

T  
345  
S



**UNAP**

**Escuela de Postgrado**



**MAESTRIA EN DERECHO CON MENCION EN CIENCIAS  
PENALES**

**TESIS**

**“LA TUTELA DE DERECHO Y LA VULNERACION DE LOS  
DERECHOS FUNDAMENTALES, EN EL DISTRITO JUDICIAL DE  
LORETO A DOS AÑOS DE SU VIGENCIA (2012-2014)”**

**PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAGISTER EN  
DERECHO CON MENCION EN CIENCIAS PENALES**

**AUTORES:  
GENARO SOLIS QUISPE  
ANGELA MARIA YNGA MANSILLA**

**ASESOR:  
Mgr. MARCO ANTONIO VALDEZ HIRINE**

**IQUITOS-PERÚ**

**2014**

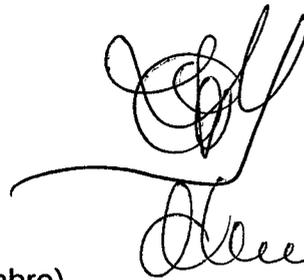


: 408

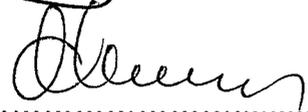
no CD  
11 T de postgrado

**JURADO:**

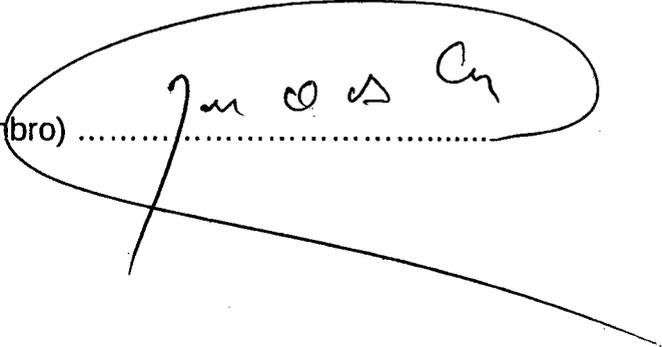
Dr. PADILLA YEPEZ, Antonio (Presidente)



Mgr. CHIRINOS MARURI, María Esther (Miembro) .....



Mgr. DEL AGUILA GONZALES, Rony (Miembro) .....



**ASESOR:**

VALDEZ HIRENE, Marco Antonio



Magister en Derecho con mención en Derecho Penal por la Universidad Inca Garcilazo de la Vega.

**Dedicatoria.**

*A mis hijas Kimberly y Fiorella*

### **Agradecimiento.**

A todas las personas que colaboraron con este proyecto.

| <u>Índice.</u>                                                                     | <u>Pág.</u> |
|------------------------------------------------------------------------------------|-------------|
| <b>RESUMEN .....</b>                                                               | <b>08</b>   |
| Traducción.....                                                                    | 09          |
| <b>Capítulo I.- DATOS GENERALES.....</b>                                           | <b>10</b>   |
| 1.1.- Título.....                                                                  | 10          |
| 1.2.- Área y Línea de Investigación.....                                           | 10          |
| 1.3.- Autores.....                                                                 | 10          |
| 1.4.- Asesor.....                                                                  | 10          |
| 1.5.- Colaboradores.....                                                           | 10          |
| 1.6.- Duración estimada de ejecución.....                                          | 10          |
| 1.7.- Fuentes de Financiamiento.....                                               | 11          |
| 1.8.- Presupuesto estimado.....                                                    | 11          |
| <br>                                                                               |             |
| <b>Capítulo II.- PLAN DE INVESTIGACION.....</b>                                    | <b>11</b>   |
| 2.1.- Planteamiento del Problema.....                                              | 11          |
| 2.2.- Antecedentes.....                                                            | 13          |
| 2.3.- Marco Teórico.....                                                           | 13          |
| <b>Sub-Capítulo Primero: El Nuevo Código Procesal Penal.....</b>                   | <b>13</b>   |
| <b>Sub-Capítulo Segundo: La Estructura del Proceso Penal .....</b>                 | <b>19</b>   |
| <b>Sub-Capítulo Tercero: Los derechos del imputado.....</b>                        | <b>21</b>   |
| Individualización y derechos del imputado.....                                     | 21          |
| El Tribunal Constitucional y la individualización del imputado.....                | 23          |
| Individualización e imputación.....                                                | 24          |
| Consecuencias de la no individualización.....                                      | 25          |
| Detención y derechos del imputado.....                                             | 27          |
| <b>Sub-Capítulo Cuarto: La tutela de derechos en el nuevo modelo procesal.....</b> | <b>32</b>   |
| Alcances generales .....                                                           | 32          |
| Antecedentes.....                                                                  | 33          |
| Definición y características.....                                                  | 36          |
| Trámite.....                                                                       | 39          |
| Oportunidad de ejercicio.....                                                      | 41          |

