



**ANEXO DE LECTURAS**

**TALLER “TEORIA GENERAL DEL PROCESO”**

**I NIVEL DE LA MAGISTRATURA**

## UNIDAD I: DEBIDO PROCESO

### LECTURA OBLIGATORIA

ALFREDO GOZAINI, Osvaldo. El debido proceso en la actualidad. 02/03/2016, de Gozaini abogados Sitio web: [http://www.gozaini.com/publicaciones/monografias/debido\\_proceso.PDF](http://www.gozaini.com/publicaciones/monografias/debido_proceso.PDF)

### PREGUNTAS

1. ¿Cómo surge el *debido proceso* a través del tiempo?
2. ¿Qué entiende por *debido proceso constitucional*?
3. ¿Cuál es la relación entre el debido proceso y la tutela judicial efectiva?
4. ¿Cómo ha evolucionado el concepto del debido proceso a través del tiempo?

# El debido proceso en la actualidad

Por Osvaldo Alfredo Gozaíni

**Sumario:** 1. Aciertos y errores históricos. La interpretación de los conceptos abstractos y abiertos como “debido proceso”, 1.1 *El concepto tradicional de “debido proceso*, 1.2 *Ideas equívocas sobre el “debido proceso”*, 1.3 *El debido proceso constitucional*; 2. Conflictos de aplicación del nuevo “debido proceso”.

## 1. Aciertos y errores históricos. La interpretación de los conceptos abstractos y abiertos como “debido proceso”

Hay voces que solo con pronunciarse adquieren significados. No se necesita aclarar sus contenidos porque ellos se presuponen, se dan por sabidos. Son conceptos abiertos, de cierta abstracción y generalidad que proyectan mensajes implícitos, los que perduran y se consolidan sin discusión.

La moral y buenas costumbres, la buena fe, el buen padre de familia, el orden público, son algunas de estas representaciones comunes de la interpretación automática que los aplica con una simplicidad absoluta. Ellos están allí como una guía, constituyen un derecho positivo sin definiciones ni enunciados concretos, pero continúan incólumes en la tradición vernácula.

Sin embargo ¿son actualmente orientadores valederos?. Acaso ¿la moral no ha trascendido las fronteras antes dispuestas?. ¿es de buena costumbre callar y no contradecir la autoridad de los mayores?, por ejemplo; ¿sigue siendo buen padre de familia el sostén del hogar, exclusivamente?. ¿el orden público no significa, a veces, el sometimiento y resignación al autoritarismo despótico?.

Son interrogantes que se abren en un mundo que ha cambiado sustancialmente las consignas de los deberes y obligaciones. Obsérvese entre tantos matices, como la fuerza expansiva de la ley, pensada como voluntad divina del pueblo y, por tanto, indiscutible, inmodificable y perenne, tal como fue concebida por el pensamiento revolucionario de la Francia de 1798 (así lo expusieron Montesquieu en el *Espíritu de las Leyes*, y Rousseau en el *Contrato social*), hoy apenas trasciende y es cíclica porque se legisla para la ocasión, lo necesario y urgente, y donde la voluntad del pueblo queda sustituida en la aspiración de las mayorías, la fuerza de los grupos, la influencia de los lobbies, o cuando no, la corrupción negociada que fomenta una consagración normativa <sup>(1)</sup>.

---

<sup>1</sup> Zagrebelsky sostiene que el derecho interpretado en las fórmulas abiertas o elásticas, conocidas también como “cláusulas generales”, es una cruz de toda concepción estrictamente positivista del derecho y de la función judicial, constituyendo una delicia de todo crítica de la misma. Cuando se expresa de este modo (“buenas costumbres”, “buena fe”, “buen padre de familia”, “interés público”,

En su tiempo, la ley era igual a la certeza, ofrecía seguridad en las relaciones y continuidad en las actividades. Por eso, el Juez del siglo XVIII cuando aplicaba la ley hacía lo justo. La Ley implicaba la justicia del caso.

En este contexto, era natural que no se permitieran extralimitaciones. No podía magistrado alguno decir otra cosa que no estuviera afirmada en la norma; y si era ésta la Ley Fundamental, menos aun podía contradecir <sup>(2)</sup>.

Para interpretar la Constitución se crearon Tribunales especiales, que aun teniendo jurisdicción, pensaron que debían ser jueces con capacitación diferente merced al grado de responsabilidad que debían asumir.

El constitucionalismo significó, también, fortificar de una vez y para siempre los derechos de las personas, los que continuaban la línea impuesta desde el Código Civil de Napoleón, glorificando las potestades individualidades y la filosofía liberal <sup>(3)</sup>.

---

“relaciones sociales justas”, etc) es el propio legislador quien declara su incapacidad para prever la concreta aplicación y quien autoriza expresamente que los casos y sus exigencias obtengan reconocimiento. De otra parte, las Constituciones democráticas actuales se deliberan en asambleas constituyentes que expresan el pluralismo político de la “constitución material” al comienzo de experiencias político-constitucionales aún por definir, es decir, cuando todas las fuerzas, debido a la inseguridad de sus intereses particulares inmediatos, se ven inducidos a obrar sobre la base de consideraciones de orden general. Se comprende así por qué el *momento constitucional*, al ser por definición el momento de la cooperación general, tiene características completamente excepcionales en la vida política de un pueblo y por qué, dicho sea de paso, no se puede crear y recrear a placer, como pretenden tantos aspirantes a renovadores de la Constitución (Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, 4ª edición Trotta, Madrid, 2002).

<sup>2</sup> Explica Monroy Gálvez con solvencia habitual que, en el caso concreto de la Francia revolucionaria de 1789, por ejemplo, las espórtulas y la desconfianza social fueron la expresión típica que determinaron que se considerara a los Parlamentos –nombre del grupo social encargado del servicio de justicia- como expresión directa y concreta de la corrupción del Antiguo Régimen, razón por la cual fueron abolidos. Como sustituto de ellos, no solo se formó un nuevo servicio de justicia, sino que, en nuestro tema concreto, se exigió que las decisiones judiciales estuviesen sustentadas en la norma jurídica (Monroy Gálvez, Juan, *Introducción al proceso civil*, editorial Temis, Bogotá, 1996).

<sup>3</sup> En el espíritu de la revolución Francesa –afirma Zagrebelsky- la proclamación de los derechos operaba como legitimación de una potestad legislativa que, en el ámbito de la dirección renovadora que tenía confiada, era soberana, es decir, capaz de vencer todos los obstáculos del pasado que hubieran podido impedir o ralentizar su obra innovadora. La idea –o mejor, la ideología- de la codificación, esto es, la idea de la fundamentación *ex novo* de todo el derecho en un único sistema positivo de normas precisas y completas, condicionado solamente por la coherencia de sus principios inspiradores, es la primera y más importante consecuencia de la *Déclaration*...Al final, cualesquiera que pudiesen haber sido las intenciones de los constituyentes de 1789-1791, la idea, teóricamente muy prometedora, de la ley como codificación del derecho, no podía más que revelarse enemiga del valor jurídico de la *Déclaration*, arrojada al limbo de las genéricas proclamaciones políticas, carentes de incidencia jurídica por sí mismas e insusceptibles de aplicación directa en las relaciones sociales (op.cit. pág.61).

Los códigos procesales fueron tributarios de estas raíces, y respondieron en América con modelos plenamente adaptados a las leyes de enjuiciamiento españolas de 1855 y 1881 –especialmente ésta última-.

Esta visión acotada de un fenómeno histórico no puede dejar de advertir esta incongruencia que ha llevado a la mitología procesal, en el sentido de dar por aceptadas instituciones y principios que no se adaptan a nuestros requerimientos.

Referimos a dos órdenes en particular. Por un lado, Latinoamérica legisló los procedimientos teniendo como ejemplo las leyes españolas, sin advertir que allí (y en casi todo Europa) la tarea jurisdiccional claramente dividía la tarea entre jueces comunes, tribunales constitucionales, justicia administrativa y, más recientemente, la jurisdicción comunitaria y transnacional. Cada sistema tenía su propio diseño formal y un método particular para desarrollar el conflicto. En cambio, nosotros, tomamos íntegramente la ley de enjuiciamiento y la adaptamos con sus reglas y solemnidades para resolver todo tipo de cuestiones. El Juez americano es, a un mismo tiempo, juez de causas comunes, constitucionales, administrativas, provocando que la función jurisdiccional pensada se deforme y entorpezca al confundir permanentemente la tarea primordial que cada situación tiene (v.gr.: no se puede adoptar iguales reglas procesales y menos aun homogeneizar la tarea de interpretación cuando se trata de confrontar en causas eminentemente privadas o públicas de contenido constitucional).

Por otra vertiente aparece el problema del control de constitucionalidad. Recién en las últimas décadas se han efectuado cambios al modelo tradicional del control difuso, donde tienen potestad y deber de fiscalización todos los jueces. Se sublimó *Marbury vs. Madison* sin percatarse que el *stare decisis* (doctrina del precedente obligatoria) americano daba un tinte singular a la actividad política del Juez. Latinoamérica hizo caso omiso a esta nota peculiar del sistema y derivó en los inconvenientes conocidos de no poder controlar desde la Ley ni desde la Constitución toda una época oscura e ingrata de dictaduras y gobiernos de facto.

### **1.1 El concepto tradicional de “debido proceso”**

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

En el primer volumen de nuestro conjunto de libros sobre el *Derecho Procesal Constitucional (Amparo, 2002)*, habíamos destacado que el debido proceso responde en el constitucionalismo argentino al concepto formal de cómo debe sustanciarse un procedimiento, aun cuando al mismo tiempo, reconozca un aspecto sustancial, declarado como principio de razonabilidad (<sup>4</sup>).

---

<sup>4</sup> El adverbio "debido" no aparece en la mayoría de las cartas constitucionales americanas, hecho significativo si tenemos en cuenta la idea que surge inmediata cuando se habla del "debido proceso". El origen aceptado es la 5ª Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de

Estas dos facetas se reproducen en la explicación acerca del concepto. Es decir, se pone de relieve la importancia que tiene la actuación jurisdiccional. Son los jueces quienes deben preservar las garantías del proceso, y aplicar el principio de razonabilidad en cada una de las decisiones que adopte.

El carácter bifronte que mencionamos tiene otra fuente en el derecho anglosajón que a través de la frase "*due process of law*" -que es una variación de la contenida en la Carta Magna inglesa de 1215 "*per legem terrae*", "*by the law of the land*"- ha desarrollado un alcance no sólo procesal, sino inclusive, informador de todo el ordenamiento jurídico.

El concepto tiene así un condicionante diferente al modelo donde nace ("common law" anglosajón), porque el "civil law" tiene presupuestos distintos. Por eso, aunque la adquisición supone progresar en la práctica de todos los derechos que se aplican en un proceso, para que sean satisfechos inmediatamente en sus alcances e intereses, los medios para hacer efectiva la práctica difieren.

Es cierto que en sus comienzos el *due process of law* tuvo un valor fundamental que fue señalado en el capítulo 39 de la Carta Magna inglesa de 1215, donde se desarrolla este derecho de los barones normandos frente al Rey "Juan Sin Tierra" a no sufrir arresto o prisión arbitrarios, y a no ser molestados ni despojados de su propiedad sin el juicio legal de sus pares y mediante el debido proceso legal.

*"Ningún hombre libre deberá ser arrestado, o detenido en prisión, o desprovisto de su propiedad, o de ninguna forma molestado; y no iremos en su busca, ni enviaremos por él, salvo por el juzgamiento legal de sus pares y por la ley de la nación".*

La primera idea de estas garantías fue evitar el castigo arbitrario y las ilegales violaciones a la libertad personal y de los derechos de propiedad. Al mismo tiempo orientó a los jueces hacia un juicio justo y honesto. Creaba y protegía inmunidades que las personas nunca habían disfrutado hasta entonces, así como los derechos propios, atinentes a la persona o a sus bienes, y también significa que su disfrute no podía ser alterado por el Rey por su propia voluntad y, por ende, no podía arrebatárselas<sup>5</sup>).

---

América que establece los derechos de todo ciudadano a tener un proceso judicial; y también figura en la 14ª Enmienda, como una restricción al poder del Estado para resolver sobre el destino de los hombres sin el *debido proceso* (Cfr. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Derecho Procesal Constitucional*, tomo I, editorial de Belgrano, Buenos Aires, 2000).

<sup>5</sup> El contenido original de la Carta –se explica- era mucho más específico y restringido, como salvaguarda para asegurar un juzgamiento por árbitros apropiados, compuestos por los propios poseedores, por los barones mismos o por los jueces reales competentes. La cláusula no pretendía acentuar una forma particular de juicio, sino más bien la necesidad de protección ante actos arbitrarios de encarcelamiento, desposesión e ilegalidad que el Rey Juan había cometido o tolerado. Pero con el tiempo las apelaciones a otras libertades fueron, o sustantivas, o procesalmente orientadas hacia fines sustantivos, motivo por el que la Carta Magna inglesa se convirtió en uno de los documentos constitucionales más importantes de la historia. No en vano recibió más de 30 confirmaciones de otros monarcas ingleses; las más importantes, de Enrique III, en 1225; de Eduardo I, en 1297, y de Eduardo III, en 1354 (Zagrebelsky, op. cit., pág. 79 y ss.).

Con el tiempo, el proceso debido fue llevado al plano de la Ley, e inclusive sin tener mención expresa, se consagró en las constituciones de los Estados. No hubo indicaciones sobre contenidos o funciones de un proceso tipo o modelo, sino precisiones sobre la defensa, especialmente referido a los casos de defensa en procesos penales.

Nace así el llamado *debido proceso constitucional*, que fue más importante por las implicancias supuestas que por las declaraciones realizadas. En Argentina, por ejemplo, se extrajo del art. 33 (cláusulas implícitas) la necesidad de tener un proceso debido sujeto a las condiciones de la ley, evitando la discreción judicial y los abusos de autoridad.

La última etapa refleja un paso más en la tradición jurisprudencial anglo-norteamericana, al extenderse el concepto del debido proceso a lo que en esa tradición se conoce como *debido proceso sustancial -substantive due process of law*, que, en realidad, aunque no se refiere a ninguna materia procesal, constituyó un ingenioso mecanismo ideado por la Corte Suprema de los Estados Unidos para afirmar su jurisdicción sobre los Estados federados, al hilo de la Enmienda XIV a la Constitución Federal, pero que entre nosotros, sobre todo a falta de esa necesidad, equivaldría sencillamente al principio de razonabilidad de las leyes y otras normas o actos públicos, o incluso privados, como requisito de su propia validez constitucional.

La razonabilidad estableció límites a la potestad judicial, y constituyó un llamado o advertencia al Estado en el sentido de que deben ajustarse, no sólo a las normas o preceptos concretos de la Constitución, sino también al sentido de justicia contenido en ella, el cual implica, a su vez, el cumplimiento de exigencias fundamentales de equidad, proporcionalidad y razonabilidad (<sup>6</sup>).

En resumen, se coincide que el concepto del debido proceso, a partir de la Carta Magna, pero muy especialmente en la jurisprudencia constitucional de los Estados Unidos, se ha desarrollado en los tres grandes sentidos apuntados:

---

<sup>6</sup> Por eso las leyes y, en general, las normas y los actos de autoridad requieran para su validez, no sólo haber sido promulgados por órganos competentes y procedimientos debidos, sino también pasar la revisión de fondo por su concordancia con las normas, principios y valores supremos de la Constitución (formal y material), como son los de orden, paz, seguridad, justicia, libertad, etc., que se configuran como patrones de razonabilidad. Es decir, que una norma o acto público o privado sólo es válido cuando, además de su conformidad formal con la Constitución, esté razonablemente fundado y justificado conforme a la ideología constitucional. De esta manera se procura, no sólo que la ley no sea irracional, arbitraria o caprichosa, sino además que los medios seleccionados tengan una relación real y sustancial con su objeto. Se distingue entonces entre razonabilidad técnica, que es, como se dijo, la proporcionalidad entre medios y fines; razonabilidad jurídica, o la adecuación a la Constitución en general, y en especial, a los derechos y libertades reconocidos o supuestos por ella; y finalmente, razonabilidad de los efectos sobre los derechos personales, en el sentido de no imponer a esos derechos otras limitaciones o cargas que las razonablemente derivadas de la naturaleza y régimen de los derechos mismos, ni mayores que las indispensables para que funcionen razonablemente en la vida de la sociedad.

- a) El del debido proceso legal, adjetivo o formal, entendido como reserva de ley y conformidad con ella en la materia procesal;
- b) La creación del debido proceso constitucional o debido proceso a secas, como procedimiento judicial justo, todavía adjetivo o formal procesal; y
- c) El desarrollo del debido proceso sustantivo o principio de razonabilidad, entendido como la concordancia de todas las leyes y normas de cualquier categoría o contenido y de los actos de autoridades públicas con las normas, principios y valores del Derecho de la Constitución.

### **1.2 Ideas equívocas sobre el “debido proceso”**

La historia del debido proceso poco aclara para una definición; podemos colegir la misma vaguedad e imprecisión conceptual que tienen los preceptos expuestos al comienzo, como la importancia que tiene para establecer un dogma jurídico (<sup>7</sup>).

En rigor, la idea pilar originaria que tuvo el “debido proceso” fue de limitación al poder, porque el mentado principio de legalidad que se constituyó por el desarrollo constitucional del siglo XVIII y buena parte del siglo XIX, le otorgaba una autoridad soberana a las Cámaras legislativas, que se valieron del “imperio de la ley” para subordinar las acciones del gobierno y de los jueces.

Fue consecuencia de esa política de sometimiento al principio *dura lex sed lex*, que el Poder Judicial dejó de ser tal para quedar informado únicamente como “administración de justicia”.

La autoridad de la ley era la expresión suprema de la hegemonía, y el debido proceso legal no podía ser otro que el que las leyes modelaran, especialmente cavilando en el proceso penal (<sup>8</sup>).

---

<sup>7</sup> Sostiene Morello que la historia y las referencias que pasan por el horizonte de los Estados Unidos de América marcan en la normativa, la consagración de los derechos y las garantías; a un primer tramo, etapa o período de “iusnaturalización” caracterizado por la simple “declaración” de los derechos junto a los principios básicos del Estado, sigue una segunda etapa, en la que los derechos y garantías se ven convertidos en “derechos fundamentales”, positivizados con rigor y afán de cubrirlos con una coraza de operatividad, y concretar resultados efectivos. La tradición inglesa y el criterio manifiesto del juego real de las libertades recorta el perfil de esa clara distinción que potencia el plafón del ciudadano, que al seguir la línea de sentido americana, también vio el desarrollo que asumió desde Francia, mediante la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, del 27 de agosto de 1789 (Morello, Augusto Mario, *Del debido proceso y la defensa en juicio al proceso justo constitucional*, en Rev. La Ley, 2003-D (diario del 13/06/2003).

<sup>8</sup> Así pues, las leyes, al ocupar la posición más alta, no tenían por encima ninguna regla jurídica que sirviese para establecer límites, para poner orden. Pero no había necesidad de ello. Jurídicamente la ley lo podía todo, porque estaba materialmente vinculada a un contexto político-social e ideal definido y homogéneo. En él se contenían las razones de los límites y del orden, sin necesidad de prever ninguna medida jurídica para asegurarlos. El derecho entra en acción para

Con los códigos se pretendió fijar el contenido dogmático de la ley; y con las Constituciones se exaltó el valor de los principios superiores a la norma. Mientras el primer aspecto se consagra en el positivismo jurídico; el restante asume vocación de eternidad fijando reglas y organizando las instituciones.

La ley actúa sobre la generalidad, haciendo abstracción de los hechos, sistematizando las acciones y asignando plenitud al cuerpo orgánico del sistema; en cambio, las normas fundamentales, las cartas magnas, o simplemente las Constituciones, especifican los derechos y crean el sentido de los deberes. Por eso tienen más elasticidad y admiten creaciones flexibles donde la supremacía de los intereses admiten adaptaciones al tiempo y las circunstancias, aunque se sepa de ante mano que ello será para situaciones de excepción.

Pero el “debido proceso”, como tal, no está ni en las leyes ni se define en las Constituciones. Y hasta fue lógico que no estuviera, porque si en Europa el denominado *sistema de la desconfianza* le había a privado a los jueces la posibilidad de interpretar la ley y darle armonía con el contexto donde aplicarla, pensando que solamente los Tribunales Constitucionales podían llevar a cabo esa tarea; con esa prevención, precisamente, la noción de proceso debido se constituyó más como un refuerzo a la mentada desconfianza, evitando que la discreción judicial tornara irrazonable o arbitraria.

