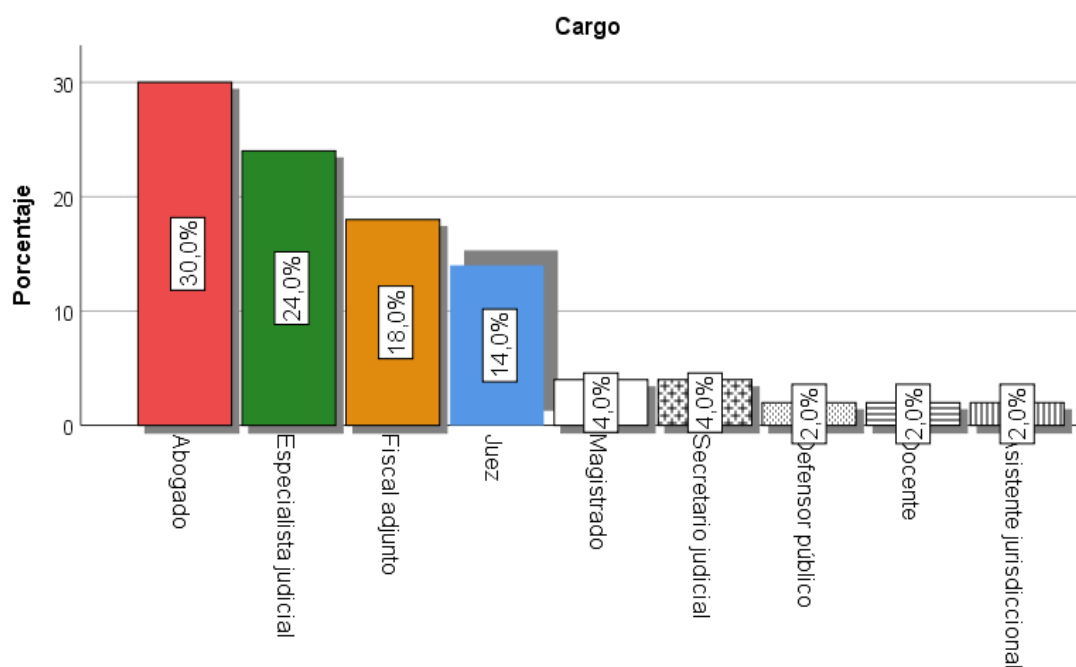


Figura 01. Diagrama de barras de los cargos que ostentan los operadores de justicia del distrito judicial de Huaura – Huacho.

Análisis

En la tabla 1, se aprecia el cargo de los operadores de justicia, el 30,0% (15) son abogados; el 24,4% (12) laboran como especialista judicial; el 18,0 (9) ejercen como fiscal adjunto, y 14,0 (7) como juez, entre principales cargos.

Interpretación

Entre los principales cargos que ostentan los operadores de justicia del distrito judicial de Huaura, el 86,0 % están conformados por abogado, especialista judicial, fiscal adjunto y juez.

Tabla 02. Grados que ostentan los operadores de justicia del distrito judicial de Huaura – Huacho.

Grado	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje acumulado
Bachiller	38	76.0	76.0
Abogado	3	6.0	82.0
Maestro	8	16.0	98.0
Doctor	1	2.0	100.0
Total	50	100.0	

Fuente: cuestionario de tutela de derechos y garantías penales.

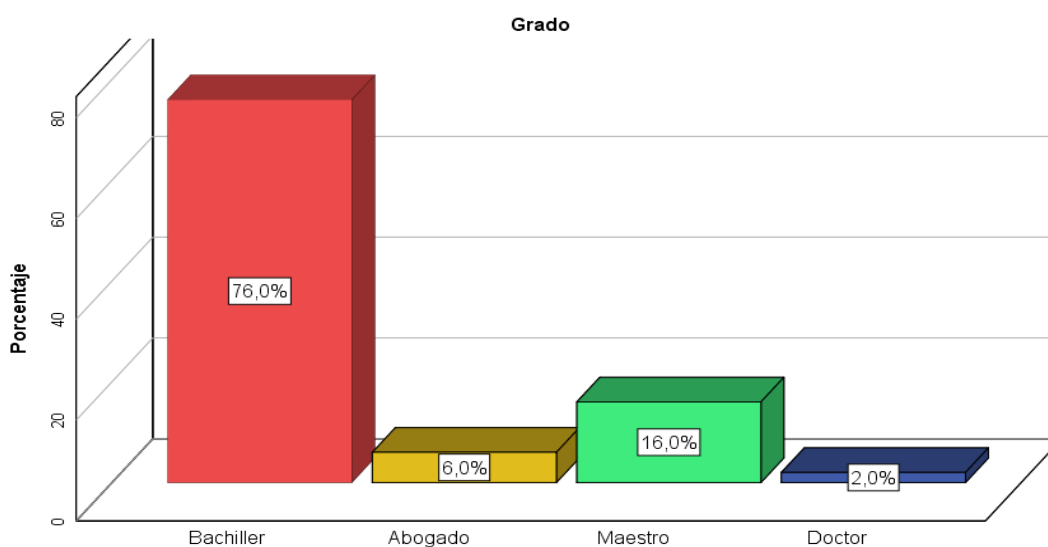


Figura 02. Diagrama de barras de los grados que ostentan los operadores de justicia del distrito judicial de Huaura – Huacho.

Análisis

En la tabla 2, se observa el grado de estudios de los operadores de justicia, el 76,0% (38) son bachilleres; el 16,0% (8) tienen el grado de maestro; 6,0% (3) son abogados y, 2,0% (1) doctor.

Interpretación

Entre los principales grados de estudio, los operadores de justicia del distrito judicial de Huaura, más de tres cuartas partes son bachilleres; resultado que indican que los profesionales descuidaron realizar estudios de posgrado.

Tabla 03. Estadísticos del tiempo de servicio de los operadores de justicia del distrito judicial de Huaura – Huacho.

Estadísticos	Valores
Media	9.44
Mediana	8.00
Desviación estándar	7.2
Rango	29

Fuente: cuestionario de tutela de derechos y garantías penales.

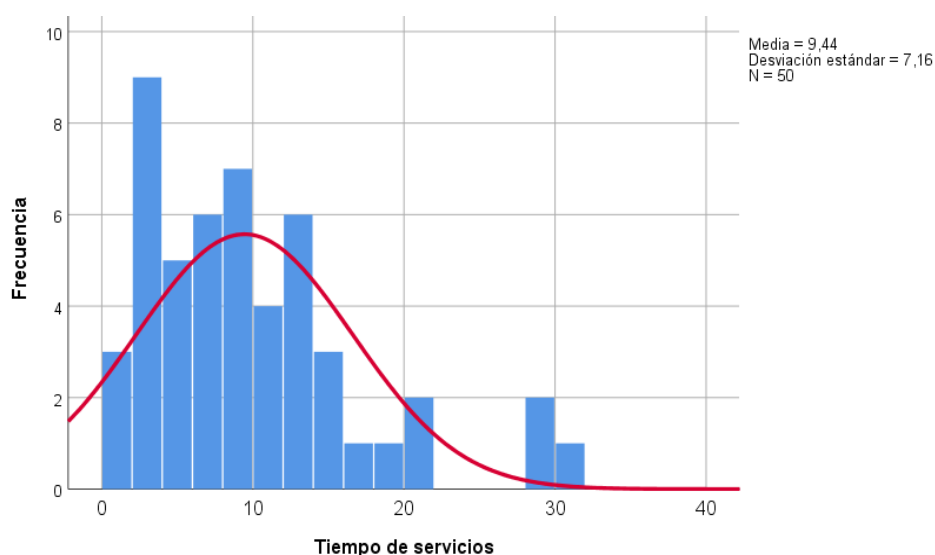


Figura 03. Histograma del tiempo de servicios de los operadores de justicia del distrito judicial de Huaura – Huacho.

Análisis

En la tabla 3, el tiempo promedio de servicio de los operadores de justicia, fue 9,44 + 7,2 años; el percentil 50 indica que fue 8 años de servicio; y el rango fue 29 años de servicio.

Interpretación

Los operadores de justicia del distrito judicial de Huaura, respecto al tiempo de servicio, tienen casi 10 años de servicio, dato considerable; por lo que los datos emitidos son fruto de una considerable experiencia judicial.

Tabla 04. Acceso a la justicia según los operadores de justicia del distrito judicial de Huaura – Huacho.

Acceso a la justicia	Frecuencia	Porcentaje
Si	45	90.0
No	5	10.0
Total	50	100.0

Fuente: cuestionario de tutela de derechos.

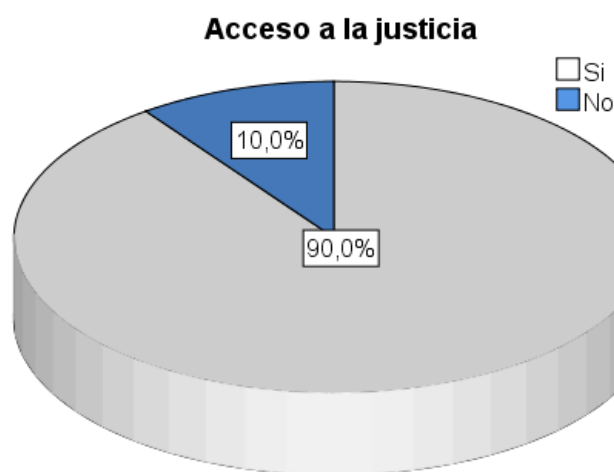


Figura 04. Diagrama de sectores de acceso a la justicia según los operadores de justicia del distrito judicial de Huaura – Huacho.

Análisis

En la tabla 4, el 90,0% (45) de los operadores de justicia indican que las personas tienen acceso a la justicia; pero el 10,0% (5) indican que las personas no tienen ese acceso.

Interpretación

La novena parte de los operadores de justicia del distrito judicial de Huaura, indican que las personas tienen acceso a la justicia; es decir de 10 operadores de justicia, 9 indican así.

Tabla 05. Igualdad ante la ley según los operadores de justicia del distrito judicial de Huaura – Huacho.

Igualdad ante la ley	Frecuencia	Porcentaje
Si	36	72.0
No	14	28.0
Total	50	100.0

Fuente: cuestionario de tutela de derechos.



Figura 05. Diagrama de sectores de igualdad ante la ley según los operadores de justicia del distrito judicial de Huaura – Huacho.

Análisis

En la tabla 5, el 72,0% (36) de los operadores de justicia indican que las personas son iguales ante la ley; pero el 28,0% (14) opinan lo contrario.

Interpretación

La tercera parte de los operadores de justicia del distrito judicial de Huaura, indican que las personas son iguales ante la ley; es preocupante que no todos piensan así.

Tabla o6. Recurso interno según los operadores de justicia del distrito judicial de Huaura – Huacho.

Recurso interno	Frecuencia	Porcentaje
Si	32	64.0
No	18	36.0
Total	50	100.0

Fuente: cuestionario de tutela de derechos.

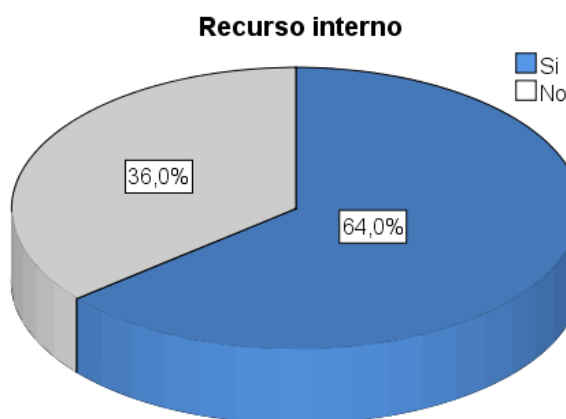


Figura o6. Diagrama de sectores de recurso interno según los operadores de justicia del distrito judicial de Huaura – Huacho.