|                                                                                                                |           |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| Sujetos legitimados para solicitarla.....                                                                      | 41        |
| Derechos protegidos en la audiencia de tutela.....                                                             | 41        |
| Finalidad esencial de la audiencia.....                                                                        | 42        |
| Mecanismo procesal de restablecimiento de derechos.....                                                        | 42        |
| Instrumento para salvaguardar las garantías del imputado y control del ejercicio del <i>ius puniendi</i> ..... | 43        |
| Carácter residual de la audiencia de tutela.....                                                               | 43        |
| Control de admisibilidad de la solicitud y rechazo liminar.....                                                | 44        |
| Posibilidad de viciar o excluir actos de investigación.....                                                    | 44        |
| Exclusión de material probatorio obtenido ilícitamente.....                                                    | 45        |
| Imposibilidad de cuestionar la disposición de formalización preparatoria.....                                  | 45        |
| <b>Sub-Capítulo Quinto: La tutela de derecho en la jurisprudencia de la Corte Suprema.....</b>                 | <b>46</b> |
| Sobre el Acuerdo Plenario N° 4-2010.....                                                                       | 46        |
| Sobre el Acuerdo Plenario N° 2-2012.....                                                                       | 51        |
| La imputación necesaria.....                                                                                   | 52        |
| La audiencia de tutela.....                                                                                    | 53        |
| Sobre la Casación N° 136-2013 Tacna.....                                                                       | 55        |
| <b>Sub-Capítulo Sexto: Tutela de derechos en la legislación comparada.....</b>                                 | <b>57</b> |
| México.....                                                                                                    | 58        |
| Colombia.....                                                                                                  | 64        |
| Brasil.....                                                                                                    | 67        |
| Chile.....                                                                                                     | 67        |
| Ecuador.....                                                                                                   | 68        |
| España.....                                                                                                    | 68        |
| Guatemala.....                                                                                                 | 69        |
| Honduras.....                                                                                                  | 69        |
| Nicaragua.....                                                                                                 | 70        |
| Panamá.....                                                                                                    | 70        |
| Paraguay.....                                                                                                  | 71        |
| Venezuela.....                                                                                                 | 71        |

|                                                                                   |           |
|-----------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| <b>Sub-Capítulo Séptimo: El derecho a la debida motivación.....</b>               | <b>71</b> |
| Alcances generales.....                                                           | 71        |
| Presupuestos en que se afecta la debida motivación.....                           | 73        |
| A. Inexistencia de motivación aparente.....                                       | 73        |
| B. Falta de motivación interna de razonamiento.....                               | 73        |
| C. Deficiencias en la motivación externa.....                                     | 73        |
| D. La motivación insuficiente.....                                                | 73        |
| E. La motivación sustancialmente incongruente.....                                | 74        |
| Procesos constitucionales para proteger el derecho a la debida<br>motivación..... | 74        |
| Caso Llamoja: Habeas Corpus contra resoluciones judiciales.....                   | 77        |
| <b>Sub-Capítulo Octavo: El derecho a la defensa.....</b>                          | <b>78</b> |
| Concepto.....                                                                     | 78        |
| Marco Legal.....                                                                  | 79        |
| La autodefensa.....                                                               | 80        |
| La defensa técnica.....                                                           | 82        |
| Principales características de la defensa técnica.....                            | 83        |
| Principios fundamentales del derecho a la defensa.....                            | 84        |
| A. El principio de contradicción.....                                             | 85        |
| B. El principio acusatorio.....                                                   | 87        |
| 2.4.- Formulación del problema.....                                               | 88        |
| 2.5. Hipótesis.....                                                               | 89        |
| 2.6.- Variables.....                                                              | 89        |
| 2.7.- Operacionalización.....                                                     | 90        |
| 2.8.- Objetivos.....                                                              | 90        |
| 2.9.- Evaluación del Problema.....                                                | 91        |
| 2.10.- Justificación.....                                                         | 91        |
| 2.11.- Delimitación de la Investigación.....                                      | 92        |
| <b>Capítulo III.- MARCO METODOLOGICO.....</b>                                     | <b>93</b> |
| 3.1.- Tipología y Metodología de la Investigación.....                            | 93        |
| 3.2.- Población y Muestra.....                                                    | 93        |
| 3.3.- Técnicas e Instrumento de recolección de datos.....                         | 94        |