De este modo, los códigos procesales de la época limitaron absolutamente el rol del Juez en el proceso, elevando por encima de todos los demás principios, al dispositivo según el cual, el proceso es cosa de partes y sólo éstas tienen interés en el desarrollo y solución del conflicto. Son los litigantes quienes deben respetar las consignas del procedimiento que, para ser debido, debía estar emplazado entre partes, en igualdad de condiciones y trato, reconociendo en el Juez el equilibrio de la balanza en esa lucha entre fuerzas opuestas.

Recuérdese que nuestro modelo instrumental fue tomado con estas características, y en consecuencia, debe quedar impresa en la memoria esta conclusión primera: *El debido proceso legal se sostiene en los principios de bilateralidad y contradicción; ejercicio efectivo del derecho de defensa y garantías suficientes para la independencia e imparcialidad del juez interviniente en el conflicto.*

Pero esto es un suceso de Europa, y como antes se mencionó, el debido proceso nos llega e influye de la doctrina americana donde las cosas son muy diferentes.

---

suplir la carencia de una ordenación expresada directamente por la sociedad, y no era éste el caso. Una sociedad política “monista” o “monoclase”, como era la sociedad liberal del siglo XIX, incorporaba en sí las reglas de su propio orden (Zagrebel'sky).

En América priva la doctrina de la *confianza en los jueces* con todo lo que ello implica y que trasciende el sentido de poder controlar la constitucionalidad de las leyes.

El “*common law*” presta suma atención a la confiabilidad y honorabilidad de sus jueces, y por eso es tan importante la primera instancia, en lugar de los tribunales de apelaciones europeos que se distinguen por la formación de la jurisprudencia o doctrina judicial.

La fuerza del Juez americano está en sus potestades, antes que en las leyes. Tiene un sistema donde el poder se tiene y se ejerce, sin limitaciones obstruccionistas afincadas en principios estancos (como la bilateralidad y la contradicción) o en solemnidades inútiles que solamente sirvieron para hacer del proceso una regla de comportamientos y actitudes, de acciones y reacciones, de alegatos y réplicas, en los cuales la verdad de los hechos quedó bastante difuminada (<sup>9</sup>).

Ahora bien, si nuestra idea latinoamericana de debido proceso tiene raigambre en el modelo anglosajón, habrá que recordar que no es el sistema procesal dispuesto para nuestros códigos.

De allí, entonces, el temor de precisar el alcance que tiene el debido proceso legal, el que termina siendo una referencia al Juez para evitar transgredir la vida, la propiedad o la libertad sino es en función de actuar una controversia entre partes.

En definitiva, el *due process of law* que se pretende acomodar a nuestra idiosincrasia es distinto al proceder de los jueces americanos. Primero porque tienen un sistema desigual; segundo, porque el respeto institucional sugiere una confianza diferente; luego, porque perviven conceptos que trasuntan ideologías del positivismo jurídico donde anidan concepciones jurídicas que se creen inmutables, operando como resabios de una concepción otrora dominante y hay ausente de contenidos reales.

### **1.3 El debido proceso constitucional**

Con la aparición de los derechos humanos, el derecho a tener jueces, a ser oído, y a tener un proceso con todas las garantías, fomentó una evolución notable en el concepto del debido proceso.

---

<sup>9</sup> Advierte Zagrebelsky que, en América, el poder judicial encontraba las bases de su expansión en aquello que faltaba en Inglaterra: un *higher law*, la Constitución, en la que los derechos se conciben como realidad presupuesta para el derecho legislativo. Acudiendo a ese notable *thesaurus*, los jueces pueden continuamente pertracharse de argumentos constitucionales que no pueden ser contradichos por un legislador cuya autoridad está subordinada a los derechos (*passim*).

De ser un proceso legal se pasó a estimar un proceso constitucional, con el agregado de principios y presupuestos que conciliaban en el argumento de que sin garantías procesales efectivas y certeras, no había posibilidad alguna para desarrollar los derechos fundamentales.

A partir de esta concepción, el proceso como herramienta al servicio de los derechos sustanciales pierde consistencia: no se le asigna un fin por sí mismo, sino para realizar el derecho que viene a consolidar <sup>(10)</sup>.

Con ello no decimos que el proceso abandone el rol que permite ejercer los derechos materiales; ni que haya perdido su condición de modelo técnico; se trata simplemente de advertir que su fisonomía debe resultar permeable a las exigencias del tiempo en que ocurre, de forma tal que no sea un mero procedimiento, sino una garantía esencial para los derechos humanos.

En definitiva, el proceso jurisdiccional tiene suprema importancia para el derecho procesal constitucional porque es la auténtica protección de las garantías. Desde este punto de vista, hasta podría afirmarse que es la única garantía <sup>(11)</sup>.

Con la constitucionalización del proceso se evade y posterga la noción de exigencia individual o derecho subjetivo público. Queremos significar así, que el proceso debido es aquél que no tiene fronteras ni características por Estado. Es una noción unívoca que obliga a adaptaciones singulares y a estándares propios que afincan, al unísono, en la garantía procesal por excelencia.

La influencia de la Constitución en el proceso no ha de verse solamente en la cobertura que ofrece una norma fundamental de un Estado cualquiera respecto a la conformación de una estructura mínima de presupuestos y condiciones para tramitar adecuadamente un litigio.

El sentido trasciende los espacios propios; va más allá de las soberanías resignadas al papel penetrante que tienen los Tratados y Convenciones sobre Derechos Humanos. Se abandona el señorío de la voluntad y se posterga las

---

<sup>10</sup> No debe creerse que por ser el proceso un instrumento que se construye para una finalidad que le es extrínseca, él mismo (la garantía) no tenga una propia finalidad. Ello así, en la medida que un mismo fin puede lograrse por diferentes caminos o medios, lo cual pone de relieve que el fin no integra la consistencia del medio, aunque ésta debe ser adecuada para alcanzarlo. Por ende, cada medio ha de utilizarse según su propio modo de ser, respetándolo y cambiándolo para que mejor llegue al fin perseguido. Cabe modificar el medio siempre que se mantengan sus aspectos fundamentales, pero no cambiando alguno de éstos, de tal manera que se pierda la manera de ser o consistir del instrumento. Si ello se hace, estamos ante un medio diferente, mejor o peor, pero no ante el mismo.

<sup>11</sup> En la teoría procesal este pasaje es de suma importancia, porque supone dar vida a una posición distinta al concepto popular que idealiza al proceso como parte vital en la trilogía estructural del derecho procesal como ciencia (jurisdicción, acción y proceso), para dar lugar a una interpretación constitucional sobre el modo que debe tener un procedimiento litigioso para respetar los derechos humanos y otorgar adecuadamente el derecho a la protección jurídica que se promete en los Tratados y Convenciones Internacionales.

conveniencias particulares del Estado. La voluntad que se protege no es particular sino la universal del hombre que quiere para sí y por sí, con independencia de los particulares contextos de la relación, es decir, del hombre que actúa para la realización de sí mismo como sujeto absoluto <sup>(12)</sup>.

En suma, la constitucionalización del proceso supone crear condiciones para entender lo que “es debido”. No se trata ahora de un mensaje preventivo dirigido al estado; ni de asegurar los mínimos exigibles en el derecho de defensa; hay una construcción específica que comienza desde la entrada al proceso y continúa a través de toda la instancia culminando con el derecho a una sentencia fundada que pueda ser ejecutada y cumplida como los jueces han ordenado.

No obstante, puede haber al mismo tiempo, otra lectura para el mismo acontecimiento fundamental.

El “debido proceso constitucional” se puede observar desde la plataforma de los más necesitados, obligando a sustanciar un sistema tuitivo, de carácter proteccionista, donde se puede referenciar la miseria humana, las ofensas en la dignidad, las carencias manifiestas de pobres y abandonados, la situación de los niños o las mujeres vejadas, los marginados sociales, los perseguidos, los ancianos, etc.

En este aspecto, el debido proceso se vislumbra como la necesidad de restaurar los derechos perdidos, donde no se pueden aplicar conceptos del procesalismo formal, porque la necesidad de reparación es más importante que el formalismo. Sería ni más ni menos que el derecho a tener un proceso sin resignaciones ni egoísmos adjetivos <sup>(13)</sup>.

En resumen, la gran alteración que sufre el concepto repetido del debido proceso se relaciona con el tiempo cuando se expresa. Mientras la tradición ideológica lo muestra como un concepto abstracto que persigue la perfección de los procedimientos evitando la arbitrariedad o la sin razón; el ideal moderno lo

---

<sup>12</sup> Este pasaje tomado parcialmente de Zagrebelsky, se completa con lo siguiente: La idea de los derechos como pretensiones de la voluntad concuerda, a primera vista, con una visión “defensiva” o negativa de los mismos, es decir, con su concepción como instrumentos de defensa frente a la arbitrariedad del poder. Pero éste es sólo un punto de arranque. A partir de ahí es muy posible que se produzcan desarrollos en sentido “positivo”, como pretensión frente a quien dispone de recursos necesarios o útiles para hacer eficientes, los derechos de la voluntad. Esto puede tener lugar en un sentido intensivo, la efectividad, o en un sentido extensivo, la generalización de los derechos. Las pretensiones en las que se sustancian los derechos orientados a la voluntad son, por ello, inagotables, como inagotable es la voluntad de poder o de fuerza a cuyo servicio se orientan.

<sup>13</sup> En la concepción antigua, los derechos no sirven para liberar la voluntad del hombre, porque ésta, de por sí, es origen de arbitrio y desorden. Sirven, por el contrario, -en opinión de Zagrebelsky- para reconducirla a su justa dimensión. Su realización consiste en la adopción de medidas políticas orientadas a la justicia o, como suele decirse, al bien común. Por tanto, la visión que se ofrece de ellos es esencialmente de derecho objetivo: los derechos como consecuencia o reflejo de un derecho justo; los derechos como tarea a realizar por los gobernantes, como deber de los poderosos en favor de los más débiles. Así pues, también en esto se da una contraposición. Mientras que para la tradición moderna los derechos son el complemento de la naturaleza positiva del hombre, para la tradición antigua, en cambio, son el remedio contra su maldad y contra los males que derivan del ejercicio de su voluntad.

emplaza con una dinámica que diluye la fijación de contenidos. Tiene, en consecuencia, un carácter o una condición progresiva, donde lo trascendente es destacar su rol como única garantía fundamental para la protección de los derechos humanos.

La modificación sustancial se da, asimismo, en el *ethos* dominado por los deberes, antes que por las exigencias individuales o propias del derecho subjetivo. El debido proceso constitucional no se concreta en las afirmaciones de una ley, o en los preceptos de un código; se proyecta más que en los derechos, hacia los deberes jurisdiccionales que se han de preservar con la aspiración de conseguir un orden objetivo más justo.

En definitiva, el debido proceso es el derecho a la justicia lograda en un procedimiento que supere las grietas que otrora lo postergaron a una simple cobertura del derecho de defensa en juicio. No estaremos hablando más de reglas, sino de principios.

## **2. Conflicto de aplicación del nuevo “debido proceso”**

El diseño progresivo que se advierte en la explicación del concepto adoptado para el “debido proceso, tiene tras sí enorme trascendencia: *las ideas no se ofrecen para un sistema u ordenamiento específico, porque apoyan las bases para un entendimiento común, con reglas y principios generales.*

Con la comprensión ofrecida para un *debido proceso constitucional* no se pretendió imponer desde la Norma Fundamental un criterio rígido ni un diseño preestablecido. Todo lo contrario, se han mantenido los esquemas ya dispuestos (v.gr.: art. 18, CN) y se los complementó con las nuevas garantías (v.gr.: art. 43, CN) <sup>(14)</sup>.

La perspectiva reformadora, quizás, tuvo en cuenta que los principios constitucionales sobre la jurisdicción y el proceso necesitaban de reafirmaciones y progresos, antes que de reglas y leyes dictadas en consecuencia (v.gr.: el ejemplo del uso efectivo del amparo sin haberse reglamentado el art. 43, es una muestra contundente acerca de cómo se pueda hacer una realidad práctica y efectiva de

---

<sup>14</sup> Apunta Morello que la influencia de los Tratados y Convenciones Internacionales sumado a la jurisprudencia de los tribunales supranacionales (v.gr.: Estrasburgo, Corte Interamericana), plasman una redacción enérgica que consolida la idea de un derecho procesal básico, el cual estando muy lejos de vestirse solo como declaraciones abstractas y programáticas; afirman nuevos contenidos, distinto espesor, diferentes reacciones (también acuerdan la protección en relación al obrar manifiestamente abusivo o arbitrario del Estado y de particulares –y poderosos grupos económicos, etc.-). Todo ello visto –en particular su forma razonable y la apertura de poder ejercerlo- desde la óptica del justiciable, del consumidor de la justicia (del pobre, del extranjero, de las comunidades indígenas, del niño, etc.).

una institución nueva, sin necesidad de aplicar leyes concretas que, a veces, terminan encarcelando o limitando las renovaciones).

Con ello, el respaldo que sostiene los contenidos esenciales del “debido proceso” provienen de apoyos casi *iusnaturalistas*, en el sentido de prometer un derecho para todos por la sola condición humana. Y eso es muy útil, mucho más cuando se quieren ver diferencias en el modo de actuar el control de constitucionalidad.

En efecto, en un marco procesal sesgado como tienen los Tribunales Constitucionales (sistema jurisdiccional concentrado, abstracto en la causa y genérico en las derivaciones), la interpretación es casi filosófica, se argumenta con principios antes que con razones, y se piensa en el *bienestar* general antes que en la solución pacífica del conflicto; en cambio, el Juez del control difuso (concreto porque debe aplicar la potestad de interpretar y aplicar la ley a un caso en particular, y singular en cuanto respecto al alcance de la sentencia –por eso se afirma que no hay inconstitucionalidades eventuales sino inaplicación de la ley al caso específico-) debe resolver la cuestión propuesta y deducir las implicancias de la ley en el problema en ciernes; la sentencia no trasciende y se cobija en el manto de lo puramente individual y casi anecdótico.

Mientras la función jurisdiccional de los Tribunales Constitucionales piensa en lo general; el juez del sistema americano sabe que su sentencia, para llegar a ser *trascendente*, deberá superar las escalas jerárquicas y valorativas de la pirámide judicial, donde la llegada al máximo tribunal encargado de velar por la supremacía de la Constitución, habitualmente es condicionado, excepcional y extremadamente solemne.

De lo dicho se desprende el cuidado que se ha de tener para adoptar y adaptar las explicaciones que en Estados Unidos se tiene para el *due process of law* e, inclusive, de pensar que se trata de reglas previstas para un modelo general de defensa efectiva.

En nuestra opinión la diferencia está en que, el modelo europeo comienza como una proyección de la desconfianza en los jueces, y por eso, las exigencias primeras se destinaron a poner frenos a los arrebatos e intemperancias del Poder Judicial. Las prevenciones fueron especialmente aplicadas al proceso penal, y en consecuencia, el debido proceso fue antes que un principio, una regla que limitaba la función jurisdiccional (*nadie puede ser condenado sin ser oído*, evitaba los juicios sumarios; *juez independiente e imparcial*, concretó el aislamiento de la administración y el Parlamento con quienes debían aplicar la ley, entre otras manifestaciones).

Además, los sistemas procesales continentales exacerbaban la importancia de los tribunales de Alzada, considerando que ellos debían a través de la casación, formalizar un criterio purificador de la jurisprudencia, con una clara tendencia hacia la uniformación. No era aconsejable que el Juez desviara a su antojo el criterio de interpretación, el cual por otra parte, estaba limitado y restringido (v.gr.: por la variedad de presupuestos de prejudicialidad, como por aquellas que obligaba a intervenir a los Tribunales Constitucionales). De hecho, el

*iura novit curia* no fue más que una libertad de elección en la ley aplicable, y pocas veces una apertura a cambiar los esquemas predispuestos.

La evolución se constata con el llamado “derecho a la jurisdicción” que se consagra en la *tutela judicial efectiva* desde el cual, el debido proceso comienza a integrarse en cada etapa del procedimiento, con exigencias autónomas. Por ejemplo, acceso irrestricto, asistencia legal de confianza e idónea, derecho a ser oído y a probar con libertad las afirmaciones, solidaridad y compromiso de las partes en la búsqueda de la verdad, sentencia fundada, derecho a los recursos, a la ejecución de la sentencia o prestación judicial útil y efectiva, etc.).

Este desarrollo modificó las reglas de otrora con principios de raigambre constitucional, al punto que los Tribunales Constitucionales europeos han multiplicado su jurisprudencia al explicar los alcances del debido proceso constitucional como representante del derecho que tiene toda persona a la tutela judicial efectiva.

Este plano se ha transmitido a nuestros ordenamientos, y se integró con los enunciados de Pactos y Convenciones continentales que ordenaron el nuevo emplazamiento para el juicio justo y equitativo.

El problema está en el modelo constitucional, porque como antes se dijo, el Juez del sistema difuso es una autoridad con poder de controlar la administración (eficacia y legalidad administrativa) y de fiscalizar la supremacía de la Norma Fundamental (control de constitucionalidad). Condiciones de suma practicidad en el “*common law*”, pero severamente restringido en el “*civil law*”, donde se ponen condiciones hasta para la misma actuación del Juez (v.gr.: pedido de parte, caso concreto, actualidad del perjuicio, demostración del perjuicio, afectado directo, alcance de la sentencia, etc.).

En consecuencia, afirmar que el debido proceso es una regla para la conducta de los jueces puede constituir un desatino, porque así fue pensado en las enmiendas constitucionales que seguimos como fundamento y razón de nuestro derecho de defensa en juicio, pero aplicado en un contexto totalmente diverso, similar al Europeo, donde el Juez no es *poder* sino *administración de justicia*.

Entonces, vinieron las cuestiones enojosas y hasta baladíes donde difieren los llamados *garantistas* que quieren a rajatabla que el debido proceso se constituya como un respeto absoluto a la regla de bilateralidad y contradicción, a la independencia absoluta del Juez, y para asignar a éste únicamente la función dirimente del conflicto; respecto de quienes persiguen el *decisionismo judicial*, valorando la autoridad del Juez en el proceso, la búsqueda de la justicia a través de la verdad, la entronización del principio de igualdad, la colaboración en la prueba, etc.

En los hechos, ambos sectores tienen parte de razón y una cuota excesiva de obsesión sobre reglas que no son tales.

En efecto, el diseño de los *garantistas* es justo y apropiado para el proceso penal, pero no se adapta al proceso civil, pese a los valiosos estudios que señalan

científicamente que existe una teoría unitaria del derecho procesal, o en otros términos, una teoría general del proceso que muestra coincidencias de principios sin distinción de procedimientos.

Por su parte, establecer en el Juez deberes de actividad trastoca el pilar fundacional del debido proceso actuado como límite o frontera de la función judicial.

Una vez más estamos en el fango que nos llega de sistemas distintos para resolver la justicia en sus diversas manifestaciones. No es igual implementar el debido proceso en un régimen de autoridad y confianza en los jueces, respecto de quienes restringen su accionar por desconfiar de sus poderes.

## UNIDAD II: MEDIDAS DE COERCIÓN

### LECTURA OBLIGATORIA

DEL RIO LABARTHE, Gonzalo. (2008). La Prisión Preventiva en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Lima - Perú: Anuario de Derecho Penal.

### PREGUNTAS

1. ¿Qué es la Prisión Preventiva?
2. ¿Qué es el *Periculum in mora*?
3. ¿Cuáles son las aportaciones del Tribunal Constitucional al tema de la Prisión Preventiva?
4. ¿Cuál es el fundamento de la motivación de las resoluciones judiciales?