Análisis

En la tabla 6, el 64,0% (32) de los operadores de justicia indican que las personas tienen acceso al recurso interno; mientras que el 36,0% (18) manifiestan que no.

Interpretación

Aproximadamente dos tercios de los operadores de justicia del distrito judicial de Huaura, indican que las personas tienen acceso al recurso interno; es preocupante que no todos piensan así.

Tabla 07. Imparcialidad del juez de garantías según los operadores de justicia del distrito judicial de Huaura – Huacho.

Imparcialidad del juez de garantías	Frecuencia	Porcentaje
Si	32	64.0
No	18	36.0
Total	50	100.0

Fuente: cuestionario de garantías penales.

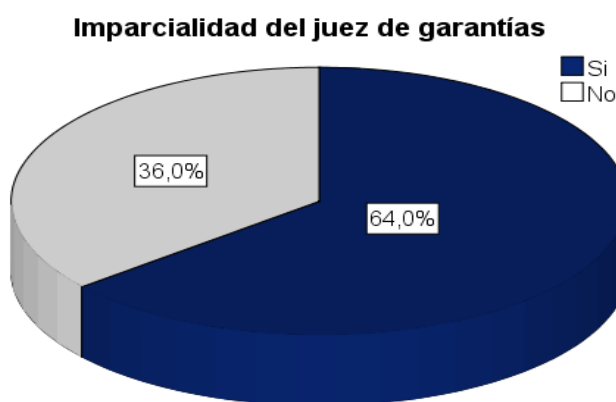


Figura 07. Diagrama de sectores de imparcialidad del juez de garantías según los operadores de justicia del distrito judicial de Huaura – Huacho.

Análisis

En la tabla 7, el 64,0% (32) de los operadores de justicia indican que los agraviados gozan de imparcialidad del juez de garantías; mientras que el 36,0% (18) indican que no es así.

Interpretación

Aproximadamente dos tercios de los operadores de justicia del distrito judicial de Huaura, indican que los agraviados gozan de imparcialidad del juez de garantías; es alarmante que no todos opinan de igual forma.

Tabla o8. Derecho de defensa según los operadores de justicia del distrito judicial de Huaura – Huacho.

Derecho de defensa	Frecuencia	Porcentaje
Si	29	58.0
No	21	42.0
Total	50	100.0

Fuente: cuestionario de garantías penales.

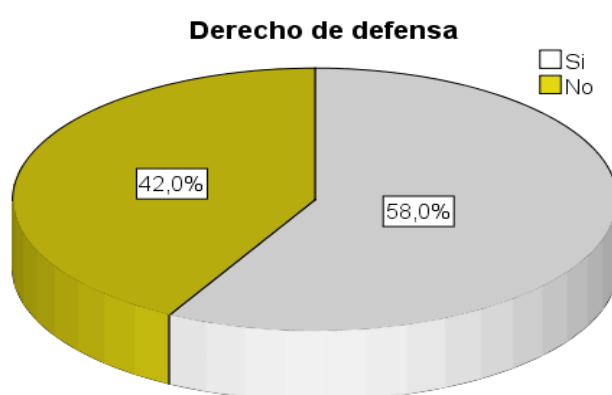


Figura o8. Diagrama de sectores de derecho de defensa según los operadores de justicia del distrito judicial de Huaura – Huacho.

Análisis

En la tabla 8, el 58,0% (29) de los operadores de justicia indican que los agraviados tienen derecho de defensa; mientras que el 42,0% (21) manifiestan que no lo tienen.

Interpretación

Aproximadamente casi tres quintas partes de los operadores de justicia del distrito judicial de Huaura, indican que los agraviados gozan de derecho de defensa; es impresionante que no todos los operadores de justicia opinan así.

Tabla 09. Debido proceso según los operadores de justicia del distrito judicial de Huaura – Huacho.

Debido proceso	Frecuencia	Porcentaje
Si	20	40.0
No	30	60.0
Total	50	100.0

Fuente: cuestionario de garantías penales.

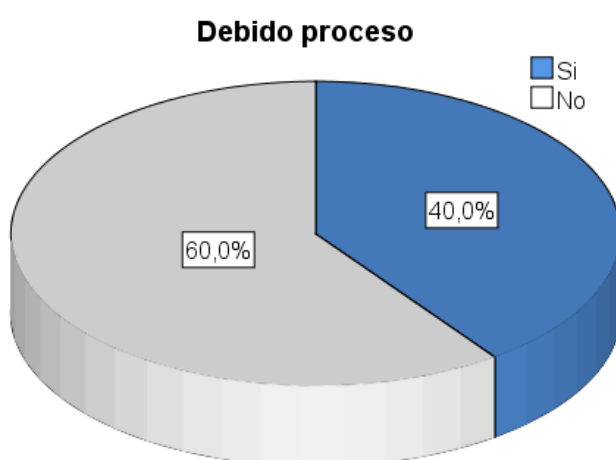


Figura 09. Diagrama de sectores de debido proceso según los operadores de justicia del distrito judicial de Huaura – Huacho.

Análisis

En la tabla 9, el 60,0% (30) de los operadores de justicia indican que los agraviados no tienen debido proceso; mientras que el 40,0% (20) manifiestan que si tienen.

Interpretación

Las tres quintas partes de los operadores de justicia del distrito judicial de Huaura, indican que los agraviados no gozan de debido proceso; es preocupante esta situación, es un factor que podría ser parte de la no administración adecuada de justicia.

Tabla 10. Tutela de derechos según los operadores de justicia del distrito judicial de Huaura – Huacho.

Tutela de derechos	Frecuencia	Porcentaje
Si	36	72.0
No	14	28.0
Total	50	100.0

Fuente: cuestionario de garantías penales.

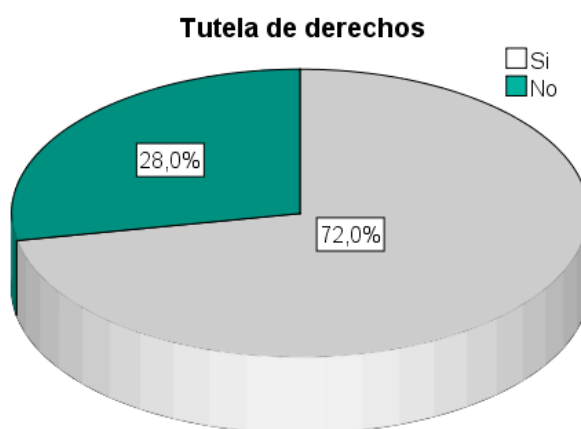


Figura 10. Diagrama de sectores de tutela de derechos según los operadores de justicia del distrito judicial de Huaura – Huacho.

Análisis

En la tabla 10, el 72,0% (36) de los operadores de justicia indican que los agraviados poseen tutela de derechos; en tanto que el 28,0% (14) declaran que no tienen.

Interpretación

Casi tres cuartas partes de los operadores de justicia del distrito judicial de Huaura, revelan que los agraviados poseen tutela de derechos; es alarmante una cuarta parte de los agraviados no lo tienen.

Tabla 11. Garantías penales según los operadores de justicia del distrito judicial de Huaura – Huacho.

Garantías penales	Frecuencia	Porcentaje
Si	33	66.0
No	17	34.0
Total	50	100.0

Fuente: cuestionario de garantías penales.

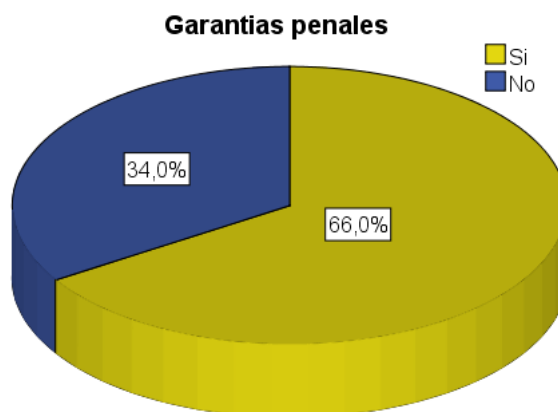


Figura 11. Diagrama de sectores de garantías penales según los operadores de justicia del distrito judicial de Huaura – Huacho.

Análisis

En la tabla 11, el 66,0% (33) de los operadores de justicia indican que los agraviados tienen garantías penales; mientras que el 34,0% (17) dicen que no tienen.

Interpretación

Dos tercios de los operadores de justicia del distrito judicial de Huaura, manifiestan que los agraviados ostentan garantías penales; es sorprendente que no todos los agraviados gozan de tal derecho.

4.2. Análisis inferencial y contrastación de hipótesis

Hipótesis específicas

Tabla 12. Tutela de derechos e imparcialidad del juez de garantías según los operadores de justicia del distrito judicial de Huaura – Huacho.

Tutela de derechos		Imparcialidad del juez			Chi²	Gl	p valor
		de garantías		Total			
		Si	No				
Si	Nº	21	9	30	1,17	1	0,279
	%	42.0%	18.0%	60.0%			
No	Nº	11	9	20			
	%	22.0%	18.0%	40.0%			
Total	Nº	32	18	50			
	%	64.0%	36.0%	100.0%			

Fuente: cuestionario de tutela de derechos y garantías penales.

Análisis

En la tabla 12, se analiza la tutela de derechos e imparcialidad del juez de garantías según los operadores de justicia del distrito judicial de Huaura, aprecia que el 42,0% (21) de los agraviados gozan de tutela de derechos e imparcialidad del juez de garantías; mientras que el 18,0% (9) no lo hacen.

Interpretación

El estadístico de prueba χ^2 calculado 1,17 y p valor 0,279 ($p > 0,05$), indica que con una probabilidad de error de 27,9% la tutela de derechos para el agraviado se relaciona con la imparcialidad del juez de garantías; sin embargo, el error es demasiado alto al alfa establecido para aceptar la relación, por lo que se acepta la primera hipótesis específica nula (H_{01}) que niega esa relación.

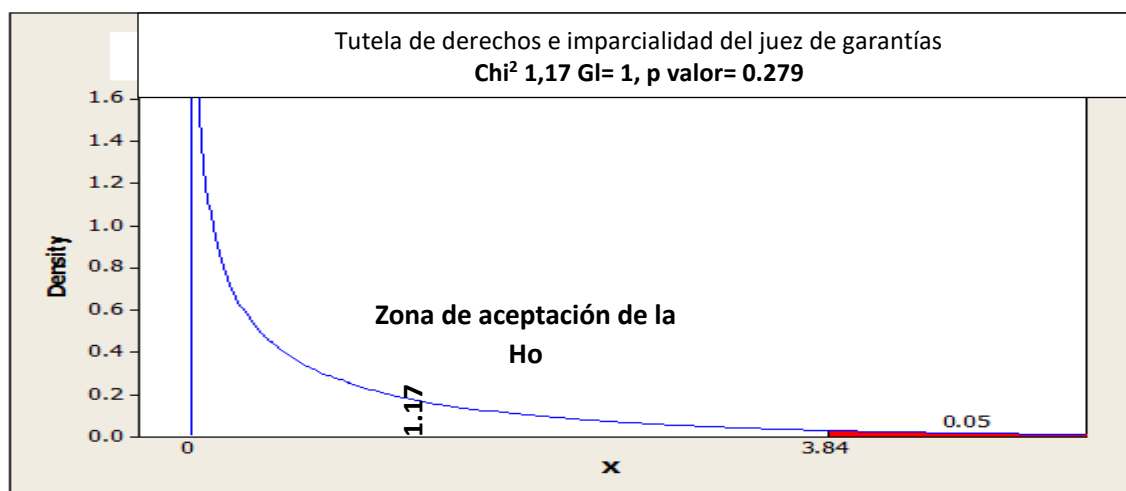


Figura 12. Relación entre Tutela de derechos e imparcialidad del juez de garantías según los operadores de justicia del distrito judicial de Huaura.