|                                                                      |            |
|----------------------------------------------------------------------|------------|
| <b>Capítulo IV.- RESULTADOS</b>                                      |            |
| 4.1.- Encuestas y entrevistas a magistrados del Poder Judicial.....  | 95         |
| 4.1.1.- Encuestas: Análisis e interpretación.....                    | 95         |
| 4.1.2.- Entrevistas: Análisis e interpretación.....                  | 105        |
| 4.2.- Encuestas y entrevistas a Fiscales del Ministerio Público..... | 107        |
| 4.2.1.- Encuestas: Análisis e interpretación.....                    | 107        |
| 4.2.2.- Entrevistas: Análisis e interpretación.....                  | 117        |
| 4.3. Análisis de resoluciones judiciales.....                        | 119        |
| 4.4.- Comprobación de la hipótesis.....                              | 145        |
| <br>                                                                 |            |
| <b>Capítulo V: DISCUSIÓN.....</b>                                    | <b>147</b> |
| <br>                                                                 |            |
| <b>Capítulo VI: CONCLUSIONES.....</b>                                | <b>148</b> |
| <br>                                                                 |            |
| <b>Capítulo VII: RECOMENDACIONES.....</b>                            | <b>152</b> |
| <br>                                                                 |            |
| <b>Capítulo VIII: REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA.....</b>                  | <b>153</b> |
| <br>                                                                 |            |
| <b>ANEXOS .....</b>                                                  | <b>159</b> |

## **RESUMEN.**

El presente trabajo de investigación aborda la problemática de la figura penal de la Tutela de derechos, el cual es concebido en nuestro Código Penal Peruano, como una herramienta del Juez de la Investigación Preparatoria para corregir y reparar la posible vulneración de los derechos constitucionales del imputado durante las diligencias preliminares e investigación preparatoria.

Con ese propósito nos planteamos como hipótesis de investigación, que en el Distrito Judicial de Loreto, durante el periodo comprendido del 2012 al 2014, existe una indebida aplicación de esta figura legal; debido al desconocimiento por parte, tanto de los abogados como de los fiscales y jueces, acerca de los alcances, presupuestos y fines de la acción de tutela, lo cual ha generado no solo una incongruente administración de justicia en este tema específico, sino que en muchas ocasiones se han vulnerado los principios de debida motivación y de defensa, como consecuencia, en gran parte, de la incorrecta interpretación de los Acuerdos Plenarios que la Corte Suprema ha emitido sobre el tema. En el caso concreto, dichos Acuerdos Plenarios establecieron una serie de presupuestos para poder determinar la procedencia de la tutela, presupuestos que, como se ha podido advertir en el análisis de las resoluciones, resultan sesgados al momento de ser aplicados por la Sala Penal de Apelaciones de Loreto.

Para tal efecto y tomando en cuenta lo señalado por la doctrina especializada, lo regulado en el derecho positivo, lo pronunciado por nuestra Corte Suprema, lo opinado por nuestros encuestados y entrevistados, y del estudio de las resoluciones judiciales de segunda instancia, pudimos comprobar la hipótesis formulada; es decir se pudo determinar que existe una indebida aplicación de esta figura bajo análisis, ya que en un mayor porcentaje, las sentencias judiciales analizadas se encontraban indebidamente motivadas. De igual forma se pudo determinar que los Magistrados del Poder Judicial y Ministerio Publico, tienen un conocimiento insuficiente del tema propuesto, siendo quizá este el principal motivo de la indebida aplicación.

## ABSTRACT

This research approaches the problematic of the penal figure of the Guardianship of rights, which is conceived in our Penal Peruvian Code, as a tool of the Judge of the Preparatory Investigation to correct and to repair the possible violation of the constitutional laws or rights of the imputed one during the preliminary formalities and preparatory.

With this intention we took as research hypothesis, that in Loreto's Judicial District, during the period from 2012 to 2014, exists an undue application of this legal figure; due on part to the ignorance of the lawyers and/or the district attorneys and judges, about the ends of the guardianship action, which it has generated not only an incongruous administration of justice but in many occasions there has been damaged the principles of due motivation and defense, as consequence, largely, of the incorrect interpretation of the Plenary Agreements that the Supreme Court has issued on the topic. In concrete case, the above-mentioned Plenary Agreements established a series of reasons to be able to determine the origin of the guardianship, reasons that, we could have noticed in the analysis of the resolutions, turn out to be slanted at the moment they are applied by the Penal Room of Loreto's Appeals.