## LA PRISIÓN PREVENTIVA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Gonzalo Del Río Labarthe

**Sumario:** I. Introducción II. Prisión preventiva y presunción de inocencia III. Prisión preventiva y libertad personal IV. Presupuestos V. Aportaciones del TC 1. *Fumus boni iuris* 2. *Periculum in mora* A. Peligro de fuga B. Peligro de obstaculización V. Motivación

### I. INTRODUCCIÓN

Premisa N° 1: Este trabajo no aborda la problemática de la acción constitucional del hábeas corpus, en virtud de la cual el TC asume competencia para resolver si determinada resolución judicial de un proceso penal es compatible con las disposiciones de la Constitución; y en su caso, si existe una violación de un derecho fundamental en su ejecución. Hay muchos trabajos que analizan el hábeas corpus y la cuestión vinculada a la posibilidad de interponer dicha acción contra resoluciones judiciales<sup>1</sup>. El propósito de este artículo se circunscribe a estudiar la doctrina sentada por el TC —al resolver dicha acción de garantía— respecto a la importante institución de la prisión preventiva. Así, se espera describir algunas líneas maestras

---

1 *Vid.* Especialmente: AAVV. 2008.

de la manera como el TC interpreta la prisión preventiva y sus presupuestos, la argumentación desarrollada para determinar su conformidad constitucional. No se analizará el CPC; sino la relación entre Constitución y ciertas normas procesales penales en el marco de la interpretación que el TC hace del instituto de la prisión preventiva.

Premisa N° 2: En este artículo no se analizará minuciosamente las características de la prisión preventiva, al menos no según la metodología clásica<sup>2</sup>. La idea es analizar los aportes del TC que permitan interpretar esta institución procesal, señalando cuándo la doctrina jurisprudencial favorece una correcta interpretación o, en su caso, criticando los casos que, a nuestro juicio, se aparta de una legítima interpretación de la privación cautelar de libertad en un Estado de derecho. La metodología es sencilla, consiste en evaluar algunas características y presupuestos<sup>3</sup> de la prisión preventiva a partir de los casos de hábeas corpus resueltos por el TC<sup>4</sup>.

Premisa N° 3: Se utiliza el término prisión preventiva para designar el acto procesal dispuesto mediante una resolución jurisdiccional y que produce la privación provisional de la libertad del imputado, con el propósito de asegurar el desarrollo del proceso penal y la eventual ejecución de la pena. Sin embargo, en muchas resoluciones del TC, citadas en este artículo, se emplea la expresión «mandato de detención», de acuerdo con el CPP de 1991, vigente cuando fueron dictadas. Preferimos la expresión prisión preventiva porque es más exacta y permite diferenciar la privación cautelar de libertad (ordenada en una resolución judicial

2 Una revisión de los presupuestos materiales y formales de la prisión preventiva puede verse en: Del Río Labarthe 2008.

3 Concretamente se revisa aquí algunas SSTC que desarrollan la relación entre prisión preventiva y presunción de inocencia (funciones cautelares, tratamiento del imputado durante el proceso penal), prisión preventiva y libertad personal (su carácter instrumental y provisional; el principio de proporcionalidad, la motivación) y el análisis específico de sus presupuestos: *fumus boni iuris* y *periculum in mora*. El aspecto específico de la duración de la prisión preventiva no se desarrolla aquí en la medida en que la extensión del tema y las múltiples resoluciones del TC que la desarrollan requieren un estudio específico. En el ámbito de los presupuestos formales (procedimiento, impugnación, competencia, etc.), es un tema que también debe ser tratado en un estudio específico y la jurisprudencia del TC es más bien escasa en referencia a estos temas.

4 No se pretende un análisis exhaustivo de todas las resoluciones del TC, en una elección ciertamente arbitraria, se han escogido algunas SSTC que han establecido las líneas maestras del tratamiento de la prisión preventiva: SSTC 0139-2002/HC, de 29 de enero (Caso «Bedoya de Vivanco»); 0791-2002/HC, de 21 de junio (Caso «Riggs Brousseau»); 0808-2002/HC, de 8 de julio (Caso Tello Díaz); 1091-2002/HC, de 12 de agosto (Caso «Silva Checa»); 1260 - 2002/HC, de 9 de julio (Caso «Domínguez Tello»); 1565-2002/HC, de 5 de agosto (Caso Chumpitaz González); 0376-2003/HC, de 7 de abril (Caso «Bozzo Rotondo»); y, 03784-2008/HC, de 06 de enero (Caso «Rodríguez Huamán»).

a la ocasión de un proceso penal) de la detención (arresto policial o ciudadano), que es una medida definida como precautelar por la doctrina nacional<sup>5</sup>. Además, se trata de la expresión utilizada por el NCPP 2004. La detención propiamente dicha<sup>6</sup> no es materia de este artículo.

## **II. PRISIÓN PREVENTIVA Y PRESUNCIÓN DE INOCENCIA**

La prisión preventiva es sin duda la más grave y polémica de las resoluciones que el órgano jurisdiccional puede adoptar en el transcurso del proceso penal. Mediante su adopción se priva al imputado de su derecho fundamental a la libertad, en un prematuro estadio procesal en el que, por no haber sido todavía condenado, se presume su inocencia<sup>7</sup>.

El derecho de presunción de inocencia [arts. 2.24.e) de la Constitución peruana<sup>8</sup> y II.1 del TP NCPP<sup>9</sup>] es uno de los principales límites de la prisión preventiva. Ese derecho implica que toda persona imputada de la comisión de un hecho punible sea considerada inocente y tratada como tal, mientras no se demuestre lo contrario mediante una sentencia firme debidamente motivada. Es por esta razón que la legitimidad de toda tutela preventiva en el orden penal depende del contenido que se asigne a la presunción de inocencia<sup>10</sup>.

---

5 San Martín Castro 2003, p. 1099.

6 Para efectos de lo aquí se discute, no es relevante si se analiza el CPP 1991 o el NCPP 2004. Ambas normas son perfectamente compatibles en orden a delimitar los presupuestos de la prisión preventiva. Ambas se fundamentan en el *fumus boni iuris* y el peligro de fuga, en ambos Códigos su utilización (aunque no ocurra ello en la práctica) debe ser excepcional y subsidiaria, etc. En todo caso, el NCPP 2004 es más detallado y por eso se usa aquí como referencia, lo que demuestra lo anterior, las resoluciones que se detallan del TC (todas ellas en el ámbito del CPP 1991) son absolutamente aplicables al Nuevo Código. Finalmente, también sucede lo mismo con el límite penológico, las sentencias citadas del TC se ocupan de un límite de 4 años porque todas son anteriores a la modificación (que ubica el límite penológico en un año) de la Ley 28726. Este artículo insiste en dicho límite: primero, porque es el límite que también acoge el NCPP 2004; y además, porque el autor considera que es el límite que debe seguir siendo aplicado por el juzgador mientras se siga utilizando —en algunas ciudades— el CPP 1991, porque más allá de la modificatoria, sigue siendo lo pertinente en aplicación del principio de proporcionalidad.

7 Gimeno Sendra, V. «Prólogo» a la obra de Asencio Mellado, J.M., *La prisión provisional*, Civitas, Madrid, 1987, p. 21.

8 Art. 2.24.e Constitución.- «Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad».

9 Art. II.1 TP NCPP.- «Toda persona imputada de la comisión de un hecho punible es considerada inocente, y debe ser tratada como tal, mientras no se demuestre lo contrario y se haya declarado su responsabilidad mediante sentencia firme debidamente motivada [...]».

10 Pujadas Tortosa 2008: 45.

En tal virtud, es necesario acudir a la triple acepción de la presunción de inocencia: 1) principio informador de todo el proceso penal de corte liberal, 2) regla de tratamiento del sujeto pasivo del proceso y 3) regla de juicio fáctico de la sentencia con incidencia en el ámbito probatorio<sup>11</sup>.

El derecho subjetivo a la presunción de inocencia del imputado, como regla de tratamiento del proceso penal, comporta la prohibición de que la prisión preventiva pueda ser utilizada como castigo. La contradicción material, consistente en privar de libertad a un imputado antes de que se le condene, solo puede salvarse si se le considera como una medida cautelar y no como una pena<sup>12</sup>.

De ahí que el factor fundamental para que la prisión preventiva respete el derecho a la presunción de inocencia radica en los fines o funciones que se le atribuyen. La prisión preventiva solo puede ser utilizada con objetivos estrictamente cautelares: asegurar el desarrollo del proceso penal y la eventual ejecución de la pena. Objetivos que solo pueden ser alcanzados evitando los riesgos de fuga y de obstaculización de la averiguación de la verdad.

Si se admite el uso de la prisión preventiva para obtener fines distintos a los estrictamente cautelares, como los que se asientan en razones de derecho penal sustantivo u otros que versen sobre el fondo del hecho investigado, se pervierte su finalidad y naturaleza<sup>13</sup>. En un Estado democrático de derecho, no se justifica que sea utilizada para satisfacer demandas sociales de seguridad, mitigar la alarma social, evitar la reiteración delictiva, anticipar los fines de la pena o impulsar el desarrollo de la instrucción. Cualquier función que no sea estrictamente procesal-cautelar es ilegítima.

Por esta razón, las funciones que pueden atribuirse a la prisión preventiva guardan una estrecha relación con su concepción como una medida instrumental. La prisión preventiva ha sido definida como un instrumento del instrumento<sup>14</sup>, porque su propósito consiste en asegurar la eficacia del proceso, que constituye a su vez, un instrumento de aplicación del derecho sustantivo. Entonces, el proceso principal es el instrumento para aplicar el derecho penal y la prisión preventiva es el medio para asegurar la eficacia de dicho proceso. Si a la prisión preventiva se le atribuyen funciones propias del derecho penal, se afecta el derecho a la presunción de inocencia. Así, se desconoce además su índole instrumental, en tanto pierde toda naturaleza accesoria para transformarse en un fin en sí misma.

Al respecto, el TC peruano ha señalado lo siguiente:

---

11 Vega Torres, 1993.

12 Rodríguez Ramos 1983: 484.

13 Macía Gómez, R. y Roig Altozano, M. 1996: 76.

14 Calamandrei 2005: 44-45.

[...] En la medida en que la detención judicial preventiva [prisión preventiva] se dicta con anterioridad a la sentencia condenatoria, es una medida cautelar. No se trata de una sanción punitiva, por lo que la validez de su establecimiento a nivel judicial depende que existan motivos razonables y proporcionales que lo justifiquen. Por ello, no solo puede justificarse en la prognosis de pena que, en caso de expedirse sentencia condenatoria, se aplicará a la persona que hasta ese momento tiene la condición de procesado, pues ello supondría invertir el principio de presunción de inocencia por el de criminalidad [...] [STC 0791-2002 - HC, de 21 de junio: (Caso «Riggs Brousseau»)].

En esta Sentencia, el TC vincula de manera clara la presunción de inocencia y el carácter instrumental de la prisión preventiva. Es cierto que el *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho configura un presupuesto adicional de la prisión preventiva; pero si se considera dicho presupuesto en forma aislada, entonces el único criterio en el que se apoya la privación cautelar de libertad es en el de un alto grado de probabilidad<sup>15</sup> de sancionar luego al imputado como autor o partícipe del hecho. Si eso sucede, es decir, si la medida no se aplica con el propósito de neutralizar el peligro procesal, desaparece su función cautelar-instrumental.

Lo que ocurre es que cuando en un ordenamiento como el peruano, que exige la aplicación concurrente de ambos presupuestos, se justifica la medida solo en el *fumus boni iuris*, ello implica una ausencia de motivación respecto al requisito del peligro procesal, indispensable para aplicarla y, en consecuencia, se afecta su correlativo, el principio de proporcionalidad. La prisión preventiva *per se* no afecta la presunción de inocencia, pues ha sido introducida en el ordenamiento jurídico para cumplir fines cautelares. Sin embargo, la indebida motivación de la resolución que la estatuye impide ya —como veremos más adelante— al analizar su proporcionalidad.

En un sentido similar se expresa la STC 1260 - 2002 - HC, de 9 de julio (Caso «Domínguez Tello»):

[...] A juicio de este Colegiado, la satisfacción de tal exigencia [el peligro procesal] es consustancial con la eficacia del derecho a la presunción de inocencia y con el carácter de medida cautelar, y no con la de una sanción punitiva que [no] tiene la prisión preventiva. Por ello, habiéndose justificado la detención judicial preventiva únicamente con el argumento de que existirían elementos de prueba que incriminan a los recurrentes y que la pena aplicable, de ser el caso, sería superior a los cuatro años, el Tribunal Constitucional considera que

---

15 San Martín Castro 2003: 1123.

la emplazada ha violado el derecho a la presunción de inocencia y, relacionamente, la libertad individual de los recurrentes. [...].

Es cierto que la prisión preventiva deviene en ilegítima cuando no existen motivos racionales que la justifiquen. No obstante, tal razonamiento no debe ser considerado en el ámbito de la compatibilidad de la medida con el derecho a la presunción de inocencia —como hace la sentencia descrita—, sino en el ámbito de la proporcionalidad. Cualquier limitación del derecho a la libertad personal exige que sea proporcional al fin que se pretende y, por tanto, que se sustente en motivos racionales. De hecho, la sanción punitiva —que configura una limitación de derechos fundamentales— también debe ser proporcional al fin que se persigue (vgr. resocialización del individuo), y la violación de dicha garantía tampoco afecta la presunción de inocencia.

Pueden existir medidas cautelares que son legítimas por que sus objetivos son compatibles con la presunción de inocencia, pero que deben ser consideradas ilegítimas por ser desproporcionadas (exceso). Así mismo, medidas que afecten mínimamente la libertad personal, pueden ser ilegítimas por afectar el derecho a la presunción de inocencia (en el ámbito de sus funciones). De esto se desprende que cuando un ordenamiento jurídico dispone la necesidad de que la prisión preventiva solo sea aplicada para evitar el peligro procesal (de fuga y obstaculización), la medida es compatible con la presunción de inocencia. Los errores en su aplicación porque no es necesaria en el caso concreto, porque el juez no motiva los objetivos a cumplir, etc., afectan el principio de proporcionalidad.

Resulta muy ilustrativa la opinión de Llobet Rodríguez acerca de la necesidad de diferenciar el ámbito de influencia de la presunción de inocencia y el principio de proporcionalidad en la aplicación de la prisión preventiva. En su opinión:

[...] La prohibición de que la prisión preventiva sea una pena anticipada lleva a la diferenciación entre prisión preventiva y pena de prisión. Sin embargo, no se puede distinguir entre ambas de acuerdo con la intensidad de la privación de libertad, sino solamente podría partirse de los fines que se persiguen con una y otra. Por ello, como consecuencia de la presunción de inocencia la prisión preventiva no puede perseguir fines de naturaleza penal (prevención general y especial), sino solamente de carácter procesal (el aseguramiento del proceso y de la prueba) [...]. Ello tiene importancia con respecto a las causales para el dictado de la prisión preventiva, no así en lo relativo a la sospecha de culpabilidad [fumus boni iuris] y al principio de proporcionalidad, como requisitos para el dictado de la prisión preventiva, los que nada tienen que ver con los fines de la prisión preventiva, sino con la determinación de los supuestos en los cuales una prisión preventiva compatible con la presunción de inocencia de

acuerdo con los fines perseguidos por ella, no sería de acuerdo con el principio de proporcionalidad razonable [...]»<sup>16</sup>.

### **III. PRISIÓN PREVENTIVA Y LIBERTAD PERSONAL**

La prisión preventiva, además de ser una medida cautelar, constituye una limitación del derecho fundamental a la libertad personal. Las resoluciones que la impongan deben, por tanto, respetar los requisitos esenciales de legalidad, proporcionalidad, excepcionalidad, jurisdiccionalidad y motivación de las resoluciones que la impongan.

Probablemente, el requisito más desarrollado por el TC ha sido el de proporcionalidad. Este principio exige que cualquier limitación de derechos fundamentales debe ser idónea para alcanzar o favorecer el fin perseguido legítimamente por el Estado; necesaria en la medida en que solo debe ser utilizada si su finalidad no puede ser alcanzada por otro medio menos gravoso, pero igualmente eficaz; y, finalmente, proporcional en sentido estricto, lo que supone apreciar de manera ponderada, en el caso concreto, la gravedad o intensidad de la intervención y el peso de las razones que la justifican<sup>17</sup>.

La necesidad de la prisión preventiva requiere evaluar que se está ante un instrumento que «convive» con otras medidas cautelares destinadas, también, a proteger el desarrollo y resultado del proceso penal (comparecencia simple y restringida, detención domiciliaria, impedimento de salida, suspensión preventiva de derechos). Por lo que siendo la prisión preventiva la medida limitativa más grave del ordenamiento procesal, el principio de proporcionalidad exige una aplicación excepcional y subsidiaria. Debe ser la última ratio o último recurso para salvaguardar el resultado y desarrollo del proceso penal<sup>18</sup>.

El TC señala respecto a la prisión preventiva como último recurso lo siguiente:

[...] Si bien la detención judicial preventiva [prisión preventiva] constituye una medida que limita la libertad física, por sí misma, esta no es inconstitucional. Sin embargo, por el hecho de tratarse de una medida que restringe la libertad locomotora, dictada pese a que, mientras no exista sentencia condenatoria

---

16 Llobet Rodríguez 1997: 556-557.

17 Borowski 2003: 130-131.

18 Ello en ningún caso supone que cuando un determinado ordenamiento jurídico no regule auténticas alternativas, la prisión preventiva se convierta en la «regla general». Un Estado de Derecho —que es el escenario en el que se manifiesta el principio de proporcionalidad— está obligado a regular un catálogo de medidas cautelares que permita satisfacer la necesidad de proteger el proceso.

firme, al procesado le asiste el derecho a que se presuma su inocencia; cualquier restricción de ella siempre debe considerarse la última ratio a la que el juzgador debe apelar, esto es, susceptible de dictarse solo en circunstancias verdaderamente excepcionales y no como regla general. Ese pues es el propósito del art. 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, según el cual la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general [...] [STC 1091-2002-HC de 2 de agosto «Caso Vicente Ignacio Silva Checa»].

En este razonamiento subyace, nuevamente, el mismo error que suscitó la crítica de Llobet Rodríguez, citada anteriormente. Si existe consenso en que la libertad personal puede restringirse con el propósito de asegurar el desarrollo y resultado del proceso penal y que en este caso la medida no afecta la presunción de inocencia, entonces es necesario un segundo nivel de análisis para establecer cuál es la medida necesaria, en el caso concreto, para neutralizar el peligro procesal que se presenta. Aquí opera el principio de proporcionalidad y la necesaria aplicación excepcional y subsidiaria de la privación cautelar de libertad.

La aplicación de una medida cautelar personal afecta el derecho a la presunción de inocencia cuando persigue fines espurios, ajenos a su carácter procesal, instrumental y cautelar (vgr. alarma social). Sin embargo, puede suceder que la prisión preventiva persiga un fin legítimo (vgr. evitar el peligro de fuga) pero su aplicación sea desproporcionada, porque, por ejemplo, la función que persigue puede lograrse mediante una medida menos grave (vgr. comparecencia restringida). Esto supone a su vez que las medidas distintas a la prisión preventiva también deben perseguir fines compatibles con la presunción de inocencia (evitar el peligro de fuga o la obstaculización de la averiguación de la verdad), pues en un Estado de derecho, a pesar de que nos encontremos frente a medidas menos intensas, no se justifica ninguna restricción de derechos fundamentales de orden penal, sin una sentencia firme previa y debidamente motivada que acredite la responsabilidad penal del sujeto pasivo de la medida.

Si se admite que la prisión preventiva solo respeta la presunción de inocencia cuando se utiliza de manera excepcional y subsidiaria, no podríamos sostener lo mismo respecto de las demás medidas cautelares personales que constituyen también una limitación de derechos fundamentales y que sin embargo son prioritarias frente a la prisión preventiva. La presunción de inocencia no es más o menos afectada según la intensidad de la medida que se elija, cuando el ordenamiento jurídico regula distintas medidas cautelares que implican una limitación de la libertad personal, y todas ellas respetan la presunción de inocencia (en razón a los fines que persiguen). En consecuencia, la intensidad de la intervención del derecho

fundamental debe revisarse, en realidad, en el ámbito del principio de proporcionalidad. Será desproporcionada la medida que persiga fines que también pueden ser satisfechos a través de una medida menos intensa pero igualmente eficaz. Así mismo, lo serán aquellas medidas aplicadas sin una motivación suficiente.