Tabla 13. Tutela de derechos y derecho de defensa según los operadores de justicia del distrito judicial de Huaura – Huacho.

Tutela de derechos		Derecho de defensa		Total	Chi ²	Gl	p valor
		Si	No				
Si	Nº	22	8	30	7,24	1	0,007
	%	44.0%	16.0%	60.0%			
No	Nº	7	13	20			
	%	14.0%	26.0%	40.0%			
Total	Nº	29	21	50			
	%	58.0%	42.0%	100.0%			

Fuente: cuestionario de tutela de derechos y garantías penales.

Análisis

En la tabla 13, se analiza la tutela de derechos y derecho de defensa según los operadores de justicia del distrito judicial de Huaura, en ella se estima que el 44,0% (22) indican que los agraviados gozan de tutela de derechos y derecho de defensa; mientras que el 26,0% (9) afirman lo contrario.

Interpretación

El estadístico de prueba Chi² calculado 7,24 y p valor 0,007 ($p < 0,05$), indica que con una probabilidad de error de 0,07% tutela de derechos para el agraviado se relaciona con los derechos de defensa; por lo que se acepta la segunda hipótesis específica (Ho₂) afirma que la tutela de derechos para el agraviado se relaciona con los derechos de defensa de los casos implicados en los expedientes judiciales.

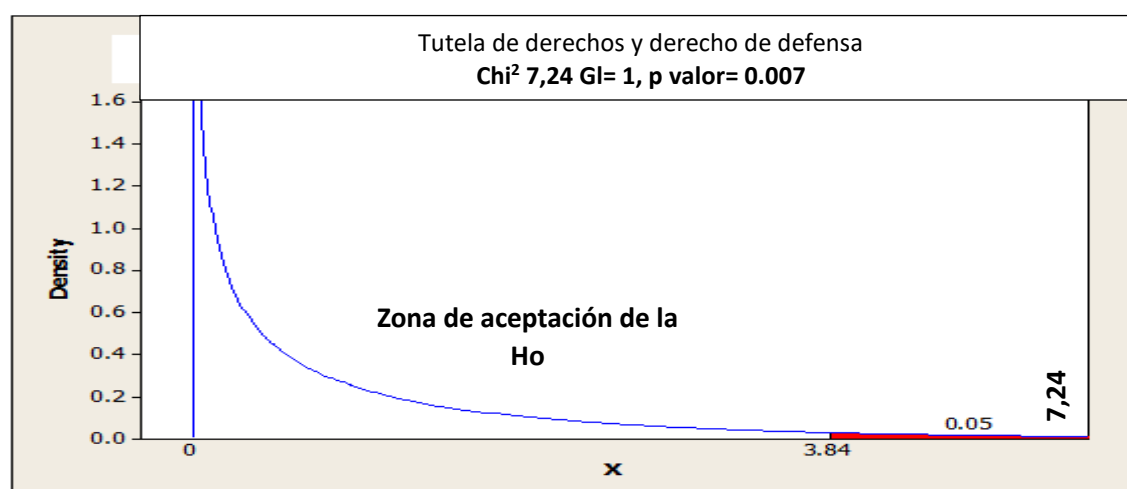


Figura 13. Relación entre Tutela de derechos y derecho de defensa según los operadores de justicia del distrito judicial de Huaura.

Tabla 14. Tutela de derechos y debido proceso según los operadores de justicia del distrito judicial de Huaura – Huacho.

Tutela de derechos		Debido proceso		Total	χ^2	Gl	p valor
		Si	No				
Si	Nº	11	19	30	0,35	1	0,556
	%	22.0%	38.0%	60.0%			
No	Nº	9	11	20			
	%	18.0%	22.0%	40.0%			
Total	Nº	20	30	50			
	%	40.0%	60.0%	100.0%			

Fuente: cuestionario de tutela de derechos y garantías penales.

Análisis

En la tabla 14, se analiza la tutela de derechos y debido proceso según los operadores de justicia del distrito judicial de Huaura, en ella se aprecia que el 22,0% (11) indican que los agraviados gozan de tutela de derechos y debido proceso; mientras que el 78,0% (39) indican que no es así.

Interpretación

El estadístico de prueba χ^2 calculado 0,35 y p valor 0,556 ($p > 0,05$), indican que con una probabilidad de error de 55,6% la tutela de derechos para el agraviado se relaciona con el debido proceso; sin embargo, el error es demasiado alto al alfa establecido para aceptar la relación, por lo que se acepta la tercera hipótesis específica nula (H_{03}) que afirma que la tutela de derechos para el agraviado no se relaciona con el debido proceso de los casos implicados en los expedientes judiciales.

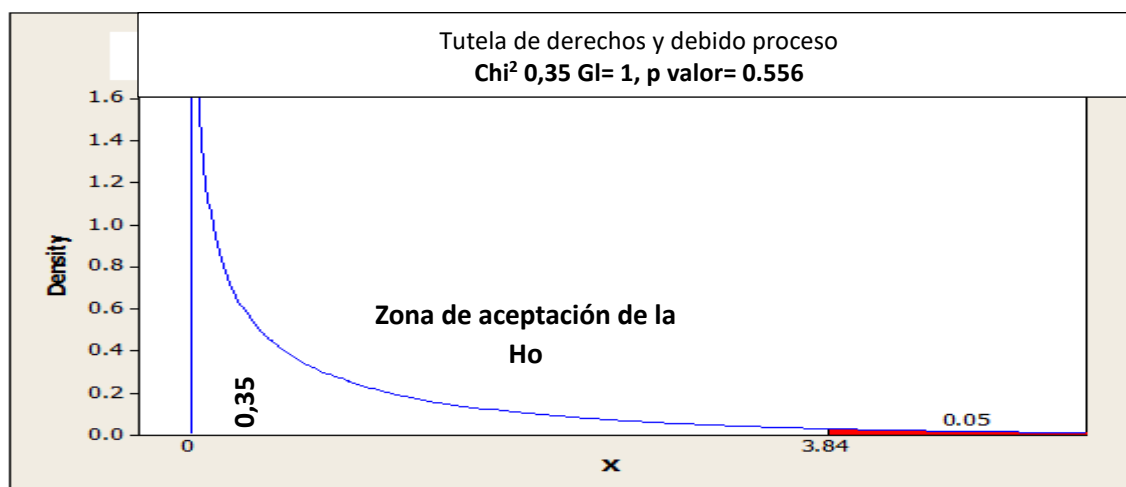


Figura 14. Relación entre Tutela de derechos y debido proceso según los operadores de justicia del distrito judicial de Huaura.

Tabla 15. Garantías penales y acceso a la justicia según los operadores de justicia del distrito judicial de Huaura – Huacho.

Garantías penales		Acceso a la justicia		Total	Chi ²	Gl	p valor
		Si	No				
Si	Nº	31	2	33	1,67	1	0,196
	%	62.0%	4.0%	66.0%			
No	Nº	14	3	17			
	%	28.0%	6.0%	34.0%			
Total	Nº	45	5	50			
	%	90.0%	10.0%	100.0%			

Fuente: cuestionario de tutela de derechos y garantías penales.

Análisis

En la tabla 15, se analiza las garantías penales y acceso a la justicia según los operadores de justicia del distrito judicial de Huaura, en ella se aprecia que el 62,0% (31) indican que los agraviados gozan de garantías penales y acceso a la justicia; mientras que el 6,0% (3) indican que no es así.

Interpretación

El estadístico de prueba Chi² calculado 1,67 y p valor 0,196 ($p > 0,05$), indican que con una probabilidad de error de 19,6% las garantías penales para el agraviado se relaciona con el acceso a la justicia; sin embargo, el error es demasiado alto al alfa establecido para aceptar la relación, por lo que se acepta la cuarta hipótesis específica nula (H_{04}) que afirma que las garantías penales para el agraviado no se relacionan con el acceso a la justicia de los casos implicados en los expedientes judiciales.

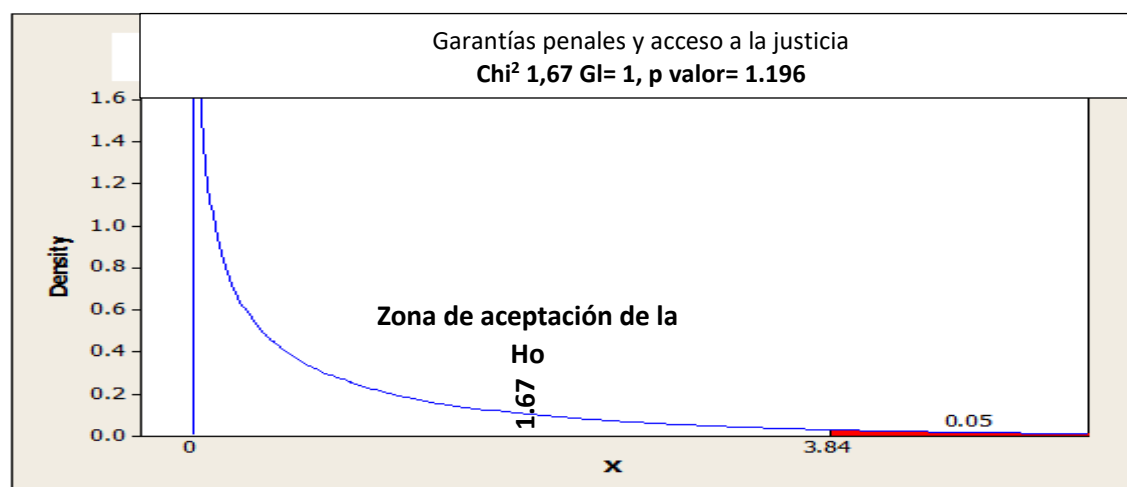


Figura 15. Relación entre garantías penales y acceso a la justicia según los operadores de justicia del distrito judicial de Huaura.

Tabla 16. Garantías penales e igualdad ante la ley según los operadores de justicia del distrito judicial de Huaura – Huacho.

Garantías penales		Igualdad ante la ley		Total	Chi²	Gl	p valor
		Si	No				
Si	Nº	26	7	33	2,218	1	0,136
	%	52.0%	14.0%	66.0%			
No	Nº	10	7	17			
	%	20.0%	14.0%	34.0%			
Total	Nº	36	14	50			
	%	72.0%	28.0%	100.0%			

Fuente: cuestionario de tutela de derechos y garantías penales.

Análisis

En la tabla 16, se analiza las garantías penales e igualdad ante la ley según los operadores de justicia del distrito judicial de Huaura, en ella se aprecia que el 52,0% (26) indican que los agraviados gozan de garantías penales e igualdad ante la ley; mientras que el 14,0% (7) indican que no es así.