La sentencia del TC que probablemente mejor ha desarrollado el criterio de necesidad respecto a la prisión preventiva es la 1091-2002/HC, de 2 de agosto (Caso «Silva Checa»). En ella, se dice:

[...] Su aplicación [se refiere a la prisión preventiva] no debe ser la medida normal u ordinaria, sino que solo puede dictarse en casos particularmente graves y siempre que sea estrictamente necesaria para los fines que se persigue en el proceso penal. [...]. El principio de favor libertatis impone que la detención judicial [prisión preventiva] tenga que considerarse como una medida subsidiaria, provisional y proporcional [...]. El carácter subsidiario de la medida impone que antes de que se dicte, el juez deba considerar si idéntico propósito al que se persigue con el dictado de la detención judicial preventiva [prisión preventiva] se puede conseguir aplicando otras medidas cautelares no tan restrictivas de la libertad locomotora del procesado [...]. La existencia e idoneidad de otras medidas cautelares para conseguir un fin constitucionalmente valioso, deslegitima e invalida que se dicte o mantenga la medida cautelar [de prisión preventiva].

En esta sentencia se describe claramente cómo en nuestro ordenamiento el principio de proporcionalidad, en consideración a su necesidad, obliga a que la prisión preventiva sea considerada como una medida excepcional y subsidiaria. Tales presupuestos se coligen con el tratamiento de la prisión preventiva como una limitación de un derecho fundamental, la libertad personal.

Además, en ella se destaca un factor fundamental vinculado a la noción instrumental de la prisión preventiva, la provisionalidad. Esta exige que la privación cautelar de libertad [en tanto accesoria al proceso penal] solo dure lo que dure el proceso principal. El carácter provisional de la prisión preventiva también encuentra su fundamento en la regla *rebus sic stantibus*, que significa que no solo la adopción sino también el mantenimiento de la prisión preventiva está supeditado a las circunstancias fácticas que constituyen su presupuesto. Solo debe mantenerse la prisión preventiva mientras permanezca inalterada la situación que dio lugar a su adopción. Si los presupuestos varían o si se confirma en un determinado estadio procesal que la información hasta el momento obtenida ha quedado desvirtuada, es obligatorio que se disponga su cese inmediato o, en su caso, que se la substituya por otra medida cautelar personal menos estricta<sup>19</sup>.

---

19 Gutiérrez de Cabiedes, P. 2004: 83.

De ahí que una lógica consecuencia de la provisionalidad de la prisión preventiva es su variabilidad. El juez no solo debe elegir una medida necesaria o indispensable para neutralizar el peligro procesal, también, debe variar la prisión preventiva por otra menos intensa en el mismo instante procesal en el que se verifique que los presupuestos que justificaron la privación cautelar de libertad han variado o no eran lo que se pensaba. Esto queda claramente establecido en la sentencia citada cuando se menciona que: «[...] la existencia e idoneidad de otras medidas cautelares para conseguir un fin constitucionalmente valioso, deslegítima e inválida que se dicte o mantenga la medida cautelar [...]».

#### IV. PRESUPUESTOS

Como ya se adelantó en el análisis de la relación entre prisión preventiva y libertad personal, para que la privación cautelar de libertad constituya un instrumento legítimo, deben respetarse sus presupuestos, los mismos que han sido desarrollados en la STC 0808-2002/HC, de 8 de julio (Caso «Tello Díaz»), conforme a la cual los requisitos para aplicar la prisión preventiva son: «que exista prueba suficiente [*fumus boni iuris*], peligro procesal [*periculum in mora*] y que la pena probable a imponer sea superior a cuatro años de pena privativa de libertad [...]».

En realidad se está ante dos presupuestos. Los conceptos de la prueba suficiente y la pena probable configuran uno solo, el *fumus boni iuris*<sup>20</sup>. Según esto, el juzgador no solo está obligado a determinar la existencia de una alta probabilidad de que sancionará al imputado mediante una sentencia condenatoria, sino que además debe verificar que esa sanción corresponderá por lo menos a una pena superior a cuatro años de privación de libertad. De lo contrario, si uno de estos requisitos no se cumple, ya no es necesario evaluar el peligro procesal en el ámbito de aplicación de la prisión preventiva, sino que se acudirá a una medida cautelar personal alternativa que regule un *fumus boni iuris* menos exigente.

Ahora bien, cuando en la aplicación de la prisión preventiva se verifica la presencia del primer presupuesto (*fumus boni iuris*), este debe estar acompañado de otro que es fundamental, la presencia de un peligro procesal consistente en el

20 La inclusión del límite penológico en el *fumus boni iuris* (art. 268.1.b NCPP) se deriva de su comprensión como manifestación del principio de proporcionalidad y concuerda con el límite previsto para declarar la suspensión condicional de la pena (art. 57 CP peruano): si no existen garantías de que se obtenga una pena *efectiva* superior a los 4 años, la prisión preventiva devendría en desproporcional. Debe diferenciarse este elemento que pertenece al análisis de la apariencia de buen derecho, con el criterio de gravedad de la pena (art. 269.2 NCPP) que puede sustentar (en algunos casos y junto con la presencia de otros criterios) el peligro concreto de fuga del imputado en un proceso penal específico.

riesgo sea de fuga, sea de obstaculización, o por la presencia de ambos. Además, debe constituir un peligro que —según las circunstancias del caso y del imputado— solo puede ser evitado mediante la prisión preventiva (subsidiariedad). Es por esta razón que el análisis de la gravedad de la pena a imponerse cumple dos objetivos. En cuanto al *fumus boni iuris*, es un requisito infranqueable. No existe apariencia de buen derecho si no se verifica una alta probabilidad de sancionar al imputado a una pena superior a los 4 años de pena privativa de libertad. A su vez, la gravedad de la pena a imponerse puede constituir un criterio —que ni es necesario ni puede ser el único— para valorar el peligro procesal, concretamente, el riesgo de fuga. Esto en el entendimiento que una pena mayor involucra una mayor carga psicológica en el imputado que enfrenta un proceso penal, y por tanto, una mayor influencia para evitar su desarrollo y resultado.

## **V. APORTACIÓN DEL TC**

### **1. Fumus boni iuris**

El *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho indica que para decretar la prisión preventiva debe llevarse a cabo un juicio de verosimilitud sobre el derecho cuya existencia se pretende declarar en una sentencia definitiva. Juicio que debe estar asentado en criterios objetivos que permitan identificar los elementos que conducen a una razonada atribución del hecho punible. El Juez debe valorar un alto grado de probabilidad de sancionar al imputado como autor o partícipe del delito y esto se acredita cuando se verifica que hay razones que justifican la imposición de la condena y no existen razones que justifiquen una sentencia absolutoria. La probabilidad se diferencia de la posibilidad en que esta solo requiere una equivalencia entre las razones favorables o contrarias a la hipótesis, y la certeza de que esta solo se alcanza una vez que es posible rechazar, sin motivo de duda razonable, las razones contrarias a la hipótesis<sup>21</sup>.

Sin duda, la STC más polémica en el desarrollo del concepto de *fumus boni iuris* ha sido la 0139-2002/HC de 29 de enero, (Caso «Bedoya de Vivanco»), en la que se afirma

[...] En el caso de autos, al peticionario se le acusa de haber participado en el delito doloso de peculado, por lo que, para que proceda la detención [prisión preventiva], deben existir suficientes elementos probatorios de ese delito, y de su participación en él. Sin embargo, durante la actuación de las pruebas, apareció información que disminuye el grado de certeza de las pruebas existentes

---

21 Bonet Navarro 1981: 385 y ss.

en un primer momento. En efecto, tanto el Fiscal Superior [...], como el juez admiten que no se ha probado si el dinero recibido por el peticionario provenía de fondos públicos o eran de fuente privada. La duda nace, porque parece que Vladimiro Montesinos recibía dinero de ambas fuentes, que confluían en un pozo común. El delito de peculado, para quedar tipificado, requiere necesariamente, entre otros, el elemento de la calificación de los fondos utilizados como públicos, no pudiendo configurarse el tipo penal si se tratase de dinero de fuente privada: al existir duda razonable en cuanto al origen del dinero recibido por el peticionario, existe también duda en cuanto a la tipificación del delito de peculado y por ende, de la incursión del presente caso en los incisos 1) y 2) del Artículo 135° del Código Procesal Penal, que exigen la comisión de un delito doloso y una pena mayor de cuatro años para que proceda el mandato de detención: debe prevalecer, en consecuencia, el principio constitucional de *in dubio pro reo*. [...]. En consecuencia, se ha vulnerado el principio del debido proceso, al no meritarse los hechos a la luz de los alcances del artículo 135° del Código Procesal Penal y del principio constitucional *in dubio pro reo* [...].

Evidentemente, en esta sentencia se confunde la triple acepción del derecho a la presunción de inocencia, y sobre todo, el momento en que cada una de ellas debe ser aplicada. Como se señaló al inicio, la presunción de inocencia debe influir en la sustanciación del proceso penal a través de tres manifestaciones específicas: 1) como principio informador de todo el proceso penal, 2) como regla de tratamiento del sujeto pasivo del proceso, y 3) como regla de juicio fáctico de la sentencia, con incidencia en el ámbito probatorio.

Pues bien, es evidente que la tercera regla involucra la aplicación del *in dubio pro reo* cuyo hábitat natural no es otro —no puede ser otro— que la sentencia, en la fase final del proceso penal. Se trata de una obligación constitucional impuesta al juez de absolver al imputado cuando en la valoración probatoria no exista certeza; es decir, si culminado el proceso no es posible rechazar, sin motivo de duda razonable, las razones contrarias a la hipótesis incriminatoria. La duda favorece al reo por la sencilla razón que una sentencia condenatoria nunca puede construirse sobre la base de un juicio de probabilidad, ni mucho menos, un juicio de posibilidad. Ello es coherente con las distintas fases del proceso y con la naturaleza progresiva de la propia imputación penal.

Si el proceso admite ciertas restricciones como la prisión preventiva y la propia sustanciación del proceso, ello es porque se acepta que la tutela judicial efectiva exige crear un escenario donde se respete al imputado inocente, pero en el que también sea posible realizar las acciones destinadas al esclarecimiento del hecho.

Lo que sucede es que declarar la ilegalidad de la imposición de una prisión preventiva en aplicación del *in dubio pro reo* desnaturaliza la propia esencia de la

medida cautelar, que, como ya se dijo, supone un juicio sobre la probabilidad de sancionar al imputado a una pena superior a 4 años de pena privativa de libertad. En este caso, si fuera aplicable la institución del *in dubio pro reo* a cualquier utilización de la prisión preventiva, esta sería sencillamente impracticable. La prisión preventiva nunca puede justificarse en razones de certeza, por la sencilla razón que la certeza es un estado que solo puede ser alcanzado con la sentencia condenatoria. La STC realiza un razonamiento circular sin sentido, alega la supuesta vulneración del debido proceso (que no explica) y tampoco analiza de modo riguroso la aplicación de la medida en relación con el principio de proporcionalidad.

Ello no quiere decir que no pueda cuestionarse la aplicación de la prisión preventiva en aquellos casos donde el *fumus boni iuris* no adquiera la firmeza necesaria. Por ejemplo, la presencia de una posible causa de justificación debe ser valorada en aras de determinar la presencia del *fumus boni iuris*. Concretamente, debe evaluarse si existe un predominio de las razones que pueden justificar la imposición de la condena sobre las razones divergentes o las justificativas de una sentencia absolutoria. Pero ello jamás implica adquirir certeza, por la sencilla razón que esta solo puede lograrse en la sentencia condenatoria, nunca en la sustanciación del proceso penal. Por lo tanto, jamás en el momento de aplicar una medida cautelar de carácter personal. Se requiere una probabilidad alta de sancionar al individuo a una pena superior a cuatro años de pena privativa de libertad, lo que siempre acarrea un pronóstico.

## **2. Periculum in mora**

La duración, imprescindible en un proceso penal, puede constituir una ocasión propicia para que la parte pasiva en el proceso penal realice actuaciones que puedan hacerlo inefectivo y, así mismo, a la sentencia con la que debe terminar<sup>22</sup>. Para evitar ese riesgo se adoptan las medidas cautelares y, por esta razón, en la configuración del *periculum in mora* se advierte con mayor claridad cuáles son los objetivos que un ordenamiento procesal persigue mediante la utilización de la prisión preventiva.

Ya se ha analizado cómo estos factores contribuyen a la compatibilidad de la prisión preventiva con el derecho a la presunción de inocencia [en tanto impiden que sea utilizada como castigo] y con el principio de proporcionalidad, en la medida en que constituye una medida con funciones estrictamente cautelares [lo que abona en su carácter instrumental y provisional].

---

22 Gutiérrez de Cabiedes 2004: 131.

Sin embargo, ahora buscamos destacar las resoluciones del TC que han contribuido a dotar de contenido a los conceptos de peligro de fuga y peligro de obstaculización.

### A. Peligro de fuga

El TC no ha dudado en sostener que el peligro procesal es el elemento más importante para valorar la aplicación de la prisión cautelar de libertad. Así afirma que:

[...] el principal elemento a considerarse en el dictado de [una] medida cautelar debe ser el peligro procesal que comporte que el procesado ejerza plenamente su libertad locomotora, en relación con el interés general de la sociedad para reprimir conductas consideradas como reprochables jurídicamente. [...] [SSTC N.º 1091-2002-HC/TC, de 12 de agosto (Caso «Silva Checa»); 1565-2002-HC/TC, de 5 de agosto (Caso «Chumpitaz González»); y, 376-2003-HC/TC, de 7 de abril (Caso «Bozzo Rotondo»)]<sup>23</sup>.

En sentido idéntico se pronuncia la STC 0791-2002/ HC, de 21 de junio: (Caso «Riggs Brousseau»).

Además añade lo siguiente:

[...] La inexistencia de un indicio razonable en torno a la perturbación de la investigación judicial o a la evasión de la justicia por parte del procesado, terminan convirtiendo el dictado o el mantenimiento de la detención judicial preventiva [prisión preventiva] en arbitrario, por no encontrarse razonablemente justificado [...].

En otras sentencias también intentan precisar el contenido del concepto de peligro procesal. Así, sostienen:

[...] En particular, el peligro de que el procesado no interferirá u obstaculizará la investigación judicial o evadirá la acción de la justicia. Tales fines deben ser evaluados en conexión con distintos elementos que, antes y durante el desarrollo del proceso, puedan presentarse y, en forma significativa, con los valores

---

23 Si bien los Casos «Chumpitaz González» y «Bozzo Rotondo» evaluaron la aplicación o mantenimiento de la detención domiciliaria, los argumentos expuestos son perfectamente aplicables a la prisión preventiva. El peligro procesal en la detención domiciliaria también se verifica en la presencia del peligro de fuga o peligro de obstaculización. La única diferencia radica en la intensidad de la medida, que supone —en los ordenamientos donde la detención domiciliaria es una auténtica alternativa y no una medida subsidiaria— solo que una es prioritaria frente a la otra para neutralizar el peligro procesal. Pero, se insiste, la función y presupuestos son los mismos, solo existe una diferencia de intensidad.

morales del procesado, su ocupación, bienes que posee, vínculos familiares y otros que, razonablemente, le impidan ocultarse o salir del país o sustraerse a una posible sentencia prolongada [...]. [SSTC 1091-2002-HC/TC, de 12 de agosto (Caso «Silva Checa»); 1565-2002-HC/TC, de 5 de agosto (Caso «Chumpitaz González»); y, 376-2003-HC/TC, de 7 de abril (Caso «Bozzo Rotondo»)].

En este sentido, el TC desarrolla los elementos que a su juicio deben ser evaluados antes y durante el desarrollo del proceso para determinar la existencia del peligro procesal. Concretamente, menciona 1) los valores morales del procesado, 2) su ocupación, 3) los bienes que posee, 4) los vínculos familiares, y 5) otros elementos que impidan ocultarse, salir del país o sustraerse de una sentencia prolongada.

Lo primero que debe apuntarse es que el TC no los enuncia en una fórmula taxativa («en forma significativa»), sino que insiste en que, siempre que sean racionales, existe un ámbito de discrecionalidad del juzgador para elegir los elementos que a su juicio confirman la existencia de un peligro de fuga u obstaculización.

En cuanto al primer elemento, los valores morales del procesado, nada dice la sentencia que demuestre que estos pueden afectar el desarrollo del proceso y constituir un criterio con una pesada carga valorativa y, por tanto, de muy difícil comprobación. Es una cuestión tan subjetiva con un componente social marcado y sin una estrecha relación con la presencia del peligro de procesal.

Cualquier persona con valores morales socialmente aceptados puede constituir un serio peligro para el ejercicio de la administración de justicia (¡probablemente porque existe la seria intención de, precisamente, no ver afectada su reputación por la existencia de un proceso o una sentencia condenatoria en su contra!). Nada impide tampoco que una persona, con valores morales que la sociedad juzgue negativamente, no tenga la intención de sustraerse a la acción de la justicia u obstaculizar la averiguación de la verdad. Es este un criterio que ofrece muy pocas luces en la interpretación del peligro procesal y puede afectar el principio de igualdad al que tienen derecho todos los ciudadanos sometidos al *ius puniendi* del Estado.

La ocupación, los bienes que posee y los vínculos familiares forman parte de una clara definición de los componentes del concepto de arraigo, que es un criterio universalmente reconocido para identificar la existencia o inexistencia de peligro procesal. El arraigo debe ser entendido como el establecimiento de una persona en un lugar por su vinculación con otras personas o cosas<sup>24</sup>. La falta de

---

24 Gutiérrez de Cabiedes 2004: 53.

arraigo no comporta en sí misma un peligro de sustracción del imputado a la acción de la justicia, pero sí permite presumirlo cuando se combina con la gravedad del delito y otros factores relevantes (vgr. medios económicos)<sup>25</sup>.

Son circunstancias que pueden acreditar el establecimiento de una persona en un determinado lugar, como acertadamente señala el TC: 1) La posesión —y con mayor razón la titularidad— de un domicilio conocido o de bienes (principalmente inmuebles) propios situados dentro del ámbito de alcance de la justicia<sup>26</sup>. 2) El arraigo familiar (vínculos familiares) que no es otra cosa que el lugar de residencia de aquellas personas que tienen lazos familiares con el imputado. Deben tenerse en cuenta las circunstancias personales, no es indispensable que los familiares vivan con el imputado, porque puede existir arraigo familiar cuando el pariente, a pesar de no vivir en el mismo techo, depende de él para su subsistencia. 3) El arraigo laboral o profesional (ocupación) supone que el medio fundamental o único de subsistencia del imputado provenga de un trabajo desarrollado en el país; o en su caso, también deben evaluarse los casos en los que el imputado necesita permanecer en el país para desempeñar su actividad laboral<sup>27</sup>.

Debe apreciarse que todas estas especies de arraigo (familiar, laboral, posesión y titularidad de bienes) son criterios que antes que justificar la prisión preventiva, en realidad desincentivan la fuga del imputado; aunque evidentemente su ausencia también permite valorar, con otros factores, el riesgo de fuga.

Los elementos que permiten aceptar que el imputado trate de ocultarse, abandone el país o se sustraiga a la ejecución de la sentencia condenatoria son la gravedad de la pena a imponerse, las facilidades para abandonar el país o permanecer oculto y el comportamiento procesal del imputado<sup>28</sup>. Sin embargo, el TC no desarrolla estos conceptos que son fundamentales en la valoración del peligro de fuga.

Otra STC importante en la que intenta dar un contenido al concepto de peligro procesal es la STC 0791-2002/HC, de 21 de junio: (Caso «Riggs Brousseau»). En la que se dice:

[...] Es preciso observarse, juntamente con tales factores [que existan suficientes elementos probatorios de la comisión de un delito y que la sanción a

25 Málaga Diéguez *Justicia*, núms. 1 y 2, p. 172

26 Gutiérrez de Cabiedes 2004: 151.

27 El art. 269.1 NCPP de 2004 establece que: «Para calificar el peligro de arraigo, el juez tendrá en cuenta: el arraigo en el país del imputado, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia y de sus negocios o trabajo y las facilidades para abandonar el país o permanecer oculto».

28 *Vid.* Art. 269 NCPP 2004.

imponerse sea superior a cuatro años] fundamentalmente si el ejercicio de la libertad locomotora por la procesada pondrá en riesgo el éxito del proceso. Para ello es necesario considerar, juntamente con el peligro procesal, la magnitud de la pena [...], el carácter de los hechos que se le atribuyen y que estén basados en suficientes elementos de prueba, las repercusiones sociales del hecho considerado injusto y la complejidad de la investigación judicial, cuando exista una pluralidad de individuos comprendidos y se observe, de su comportamiento procesal, la voluntad de evitar que la investigación judicial pueda terminar óptimamente [...].

Esta STC, en realidad, es bastante confusa. En principio, no diferencia el peligro de fuga del peligro de obstaculización. Además, acude a una serie de conceptos que no aportan mayor valor a la definición del peligro procesal.

En cuanto a la magnitud de la pena, es cierto que se acepta como un criterio que puede incidir en una mayor tentación de fuga en el imputado<sup>29</sup>, en la medida en que se considera que cuanto más grave sea la pena mayor es la posibilidad de que el imputado pueda eludir la justicia. Más allá de las críticas que este instituto recibe por parte de la doctrina, es de asumir que es un criterio utilizado en la mayoría de ordenamientos. Sin embargo, es cierto también que lo que muchas veces sucede, en realidad, es que el procesado teme apersonarse al juicio por el riesgo que se le aplique la prisión preventiva<sup>30</sup>.

Lo que no tienen ningún sustento es que el TC afirme que el «carácter de los hechos» es un factor a considerar en la aplicación de la prisión preventiva. Si los hechos son graves, ello acarrea una pena mayor y esta es fundamental en la interpretación del peligro, pero más allá de esto, el carácter de los hechos no descubre nuevos factores, salvo que se vincule dicho «carácter», de nuevo, con la «conducta moral» del procesado que es, como ya se dijo, una definición con un marcado componente subjetivo. Además, atribuir consecuencias jurídicas por el carácter del hecho y no por la posible conducta del imputado durante la sustanciación del proceso, se asemeja mucho a una pena anticipada, en la medida en que los hechos se dan por ciertos y pareciera que se persigue una «sanción provisional» por la gravedad del asunto.

En relación con los suficientes elementos de prueba, existe una clara confusión entre el *fumus boni iuris* (analizado previamente en la sentencia) y el *periculum in mora*. No se discute, como ya se advirtió, que la apariencia de buen derecho es un presupuesto necesario en la aplicación de la prisión preventiva, pero este no debe condicionar la valoración del peligro procesal. Si se introduce este criterio

---

29 STC español 128/1995, de 26 de julio.

30 Amoretti Pachas 2008: 328.

en la valoración del peligro procesal se corre el riesgo, que el propio TC anuncia en las sentencias citadas anteriormente, de considerar legítima la aplicación de la prisión preventiva solo valorando la suficiencia probatoria y la alta posibilidad de sancionar al imputado a una pena superior a 4 años (lo que a juicio del mismo TC la convierte además, en una «pena anticipada»).

Pero probablemente el elemento más desafortunado en el planteamiento del TC sea la exigencia de valorar las repercusiones sociales del hecho como criterio informador del peligro procesal. La repercusión social del hecho vincula la aplicación de la medida cautelar al propósito de evitar la alarma social<sup>31</sup>. Cuando a través de una medida cautelar se persigue la satisfacción de un sentimiento colectivo de indignación, venganza o inseguridad, entonces la limitación del derecho fundamental se encuentra dirigida a la consecución de un fin que se integra en el concepto de prevención general y esto convierte a la prisión preventiva en un instrumento absolutamente desproporcionado, en la medida en que resulta dudosa la legitimación constitucional de una función que limita la libertad de un imputado sobre la base de aspectos no relacionados con su conducta.

Además, como ya se afirmó, el fin de prevención general es privativo de la pena y no de la prisión preventiva u otra medida cautelar personal. Para calmar la alarma social es necesaria una sentencia rápida sobre el fondo, condenando o absolviendo al imputado. Solamente una resolución judicial, dictada luego de la realización de un proceso, puede determinar la culpabilidad y la sanción penal merecida<sup>32</sup>.

Ni la prisión preventiva, ni ninguna limitación de derechos fundamentales puede utilizarse, en sede cautelar, para cumplir una función de ejemplaridad que es un fin propio y exclusivo de la pena. No puede cumplir con dicho criterio, por la sencilla razón que se impone a una persona de quien no se sabe aún si es culpable o no<sup>33</sup>. No existe posibilidad legítima de pena o sanción sin un delito o infracción (*nulla poena sine crimine*), ni tampoco pueden existir estos, sin una resolución condenatoria previa que así lo establezca<sup>34</sup>.

31 Por alarma social se entiende *la reacción que produce en la sociedad ante el delito*, la repulsa ciudadana ante la comisión de ciertos hechos. Ascencio Mellado, J.M., *La prisión...*, cit., p. 37.

32 Moreno Catena (dir.) 2000: 1666.

33 Gutiérrez de Cabiedes 2004: 116.

34 En el mismo sentido se ha pronunciado el TC español en la STC que plantea la cuestión de inconstitucionalidad de la anterior redacción de los artículos 503 y 504 de la LECr. Dicha sentencia descarta la alarma social, y por consiguiente, la supuesta «necesidad» de satisfacer las demandas sociales de seguridad, como funciones atribuibles a la prisión preventiva: «[...] La genérica alarma social presuntamente ocasionada por el delito constituye el contenido de un fin exclusivo de la pena —la prevención general— y (so pena que su apaciguamiento corra el riesgo de ser precisamente alarmante por la quiebra de principios y garantías jurídicas fundamentales),

Lo contrario significa ceder a la satisfacción inmediata de un sentimiento social, real o manipulado, que no solo debe rechazarse desde una perspectiva ética, sino que además, presupone la imposición de una medida que en su contenido equivale a una pena, y en la que se encuentra ausente cualquier necesidad estrictamente procesal. Ello implica una pena anticipada que conculca los principios de presunción de inocencia y de punición fundada exclusivamente en una probada culpabilidad<sup>35</sup>.

Finalmente, la complejidad de la investigación judicial no guarda relación con el peligro de fuga sino con el plazo de duración de la prisión preventiva. Si un proceso complejo tiene, por su propia naturaleza, una mayor duración, entonces resulta coherente que se justifique también una mayor prolongación de la medida cautelar que lo asegura.

Sin embargo, la intención de fuga del imputado o el propósito de obstaculizar la averiguación de la verdad no tiene por qué justificarse en la complejidad del proceso. No existe ninguna razón que indique que un imputado sometido a una investigación compleja tiene más interés en frustrar el desarrollo del proceso o su ejecución que aquel que se encuentre sometido a un proceso simple. Lo único que puede aportar esta circunstancia es la confirmación de que el proceso en trámite exige una práctica importante de diversos medios de prueba y, por tanto, que pueda afectarse un mayor número de ellos en la sustanciación del proceso (peligro de obstaculización). Pero más allá de esta situación, es necesario valorar la conducta del imputado. El peligro procesal debe partir necesariamente de conductas atribuibles a este. Si el peligro procesal no se sustenta en aspectos relacionados con su conducta, la medida cautelar es desproporcionada.

Por esto resulta relevante el comportamiento procesal del imputado en la medida en que es uno de los factores más certeros para determinar que este tiene la voluntad de evitar que la investigación judicial pueda terminar óptimamente. Este es el caso de aquellos imputados descubiertos fugando de prisión, que no acuden a las citaciones procesales o realizan actos de destrucción, ocultamiento o falseamiento de pruebas en la propia sustanciación del proceso. Pero hay que repetir que nada indica que la naturaleza del proceso —simple o complejo— pueda influir en la conducta del imputado. Lo que influye son sus antecedentes, características y las propias circunstancias del proceso penal.

---

presupone un juicio previo de antijuricidad y culpabilidad del correspondiente órgano judicial tras un procedimiento rodeado de plenas garantías de imparcialidad y defensa». [STC español 47/2000, de 17 de febrero].

35 Fernández Entralgo 1985.

## B. Peligro de obstaculización

Como ha podido advertirse hasta aquí, las sentencias analizadas —aun cuando se sostiene que dichos criterios dotan de contenido al peligro procesal genéricamente entendido— intentan básicamente desarrollar el peligro de fuga, sin brindar muchos datos para valorar el peligro de obstaculización probatoria.

Una sentencia que sí se ocupa de este cometido es la STC 1091-2002/HC, de 12 de agosto (Caso «Silva Checa»). En la que se afirma que

[...] Sin perjuicio de todo lo expuesto, al analizar la detención judicial preventiva [prisión preventiva] decretada contra el actor, el Tribunal Constitucional ha considerado, además, que conforme se corrobora del último párrafo del fundamento tercero de la resolución expedida por el Juez del Cuarto Juzgado Penal Especial, a fecha cinco de setiembre de dos mil uno, se consideró pertinente mantener en vigencia la detención judicial preventiva [prisión preventiva] contra el actor, pues a lo largo del proceso este no colaboró con el proceso de investigación judicial, considerándose ello un peligro de entorpecimiento de la actividad probatoria que atentaría contra el objetivo del proceso penal [...]. Tal criterio se deriva del hecho que el actor no expresó, pese a tener «conocimiento pleno», que el dinero utilizado para la compra de acciones de Canal 10 provenía del Tesoro Público; que el actor concurría todos los días a las instalaciones del Servicio de Inteligencia Nacional a fin de prestar asesoramiento en materia de comunicaciones y que, por ello, se le abonaba la suma de ocho mil dólares americanos; que, asimismo, por concepto de mantenimiento de su oficina, tal suma incrementaba aproximadamente entre veinte a veinticinco mil dólares americanos; que habría recibido adicionalmente cien mil dólares para mejorar la situación de Canal 10 [...]<sup>36</sup>.

36 El voto singular de la Magistrada Delia Revoredo Marsano (que en este extremo coincide con la mayoría) es si cabe, más «contundente»: «[...] Es decir en vista de la interpretación de la mayoría que lo que se impugna es el «mantenimiento» de la detención [prisión preventiva], habría en esta oportunidad que citar las consideraciones que tuvo el juez del habeas corpus, basadas en hechos posteriores a la detención, que lo llevaron a declarar improcedente la acción [...] a saber: que el imputado conocía que el dinero recibido por el provenía del Tesoro Público, extremo que no había admitido ni confesado; que guardó silencio respecto a sus numerosas visitas al SIN en compañía de Daniel Borobio, y al hecho de que asesoraba al régimen en materia de comunicaciones por una contraprestación de US\$ 8.000 dólares americanos; que tampoco colaboró con la investigación judicial al omitir declarar que recibía entre 20,000 y 25,000 dólares mensuales de Vladimiro Montesinos [...] todo lo cual hizo pensar a la autoridad judicial que existe un propósito de obstaculizar la investigación. En conclusión: [...] en esta caso las autoridades judiciales sí han motivado su convicción de la existencia de peligro procesal. Han explicado por qué piensan que se configura el delito de peculado, y por qué merecería una pena mayor de 4 años. Hay, pues, motivación suficiente y congruente en la autoridad judicial y, en consecuencia, no

El Tribunal considera pertinente el «mantenimiento» de la prisión preventiva porque del caso se advertía que el imputado no colaboró con la investigación judicial. En estricto, califica como supuestos de obstaculización de la actividad probatoria, contrarios al objetivo del proceso penal, el hecho que el imputado no colabore con la administración de justicia, por ejemplo, guarde silencio en relación con información relevante para el proceso y no admita ni confiese aspectos vinculados a la imputación.

Definitivamente, esta resolución viola el derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo, o a declararse culpable (derecho de no auto incriminación) reconocida por el art. 8.2.g) de la CADH, aplicable al ordenamiento jurídico peruano en virtud de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993<sup>37</sup> y regulados por el propio NCPP (art. IX.2). Porque es evidente que si la declaración falsa o la negativa a declarar no pueden ser utilizadas en contra del imputado en el proceso, ni como fundamento para la persecución de un delito contra la función jurisdiccional<sup>38</sup>, entonces tampoco puede aplicarse al imputado una medida cautelar personal como consecuencia del ejercicio de un derecho fundamental. El ordenamiento jurídico aplicaría así bajo el «reflejo» de una medida estrictamente procesal la consecuencia más grave que prevé el sistema jurídico cuando se descubriere que un imputado no colabora o no dice la verdad, nada menos que la privación del ejercicio de su libertad personal.

Si no existe posibilidad de imponer una pena privativa de libertad a un imputado que no colabora o no declara la verdad en el proceso seguido en su contra, el ordenamiento jurídico no puede justificar la imposición de una privación cautelar de libertad sobre la base de ese criterio. Es decir, si el imputado puede declarar lo que crea conveniente (y ello involucra, no declarar, o mentir si lo considera necesario) cómo puede existir una medida cautelar que procure la prevención de tales eventos. La postura del TC en este caso es, sin duda, el reflejo de un «pensamiento inquisitivo», que no estima al imputado sujeto de

---

se ha producido la vulneración del derecho constitucional invocado por el recurrente [libertad personal], que haría indebido al proceso [...]».

- 37 Derechos que han sido incluso desarrollados por la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú: «Es derecho del procesado mantener silencio sobre los hechos imputados y aun distorsionarlos si conviene a su defensa, quién no está obligado a prestar juramento de decir la verdad, por lo que no puede ser inculcado de delito contra la función jurisdiccional en razón de sus propias declaraciones». Ejecutoria Suprema de 12 de julio de 1996, Exp. 791-96, Lima (Guía rápida de jurisprudencia penal y procesal penal, p. 193).
- 38 Acuerdo Plenario N° 2-2005/ CJ-116, de las Salas Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú: «[...] el coimputado no tiene obligación de decir la verdad, no se le toma juramento y declara sin el riesgo de ser sancionado, sin la amenaza de las penas que incriminan el falso testimonio [...]».

derechos sino objeto del proceso y que no considera a la declaración del imputado como un medio de defensa, sino, un medio de investigación donde se persigue la confesión del imputado<sup>39</sup>.

El TC no puede incluir dentro del concepto de obstaculización la mentira, la contradicción o el silencio del imputado; porque de lo contrario, tal valoración en la aplicación de la prisión preventiva obligaría al imputado a auto incriminarse para evitar la prisión preventiva, lo que constituiría una auténtica sanción que vacía de contenido al derecho a no auto incriminarse y a guardar silencio<sup>40</sup>. Un presupuesto fundamental de la confesión, para que surta efecto en el proceso, es que esta sea libre. Y si el ordenamiento jurídico —o la interpretación que realiza el TC— predica la privación cautelar de libertad de aquellos imputados que «oculten» información relevante o «no declaren la verdad», entonces, se coacciona su voluntad en tanto pueden ser inducidos a autoincriminarse para evitar la prisión preventiva<sup>41</sup>.

El TC insiste en esta postura en la STC 0376-2003/HC, de 7 de abril (Caso «Bozzo Rotondo»), al decir

[...] En efecto, en la denuncia fiscal aludida, además de exponerse los motivos que a criterio del Ministerio Público justifican la ampliación de los cargos, se revela que existen profundas incoherencias en las sucesivas declaraciones de la demandante, en torno a las supuestas conversaciones que habría sostenido con Vladimiro Montesinos, mientras ambos se encontraban en Panamá, incoherencias que el juez penal ha tenido a la vista al determinar la subsistencia de la detención domiciliaria. Si bien todo procesado goza del derecho fundamental a la no autoincriminación, una de cuyas manifestaciones incluso autoriza al inculpado a guardar un absoluto silencio y la más imperturbable pasividad

---

39 La LECr española en su art. 504.1.3º.b) menciona expresamente que «no procederá acordar la prisión provisional por esta causa, cuando pretenda inferirse dicho peligro [de obstaculización] únicamente del ejercicio del derecho de defensa o la falta de colaboración del imputado en el curso de la investigación».

40 «[...] la necesidad de impedir la alteración de pruebas no debe confundirse con la de interrogar al imputado y acaso obtener la confesión en el secreto de la instrucción. El interrogatorio del imputado, en una visión no inquisitiva del proceso, no es una necesidad de la acusación, sino un derecho de la defensa que debe servir, por tanto, no para adquirir pruebas de culpabilidad, sino solo para oponerse a la imputación y para hacer posible al acusado su propia defensa [...]». (Errajoli 2004: 557).

41 Quispe Farfán cuestiona también esta Sentencia, y señala que existe en ella una errada concepción de la declaración del procesado como un deber, y advierte, que no tiene en cuenta que la información que se le exigía al procesado era autoincriminatoria y que al valorar el peligro procesal de esta manera en realidad existe una «sanción por su no declaración». Quispe Farfán 2005: 124.

durante el proceso, en el correcto supuesto de que debe ser la parte acusatoria la encargada de desvanecer la inocencia presunta, ello no le autoriza para que mediante actos positivos se desvíe el camino del aparato estatal en la búsqueda de la verdad dentro del proceso [...].

En este caso, el TC también evalúa la declaración falsa (en realidad las incoherencias) como un criterio que determina la existencia de un peligro de obstaculización probatoria. Si bien aquí intenta compatibilizar el derecho de no autoincriminación con la postura que defiende —argumentando que dicho derecho autoriza al imputado a «callar», no a mentir—, como ya se advirtió, tal postura no tiene sentido. La no autoincriminación supone la imposibilidad material de «obligar», «presionar» o «influir» de cualquier forma en el imputado para obtener una confesión; y no cabe duda de que la aplicación de una prisión preventiva como consecuencia (sanción) de una declaración falsa es un factor muy potente para condicionar la declaración del imputado. La declaración es un medio de defensa, el imputado no debe ser concebido como objeto del proceso y en este error, sin duda, incurre el TC al exigir una declaración de verdad al imputado para determinar la inexistencia del peligro de obstaculización.

## **VI. MOTIVACIÓN**

La motivación de las resoluciones judiciales tiene un doble fundamento: 1) Permitir el control de la actividad jurisdiccional y 2) Lograr convencer a las partes y a los ciudadanos sobre su corrección y justicia, mostrando una aplicación del derecho vigente libre de arbitrariedades<sup>42</sup>. En la resolución judicial que adopta la prisión preventiva, la exigencia constitucional de motivación debe ser considerada desde una doble perspectiva: la del derecho a la tutela judicial efectiva y la del respeto al derecho a la libertad personal<sup>43</sup>.

Por esta razón, todo cuanto se ha dicho hasta aquí sobre que la prisión preventiva, por ejemplo, debe perseguir funciones estrictamente cautelares, sustentarse en presupuestos específicos y legalmente previstos, respetar el principio de proporcionalidad, aplicarse en forma excepcional y subsidiaria, solo puede ser entendido si las resoluciones que la disponen respetan la correcta motivación. Esta no tiene otra exigencia que dar a conocer cuál es el sustento del juez para determinar que en un caso concreto es necesaria la privación cautelar de libertad para un correcto funcionamiento de la administración de justicia. La motivación

---

42 San Martín Castro 2003: 1156.

43 Sanguiné, O. 2003, p. 550.

se erige en la piedra angular del fundamento procesal de la utilización de la prisión preventiva, porque sin ella es imposible analizar su racionalidad.

Es por esta razón que el TC ha entendido que el auto que dispone o mantiene la prisión preventiva debe contener una motivación reforzada:

[...] Tratándose de la detención judicial preventiva, la exigencia de la motivación en la adopción o el mantenimiento de la medida debe ser más estricta, pues solo de esa manera es posible despejar la ausencia de arbitrariedad en la decisión judicial, a la vez que con ello se permite evaluar si es que el juez penal ha obrado de conformidad con la naturaleza excepcional, subsidiaria y proporcional de la detención judicial preventiva. [...] <sup>44</sup> [STC 03784-2008/HC, de 06 de enero (Caso Rodríguez Huamán)]

Como acertadamente señala el TC, la motivación del auto de prisión preventiva condiciona la validez del principio de proporcionalidad, porque solo puede verificarse su existencia cuando una adecuada motivación de las razones que la justifican confirma la presencia de los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto<sup>45</sup>. No basta que la prisión preventiva se sustente en una causal legal específica, es necesario evaluar la pertinencia de la causa que la motiva y esa evaluación solo puede realizarse luego de la exteriorización de las razones que la justifican por el sujeto que la lleva a cabo<sup>46</sup>.

Las circunstancias objetivas que en cada caso permitan afirmar el riesgo procesal que genera la necesidad de adoptar la prisión preventiva no deben quedar en la íntima convicción del que la dispone, sino que el juicio lógico de donde se deduce ese peligro debe materializarse en la resolución que la ordena<sup>47</sup>. La prisión preventiva tampoco puede justificarse en decisiones «estereotipadas», ni sustentarse en formulaciones puramente «generales» o «abstractas»<sup>48</sup>. Se deben evitar las motivaciones tautológicas, apodícticas o aparentes, incluso la repetición de fórmulas reiterativas de los textos normativos que en ocasiones se reproducen mecánicamente y en términos tan genéricos que se puede adaptar a cualquier situación<sup>49</sup>.