Interpretación

El estadístico de prueba χ^2 calculado 2,218 y p valor 0,136 ($p > 0,05$), indican que con una probabilidad de error de 13,6% las garantías penales para el agraviado se relaciona con igualdad ante la ley; sin embargo, el error es demasiado alto al alfa establecido para aceptar la relación, por lo que se acepta la quinta hipótesis específica nula (H_{05}) que afirma que las garantías penales para el agraviado no se relacionan con la igualdad ante la ley de los casos implicados en los expedientes judiciales.

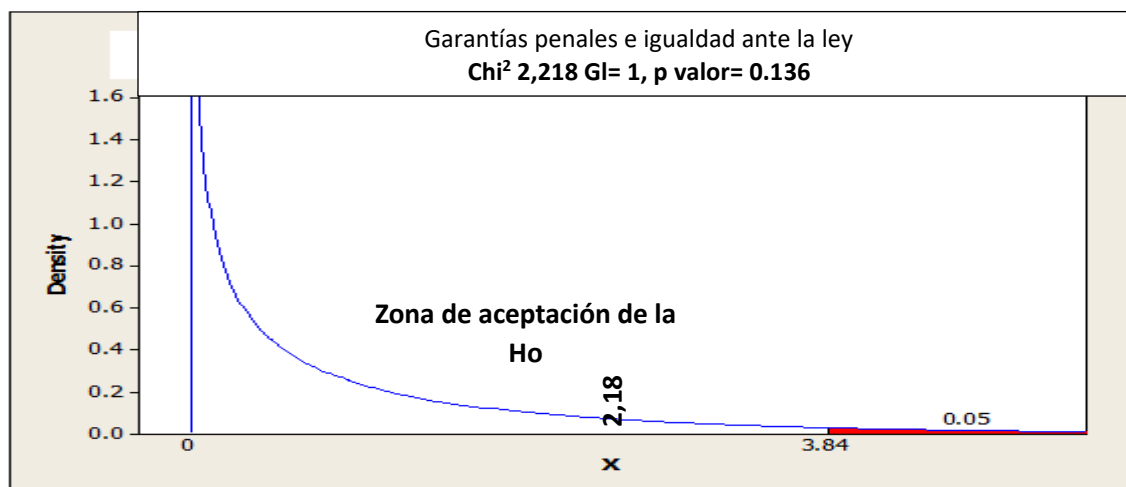


Figura 16. Relación entre garantías penales e igualdad ante la ley según los operadores de justicia del distrito judicial de Huaura.

Tabla 17. Garantías penales y recurso interno según los operadores de justicia del distrito judicial de Huaura – Huacho.

Garantías penales		Recurso interno		Total	Chi ²	Gl	p valor
		Si	No				
Si	N°	25	8	33	5,824	1	0,016
	%	50.0%	16.0%	66.0%			
No	N°	7	10	17			
	%	14.0%	20.0%	34.0%			
Total	N°	32	18	50			
	%	64.0%	36.0%	100.0%			

Fuente: cuestionario de tutela de derechos y garantías penales.

Análisis

En la tabla 17, se analiza las garantías penales y recurso interno según los operadores de justicia del distrito judicial de Huaura, en ella se estima que el 50,0% (25) indican que los agraviados gozan de garantías penales y recurso interno; mientras que el 20,0% (10) no lo hacen.

Interpretación

El estadístico de prueba Chi² calculado 5,824 y p valor 0,016 ($p < 0,05$), indica que con una probabilidad de error de 1,6% las garantías penales para el agraviado se relacionan con el recurso interno; por lo que se acepta la sexta hipótesis específica (Ho₆) afirma que las garantías penales para el agraviado se relacionan con el recurso interno de los casos implicados en los expedientes judiciales.

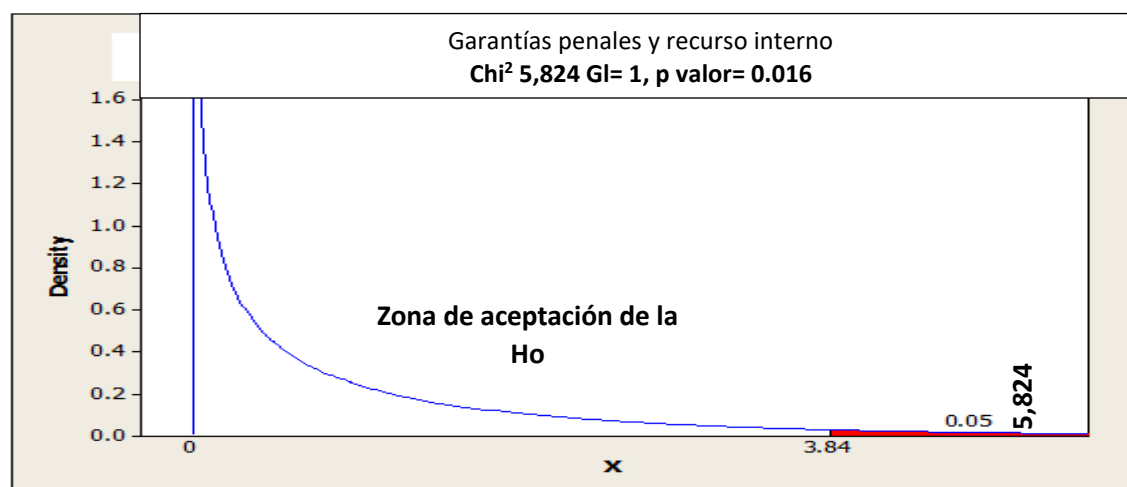


Figura 17. Relación entre garantías penales y recurso interno según los operadores de justicia del distrito judicial de Huaura.

Tabla 18. Tutela de derechos y Garantías penales según los operadores de justicia del distrito judicial de Huaura – Huacho.

Tutela de derechos		Garantías penales		Total	Chi²	Gl	p valor
		Si	No				
Si	Nº	24	6	30	6,551	1	0,010
	%	48.0%	12.0%	60.0%			
No	Nº	9	11	20			
	%	18.0%	22.0%	40.0%			
Total	Nº	33	17	50			
	%	66.0%	34.0%	100.0%			

Fuente: cuestionario de tutela de derechos y garantías penales.

Análisis

En la tabla 18, se analiza la tutela de derechos y garantías penales según los operadores de justicia del distrito judicial de Huaura, en ella se aprecia que el 48,0% (24) manifiestan que los agraviados gozan de tutela de derechos y garantías penales; mientras que el 22,0% (11) indican que no es así.

Interpretación

El estadístico de prueba χ^2 calculado 6,551 y p valor 0,010 ($p < 0,05$), indica que con una probabilidad de error de 1,0% la tutela de derechos se relaciona con las garantías penales; por lo que se rechaza la hipótesis nula y se acepta la hipótesis de investigación (H_i) que afirma que la tutela de derechos se relaciona con las garantías penales de los casos implicados en los expedientes judiciales.

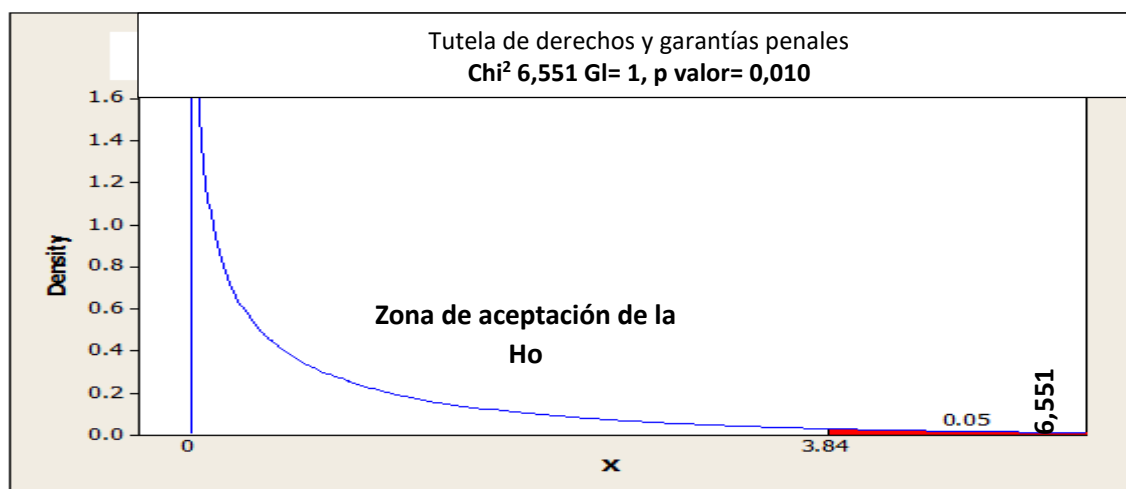


Figura 18. Relación entre tutela de derechos y garantías penales interno según los operadores de justicia del distrito judicial de Huaura.

4.3. Discusión de resultados

El proceso penal a través de la entrada en vigencia del nuevo Código Procesal Penal, se ha constitucionalizado, esto quiere decir que para la tramitación de cualquier procedimiento en la búsqueda de la verdad material del hecho delictuoso, irrestrictamente tienen que respetarse los derechos fundamentales de las partes sometidas a él, esto quiere decir no solamente los derechos del imputado, sino también la del agraviado, ello en aplicación al debido proceso penal (garantías penales, derecho de defensa, igualdad de las partes, etc.).

En el estudio efectuado sobre la Tutela de derechos para el agraviado, en su incoación vulneración de las garantías penales en el Distrito Judicial de Huaura, en el Módulo Penal, de los Juzgados de Investigación Preparatoria de Huaura (expedientes, tramite y ejecución), sobre todo de las encuestas realizadas (en número de 80 encuestas hechas a diversos operadores de justicia, jueces, fiscales, abogados libres, abogados públicos y personal jurisdiccional), se ha llegado a determinar según el análisis inferencial y contrastación de hipótesis, se analiza la tutela de derechos y garantías penales según los operadores de justicia del distrito judicial de Huaura, en ella se aprecia que el 48,0% (24) manifiestan que los agraviados gozan de tutela de derechos y garantías penales; mientras que el 22,0% (11) indican que no es así. Se utilizó el estadístico de prueba χ^2 calculado 6,551 y p valor 0,010 ($p < 0,05$), indica que con una probabilidad de error de 1,0% la tutela de derechos se relaciona con las garantías penales; por lo que se rechaza la hipótesis nula y se acepta la hipótesis de investigación (H_i) que afirma que la tutela de derechos se relaciona con las garantías penales de los casos implicados en los expedientes judiciales. Ver tabla 18.

Así mismo del análisis inferencial y contrastación de hipótesis, que se realiza, se analiza la tutela de derechos y derecho de defensa según los operadores de justicia del distrito judicial de Huaura, en ella se estima que el 44,0% (22) indican que los agraviados gozan de tutela de derechos y derecho de defensa; mientras que el 26,0% (9) afirman lo contrario.

Se utilizó estadístico de prueba χ^2 calculado 7,24 y p valor 0,007 ($p < 0,05$), indica que con una probabilidad de error de 0,07% tutela de derechos para el agraviado se relaciona con los derechos de defensa; por lo que se acepta la segunda hipótesis específica (H_{o2}) afirma que la tutela de derechos para el agraviado se relaciona con los derechos de defensa de los casos implicados en los expedientes judiciales. Ver tabla 13.

Por otro lado del análisis inferencial y contrastación de hipótesis, que se realiza, se analiza las garantías penales y recurso interno según los operadores de justicia del distrito judicial de Huaura, en ella se estima que el 50,0% (25) indican que los agraviados gozan de garantías penales y recurso interno; mientras que el 20,0% (10) no lo hacen.