Por ello, insiste la STC 03784-2008/HC, de 06 de enero (Caso «Rodríguez Huamán»):

---

44 Así también en la STC 0462-2006/HC, de 11 de diciembre (Caso «Vega Huaracaya»).

45 Castillo Córdova 2007: 167.

46 Gutiérrez de Cabiedes 2004: 85.

47 Cesano 2005: 525.

48 Stedh, Caso Letellier, párr. 51 y 52.

49 Andrés Ibáñez 1997: 27.

[...] Dos son, en ese sentido, las características que debe tener la motivación de la detención judicial preventiva: En primer lugar, tiene que ser «suficiente», esto es, debe expresar, por sí misma, las condiciones de hecho y de derecho que sirven para dictarla o mantenerla. En segundo término, debe ser «razonada», en el sentido de que en ella se observe la ponderación judicial en torno a la concurrencia de todos los aspectos que justifican la adopción de la medida cautelar, pues de otra forma no podría evaluarse si es arbitraria por injustificada [...].

Sin embargo, no basta el simple encaje de los hechos en dichas normas, porque las razones de la decisión pueden seguir ocultas, hay que precisar por qué encajan. Motivación y fundamentación no son conceptos sinónimos, una resolución puede estar fundada en derecho y no ser motivada, puede citar muchas disposiciones pero no explicar el enlace de esas normas con la realidad concreta que se está apreciando. Viceversa, una resolución puede ser motivada, pero no estar fundada en derecho, que es lo que ocurre cuando un juez justifica su resolución en principios puramente filosóficos, ajenos al ordenamiento jurídico. La motivación, entonces, es la explicación de la fundamentación jurídica de la solución al caso concreto, no basta una mera exposición, debe existir un razonamiento lógico<sup>50</sup>.

---

50 Sanguiné, O. 2003: 554 -555.

## UNIDAD III: LA IMPUGNACIÓN

### LECTURA OBLIGATORIA

ALFARO VALVERDE, Luis Genaro. (2015). El Derecho a la Impugnación desde las Altas Cortes de Justicia. Lima: Palestra.

### PREGUNTAS

1. ¿Qué entiende por Derecho a la Impugnación?
2. ¿Cuál es la relación entre el derecho a la impugnación versus el derecho a la pluralidad de instancia?
3. ¿Cuál es la relación entre el derecho a la impugnación y el debido proceso?

# El derecho a la impugnación desde las Altas Cortes de Justicia

LUIS GENARO ALFARO VALVERDE

A mi hijita Andrea Alessandra, la niña de mis ojos.

*SUMARIO: 1. Introducción. 2. Desorden terminológico y conceptual. 3. Derecho a la impugnación vs. Derecho a la pluralidad de instancia. 3.1. ¿Se trata del mismo derecho? 3.2. ¿Es el contenido esencial del derecho a la pluralidad de instancia? 4. Derecho a la impugnación como contenido esencial al debido proceso. 4.1. La impugnación como derecho implícito. 4.2. Justificación dogmática de su incorporación al debido proceso. 5. Un derecho de configuración legal. 6. Conclusiones.*

## 1. INTRODUCCIÓN

Desde mediados del siglo pasado se puede observar la gran acogida e influencia mundial que progresivamente ha tenido la constitucionalización del proceso; esta es aquella tendencia que explica las diversas implicancias jurídicas de estudiar el proceso desde la perspectiva constitucional: Proceso y Constitución. Al parecer una de las razones de esta gran aceptación es, entre otras cosas, haber logrado la ordenación positiva de diversos principios y derechos fundamentales procesales en las Constituciones<sup>1</sup>. Sin embargo, simultáneamente dicho ascenso que ha permitido tal virtud, se puede apreciar que ello viene generando también situaciones dudosas sobre diversos aspectos como su margen de eficacia, contenido esencial y

---

<sup>1</sup> En el sistema europeo, el reconocimiento constitucional de la tutela judicial y sus principales garantías es un hecho más que evidente, por ejemplo en las Constituciones de España (art. 24º), Italia (art. 24º), Francia (art. 66º), Alemania (art. 103º) y Portugal (art. 20º). Esta misma tendencia se observa en las Constituciones de Latinoamérica, por ejemplo: en Perú (art. 139.3.º), Colombia (art. 229º) y Venezuela (art. 257º).

tutela jurídica; escenario que desde luego hace difícil su comprensión y sobre todo su ejercicio por los jueces, abogados y las mismas partes en el proceso.

Uno de los derechos inmersos en estas situaciones inciertas es el denominado *derecho a la impugnación*, el cual será materia de análisis en este estudio. La idea es revisar y analizar críticamente este derecho desde la perspectiva de las altas cortes de justicia del Perú, especialmente del Tribunal Constitucional (TC). Lo que pretendemos es estudiar cuál es la posición o criterio jurisprudencial sobre algunos aspectos que, según observamos, vienen generando controversia en su comprensión, entre otros aspectos sobre su naturaleza constitucional que en la doctrina nacional se viene cuestionado. Iniciamos dicha empresa con algo que al parecer sería baladí, empero como veremos tiene vital importancia, esto es la terminología empleada por el TC para identificar este derecho, veremos si realmente hay uniformidad o diversidad, de ser el caso reflexionaremos sobre cuáles serían las razones de tal variedad y el modo cómo ello puede repercutir en su tutela o protección. Luego analizaremos la manera cómo se viene entendiendo la relación de este derecho con otros derechos fundamentales procesales, principalmente con el derecho a la pluralidad de instancia, respecto del cual se viene observando una variedad de criterios, como aquella que deja entrever que ambos son el mismo derecho o aquella posición que lo entiende como el contenido esencial del derecho a la pluralidad de instancia. En este punto intentaremos exponer algunas ideas que difieren y discrepan totalmente con ambas perspectivas.

Además, revisaremos aquella posición jurisprudencial que afirma que es un derecho implícito, centrándonos en la que postula que se trata de un derecho fundamental que deriva del derecho al debido proceso. Aquí, intentaremos mostrar algunas razones que justificarían esta posición y su vinculación con la opción ideológica sobre la función del proceso, la función de la prueba y cómo ésta se relaciona con el derecho a la impugnación. En último lugar, se analiza la jurisprudencia del TC para determinar la manera cómo entiende que sea un derecho de configuración legal y cuáles serían sus límites. Por lo demás, el propósito de este estudio, no es sólo quedarnos con describir los diversos y múltiples criterios jurisprudenciales que se viene asumiendo alrededor del derecho en estudio, sino que se intentará proponer algunas ideas y reflexiones que de alguna forma pueda servir para ordenar y aclarar tales situaciones inciertas, que de nada ayuda a los operadores de derecho y sobre todo al centro y fin del derecho que es la persona que exige tutela de su derecho: el justiciable, cuya libertad es la indudable justificación de toda tutela de su derechos sustantivos y procesales<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> La Constitución peruana ha establecido en la parte de derechos fundamentales de la persona -su artículo 1- que "La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado." De igual modo la Declaración Universal de Derechos Humanos, declara derechos directamente referidos a la persona humana, precisando así en su artículo 1 que: "Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.", realizando en el artículo 2 la enumeración de los derechos que se les reconoce.

## 2. DESORDEN TERMINOLÓGICO Y CONCEPTUAL

Luego de revisar una serie de sentencias emitida por el TC peruano (pero también en la doctrina procesal) lo primero que llama la atención es que el derecho en cuestión viene siendo indiscriminadamente nombrado de diversas maneras, sin el menor cuidado o preocupación por un orden terminológico y por las implicancias conceptuales que representa cada expresión jurídica. Por esta razón, decidimos empezar este estudio con el análisis crítico de las denominaciones jurídicas (*nomen iuris*) más comunes y frecuentes con que se le viene distinguiendo al derecho en estudio.

En este sentido, vemos que uno de los enunciados más utilizados por el TC en distintos pronunciamientos es: *derecho de acceso a los recursos*<sup>3</sup>, con sus variantes: *derecho a recurrir* y *recurribilidad de sentencias*. Estas mismas locuciones se observa, que también, son empleadas en las sentencias de la Corte Suprema, además de otras como: "*revisabilidad de los fallos*"<sup>4</sup>. En estos casos vemos que se trata de una imitación un tanto enmarañada de aquellas fórmulas lingüísticas usadas en el sistema español; tanto en la jurisprudencia del TC que las identifica como "*derecho al recurso previsto por ley*"<sup>5</sup>, como en la doctrina que lo distingue como *derecho al recurso legalmente establecido*<sup>6</sup>. Además, una expresión semejante: *derecho de recurrir*, es empleada en el art. 8.2.h. en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto De San José) e interpretada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el sentido que "La posibilidad de 'recurrir del fallo' debe ser accesible, sin requerir mayores complejidades que tornen ilusorio este derecho." (Caso *Herrera*

---

También, la Convención Americana sobre Derechos Humanos -"Pacto de San José de Costa Rica"- expresa en el artículo primero, inciso dos, que debe entenderse que persona es todo ser humano", haciendo referencia marcada al precisar que los derechos reconocidos en la señalada disposición internacional están referidos sólo a la persona humana.

<sup>3</sup> En la jurisprudencia del TC peruano, puede verse: STC N° 1231-2002-HC/TC. FJ. 2; STC. N° 2877-2005-PHC/TC. FJ. 7; STC N° 09285-2006-PA/TC. FJ. 5; STC N° 1243-2008-PHC/TC. FJ. 2; STC N° 5019-2009-PHC/TC. FJ. 2; STC N° 4235-2010-PHC/TC. FJ. 8; STC N° 2596-2010-PA/TC; FJ. 4, entre otras.

<sup>4</sup> Por ejemplo en el siguiente caso: "Habiendo planteado al mismo tiempo la nulidad de la sentencia y la apelación de la misma no debe el juzgador denegar ambas, pues se atentaría contra el principio del acceso a la tutela jurisdiccional, así como la instancia plural y la *revisabilidad de los fallos*" (cursiva agregada) Exp. N°182-95, Primera Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, T. I, (Cuzco, 1995, pp. 124-125).

<sup>5</sup> En la jurisprudencia del TC español, puede observarse, por ejemplo en la S.S.T.C.: 170/1996, de 29 de octubre; 46/1995, de 14 de febrero; 58/1995, de 10 de marzo; 179/1995, de 11 de diciembre; 75/1994, de 14 de marzo; 77/1994, de 14 de marzo; 83/1994, de 14 de marzo; 91/1994, de 21 de marzo; 96/1993, de 22 de marzo; 274/1993, de 20 de septiembre; 31/1992, de 18 de marzo; 64/1992, de 29 de abril; 87/1992, de 8 de junio; 20/1991, de 31 de enero; 133/1991, de 17 de junio; 177/1991, de 19 de septiembre; 239/1991, entre otras.

<sup>6</sup> Puede verse: PICO I JUNOY, Joan, *Las garantías constitucionales del proceso*. Bosch Editor, Barcelona, 1997, pp. 80-81.

*vs. Costa Rica*: Sentencia de 2 de julio de 2004. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas<sup>7</sup>)

Ahora bien, para el caso peruano, vale la pena considerar que si optamos por preferir la expresión “*derecho de acceso a los recursos*” tendríamos el problema que se limitaría únicamente a los recursos, excluyéndose otras formas de medios de impugnación. Por ejemplo, en el proceso civil, tendríamos que admitir –implícitamente– que este derecho alcanzaría únicamente a los recursos (reposición, apelación y casación) descartándose a los “remedios” que según el art. 356° CPC (aunque esta clasificación resulte altamente criticable) constituye uno de los dos tipos de medios impugnatorios que tenemos en nuestro ordenamiento; de tal suerte que esta nomenclatura no se ajustaría propiamente a nuestro sistema jurídico. De igual modo respecto a la locución *derecho al recurso* al que hace referencia en el Pacto de San José de Costa Rica, en realidad representa la protección jurídica al justiciable, pero no en todos los tipos de procesos, sino propiamente en el proceso penal, en virtud del cual el condenado tiene el derecho de acceso a un recurso que le otorgue la posibilidad que su caso sea revisado íntegramente por otro juez; por tanto, tampoco sería muy idóneo para nuestra realidad jurídica.

Del mismo modo, se observa que otro de los términos utilizados es: *derecho a la impugnación* o *derecho a los medios impugnatorios*<sup>8</sup>. Al respecto, es posible que esta preferencia terminológica se origine a partir de una variante de la expresión *acceso a los medios impugnatorios* consignada en el art. 4° del Código Procesal Constitucional prevista enunciativamente como contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva: “Se entiende por tutela procesal efectiva aquella situación jurídica de una persona en la que se respetan, de modo enunciativo, sus derechos de (...), a *acceder a los medios impugnatorios regulados*, a la imposibilidad de revivir procesos fenecidos, (...)” Término que por cierto también es utilizado por un sector de la doctrina nacional y comparada<sup>9</sup>.

De todo ello, uno de los mensajes que nos deja esta peculiar situación de usar diferentes palabras para identificar un mismo derecho, es el siguiente: importar términos (y con ello su concepto) de modelos de la misma familia jurídica semejantes a la nuestra (*civil law*) no garantiza necesariamente un grado de coherencia y aceptación uniforme en un sistema receptor como el nuestro, por ello es necesario conocer anticipadamente el sentido generalmente aceptado en la cultura jurídica de donde proviene, para luego analizar si estas pueden adaptarse a nuestra reali-

<sup>7</sup> Puede consultarse en la web de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, específicamente en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_107\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf) (p. 82, de la versión pdf)

<sup>8</sup> Cfr. STCN° 4235-2010-PH/TC, FJ. 11: “Ahora bien, inmediatamente este Tribunal ha advertido que el derecho sub examine, también denominado derecho a los medios impugnatorios, es un derecho de configuración legal.”

<sup>9</sup> En la doctrina italiana, véase: CIPRIANI, Franco, Sentencias no definitivas y derecho de impugnar (A propósito del art. 827 c.p.c), en *Batallas por la justicia civil*, traducción Eugenia Ariano Deho, Cultural Cuzco, Lima, 2003. pp. 380-401.

dad. De lo contrario lo único que provocaría es una mayor confusión y enredo en su comprensión y por ende en su tutela. Hecho que justamente está ocurriendo con el derecho en cuestión, en la que se aprecia un total desorden terminológico que no hace otra cosa que evidenciar la grave inconsistencia conceptual que viene mostrando la jurisprudencia nacional; lo que desde luego repercute en cierta forma en el modo de comprender y ejercer el derecho por los justiciables. Sin perjuicio de ello, entre estas opciones terminológicas preferimos identificarla como *derecho a la impugnación*, por ser una expresión más omnicompreensiva (al menos en el caso peruano) pues alcanza y comprende no sólo a los recursos, sino a todo el sistema impugnatorio.

### 3. DERECHO A LA IMPUGNACIÓN VS DERECHO A LA PLURALIDAD DE INSTANCIA

Siguiendo con el estudio del derecho a la impugnación a través de lo que dice la jurisprudencia (especialmente la del TC) se observa que la falta de uniformidad no sólo se presenta a nivel terminológico, sino también en otros aspectos más sustanciales, como las problemáticas generadas por su vinculación con otros derechos fundamentales procesales, por ejemplo con el derecho a la defensa<sup>10</sup>. Situación que también se presenta en otros sistemas jurídicos, como en Costa Rica en donde se afirma que es una manifestación tanto del derecho de defensa como de la tutela judicial efectiva<sup>11</sup> y en España en donde inicialmente se le asociaba con el derecho de acceso a la justicia o proceso; pero después se fue disipando tal posibilidad; por ejemplo en la STC 94/2000 se sostuvo que «la diferencia entre el acceso a la jurisdicción y el acceso a los recursos se proyecta necesariamente en la función de control que corresponde a este Tribunal respecto de las resoluciones judiciales que impidan, de una u otra forma, el acceso a la tutela judicial. Dicho control necesariamente habrá de ser más intenso, en cuanto a la apreciación del rigor y proporcionalidad de la decisión de inadmisión, cuando se trata del acceso a la jurisdicción»<sup>12</sup>

<sup>10</sup> STC N° 4235-2010-PHC/TC, FJ. 9: "... el derecho a la pluralidad de instancia guarda también conexión estrecha con el derecho fundamental a la defensa, reconocido en el artículo 139°, inciso 14, de la Constitución"

<sup>11</sup> PICADO VARGAS, Carlos Adolfo. "La impugnación como garantía integradora del debido proceso", en *Revista del Instituto Panamericano de Derecho Procesal - QUISPIKAY*, Fondo Editorial EGACAL, Lima, 2009, p. 302.

<sup>12</sup> En este mismo sentido el profesor DE LA OLIVA, señalaba que "la importante flexión de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional no está abonada sólo ni principalmente por el interés de limitar el amparo que a este Tribunal corresponde, sino por el entendimiento, muy cabal, de que no cabe igualar el acceso a la primera instancia y el acceso a los recursos" (DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, *El derecho a los recursos. Los problemas de la única instancia*, en *Tribunales de Justicia*, núm. 10, octubre 1997, p. 974.

Pero, hemos podido apreciar que las dificultades más frecuentes se encontrarían en aquellas que nacen principalmente de su relación o acercamiento con el *derecho a la pluralidad de instancia*. En efecto, el TC ha afirmado en muchas oportunidades que existe una especial e inseparable vinculación con dicho derecho. Por ejemplo, en la STC N° 10490-2006-AA/TC se sostiene lo siguiente: "(...) respecto del derecho a la pluralidad de instancias, es evidente que guarda íntima relación con el derecho a los medios impugnatorios"<sup>13</sup>. Así, se afirma que existe una "íntima" relación pero no se precisa, por ningún lado, en que consiste dicha vinculación; empero, no es suficiente proclamar, como si fuese obvia o redundante la respuesta, que dos categorías jurídicas se relacionan y no decir de qué manera. Pese a esta incierta situación, hemos observado al menos dos enredos conceptuales: i) el criterio que deja divisar que impugnación y pluralidad de instancia son el mismo derecho y ii) el criterio que postula que la impugnación es parte del contenido esencial del derecho a la pluralidad de instancia. En las líneas siguientes intentaremos realizar algunas precisiones que permitan, en cierta forma, ordenar esta diversidad de criterios, que generan una falta de comprensión y por ende dificultan su normal ejercicio en los casos concretos.

### 3.1. ¿Se trata del mismo derecho?

La primera vinculación está referida a aquella jurisprudencia que deja notar que impugnación y pluralidad de instancia son en realidad un mismo derecho. Así, se observa, por ejemplo, en la STC N° 607-2009-AA/TC en la que se argumenta lo siguiente:

*"La recurribilidad de las sentencias (o pluralidad de instancias) es un derecho reconocido en el inciso 6) del artículo 139° de la Constitución, y tiene por objeto garantizar que las personas, naturales o jurídicas, que participen en un proceso judicial tengan la oportunidad de que lo resuelto por un órgano jurisdiccional sea revisado por un órgano superior de la misma naturaleza, siempre que se haya hecho uso de los medios impugnatorios pertinentes, formulados dentro del plazo legal."*<sup>14</sup> (cursivas nuestras)

Esta similitud no parece ser del todo precisa, pues existen otras razones por las que se sostiene que se trata de dos derechos diferentes. Veamos algunas de ellas, en principio el derecho a la pluralidad de instancia tiene un reconocimiento independiente y autónomo en el inc. 6 del art. 139 Const., por el cual el Estado/legislador se encuentra vinculado a diseñar los procesos judiciales con más de una instancia (al menos dos instancias según el criterio uniforme del TC<sup>15</sup>); dicho

<sup>13</sup> STC N° 10490-2006-AA/TC. FJ. 11.

<sup>14</sup> STC N° 607-2009-AA/TC. FJ. 51.

<sup>15</sup> En efecto, el TC viene sosteniendo que "Es claro que la instancia plural —sin perjuicio de lo que más adelante se precise en relación con la incidencia del derecho a la pluralidad de la instancia en las decisiones de órganos jurisdiccionales colegiados no penales— queda

de otra manera no puede haber un proceso ante el poder judicial de instancia única. Noción que es adoptado por el TC cuando sostiene que “tiene por objeto garantizar que las personas, naturales o jurídicas, que participen en un proceso judicial *tengan la oportunidad de que lo resuelto por un órgano jurisdiccional sea revisado por un órgano superior de la misma naturaleza.*”<sup>16</sup> y precisa que su contenido “*garantiza que lo resuelto por un órgano jurisdiccional pueda ser revisado por un órgano funcionalmente superior, y de esta manera se permita que lo resuelto por aquél, cuando menos, sea objeto de un doble pronunciamiento jurisdiccional*”<sup>17</sup> Sin embargo, la impugnación es el derecho de los justiciables, previamente establecido por el legislador, en virtud del cual pueden acceder a un instrumento o medio jurídico que les permita cuestionar u observar la resolución que le causa perjuicio; en otras palabras se intenta tutelar la posibilidad de que los justiciables puedan ejercer un verdadero control de la resolución judicial; dicho en otros términos “*supone que se utilicen los mecanismos que el legislador haya establecido normativamente, con el fin de que se puedan cuestionar diversas resoluciones expedidas por el órgano jurisdiccional.*”<sup>18</sup> Entonces, existen no pocas razones para pensar que no es el mismo derecho sino que se trata de dos derechos distintos. El hecho que el recurso de apelación sea el medio tradicional o histórico que permite alcanzar la segunda instancia, no significa que necesariamente todos los recursos generan dicho estado o que tienen ese único propósito, como posteriormente lo desarrollaremos.

Este criterio del TC es la menos aceptada y compartida por la doctrina; sin embargo, se aprecia otro criterio en virtud del cual se afirma que el derecho a la impugnación resulta ser un elemento del contenido esencial del derecho a la impugnación; es decir, que el primero (contenido) esté inmerso del segundo (contenente). A continuación analizaremos dicha posición.

### 3.2. ¿Es el contenido del derecho a pluralidad de instancia?

Planteamos esta cuestión pues de la jurisprudencia analizada es posible apreciar en varias sentencias el criterio que defiende que derecho a la impugnación se encontraría ubicado o que sea parte del contenido esencial del derecho a la pluralidad de instancia; dicho en otros términos que sea una manifestación implícita de este derecho. Se trata de la posición que tiene mayor aceptación en la jurisprudencia, por ejemplo en las siguientes sentencias:

---

satisfecha con la duplicidad de la instancia, sin necesidad de que sean más de dos las instancias procesales reguladas” (STC N° 4235-2010-PHC/TC, FJ. 15). Criterio que viene siendo adoptado, por ejemplo: RTC N° 3261-2005-PA, FJ. 3; STC N° 6149-2006-PA, FFJJ. 26-27)

<sup>16</sup> STC N° 4235-2010-PHC/TC. FJ. 9.

<sup>17</sup> STC N° 01703-2012-PA/TC. FJ. 3.3.2

<sup>18</sup> EXP. N° 01648-2012-PHC/TC. FJ. 4

*“el derecho de acceso a los recursos constituye un elemento conformante del derecho al debido proceso, derivado del principio de pluralidad de instancia (Art. 139, inciso 6, Constitución), y previsto además de manera expresa en el literal h del artículo 8, inciso 2, de la Convención Americana de los Derechos Humanos, que establece que: (...) Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) h) derecho a recurrir del fallo ante juez o tribunal superior. Del mismo modo, conforme al inciso quinto del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley.”<sup>19</sup> (cursivas nuestras)*

*“el derecho a la pluralidad de instancia garantiza a toda persona sometida a un proceso judicial la posibilidad real de que un órgano jurisdiccional superior revise las decisiones adoptadas por los órganos jurisdiccionales de las instancias inferiores, obteniendo así un nuevo pronunciamiento sobre el tema controvertido. Su goce efectivo presupone a su vez que se garantice el derecho de acceso a los recursos, cuyo contenido esencial no tolera que, por medios de hecho o de derecho, se obstaculice o impida arbitrariamente su ejercicio.”<sup>20</sup> (cursivas nuestras)*

*“El Tribunal Constitucional tiene expuesto, en uniforme y reiterada jurisprudencia, que el derecho de acceso a los recursos o a recurrir las resoluciones judiciales, es una manifestación implícita del derecho fundamental a la pluralidad de la instancia, reconocido en el artículo 139º, inciso 6, de la Constitución, el cual, a su vez, forma parte del derecho fundamental al debido proceso, reconocido en el artículo 139º, inciso 3, de la Norma Fundamental”<sup>21</sup> (cursivas nuestras)*

Como se aprecia, si bien se trata de un criterio asumido uniforme y reiteradamente por el TC<sup>22</sup>; empero, no se exponen razones o argumentos que justifiquen jurídicamente dicha vinculación. Por el contrario existen otros motivos que ponen en entredicho tal posición mayoritaria, que desde luego lo hace bastante discutible. A nuestra consideración, estas observaciones serían las siguientes:

- i) No todos los medios de impugnación que se dirigen contra una resolución judicial tienen inevitablemente la finalidad de que la controversia sea objeto de un nuevo examen, pues ello dependerá de diversos factores como el tipo particular de impugnación, la estructura de la organización judicial en donde se desenvuelve y la función que el ordenamiento procesal le reconozca.
- ii) No todos los medios de impugnación son conocidos por otro órgano judicial o procuran la apertura necesariamente a otra instancia o grado, pues hay

<sup>19</sup> STC N° 1243-2008-PHC/TC, FJ. 2.

<sup>20</sup> STC. N° 671-2007-PA/TC. O9391-2007-PA/TC (Acumulado), FJ. 3.

<sup>21</sup> STC N° 4235-2010-PHC/TC, FJ. 8

<sup>22</sup> Cfr. STC N° 1243-2008-PHC/TC, FJ. 2; STC N° 5019-2009-PHC/TC, FJ. 2; STC N° 2596-2010-PA/TC, FJ. 4.

recursos que son interpuestos y resueltos por el mismo juez, como el recurso de reposición contra los decretos, en el proceso civil (art. 362 CPC).

- iii) El hecho de que la apelación sea el recurso ordinario que permite promover la segunda instancia no le hace indefectiblemente el contenido esencial o una forma de manifestación del derecho a la pluralidad de instancia; afirmar lo contrario sería como sostener que el derecho a la doble instancia inspira a todos los recursos, lo cual en el caso peruano no es del todo cierto, pues se estaría considerando únicamente a los denominados recursos verticales, excluyendo a los recursos horizontales.
- iv) La revisión del error judicial por otra instancia no es el único fundamento de los medios impugnatorios, ni opera por sí sólo, pues hay otros que además persiguen uniformidad tendencial de la aplicación del derecho objetivo conjuntamente como la corrección de errores, como el recurso de casación.

En resumidas cuentas, como vemos, la pluralidad de instancia no es el único fundamento constitucional de los medios de impugnación, como para afirmar contundentemente que sea su contenido esencial. Entonces, si el derecho a la impugnación y pluralidad de instancia no son el mismo derecho y si el primero no es el contenido esencial del segundo, las preguntas que caen por su propio peso son: ¿es caso un derecho fundamental autónomo o implícito? en caso que sea el segundo supuesto: ¿de qué derecho fundamental se deriva? y sobre todo ¿cuál es su configuración jurídica?. Estas cuestiones se desprenden también de la revisión de la jurisprudencia, en donde encontramos derecho diversas posiciones, que serán analizadas a continuación.

#### 4. DERECHO A LA IMPUGNACIÓN COMO CONTENIDO ESENCIAL DEL DEBIDO PROCESO

##### 4.1. La impugnación como derecho implícito

De la jurisprudencia revisada se puede observar que, a diferencia del derecho a la pluralidad de instancia, el derecho a la impugnación en el caso peruano -excepto para el proceso penal<sup>23</sup>- no tiene un reconocimiento taxativo en la Constitución; esto significa que se trata de un derecho implícito. Sobre el particular, se debe recordar que los derechos fundamentales pueden ser reconocidos expresamente,

<sup>23</sup> A diferencia del proceso civil, el derecho de impugnar en el contexto del proceso penal (para el caso peruano), si tiene un sustento constitucional, esto es en aplicación del ordinal "h" del artículo 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en la que se establece el derecho de todo inculpado a no ser impedido, ilegal o arbitrariamente, de recurrir el fallo ante un juez o tribunal superior. De igual modo sucede, en otras experiencias comparadas, como en el modelo español donde la doctrina mayoritaria ha señalado que el derecho a recurrir integra el proceso penal con todas las garantías y que la subsistencia de los medios de impugnación constituye la principal garantía frente al arbitrio judicial (GIMENO SENDRA, Vicente. *Derecho Procesal Penal* (con Moreno Catena y Cortés Domínguez) Colex, 2º Ed. Madrid, 1997, p. 103)

pero también, en algunas ocasiones, son implícitos o tácitos cuando nacen a partir de las primeras; siendo del mismo criterio el TC al afirmar que: “los derechos fundamentales no sólo pueden individualizarse a partir de una perspectiva estrictamente gramatical o positiva. En la medida en que el ordenamiento jurídico no crea *strictu sensu* los derechos esenciales, sino que simplemente se limita a reconocerlos”<sup>24</sup>. Además, en otra sentencia ha explicado que: “la enumeración de los derechos fundamentales previstos en la Constitución, y la cláusula de los derechos implícitos o no enumerados, da lugar a que en nuestro ordenamiento todos los derechos fundamentales sean a su vez derechos constitucionales, en tanto es la propia Constitución la que incorpora en el orden constitucional no solo a los derechos expresamente contemplados en su texto, sino a todos aquellos que, de manera implícita, se deriven de los mismos principios y valores que sirvieron de base histórica y dogmática para el reconocimiento de los derechos fundamentales. (...) Consecuentemente, expresos o implícitos, los derechos fundamentales pertenecen al ordenamiento constitucional vigente”<sup>25</sup>

Ahora bien, para identificar un derecho implícito, el TC viene sosteniendo que es necesaria una minuciosa y compleja labor de interpretación sistemática sobre la proposición normativa que regula un derecho expreso con otras disposiciones constitucionales, a partir del cual va descubriendo o construyendo su contenido esencial.<sup>26</sup> Sumado a ello se debe de tener presente dos elementos más, como son: la doctrina jurisprudencial y los precedentes vinculantes constitucionales; así se ha señalado que “la determinación de tal contenido debe tener en consideración, además, la doctrina jurisprudencial y los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional, así como la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuya competencia contenciosa ha sido aceptada por el Estado peruano”<sup>27</sup>. En este sentido, si asumimos la posición que sostiene que la impugnación es un derecho fundamental implícito (contenido) que forma parte de un derecho expreso (continente) en la Constitución y si al parecer no deriva exactamente del derecho a la pluralidad de instancia ¿En qué derecho fundamental se encuentra comprendido? Esta es precisamente la cuestión que pretendemos desarrollar a continuación, analizando cuál es la tendencia jurisprudencial al respecto y los argumentos dogmáticos que apoyaría tal posición.

<sup>24</sup> STC N° 06534-2006-PA/TC. FJ. 16.

<sup>25</sup> STC N° 1417-2005-PA/TC. FJ. 4 y 5.

<sup>26</sup> Estos pueden comprender a bienes, principios o valores, clasificadas como subjetivos, entre las que destacan el principio-derecho de dignidad de la persona (art. 1), el principio del Estado democrático y social de derecho (art. 43), la protección jurisdiccional de los derechos (art. 200), y la interpretación de los derechos fundamentales de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias (cuarta disposición final y transitoria); y entre los bienes objetivos, tenemos los deberes de todos los peruanos (art. 38), los deberes primordiales del Estado (art. 44), entre otros.

<sup>27</sup> STC N° 00023-2005-PI/TC. FJ. 45.

## 4.2. Tendencia jurisprudencial

Examinando la doctrina comparada<sup>28</sup> es posible encontrar que algunos consideran que el derecho a la impugnación forma parte del contenido esencial del debido proceso y otros que afirma estar comprendido en la tutela judicial efectiva. En la primera posición, se ha señalado que este derecho constituye un elemento necesario e impostergable del contenido del debido proceso, en la medida que promueve la revisión, por un superior jerárquico, de los errores de quienes se encuentran autorizados, en nombre del pueblo soberano, a administrar justicia<sup>29</sup>. En la segunda posición, se afirma que no puede concebirse una tutela judicial efectiva si es que no se ha garantizado a las partes o mejor a las personas, la oportunidad de impugnar las resoluciones que consideran le son desfavorables.

En el sistema español las posiciones también están divididas; hay quienes sostienen que no forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 de la Constitución Española) indicando que la conveniencia de que el perjudicado por una resolución judicial pueda pedir un segundo examen de lo decidido, no se ha elevado a elemento integrante de la tutela judicial efectiva, quedando a la discrecionalidad política del legislador el prever o no recursos en el proceso<sup>30</sup>. Por el contrario, hay quienes defienden el vínculo indisoluble con la tutela judicial, alegando que forma parte de su contenido esencial, con la consecuencia de posibilidad de acceso al TC en caso de violación de aquel derecho<sup>31</sup>, como se observa en la STC N° 48/1995, de 14 de febrero, en la que se sostiene que “según es doctrina reiterada de este Tribunal, el derecho a la tutela judicial comprende, como regla general, el de acceder a Jueces y Tribunales en la instancia y –cuando estén legalmente establecidos, con la conocida excepción del proceso penal– en vía de recurso, obteniendo de ellos una resolución sobre el fondo del asunto (por todas SSTC 64/1983, 93/1984, 10/1985, 6/1986, 118/1987, 171/1988, 110/1989, 114/1990, 172/1991, 201/1992, 191/1993 o 96/1994, entre otras”. También en la STC. N° 128/1996, de 9 de julio, se señala lo siguiente: “Constituye, a este respecto, doctrina consolidada de este Tribunal que el acceso a los recursos previstos por la Ley integra el contenido propio del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido por el art. 24.1 C.E.”

Sin embargo, luego de revisar la jurisprudencia del TC peruano se puede observar que existe una inclinación mayoritaria por considerar al derecho a la impugnación como un derecho implícito al derecho al debido proceso tipificado en el inciso 3) del artículo 139 Const., que establece: “Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) 3) La observancia del debido proceso y la tutela

<sup>28</sup> GOZAINI, Osvaldo Alfredo. *El Debido Proceso*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2004, p. 460.

<sup>29</sup> MESIA RAMIREZ, Carlos. *Los Recursos Procesales Constitucionales*, Diálogo con la Jurisprudencia, Lima, 2009. p. 21.

<sup>30</sup> Cfr. MONTERO AROCA, Juan y otros, Ob. cit. p. 400.

<sup>31</sup> Cfr. ORTELLS RAMOS, Manuel. Ob. cit. p. 494.

jurisdiccional". Esta vinculación jurídica se puede observar, a modo de ejemplo, en los siguientes casos:

*"Uno de los derechos que conforman el derecho al debido proceso es el derecho de acceso a los medios impugnatorios. En ese sentido, es necesario precisar que en la medida en que el derecho al debido proceso no tiene un ámbito constitucionalmente garantizado en forma autónoma, sino que su lesión se produce a consecuencia de la afectación de cualesquiera de los derechos que lo comprenden, dentro del cual se encuentra el de acceso a los medios impugnatorios, un pronunciamiento sobre el fondo en relación con aquel derecho presupone, a su vez, uno en torno al último de los mencionados."*<sup>32</sup> (cursivas agregadas)

*"En efecto, si bien este no se encuentra expresamente reconocido en la Constitución Política del Perú, su reconocimiento a título de derecho fundamental puede inferirse de la cláusula constitucional mediante la cual se reconoce el derecho al debido proceso. Como se expresa en el ordinal h) del artículo 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, (...) Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) h) derecho a recurrir del fallo ante juez o tribunal superior."*<sup>33</sup> (cursiva agregada)

*"el derecho de acceso a los recursos constituye un elemento conformante del derecho al debido proceso, derivado del principio de pluralidad de instancia, y previsto además de manera expresa en el literal h del artículo 8, inciso 2, de la Convención Americana de los Derechos Humanos, que establece que "(...) Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) h) derecho a recurrir del fallo ante juez o tribunal superior". Igualmente, conforme al inciso quinto del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: "Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley".*<sup>34</sup> (cursiva agregada)

El problema de esta aspecto es que en las sentencias revisadas se aprecia que el TC no presenta o expone razones que sustenten o justifiquen su vinculación con el debido proceso, por el contrario la fórmulas como la indicada en la última sentencia (*"constituye un elemento conformante del derecho al debido proceso, derivado del principio de pluralidad de instancia"*) hacen un tanto imprecisa y confusa su vinculación, ya que no puede derivarse de dos derechos a la vez, dado que el debido proceso (at. 139º inc. 3) y pluralidad de instancia (art. 139 inc.6) son derechos fundamentales procesales que tienen un reconocimiento expreso y autónomos en nuestra Constitución. Por ello, resulta conveniente revisar la doctrina procesal contemporánea para ver si existen razones que puedan justificar o en su caso desvirtuar la conexión del derecho a la impugnación con el debido proceso.

<sup>32</sup> STC Nº 5194-2005-PA/TC. FJ. 4.

<sup>33</sup> STC Nº 5194-2005-PA/TC. FJ. 3.

<sup>34</sup> STC Nº 0314-2014-PHC/TC. FJ. 3.3

### 4.3. Justificación dogmática de su incorporación al debido proceso.

Según se sostiene en la dogmática procesal contemporánea, para justificar la incorporación del derecho en estudio al debido proceso es necesario partir por tomar una opción ideológica que permita, entre otras cosas, darle cierto sentido en el ordenamiento jurídico procesal; dicho de otro modo, se debe elegir una posición primordialmente sobre los siguientes aspectos: i) la función o rol del proceso en el derecho contemporáneo y ii) la función o rol de la prueba en el proceso; para luego determinar de qué manera estos pueden vincular o influenciar en la comprensión y explicación de los medios impugnatorios.

Respecto de la función que debe cumplir el proceso (especialmente frente al nuevo paradigma del Estado Constitucional) si asumimos una perspectiva cognoscitiva, su rol estaría vinculado a la aplicación del derecho objetivo al caso concreto, para lo cual es necesario la verificación correcta de los hechos jurídicamente relevantes<sup>35</sup> y desde allí formular un juicio jurídico lo más acertado posible. Empero, para lograr ello resulta vital que se confiera a la jurisdicción un conjunto de medios técnicos adecuados e idóneos para la correcta verificación de los hechos relevantes. Solamente de esta manera el proceso no será puramente un instrumento de resolución de conflictos intersubjetivos, como afirma un sector de la doctrina<sup>36</sup>, sino además un medio para producir decisiones justas, desde luego, con la coparticipación de los sujetos del proceso con el propósito de alcanzar la verdad en el proceso<sup>37</sup>.

Como vemos, desde este punto de vista la función del proceso no se satisface o colma simplemente con cualquier decisión judicial sino que requiere y exige necesariamente que la declaración sobre los hechos hayan sido debidamente probados; esto en buena cuenta significa: racionalidad en las decisiones. En este sentido, la dogmática contemporánea entiende que la función del proceso es la obtención de decisiones justas<sup>38</sup>; en virtud del cual la decisión no debe estar ba-

<sup>35</sup> En la doctrina contemporánea se afirma que en el proceso “el hecho” es en realidad lo que se dice acerca de un hecho, es la enunciación de un hecho, no el objeto empírico que es enunciado. TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*, traducción de J. Ferrer Beltrán, Trotta, Madrid, 2002. p. 21.

<sup>36</sup> Cfr. MORENO, Víctor; CORTEZ, Valentín, *Introducción al derecho procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 46.

<sup>37</sup> Sobre el particular, el profesor Taruffo explica que “a menudo el valor de la verdad en el contexto de la administración de justicia es negado por razones ideológicas, relativas a la forma en que se concibe la naturaleza y la función del proceso” (TARUFFO, Michele, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, Marcial Pons, Madrid, 2010, p.125).