Se utilizó el estadístico de prueba χ^2 calculado 5,824 y p valor 0,016 ($p < 0,05$), indica que con una probabilidad de error de 1,6% las garantías penales para el agraviado se relacionan con el recurso interno; por lo que se acepta la sexta hipótesis específica (H_{06}) afirma que las garantías penales para el agraviado se relacionan con el recurso interno de los casos implicados en los expedientes judiciales. Ver tabla 17. Lo cual nos indica que actualmente de no incoar la tutela de derechos para el agraviado se vulneraría ciertas garantías penales, como el derecho de defensa, el de contar con un recurso efectivo para la defensa de sus intereses como parte legitimada en el desarrollo del procedimiento penal (investigación preliminar y preparatoria), ello conforme al análisis de las encuestas realizadas y de los expedientes judiciales advertidos de los órganos jurisdiccionales citados supra.

Como lo venimos sosteniendo la presente investigación es inédita, es así que son muy pocos los autores que tocan este tema siendo uno de ellos es el jurista Alva (2012), señala "la posibilidad de que la víctima recurra a través de la tutela de derechos, es válida y tiene su fundamento jurídico y dogmático, a partir de una interpretación sistemática y armónica con los principios constitucionales" (p.48), siendo que solo podría recurrir a la acción de tutela para cuestionar o proteger los derechos que le asisten, así como por ejemplo el de información y el de participación en el proceso, siendo básicamente el sustento jurídico lo normado en el numeral 3 del art. I del TP, del NCPP del 2004, el cual sostiene que las partes intervendrán en el proceso penal con "iguales posibilidades de ejercer las facultades y derechos previstos en la Constitución y en este código", y que los jueces preservaran el principio de igualdad procesal, debiendo allanar todos los obstáculos que impidan o dificulten su vigencia; si bien es cierto el autor la define, anuncia su fuente, características, siendo que definitivamente solo da grandes rasgos del mismo, pero no se aborda la problemática que se advertiría en cuanto a la vulneración de las garantías penales en este procedimiento, en cuanto a la limitación y prohibición que tendría la víctima para la defensa de sus derechos a través de esta acción de tutela.

Por otro lado, en la Pontificia Universidad Católica del Perú, Escuela de Postgrado; se encontró la tesis: El Derecho fundamental del acceso a la justicia y las barreras de acceso en poblaciones urbanas pobres en el Perú; para optar el grado académico de magíster en derecho constitucional, presenta por John Iván Ortiz Sánchez, principalmente concluye: 1. El Acceso a la justicia, constituye un derecho fundamental en nuestro ordenamiento jurídico constitucional peruano que nuestra jurisprudencia constitucional y una parte de la doctrina nacional entiende como acceso a la jurisdicción limitando su ejercicio y alcance. Proponemos definir el acceso a la justicia como un derecho fundamental por el cual los ciudadanos pueden satisfacer su necesidad de justicia con todo instrumento o mecanismo ya sea auto compositivo (negociación o conciliación) o heterocompositivo a través del Estado (judicial o administrativo) o a través de instancias privadas (arbitraje) o colectivas y comunitarias (justicia comunal y mecanismos de resolución de conflictos en asentamientos humanos).

De esta propuesta de definición del acceso a la justicia podemos desprender las siguientes ideas centrales: - Es un derecho fundamental de todo ciudadano. - Los ciudadanos son beneficiarios de este derecho en forma individual o colectiva. - Los ciudadanos pueden usar cualquier forma de resolución de conflictos sea auto compositiva o heterocompositiva, sea pública o privada, sea individual o colectiva. - El Estado y la sociedad están obligados a satisfacer a través de este derecho la necesidad de justicia de todo ciudadano. - El valor justicia es el principio que trasciende este derecho.

Así mismo en la Universidad Nacional de Trujillo. Unidad de Postgrado, se halla la tesis: La Vigencia efectiva del principio de igualdad procesal y los derechos del agraviado. Tesis para optar el grado de maestra en derecho mención en Derecho Penal y Ciencias Criminológicas. Autora: Karina Delgado Nicolás, la cual concluye principalmente: 1. La regulación de las atribuciones del agraviado en el sistema procesal penal garantizan mínimamente la vigencia efectiva del Principio de Igualdad Procesal por cuanto el sistema de justicia no le provee al agraviado los mecanismos idóneos (de goce y tutela) para ejercerlos tales como: la asistencia letrada de un abogado para que le informe sobre dichos derechos desde la interposición de su denuncia, y así los efectivice dentro del proceso penal, especialmente en los casos en que las víctimas sean menores de edad, así como profesionales idóneos que propicien la efectivización del derecho del agraviado a recibir un trato digno y

respetuoso por parte de las autoridades competentes y a la protección de su integridad física y psicológica sea evitando la doble victimización ocasionada por el mismo proceso en sí y la implementación de las medidas de protección; asimismo por la falta de instrumentos procesales que garanticen dichos derechos tales como la tutela de derechos que actualmente es ejercido solo por el imputado.

Se plantea la necesidad de establecer un punto de equilibrio en esta nueva relación, a manera de triada, formada entre los intereses de la sociedad (representada por el Estado), los intereses del ofensor y los intereses de la víctima. Esta relación viene a reemplazar la hasta entonces dominante relación estado-ofensor.

Por otro lado en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Facultad de Derecho; se encontró la tesis: La Dimensión objetiva de los procesos constitucionales de tutela de derechos fundamentales. Tesis para optar por el título de licenciada en derecho. Presentada por: Liliana María Salomé Resurrección; en la que concluye principalmente: 1. La acción de tutela es el mecanismo procesal más expeditivo para lograr la protección de los derechos fundamentales y, adicionalmente, ha hecho posible que, a partir de la resolución de casos concretos, la Corte Constitucional ponga fin a situaciones manifiestamente contrarias a la Constitución. Una novedosa técnica para lograr este propósito es el denominado “estado de cosas inconstitucional” que ha permitido, por mencionar un ejemplo, que a partir de una acción de tutela referida a las condiciones de hacinamiento e insalubridad que presentaban dos cárceles colombianas (Modelo y Bellavista), la Corte Constitucional llame la atención sobre un problema generalizado en todos los centros de reclusión de dicho país. En consecuencia, la Corte dirigió un conjunto de órdenes a las autoridades pertinentes para que, en un plazo determinado, elaboren un plan de construcción y refacción carcelaria. Asimismo, ordenó que se adopten las medidas necesarias para garantizar condiciones de vida dignas para los reclusos.

Del análisis realizado se concluye que actualmente el restringir e impedir a la víctima, que pueda recurrir a este procedimiento de Tutela de Derechos para el agraviado, determina que no se están desarrollando las garantías de un debido proceso penal, esto quiere decir que se advierte, i) *vulneración al acceso a la justicia al no contar con recurso efectivo; ii) vulneración al derecho de derecho de defensa, en uso a sus intereses en el mismo y iii) vulneración al principio de igualdad de las partes en*

la tramitación de un proceso penal, esto es como lo señala el jurista Sánchez (2010), citando a Juan Montero Aroca, señala:

Si bien es cierto el derecho de defensa no es exclusivo del imputado, sino que es un derecho fundamental atribuido a las partes de todo el proceso, que consiste básicamente en la necesidad de que estas sean oídas para que puedan alegar y probar, y de que conozcan y puedan rebatir todos los materiales de hecho y derecho que influyan en la resolución judicial (p. 81).

Que si bien es cierto la participación del agraviado al constituirse como actor civil, la ley le da ciertas facultades, sin embargo de igual forma son limitadas, sobre todo al inicio del procedimiento penal, en donde esta tendría la legitimidad para obrar, y buscar así el control, por parte del Juez de garantías, ante la inoperancia, dejadez o limitación de sus derechos, por parte del ente persecutor del delito, ello lógicamente en cuando le correspondan de la lista cerrada establecida en el artículo 95 del Nuevo Código Procesal Penal.

4.4. Aporte de la investigación

Definitivamente el aporte a la presente investigación es de vital importancia, a fin de que los operadores de justicia tenga una mirada diversa en cuanto a la participación del agraviado en la secuela de un procedimiento, y esto en relación de que el derecho internacional y sobre todo a los diversos organismos internacionales del cual el Perú, ha ratificado, diversos tratados, pactos y convenios, los cuales brindan una protección a los diversos derechos que las víctimas, poseen, en la tramitación de cualquier procedimiento, en la que el afectado vea mellado y vulnerado el bien jurídico tutelado (esto de acuerdo al delito cometido en su contra), es por ello que a nivel internacional se le brinda una especial protección, y esto por cuando sobre el descansa las consecuencia del ilícito penal, situación que en la actualidad en nuestro ordenamiento procesal penal, no se ve reflejada, y esto obedece en parte a que mucha importancia se le da al tratamiento y procesamiento del imputado (quien comete el delito), esto es si bien es cierto el derecho penal esta constitucionalizado, y que como consecuencia de ello, refleja la aplicación de diversas garantías procesales, sin embargo a pesar de que el afectado es parte procesal, contra esté se limita a que tenga una participación pasiva y limitada de sus derechos, por ello que se debe propiciar la

correcta defensa de sus intereses en la tramitación de un proceso penal que respete igual de condiciones a las partes procesales, por lo que si se considera que las partes gozan de igual posibilidades en un proceso penal, y prima el principio de igualdad se deberá de adecuar nuestro actual procedimiento penal a los estándares internacionales señalados en las bases legales (legislación supranacional página 68), concerniente como por ejemplo: i) Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder; a) Las víctimas de delitos, inc. 1,2 y 3, b) Acceso a la justicia y trato justo, inc. 4, 5,6 y 7, c) Resarcimiento, inc. 8, 9,10 y 11, d) Indemnización, inc. 12 y 13, e) Asistencia. Inc. 14, 15, 16 y 17, y f) Las víctimas del abuso de poder, inc. 18,19, 20 y 21, entre otros derechos de amparo que posee la victima a nivel supra nacional; siendo que como lo indica Medina (2016), al referirse:

Víctimas es y seguirá siendo un tema de valiosa importancia social, debido a ello son valoradas y protegidas por los Estados u organizaciones de Estados. De acuerdo a sus valores, principios, temores y pretensiones, pueden variar en comparación de un continente a otro, de un Estado a Estado (p.45).

Por ello nos será de valiosa importancia incorporar algunas de las legislaciones que armonizan con nuestra legislación interna y que ha emitido, con el propósito de proteger a sus ciudadanos, quienes por acción u omisión se conviertan en víctimas; es por ello que el enfoque que se buscara con la presente será de tratar de establecer un cambio legislativo, o en todo caso un cambio de percepción de los operadores judiciales (establecer un acuerdo plenario en la que se establezca el procedimiento de la tutela de derechos para el agraviado).

Capítulo V

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

CAPITULO V: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

5.1. Conclusiones

- a. Conforme quedo establecido en el análisis inferencial y contrastación de hipótesis, se analiza la tutela de derechos y garantías penales según los operadores de justicia del distrito judicial de Huaura, en ella se aprecia que el 48,0% (24) manifiestan que los agraviados gozan de tutela de derechos y garantías penales; mientras que el 22,0% (11) indican que no es así. Se utilizó el estadístico de prueba χ^2 calculado 6,551 y p valor 0,010 ($p < 0,05$), indica que con una probabilidad de error de 1,0% la tutela de derechos se relaciona con las garantías penales; por lo que se rechaza la hipótesis nula y se acepta la hipótesis de investigación (H_i) que afirma que la tutela de derechos se relaciona con las garantías penales de los casos implicados en los expedientes judiciales. Ver tabla 18. Lo cual nos indica que actualmente de no incoar la tutela de derechos para el agraviado se vulnera las garantías penales, como el derecho de defensa, el de contar con un recurso efectivo para la defensa de sus intereses como parte legitimada en el desarrollo del procedimiento penal (investigación preliminar y preparatoria).
- b. En ese sentido debemos enfatizar que la víctima o directamente el ofendido por el hecho delictivo, tiene posibilidad de recurrir, a través de una tutela de derechos, ante el Juez de Investigación o de Garantías, para poner fin a la vulneración de algunos de sus derechos procesales fundamentales; (lógico en el alcance de los establecidos en el art. 95 del código procesal penal) si más aun el art. IX. del Título Preliminar, referido al Derecho de Defensa; en su inc. 3 establece: *"El proceso penal garantiza, también, el ejercicio de los derechos de información y de participación procesal a la persona agraviada o perjudicada por el delito. La autoridad pública está obligada a velar por su protección y a brindarle un trato acorde con su condición."* En ese sentido podríamos advertir que la interpretación que el Juez deba realizar a este novísimo procedimiento no solo deberá estar enfocada a un análisis constitucional, sino también al ámbito supranacional, norma que tiene supremacía ante otras de nivel jerárquico, a fin de que este último como juez de garantías sea imparcial no solo en el procedimiento (pudiendo hacer un control de convencionalidad), sino además en el tratamiento de los derechos de las partes, en especial a la del agraviado.
- c. Queda claro que en la presente investigación se ha llegado a determinar que la Tutela de Derechos, también puede ser incoada, requerida o solicitada por el agraviado cuando se

advierta la inobservancia del contenido esencial de los derechos y garantías previstos en la constitución, básicamente el derecho de defensa que goza la víctima en la secuela de este procedimiento esto como ya hemos advertido; i) *El principio de igualdad, acceso a la justicia, protección judicial, recurso efectivo, entre otros son vulnerados;*. ii) *No se propicia las garantías del sistema procesal penal acusatorio, para el agraviado;* iii) *Las Resoluciones emitidas por el juez de garantías, deberán realizar control difuso, para incoar este procedimiento, o apartarse de la doctrina jurisprudencial, establecida que señala que el mismo es procedente sola para el imputado, pero también sería accesible también para el agraviado como recientemente la suprema corte lo ha señalado.*

- d. No cabe duda que el hecho de no respetar el procedimiento penal para el agraviado en cuanto a sus garantías penales, trae como consecuencia que el ofendido pueda establecer una tutela de derechos, para que se respete el debido proceso, ya que si bien es cierto algunos consideran que no procede este instituto procesal de la tutela de derechos para el agraviado y otros por el contrario como el suscrito consideran lo contrario, ya como se ha visto ante la vulneración de los derechos fundamentales del ofendido, los mismos que se encuentran consagrados en el artículo 2 inciso 2 de nuestra Constitución Política que prescribe: "*toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen... o de cualquier otra índole*"; siendo que los jueces en un proceso penal deben preservar el principio de igualdad procesal (igualdad ante la ley), debiendo en todo caso allanar todos los obstáculos que impidan o dificulten su vigencia.
- e. El acceso a la justicia, es una derecho fundamental de todo justiciable, en un estado constitucional de derecho, y esto se efectiviza a través de la tutela procesal efectiva; hemos llegado a establecer que hay diversos organismos internacionales del cual el Perú, ha ratificado, diversos tratados, pactos y convenios, los cuales brindan una protección a los diversos derechos que las víctimas, que poseen, en la tramitación de cualquier procedimiento, en la que el afectado vea mellado y vulnerado el bien jurídico tutelado (esto de acuerdo al delito cometido en su contra), es por ello que a nivel internacional se le brinda una especial protección, y esto por cuando sobre el descansa las consecuencia del ilícito penal, situación que en la actualidad en nuestro ordenamiento procesal penal, no se ve reflejada, y esto obedece en parte a que mucha importancia se le da al tratamiento y procesamiento del imputado (quien comete el delito), esto

es si bien es cierto el derecho penal esta constitucionalizado, y que como consecuencia de ello, refleja la aplicación de diversas garantías procesales, sin embargo a pesar de que el afectado es parte procesal, contra esté se limita a que tenga una participación pasiva y limitada de sus derechos, por lo que la incoación, aplicación y tramitación de este procedimiento novedoso, (este instituto procesal solo se aplica al imputado), siendo que como está estructurado el mismo se advierte flagrantemente un desmedro a los derechos fundamentales de las partes, básicamente del agraviado, en atención a ello, si bien es cierto un proceso penal debe ser eficaz, justo y tramitado en un plazo razonable ello como principal anhelo de la sociedad, más aún cuando se restringe la libertad personal, pero ello no significa atentar flagrantemente al principio constitucional de acceso a la justicia. Así, a decir de Asencio Mellado: *"El proceso no es otra cosa que un método de determinación de hechos y responsabilidades y para la consecución de este fin ha de permanecer en la más absoluta neutralidad (...)".* Entendiéndose en ese mismo orden de ideas que también debe darse para la víctima.

- f. El actual procedimiento de tutela de derechos, a favor solo del imputado afecta como ya se viene afirmando las garantías penales, y como consecuencia de ello, el derecho y principio constitucional de igualdad ante la ley del agraviado, más aun que de acuerdo a lo establecido en el art. IX. del Título Preliminar, del Código Procesal Penal, establece en el *inc. 3 "el proceso penal garantiza, también, el ejercicio de los derechos de información y de participación procesal a la persona agraviada o perjudicada por el delito. La autoridad pública está obligada a velar por su protección y a brindarle un trato acorde con su condición"*; y que si bien es cierto se parte que esta afectación, va a estar determinada solo para el imputado en lo establecido en el art. 71 del Nuevo Código Procesal Penal, (lista de derechos cerrada), esta circunstancia no es tan cierta, ya que como hemos visto el perjudicado por el delito tiene también la posibilidad de recurrir ante el Juez de Garantías, para hacer valer sus derechos cuando estos se vean menoscabados en la instauración del procedimiento penal, básicamente en la Investigación Preliminar y Preparatoria; encontrando el fundamento jurídico y dogmático, a partir de una interpretación sistemática y armónica con los principios constitucionales. Es así que, de una parte, el artículo 2 inciso 2 de nuestra Constitución Política numera que "toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen... o de cualquier otra índole"; por otro lado, en el numeral 3 del artículo I del Título Preliminar del NCPP, se señala que "las partes

intervendrán en el proceso con iguales posibilidades de ejercer las facultades y derechos previstos en la Constitución y en este Código, y los jueces preservarán el principio de igualdad procesal, debiendo allanar todos los obstáculos que impidan o dificulten su vigencia; no hay que dejar pasar por alto que también tenemos un derecho supranacional, en cuanto a las garantías procesales para la víctima, que reconocen derechos explícitos a favor de las víctimas en el proceso, el más importante es la Declaración sobre Principios Fundamentales de la Justicia para las Víctimas de Delitos y Abuso de Poder, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el año 1985, en correlación con el art. 25° del Pacto de San José de Costa Rica que reconoce como una obligación del estado proveer de una debida protección judicial a sus ciudadanos cuando alguno de sus derechos constitucionalmente reconocidos ha sido lesionado; siendo que en los artículos 95 y 104 del Nuevo Código Procesal Penal, les reconoce derechos y facultades las cuales deben ser interpretadas sistemáticamente con el único fin de que al ofendido por el delito se le pueda resarcir en el menoscabo del hecho cometido en su contra, alcanzando así justicia a su pretensión, y evitar una doble revictimización por parte de la inoperancia del Estado.

- g. No cabe duda que la víctima en este nuevo sistema procesal, ha ganado un rol protagónico, esto no solo en el derecho a la información, y participación del proceso penal, tanto más aún que nuestra norma adjetiva en el art. 95° del NCPP, le confiere al agraviado una serie de derechos, sino que para la acción reparatoria del delito, la norma procesal le ha conferido ciertas facultades, sin embargo como lo señala Alva Florián, indica que la posibilidad de que la víctima recurra a través de la tutela de derechos, es válida y tiene su fundamento jurídico y dogmático, para poder requerir al Juez de Garantías la acción de tutela para cuestionar o proteger los derechos que le asisten, así como por ejemplo el de información y el de participación en el proceso, siendo básicamente el sustento jurídico lo normado en el numeral 3 del art. I del TP, del NCPP del 2004, el cual sostiene que las partes intervendrán en el proceso penal con “iguales posibilidades de ejercer las facultades y derechos previstos en la Constitución y en este código”, y que los jueces preservaran el principio de igualdad procesal, debiendo allanar todos los obstáculos que impidan o dificulten su vigencia. En ese orden de ideas podemos señalar que la Tutela de Derechos es una garantía del derecho que tiene toda persona a la protección judicial de sus derechos fundamentales a través de un recurso interno y efectivo, entendido este al

restablecimiento del *statuo quo* de los derechos vulnerados, que encuentra una regulación expresa en el NCPP del 2004, (solo en cuanto a los parámetros establecidos en el art. 71 en cuanto al imputado) y 95 (en cuanto al agraviado) del NCPP), y que debe utilizarse única y exclusivamente cuando haya una infracción (ya consumada), de los derechos que le asiste tanto al imputado, como al agraviado, ello como respuesta al derecho de igualdad. Como puede apreciarse, es un mecanismo (más que procesal), de índole constitucional, que se constituye en la mejor vía reparadora del menoscabo sufrido, que incluso puede funcionar con mayor eficiencia y eficacia que un proceso constitucional de habeas corpus, siendo que el Juez de Investigación Preparatoria controlara la constitucionalidad de los actos de investigación practicados por el Ministerio Público (entendida con el apoyo de la Policía Nacional).