<sup>38</sup> El profesor Taruffo sostiene que “en esencia, la justicia de la decisión no es “un” valor comprehensivo unitario resultante de cierta suma algebraica, sino un algoritmo en el cual cada criterio mantiene su autonomía y obra determinando valores autónomos que deben estar todos presentes para que se pueda hablar de decisión justa” (TARUFFO, Michele, *Ideas para una teoría de la decisión justa*, en *Sobre las fronteras, escritos sobre la justicia civil*, Editorial Temis, Bogotá, 2006, p. 212).

sada sobre la reconstrucción injusta de los hechos; lo cual toma como condición necesaria -aunque no suficiente- la verdad o realidad de los hechos. Por ello no sería razonable obligar a los jueces que manifiesten en sus decisiones lo que pertenece a los internos procesos psicológicos (íntima convicción) muchas veces parcialmente objetivables<sup>39</sup>.

En contextos la determinación de la función de la prueba asume un papel básico en la legitimación del proceso; así, desde una visión epistemológica o demostrativa, se concibe como el medio para el conocimiento racional, que permita al juez obtener datos sobre la narración de los hechos cuya autenticidad en su reconstrucción permita solucionar debidamente la controversia<sup>40</sup>. Por lo demás, uno de los beneficios de este enfoque es que resulta ser acorde con al derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales que exigen las Constituciones (en el caso del Perú art. 139º inc. 5 Const.) al ser ésta una exigencia de racionalidad<sup>41</sup>.

Ahora bien, utilizando estos argumentos para fundamentar la inclusión del derecho a la impugnación en el debido proceso, se puede colegir que la existencia de este derecho aparece exigido por el justo proceso (medio procesal para alcanzar decisiones justas) pues precisamente la impugnación es el medio o mecanismo a disposición de las partes no sólo para cuestionar las resoluciones que les perjudican sino fundamentalmente un instrumento o mecanismo para maximizar las posibilidades de acierto judicial y de decisiones justas. En efecto, un ordenamiento con un sistema de valoración racional de los medios de prueba tenderá a prever en su diseño o estructura legal un sistema de recursos eficientes; es decir, un sentido fuerte de los medios impugnatorios; por el contrario un sistema basado en una perspectiva "intimista" o "subjetiva" del juzgamiento fáctico irá acompañado de un débil sistema de recursos, lo que dificulta o impide su control intersubjetivo. Desde esta perspectiva, la relación entre un sistema de valoración racional de la prueba y la existencia de controles por vía recursiva permiten un control eficaz sobre la racionalidad del juicio fáctico y la forma de valoración de la prueba.

Por tanto, se sostiene que mientras más racional sea la valoración de las pruebas, será más posible articular los medios que permitan ejercer un mayor control sobre la corrección del juicio fáctico y jurídico; por el contrario, aquel modelo de prueba tendiente exclusivamente a la persuasión (subjetivos) o con valoración "íntima" estará destinada a favorecer modelos recursivos débiles. En tal sentido,

<sup>39</sup> DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, *Derecho procesal civil. El proceso de declaración*. 3ª ed., Editorial Universitaria Ramón Areces, Valencia, 2004, p. 465.

<sup>40</sup> Sobre el particular resulta vital distinguir la verdad de un enunciado fáctico y la declaración de que un enunciado deba ser considerado verdadero; pues un enunciado fáctico bien puede ser verdadero "cuando los medios de prueba incorporados al proceso aportan elementos de juicio suficientes a favor de la verdad de una proposición (lo que no debe confundirse que la proposición sea verdadera)" (FERRER, Jordi. *Prueba y verdad en el derecho*, Marcial Pons, Madrid, 20005, pp. 74-75).

<sup>41</sup> Cfr. CARRATA, Antonio, *Funzione dimostrativa della prova (verità del fatto nel processo e sistema probatorio*, en *Rivista di diritto processuale*, N°1, Cedam, Padova, 2001, pp. 73-103.

en la lógica de un modelo racional y cognoscitivista del proceso, los medios impugnatorios no son medios para suceder la valoración “íntima” y subjetiva por otra de la misma naturaleza, sino propiamente una vía para verificar la racionalidad del juicio mismo como resultado de la valoración de la prueba<sup>42</sup>. Desde esta perspectiva, el derecho a la impugnación se constituye en un mecanismo eficiente para reducir las posibilidades de error de la decisión del juez y de esta manera aumentar el grado de probabilidad y así corresponda con lo que realmente aconteció en la realidad, mediante la obtención de una sentencia lo más justa posible.

## 5. UN DERECHO DE CONFIGURACIÓN LEGAL

Si bien la jurisprudencia analizada reconoce que se trata de un derecho implícito al debido proceso, la cual es acorde a la dogmática procesal contemporánea; sin embargo, aunado a ello se viene sosteniendo que es un derecho que requiere o demanda de una configuración legal, tal como se observa en los siguientes casos:

“En el caso del derecho de acceso a los recursos el Tribunal recuerda que este es un típico *derecho de configuración legal*. En ese sentido, las condiciones del acceso le corresponde determinar al legislador, en función de cada uno de los recursos que el mismo legislador pueda haber establecido en la ley procesal correspondiente.”<sup>43</sup> (cursivas nuestras)

“el Tribunal tiene expresado que, en tanto *derecho de configuración legal*, corresponde al legislador crearlos, establecer los requisitos que se debe cumplir para que estos sean admitidos, además de prefigurar el procedimiento que se deba seguir...”<sup>44</sup> (cursivas nuestras)

Esta característica se presenta también en la doctrina española en la que se sostiene que el derecho al recurso y en general, al sistema impugnatorio, no tiene vinculación constitucional; esto significa que el legislador es libre para determinar su configuración, los supuestos en que procede y los requisitos que han de cumplirse en su formalización<sup>45</sup>. También, se ha precisado que a diferencia del acceso al proceso, el acceso al recurso es una cuestión de legalidad ordinaria<sup>46</sup> y que únicamente adquiere la trascendencia constitucional una vez que el recurso ha sido legalmente establecido, y no antes<sup>47</sup>. Esta consideración es compartida por

<sup>42</sup> Cfr. FERRER, Jordi, *La valoración racional de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 29.

<sup>43</sup> STC. N° 09285-2006-PA/TC. FJ. 5.

<sup>44</sup> STC N° 5194-2005-PA/TC. FJ. 7. Cfr. STC N° 5194-2005-PA/TC, F J. 5; STC N° 0962-2007-PA/TC, F J. 4; STC N° 1243-2008-PHC/TC. F J. 3; STC N° 5019-2009-PHC/TC. F J. 3; STC N° 6036-2009-PA/TC. F J. 2, STC N° 2596-2010-PA/TC. F J. 5.

<sup>45</sup> PICO I JUNOY, Joan, *Ob. cit.*, p. 80.

<sup>46</sup> BONET NAVARRO, Angel, *Los Recursos en el Proceso Civil*, La Ley, Madrid, 2000, p. 26.

<sup>47</sup> DE DIEGO DIEZ, Luis Alfredo., *El Derecho de Acceso a los Recursos. Doctrina Constitucional*, Editorial Colex, Madrid, 1998, pp. 19-20.

su TC español, cuando hace referencia al “derecho al recurso previsto por ley”<sup>48</sup>, en su Constitución y la necesidad de su configuración legal. Por ejemplo en la STC N° 209/1996, de 17 de diciembre, señala: “El derecho a los recursos no se integra en la tutela judicial efectiva del art. 24 C.E. - excepto en materia penal -, de modo que el legislador no viene obligado a diseñar un sistema determinado de recursos. Pero una vez que la ley ha establecido el pertinente sistema, el derecho al recurso, en los términos y con los requisitos establecidos legalmente, pasa a integrar, en principio, el derecho a la tutela judicial efectiva”<sup>49</sup>. También, en la STC 176/1997, de 27 de octubre “... El sistema de recursos se incorpora a la tutela judicial en la configuración que le da cada una de esas leyes de enjuiciamiento reguladores de los diferentes órdenes jurisdiccionales, sin que ni siquiera exista un derecho constitucional a disponer de tales medios de impugnación, siendo imaginable, posible y real la eventualidad de que no existan, salvo en materia penal.”

Este razonamiento es acorde al caso peruano, pues desde la vinculación del derecho en estudio con el debido proceso no impone u obliga al legislador a configurar y diseñar los recursos en todos los casos; dicho de otra manera, tendrá la libertad u opción de regular un proceso con la previsión de uno o varios recursos o simplemente lo podrá hacer sin prever recurso alguno<sup>50</sup>. Por tanto, la mera y simple falta de previsión de los mismos en la ley procesal no genera *per se* su in-

<sup>48</sup> Históricamente en el sistema español, la búsqueda por el reconocimiento jurisprudencial de la garantía de la impugnación, tiene antigua data. Tal como se evidencia en la STC N° 54/1984, de 4 de mayo, que menciona “El derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1 de la CE implica no sólo el derecho a los recursos legalmente establecidos. Por ello, ya el Tribunal, en uno de sus primeros autos (Sala Primera, auto de 24 de abril de 1981, 43/1981, fundamento tercero) declaró que ‘la denegación de un recurso legalmente establecido, hecha en forma arbitraria, puede constituir una violación de las garantías procesales constitucionalizadas’, doctrina que fue reiterada después y que ahora sentamos en términos aseverativos”

<sup>49</sup> Se trata de una tendencia jurisprudencial española uniforme, por ejemplos en las S.S.T.C.: 179/1995, de 11 de diciembre; 75/1994, de 14 de marzo; 77/1994, de 14 de marzo; 83/1994, de 14 de marzo; 91/1994, de 21 de marzo; 96/1993, de 22 de marzo; 274/1993, de 20 de septiembre; 31/1992, de 18 de marzo; 64/1992, de 29 de abril; 87/1992, de 8 de junio; 20/1991, de 31 de enero; 133/1991, de 17 de junio; 177/1991, de 19 de septiembre; 239/1991, de 12 de diciembre; 116/1990, de 21 de junio; 213/1990, de 20 de diciembre; 36/1989, de 14 de febrero; 80/1989, de 8 de mayo; 95/1989, de 24 de mayo; 105/1989, de 8 de junio; 165/1989, de 16 de octubre; 212/1989, de 19 de diciembre; 37/1988, de 3 de marzo; 59/1988, de 5 de abril; 95/1988, de 25 de mayo; 100/1988, de 7 de junio; 175/1988, de 3 de octubre; 185/1988, de 14 de octubre; 199/1988, de 25 de octubre; 3/1987, de 21 de enero; 15/1987, de 11 de febrero; 28/1987, de 5 de marzo; 69/1987, de 22 de mayo; 130/1987, de 17 de julio; 132/1987, de 21 de julio; 140/1987, entre otras.

<sup>50</sup> Cfr. MONTERO AROCA, Juan; GOMEZ COLOMER, Juan Luis; MONTON REDONDO, Alberto; BARONA VILAR, Silvia, *Derecho Jurisdiccional. Proceso Civil*, T. II, 15ª Ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 400. En similar parecer: ARMENTA DEU, Teresa, El derecho a los recursos; su configuración constitucional, en *Revista General de Derecho*, Madrid, 1994, pp. 8106 y ss. Se sabe que en la doctrina y jurisprudencia española no se habla propiamente de un derecho constitucional al recurso, sino propiamente una garantía de “acceso a los recursos

constitucionalidad; empero, en el supuesto de que la norma procesal lo fije, habrá inconstitucionalidad si es que en un caso concreto no se respetan dichas reglas<sup>51</sup>.

Empero, conviene tener cuidado al momento en que el legislador decide no regular recursos para determinadas resoluciones<sup>52</sup>, pues si no existe prudencia y un mínimo criterio de razonabilidad en este aspecto, podría ser la causante de muchos abusos y arbitrariedades cuando no se prevean recursos en situaciones que realmente merezcan o justifiquen una regulación; en caso que se opte por su reconocimiento positivo es necesario considerar otros derechos fundamentales como el de audiencia y el de igualdad. Un triste ejemplo de esta situación, es el caso del CPC peruano, donde el legislador en forma exorbitante estableció al menos 30 supuestos en las que no procede impugnación<sup>53</sup>. Se trata de una limitación legal (o mejor eliminación) del derecho a la impugnación desmesurada, especialmente de

---

legalmente previstos por la ley". MONTERO AROCA, Juan y FLORES MATÍES, José, *Los Recursos en el Proceso Civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 36.

<sup>51</sup> ORTELLS RAMOS, Manuel, *Derecho Procesal Civil*, Aranzadi, 10º Ed., Navarra, 2010, p. 494.

<sup>52</sup> Cfr. DE DIEGO DIEZ, Luis Alfredo, Ob. cit., para quien la garantía al recurso "cede ante una resolución inimpugnable. El acceso a los recursos no es un derecho incondicionado y absoluto pues precisa configuración legal. Significa que sólo y exclusivamente puede ser reclamado ese derecho cuando el legislador haya establecido que procede recurso contra una determinada resolución." (p. 44)

<sup>53</sup> Para mayor detalle procedemos a identificar los casos de resoluciones inimpugnables: 1) Art. 133º in fine relativo a la resolución que decide sobre la idoneidad de las copias de los escritos, 2) Art. 184º sobre la abstención del apoderado por impedimento o recusación, 3) Art. 194º relativo a la resolución que dispone la iniciativa probatoria del Juez, 4) Art. 208º sobre el cambio de orden de actuación de los medios de prueba, 5) Art. 217º respecto el rechazo de las preguntas oscuras, ambiguas, impertinentes o inútiles, 6) Art. 301º sobre la actuación del medio probatorio cuestionado, 7) Art. 306º sobre la resolución que resuelve la abstención, 8) Art. 310º segundo párrafo: relativo a la inadmisibilidad de plano de las tachas y oposiciones y último párrafo: el trámite y resolución de la recusación, 9) Art. 315º respecto del reemplazo del auxiliar de justicia por recusación, 10) Art. 317º respecto a la interrupción del proceso, 11) Art. 363º sobre el auto que resuelve el recurso de reposición, 12) Art. 369º cuando el juez ordena que se reserve el trámite de una apelación sin efecto suspensivo, 13) Art. 374º sobre la resolución que declara inadmisibles los medios probatorios en segunda instancia, 14) Art. 406º respecto de la resolución que lo rechaza la aclaración, 15) Art. 407º de la resolución que desestima la corrección, 16) Art. 417º sobre la aprobación de la liquidación de costas, 17) Art. 422º sobre las resoluciones expedidas para precisar el monto de la multa, 18) Art. 477º referido a la adecuación de oficio del procedimiento de conocimiento, 19) Art. 484º sobre la procedencia de la acumulación de procesos, 20) Art. 487º de la adecuación de oficio del procedimiento abreviado, 21) Art. 549º sobre la adecuación de oficio del procedimiento sumarísimo, 22) Art. 551º sobre el archivamiento del procedimiento sumarísimo por no subsanar la demanda, 23) Art. 606º respecto de la práctica de una inspección judicial u otro medio probatorio que considere pertinente en la admisión de la demanda, 24) Art. 628º sobre la sustitución de la medida cautelar por el depósito del monto fijado, 25) Art. 692º de la limitación cautelar por motivos debidamente acreditados por el ejecutante y admitidos por el Juez, 26) Art. 729º sobre la orden de tasación cuando el valor convenido está desactualizado, 27) Art. 730º respecto del auto que desaprueba la tasación, 28) Art. 754º sobre la expedición de resolución al final del proceso no contencioso, 29) Art. 805º sobre la invalidez del ofrecimiento por la

las resoluciones en virtud del cual el juez ejerce las potestades *ex officio*, por ejemplo la resolución que dispone las “pruebas de oficio” y en la aplicación o adecuación de la vía procedimental (conocimiento, abreviado y sumarísimo).

Lo peculiar de estos casos es que, en más de una oportunidad, el legislador exige que la decisión sea motivada, bajos las siguientes fórmulas: “en decisión motivada e inimpugnable”, “decisión debidamente motivada e inimpugnable” o “decisión debidamente fundamentada e inimpugnable”. Situación que ciertamente resulta paradójico por donde lo veamos, pues el derecho a la debida motivación no sólo “garantiza que las resoluciones judiciales no se encuentren justificadas en el mero capricho de los magistrados, sino en datos objetivos que proporciona el ordenamiento jurídico o los que se deriven del caso”<sup>54</sup> e “importa que los jueces, al resolver las causas, expresen las razones o justificaciones objetivas que los llevan a tomar una determinada decisión”<sup>55</sup> sino que sobre todo permite que los justiciables puedan realizar un control intersubjetivo de estas razones expuestas en las decisiones judiciales, siendo precisamente los medios impugnatorios los instrumentos procesales que permiten lograr dicha función; en efecto, “sea que se lo denomine recurso de apelación, recurso de nulidad, recurso de revisión, o llanamente medio impugnatorio, lo importante constitucionalmente es que permita un control efectivo de la resolución judicial primigenia.”<sup>56</sup> Frente a estas cosas nos preguntamos ¿cuál es el sentido de que un ordenamiento exija la motivación de la decisión judicial si no permite su control?. Este es un punto sobre el cual debemos también reflexionar y de ser el caso cuestionar, pues existen fuertes razones para pensar en una deformación del derecho a la impugnación.

## 6. CONCLUSIONES

- 1) Se ha evidenciado una seria fluctuación interpretativa del TC peruano respecto del entendimiento del derecho a la impugnación, especialmente se aprecia que existe una falta de uniformidad sobre su terminología, que al parecer -en algunos casos- es el resultado de una seria confusión y combinación del *derecho al recurso* previsto en el Pacto de San José y el *derecho al recurso legalmente previsto*, de la jurisprudencial del TC de España. Como consecuencia de ello, se observa que estas expresiones contienen concepciones que no se ajustan exactamente al sentido que se le asigna a dicho derecho en el ordenamiento peruano.
- 2) Se observa graves enredos y un desarrollo irregular de la jurisprudencia al momento de relacionarlo con otros derechos fundamentales procesales,

---

inconcurrencia a la audiencia o no ofrecimiento de pago y 30) Art. 808° sobre la autorización de la venta del objeto de la prestación en el proceso de consignación.

<sup>54</sup> Cfr. STC N° 3943-2006-PA/TC, FJ. 4.

<sup>55</sup> STC N° 1480-2006-AA/TC, FJ. 2.

<sup>56</sup> STC N° 0121-2012-PA/TC, FJ. 5.

especialmente con el de pluralidad de instancia, manifestándose diversos criterios que los equiparan como si fuese el mismo derecho, otros que incluyen al derecho a la impugnación como una de sus manifestaciones implícitas o contenido esencial y otros que dejan vislumbrar su independencia. Empero, se ha verificado que su vinculación no significa necesariamente una sumisión o subordinación a la pluralidad de instancia, sino por el contrario se ha podido comprobar que existen fuertes razones y un desarrollo jurisprudencial que reconoce que se trataría propiamente de un derecho implícito al debido proceso.

- 3) La posición jurisprudencial que considera al derecho a la impugnación como una manifestación del derecho al debido proceso, resulta afín a la dogmática procesal contemporánea sobre la función del proceso y de la prueba. En efecto, si asumimos las opciones ideológicas del proceso orientada no sólo a la resolución de controversias sino a la obtención de decisiones justas y sobre la función epistemológica de la prueba para alcanzar la verdad, se puede inferir que la impugnación sería el derecho fundamental atribuible a los justiciables que permite maximizar las posibilidades de obtención de una decisión justa frente al error judicial.
- 4) Si bien el derecho en cuestión requiere de una configuración legal a cargo del legislador (en tanto derecho implícito), como bien se observa en la jurisprudencia, este no puede desarrollarla en forma arbitraria o desmesurada, sino de manera prudente y razonable, procurando siempre su mayor protección. Por ello en su diseño legal se debe procurar su regulación sin que se vulnere otros derechos fundamentales procesales como el derecho de audiencia o contradictorio y el de igualdad procesal.
- 5) El derecho a la impugnación desde la perspectiva constitucional, es una idea dinámica, con vocación a su máxima tutela, como lo es la misma naturaleza humana, por ello requiere de un estudio riguroso sobre los aspectos analizados, particularmente en su relación con el derecho a la pluralidad de instancia, pues vemos que la jurisprudencia al respecto es bastante irregular y dubitativa sobre su adhesión o su independencia. Vemos que el TC peruano en la búsqueda de tutelar el derecho en estudio viene incurriendo en graves enredos terminológicos, conceptuales y funcionales que hacen incierto su comprensión, hecho que puede generar mayor confusión al momento de su ejercicio por los jueces, abogados y las mismas partes; por tanto, el estudio de sus diversas particularidades no es todavía una tarea finiquitada, falta mucho por hacer en la jurisprudencia, pero también en la doctrina que sobre este punto se tiene todavía una tarea pendiente.