5.2. Recomendaciones

- a. Al haberse comprobado efectivamente según los resultados que se han obtenido en la presente investigación la vulneración de las garantías penales, al no permitir al agraviado que este pueda incoar la tutela de derechos, esto es al ver el agraviado mellado el derecho de defensa, igualdad ante la ley, acceso a la justicia, el de contar con un recurso efectivo para la defensa de sus intereses como parte legitimada en el desarrollo del procedimiento penal (investigación preliminar y preparatoria), entre otros que le confiere la ley, se sugiere una mejora legislativa, para lo tomaremos como antecedente lo establecido en el art. 71 Código Procesal Penal, solo en su numeral 4, apartado que desarrolla la Tutela de derechos para el imputado.
- b. Al poder legislativo se sugiere que de manera inmediata se realice una modificatoria legislativa y se incorpore dentro del art. 95 del Código Procesal Penal, esto en cuanto a la los requisitos, aplicación, tramite y incoación de la tutela de derechos para el agraviado, conforme a los mismos parámetros utilizados para el imputado, para lo cual proponemos la siguiente modificatoria legislativa: DICE: *art. 95 Derechos del agraviado; inc 1. El agraviado tendrá los siguientes derechos: a) A ser informado de los resultados de la actuación en que haya intervenido, así como del resultado del procedimiento, aun cuando no haya intervenido en él, siempre que lo solicite; b) A ser escuchado antes de cada decisión que implique la extinción o suspensión de la acción penal, siempre que lo solicite; c) A recibir un trato digno y respetuoso por parte de las autoridades competentes, y a la protección de su integridad, incluyendo la de su familia. En los*

procesos por delitos contra la libertad sexual se preservará su identidad, bajo responsabilidad de quien conduzca la investigación o el proceso. d) A impugnar el sobreseimiento y la sentencia absolutoria. Inc. 2. El agraviado será informado sobre sus derechos cuando interponga la denuncia, al declarar preventivamente o en su primera intervención en la causa. Inc 3. Si el agraviado fuera menor o incapaz tendrá derecho a que durante las actuaciones en las que intervenga, sea acompañado por persona de su confianza. **DEBE DECIR:** 95 Derechos del agraviado; inc 1. El agraviado tendrá los siguientes derechos: a) A ser informado de los resultados de la actuación en que haya intervenido, así como del resultado del procedimiento, aun cuando no haya intervenido en él, siempre que lo solicite; b) A ser escuchado antes de cada decisión que implique la extinción o suspensión de la acción penal, siempre que lo solicite; c) A recibir un trato digno y respetuoso por parte de las autoridades competentes, y a la protección de su integridad, incluyendo la de su familia. En los procesos por delitos contra la libertad sexual se preservará su identidad, bajo responsabilidad de quien conduzca la investigación o el proceso. d) A impugnar el sobreseimiento y la sentencia absolutoria. Inc. 2. El agraviado será informado sobre sus derechos cuando interponga la denuncia, al declarar preventivamente o en su primera intervención en la causa. Inc 3. Si el agraviado fuera menor o incapaz tendrá derecho a que durante las actuaciones en las que intervenga, sea acompañado por persona de su confianza. Esta parte del párrafo se adicionará al texto, inc. 4. Cuando el agraviado considere que durante las Diligencias Preliminares o en la Investigación Preparatoria no se ha dado cumplimiento a estas disposiciones, o que sus derechos no son respetados, o que es objeto de medidas limitativas de derechos indebidas o de requerimientos ilegales, puede acudir en vía de tutela al Juez de la Investigación Preparatoria para que subsane la omisión o dicte las medidas de corrección o de protección que correspondan. La solicitud del agraviado se resolverá inmediatamente, previa constatación de los hechos y realización de una audiencia con intervención de las partes.

- c. A la Corte Suprema de Justicia de la República, y en atribución a lo dispuesto por el art. 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en caso de demora en la modificación de los artículos citados supra, se lleve a cabo un Pleno Jurisdiccional Extraordinario de las Salas Penales Permanente y Transitoria, a fin de que dicha instancia judicial uniformice estos criterios, en base a la aplicación, tramite y resolución de la Tutela de Derechos para el agraviado, esto vía de interpretación supranacional de los múltiples dispositivos citados supra,

y en vía de integración de la norma establezca los criterios que señalamos supra, a fin de se establezca doctrina legal, esto para que sean invocados por todos los jueces de las instancias judiciales en la cual se lleva a cabo este procedimiento especial, debiéndose de incluir según la modificatoria normativa citada, vía Foro de Participación Ciudadana, esto es a través del tesista quien sostendrá dicho pedido ante la máxima instancia suprema, con el fin de concordar la jurisprudencia penal.

- d. Así mismo en el hipotético caso de que dicha modificación legislativa demore, así como también en cuanto al señalamiento del Pleno Jurisdiccional Extraordinario de las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia, se deberá enviar un proyecto con los alcances conferidos en el presente tesis a la Unidad de Equipo Técnico Institucional del Código Procesal Penal (UETI-CPP), organismo que depende del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, a fin de que pueda instaurar ante los órganos competentes del Poder Judicial, la convocatoria de una Sala Plena, a fin de que los jueces penales (jueces de garantías), puedan instaurar la aplicación de este mecanismo, y así evitar algún tipo de sanción administrativa (Ocma), ya que a la fecha este procedimiento solo está permitido para el imputado, de acuerdo a los acuerdos plenarios señalados supra.
- e. Por último, se buscara a través de foros, seminarios y conferencias difundir este mecanismo de salvaguarda de derechos del agraviado a fin de que los jueces de la república vía control de convencionalidad, apliquen la norma supranacional, más aun cuando un Estado es parte de un tratado internacional como la Convención Americana, (como lo es el Perú), todos sus órganos, incluidos sus jueces, están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, por lo que los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes y en esta tarea, deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Acuerdo Plenario N° 4-2010/CJ-116, (16 de noviembre del 2010). *Plataforma del Estado Peruano*. https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/78b00a004075b668b509f599ab657107/ACUERDO_PLENARIO_PENAL_04_2010.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=78b00a004075b668b509f599ab657107
- Acuerdo Plenario Extraordinario N° 02 – 2016/CIJ- 116, (01 de junio del 2016). *Gaceta Jurídica*. https://cdn.gacetajuridica.com.pe/laley/ACUERDO%20PLENARIO%20N%C2%BA2-2016_LALEY.pdf
- Alexy, R. (2012). *Teoría de los derechos fundamentales*. Edit. Sociedad Anónima de Fotocomposición.
- Alva Florián, C. (2010). Cuestiones referidas a la Tutela de Derechos y al Control de Plazos en el Nuevo Código Procesal Penal. *Gaceta Penal & Procesal Penal*. 13. (1), 13-28
- Alva Florián, C. (2010). La Tutela de Derechos en el Código Procesal Penal de 2004. *Gaceta Penal & Procesal Penal*. 11 (1), 14-29.
- Aquara. (15 de octubre de 2012). *Tutela de Derechos*. Slideshare. <https://es.slideshare.net/slideshow/tutela-de-derechos/14734632>
- Barrios G. y Venturi C. (2024). *La tutela de derecho como garantía de los derechos fundamentales del imputado en el NCPP* [Tesis obtener título de abogado. Universidad Autónoma del Peru]. Repositorio – Universidad Autonoma del Peru. <https://repositorio.autonoma.edu.pe/handle/20.500.13067/3031>.
- Bobbio, N. (1995). *En el Prólogo de la Razón y el Derecho de Luigi Ferrajoli*. Editorial Trotta.
- Bórea, A. (2016). *Manual de la Constitución –para que sirve y como defenderte* Editorial. El Búho EIRL.
- Cáceres, R., y Iparraguirre, R. (2005). *Derecho Procesal Penal Comentado*”. Editores Jurista.
- Código Procesal Penal (2024). *Decreto legislativo N° 957* (8ª ed). Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Comisión Interamericana de derechos humanos. (22 de noviembre de 1969). Convención americana de derechos humanos. <https://www.cidh.oas.org/basicos/spanish/basicos2.htm>

- Cornejo, O. (2014). "El Proceso y la Tutela de los Derechos Fundamentales". *Revista La Fe del Hombre en sí mismo o la Lucha por la Libertad a través del Proceso. Mundo Procesal, rinde homenaje al maestro Adolfo Alvarado Velloso*. <https://es.scribd.com/document/307219263/1-9-La-fe-del-hombre-en-si-mismo-o-la-lucha-por-la-libertad-a-traves-del-proceso-pdf>
- Corte Suprema de Justicia de la Republica. Juzgado de Investigación Preparatoria (08 de marzo de 2023). PJ dispone que Procuraduría participe en interrogatorio de la Fiscalía a presidenta Dina Boluarte, Alberto Otárola y otros funcionarios por muertes en protestas [Exp. 00006-2023-1]. *LP*. <https://lpderecho.pe/pj-dispone-procuraduria-participe-interrogatorio-fiscalia-presidenta-dina-boluarte-alberto-otarola-otros-funcionarios-muertes-protestas-expediente-00006-2023-1-5001-js-pe-01/>
- Corte Suprema de Justicia de la Republica. Juzgado de Investigación Preparatoria (26 de enero de 2024). Auto que resuelve tutela de derechos. [Exp. 00050-2023-1].*chrome_extension://efaidnbmnnnibpcajpcgclclefindmkaj/https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/5833907/5175416-casoeduardoarana.pdf*
- Corte Suprema de Justicia de la Republica. Juzgado de Investigación Preparatoria (23 de enero de 2024). Auto que resuelve tutela de derechos. [Exp. 00061-2023-1].*chrome_extension://efaidnbmnnnibpcajpcgclclefindmkaj/https://www.eje.pe/wps/wcm/connect/eb6946004ea5a710854687c3bfo4fa09/TutelaFloresAncachi.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=eb6946004ea5a710854687c3bfo4fa09*
- Corte Suprema de Justicia de la Republica. Juzgado de Investigación Preparatoria (22 de junio de 2022). Auto que resuelve tutela de derechos. [Exp. 00011-2022-2]. *Chrome_extension://efaidnbmnnnibpcajpcgclclefindmkaj/https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/3290771/EXP.%2011-2022-2%20.pdf.pdf*
- Cubas, V., Doig, Y., y Quispe, F. (2005). *El nuevo proceso penal: Estudios fundamentales*. Editorial Palestra.
- Cupe Calcina, E. (2010). Tutela de Derechos: Una aproximación a su ámbito de Aplicación. *Gaceta Penal & Procesal Penal*. 11 (1), 51 - 62.
- Diaz, R., y Mendizabal W. (2018). *Victimología – Enfoque desde el derecho penal y procesal penal*. Edit. Grijley

- Fustamante, J. (21 de octubre del 2014). Tiene Legitimidad el Agraviado para solicitar Tutela de Derechos en Sistema Procesal. <http://www.alertainformativa.com.pe/busqueda>.
- García, D. (Julio- Diciembre 1989). Notas sobre las Garantías Constitucionales en el Perú. [en línea]. <https://repositorio.iidh.ed.cr/items/29425644-d19d-40fe-8a6f-55fbb34576d9>
- Kafka, F. (1939). *El Proceso*. Editorial Lozada.
- Laugbein, J. (2003). *The Origins of Adversary Criminal Trial*. Impreso por la Universidad de Oxford. New York.
- Lira, C. (08 de septiembre del 2016). Derecho Procesal Penal. <http://www.monografias.com/trabajos13/procpen/procpen.shtml>
- Loza, G. (19 de junio de 2024). *Tutela de derechos* [ponencia]. Circulo de estudios Lex&lus, Lima, Perú. <chrome-extension://efaidnbmninnibpcapjpcglclefindmkaj/https://giullianaloza.pe/wp-content/uploads/2024/08/78.-Tutela-de-derechos-%E2%80%93-19-de-junio-del-2024-%E2%80%93-Circulo-de-estudios-Lex-lus-.pdf>
- Machuca Fuentes, C. (2007). El Agraviado en el Nuevo Proceso Penal Peruano. *Gaceta Penal & Procesal*. 34 (1), 48-59.
- Medina C. (2016). *Las Víctimas y sus derechos*. Editora y Librería Jurídica Grijley EIRL.
- Mendoza Calderón, G. (2013). La Tutela de Derechos como doctrina jurisprudencial en el proceso penal peruano. *Gaceta Penal & Procesal Penal*. 50 (1), 275- 287.
- Naciones Unidas Derechos Humanos. (21 de julio de 2017). *Oficina de alto Comisionado*. <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/RemedyAndReparation.aspx>.
- Neyra, J. (2010). Garantías en el nuevo proceso penal peruano. *Revista de La Maestría en Derecho Procesal*, 4(1). <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoprocesal/article/view/2399>
- Pachas Palacios, E. (2007). La Acusación Fiscal Directa con resultados de la Investigación Preliminar - El Proceso Directo- en el Nuevo Código Procesal Penal. (Decreto Legislativo N° 957). *Revista: "Análisis del Derecho"*, (1), 20-32.
- Pastor, D. (2002). *El Plazo Razonable en el Proceso del Estado de Derecho*. Editado por el Fondo de Honrad Ardenauer Stifung.
- Pérez López, J. (2014). Los derechos del agraviado en el Código Procesal Penal del 2004. *Gaceta Penal & Procesal*. 57 (3), 201-222.

- Pitu, (22 de mayo de 2002). *Acción de Tutela. El Rincón del Vago*.
<https://html.rincondelvago.com/accion-de-tutela.html>
- Quisbert, E. (07 de abril de 2006). Garantías Constitucionales del Individuo en el Proceso Penal.
<http://www.oocities.org/penalprocesal/gc.pdf>
- Quispe, Y. Cueva, N. De Piérola, V, y Ludeña, G. (2024). *Tutela de derechos como medio de control constitucional y protección de los derechos fundamentales del procesado*, 05 (01), pp. 01-09.
<https://doi.org/10.5281/zenodo.12639610>
- Quiroga, A. (1985). La interpretación constitucional. *Derecho PUCP*, (39).
<https://doi.org/10.18800/derechopucp.198501.010>
- Resolución Administrativa N° 096 - 2006 - CE – PJ. (2006). *Reglamento de Notificaciones, Citaciones y Comunicaciones bajo las Normas del Código Procesal Penal*.
chromeextension://efaidnbmninnibpcajpcglclefindmkaj/https://historico.pj.gob.pe/CorteSuprema/cepj/documentos/Directiva_00096-2006-CE-PJ.pdf
- Resolución Administrativa N° 067-2011-CED-CSJPI/PJ. (2011), *Consejo Ejecutivo Distrital de la Corte Superior de Justicia de Piura*, chrome-extension://efaidnbmninnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/3948b70045646671a489ec807c1f73f9/R.A.+165-2017
P.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=3948b70045646671a489ec807c1f73f9de
- Rodríguez, R. (2016). *Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales. En homenaje al Dr. H.c.mult. Robert Alexy*. Editorial Nueva Jurídica.
- Sánchez, A. (marzo de 2014). Concepto, Fundamentos y Evolución de los Derechos Fundamentales.
chrome-extension://efaidnbmninnibpcajpcglclefindmkaj/https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendo
cbib/con4_uibd.nsf/AoDEoA3C38CA8CoCo5257D270051FE96/\$FILE/55-13.pdf
- Sánchez Córdova, J. (2010). La Tutela de Derechos en la Investigación Preparatoria. *Gaceta Penal & Procesal Penal*. 13. (1), 77-89.
- Salazar, R. ((25 de octubre del 2013). La Tutela de Derechos y sus modalidades en el Nuevo Sistema Procesal Penal Peruano. <https://es.scribd.com/document/178931959/SALAZAR-ARAUJO-Rodolfo-La-Tutela-de-Derechos-y-Us-Modalidades-en-El-NCPP-1>

- Somocurcio Quiñones, V. (2009). Tutela de Derechos en el Código Procesal Penal de 2004. ¿Sismógrafo del derecho de defensa?. *Gaceta Penal & Procesal Penal*. 6 (1), 286 - 299.
- Sentencia del Tribunal Constitucional. Exp N° 00295-2012-PHC/TC – Lima. Caso Aristóteles Román Arce Paucar, (14 de mayo del 2015). TC - Portal Web. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2015/00295-2012-HC.pdf>
- Sala Penal Permanente. Apelación N° 225-2022, Huancavelica, (19 de mayo de 2023) Naturaleza, finalidad y límites de la tutela de derechos (Apelación N.° 225-2022 Huancavelica). *Actualidad Penal*. <https://actualidadpenal.pe/jurisprudencia/naturaleza-finalidad-y-limites-de-la-tutela-de-derechos-apelacion-no-225-2022-huancavelica/1>
- Sala Penal Permanente. Apelación N.° 6-2023, Pasco, (24 de julio de 2023), ¿Es posible interponer tutela de derechos durante la etapa intermedia? (Apelación N.° 6-2023 Pasco). *Actualidad Penal*. <https://actualidadpenal.pe/jurisprudencia/es-posible-interponer-tutela-de-derechos-durante-la-etapa-intermedia-apelacion-no-6-2023-pasco/1>
- Verapinto Márquez, O. (2010). La Tutela de Derechos del Imputado en el Nuevo Código Procesal Penal. *Gaceta Penal & Procesal Penal*. 11 (1), 32-43.
- Vipogo. (2011) “Garantías Constitucionales en el Perú”. *ClubEnsayos*. <http://clubensayos.com/Religi%C3%B3n/Garantias-Constitucionales-En-El-Peru/78662.html>
- Villegas, E. (2013). *El agraviado y la reparación civil en el Nuevo Código Procesal Penal*. Editorial el Búho.
- Villegas, E. (2015). El agraviado y la audiencia para tutelar sus derechos en el proceso penal desde un enfoque constitucional y convencional. A propósito de la RTC. Exp. N° 03631-2011-PA/TC”. *Gaceta Penal & Procesal Penal*. 74 (1), 279 - 291.
- Villaruel Quinde, C. (2013). ¿Procede la tutela de derechos cuando es solicitada por el agraviado? *Gaceta Constitucional*. 67 (1), 139- 150.
- Wikipedia. (12 de febrero del 2016). “Principio Pro Homine”. *Wikipedia la enciclopedia libre*. https://es.wikipedia.org/wiki/Principio_pro_homine
- Zamora, J. (17 de mayo del 2011). La Tutela de Derechos: Instrumento de la Defensa para erradicar las Viejas Prácticas en el Nuevo Modelo Procesal Penal. <http://leyesderechoyjusticia.blogspot.com/2011/05/tutela-de-derechos.html>.

ANEXOS

ANEXO N° 01

CUESTIONARIO DE TUTELA DE DERECHOS

Título de la Investigación: La tutela de derechos para el agraviado en su incoación, vulneración de las garantías penales. Distrito Judicial de Huaura- Huacho 2017

Objetivo: evaluar la tutela de derechos del agraviado

Responsable: Galileo Galilei Mendoza Calderón

NOMBRES Y APELLIDOS:

CARGO:.....**TIEMPO DE SERVICIOS:**.....

GRADO:.....

FECHA:.....

El presente cuestionario tiene la finalidad de conocer sobre el nivel de aplicación de la tutela de derechos para el agraviado, su respuesta contribuirá en la toma de decisión del presente.

1. Considera usted que las partes en un proceso penal están legitimadas para instaurar una Tutela de derechos, responda:
V () F ()
2. Cree usted que el agraviado puede incoar una Tutela de derechos, cuando en un procedimiento penal, no se respetan sus derechos:
V () F ()
3. Cree usted que la tutela de derechos garantiza el trato igualitario, que el juez debe tener para las partes de un proceso:
V () F ()

4. Considera usted que la no incoación de la tutela de derechos, a favor del agraviado, seria discriminatorio, en un proceso penal:
V () F ()
5. Sobre que delitos cree usted que se aplica este procedimiento, mencione algunas:
- a.
 - b.
 - c.
 - d.
 - e.
6. Tiene conocimiento si este procedimiento especial se aplica a otros delitos, de los no citados en su pregunta anterior:
Si () No ()
7. Considera usted que la Tutela de derechos tiene ciertas limitaciones jurídicas, en la no aplicación de este procedimiento, a favor de la víctima.
V () F ()
8. Que fuentes del derecho o limitaciones jurídicas encontraría en la no aplicación de la tutela de derechos a favor del agraviado, mencione algunas:
- a.
 - b.
 - c.
 - d.
 - e.
9. Considera usted que la actual fuente del derecho, que se aplica para la tutela de derechos, vulnera la participación de las partes a recibir un trato igualitario por parte del juez de investigación preparatoria
Si () No ()
10. Cree usted que la tutela de derechos solo debe aplicarse en la etapa preparatoria del proceso:
Si () No ()

ANEXO N° 02
CUESTIONARIO DE GARANTIAS PENALES

Título de la Investigación: La tutela de derechos para el agraviado en su incoación, vulneración de las garantías penales. Distrito Judicial de Huaura- Huacho 2017

Objetivo: evaluar la vulneración de las garantías penales

Responsable: Galileo Galilei Mendoza Calderón

NOMBRES Y APELLIDOS:

CARGO:.....**TIEMPO DE SERVICIOS:**.....

GRADO:.....

FECHA:.....

El presente cuestionario tiene la finalidad de conocer sobre si la no aplicación de la tutela de derechos para el agraviado, vulnera garantías penales, en el proceso, su respuesta contribuirá en la toma de decisión del presente.

1. Cree usted que no permitir la Tutela de Derechos para el agraviado se vulneran derechos fundamentales

V () F ()

2. Que derechos fundamentales considera que se vulneran cuando no se aplica este procedimiento, mencione algunas:

- a)
- b)
- c)
- d)
- e)

3. Cree usted que el agraviado también goza de garantías penales, en la secuela de un procedimiento penal.

V () F ()

4. Que garantías penales considera usted que se vulneran, cuando no aplica este procedimiento en favor del agraviado:
- a.
 - b.
 - c.
 - d.
 - e.
5. Considera usted que obviar la tutela de derechos para el agraviado, conllevara a la vulneración de las garantías penales, referidas en la norma procesal:
- Si () No ()
6. Cree usted que en alguna medida el derecho de defensa del agraviado se ve afectado, cuando este, se le limita en la posibilidad de no poder incoar la tutela de derechos a su favor:
- Si () No ()
7. Cree usted que en alguna medida el derecho de igualdad del agraviado se ve afectado, cuando este, se le limita en la posibilidad de no poder incoar la tutela de derechos a su favor:
- Si () No ()
8. Cree usted que a la fecha los jueces de investigación preparatoria, no garantizan una adecuada protección judicial al agraviado, al no permitir la incoación de la tutela de derechos:
- Si () No ()
9. Considera usted que el juez de la investigación preparatoria no sería imparcial, al no permitir la incoación de la tutela de derechos.
- Si () No ()
10. Cree usted que a la fecha la aplicación de este procedimiento especial de tutela de derechos, ha sido fructífero en la disminución de la carga procesal:
- Si () No ()

La posibilidad de recurrir ante el Juez, para hacer valer los derechos del agraviado cuando estos se vean menoscabados en la instauración del procedimiento penal, encuentra fundamento jurídico y dogmático, a partir de una interpretación sistemática, teleológica, y armónica con los principios constitucionales y en consonancia con el derecho supranacional, el más importante es la Declaración sobre Principios Fundamentales de la Justicia para las Víctimas de Delitos y Abuso de Poder en correlación con el art. 25° del Pacto de San José de Costa Rica; siendo que el art. 95 del código procesal penal; reconoce derechos y facultades las cuales deben ser interpretadas sistemáticamente.

En el estudio efectuado, se ha llegado a determinar según el análisis inferencial y contrastación de hipótesis se analiza la tutela de derechos y garantías penales en ella se aprecia que el 48,0% (24) manifiestan que los agraviados gozán de tutela de derechos y garantías penales; mientras que el 22,0% (11) indican que no es así. Se utilizó el estadístico de prueba Chi2 calculado 6,551 y p valor 0,010 ($p < 0,05$), indica que con una probabilidad de error de 1,0% la tutela de derechos se relaciona con las hipótesis penales; por lo que se rechaza la hipótesis nula y se acepta la hipótesis de investigación (H_i) que afirma que la tutela de derechos se relaciona con las garantías penales.



CICI

CENTRO DE INVESTIGACIONES
Y CAPACITACIONES INTERDISCIPLINARES