For this reason and taking into account which it was indicated by the specialized doctrine, regulated in the statute law declared by our Supreme Court, the opinions of our sample and interviewed people, and the study of the judicial resolutions of the second instance, we could verify the formulated hypothesis; it is to say it was possible to determine there exists an undue application of this figure under analysis, since in a major percentage of the judicial analyzed judgments were undue motivated, so, it was possible to determine that the Judges of the Judicial Power and Attorney General's office, show an insufficient knowledge of the topic, being probably this, the principal motive of the undue application.

## Capítulo I.- DATOS GENERALES.

### 1.1.- Título.

**“LA TUTELA DE DERECHO Y LA VULNERACION DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES, EN EL DISTRITO JUDICIAL DE LORETO A DOS AÑOS DE SU VIGENCIA (2012-2014)”**

### 1.2.- Área y Línea de Investigación:

La presente investigación es ***Jurídico-Social***, enmarcada dentro del área del **Derecho Penal**. Línea de investigación ***Parte Procesal Penal***.

### 1.3.- Autores:

- Genaro Solís Quispe
- Angela Maria Ynga Mansilla

### 1.4.- Asesor:

- **Marco Antonio Valdez Hirene.**  
Magíster en Derecho Penal.

### 1.5.- Institución:

Facultad de Derecho y Ciencias Penales de la Universidad Nacional de la Amazonia Peruana

### 1.6.- Colaboradores:

- Corte Superior de Justicia de Loreto – Sala Superior Penal.
- Ministerio Público – Fiscalías Superior Penal.

### 1.7.- Duración estimada de ejecución.

El presente proyecto de tesis tendrá una duración de 45 días:

Fecha de Inicio : 30 de Setiembre del 2014

Fecha de Terminación: 17 de Noviembre del 2014.

## **1.8.- Fuentes de Financiamiento.**

Recursos Propios

## **1.9.- Presupuesto estimado.**

S/. 1,500.00 Nuevos Soles (Un Mil Quinientos Nuevos Soles).

## **Capítulo II.- PLAN DE INVESTIGACION.**

### **2.1.- Planteamiento del Problema.**

No cabe duda que la justicia en nuestro país, hasta antes de la entrada en vigencia del Nuevo Modelo Procesal, aprobado mediante Decreto Legislativo N° 957 [en adelante NCPP], era lenta, ineficaz, y bajo parámetros ritualistas, engorrosos, fundamentalmente escritos que no conllevaban a la solución oportuna y justa de sus conflictos dejando en muchos casos una sensación de impunidad.

Es por ello, que el legislador en la búsqueda de un proceso rápido, justo y tramitado en un plazo razonable, optó por una formula acusatoria con rasgos adversariales, propios de los modelos anglosajones, para dar una solución a esta problemática. Por ello y debido a las implicancias y los efectos del proceso penal en los justiciables: imputado – víctima, fue urgente un verdadero cambio en el sistema procesal penal que vaya más allá de una simple modificación de normas penales.

Este cambio significativo lo representa sin duda el Nuevo Código Procesal Penal (NCPP) promulgado mediante Decreto Legislativo N° 957 y publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el 29 de julio de 2004.

En ese camino, una de las novísimas instituciones que recogió el NCPP, fue el artículo 71°. 4, referido a la **tutela de derechos**, el cual constituye una vía jurisdiccional por la cual la persona imputada en la comisión de un delito,

puede acudir cuando considere que durante las diligencias preliminares o en la investigación preparatoria, no se ha dado cumplimiento a las disposiciones, o que sus derechos no son respetados, o que es objeto de medidas limitativas de derechos indebidos o de requerimientos ilegales, puede acudir en vía de tutela al Juez de Garantías a fin de que éste tutele, proteja, subsane o dicte las medidas de corrección pertinentes, protegiéndose así, mejor los derechos del imputado.

Esta figura es uno de los temas que ha tenido mucha atención desde la entrada en vigencia del Nuevo Código Procesal Penal en el Distrito Judicial de Loreto<sup>1</sup>; y, como era de esperarse, ha traído mucha confusión y problemas al momento de su aplicación, así como su entendimiento en la praxis jurídica por parte de los operadores jurídicos, atentando así uno de los pilares que consagra el derecho constitución a la debida motivación de las resoluciones judiciales y el derecho a la defensa.

Es por ello que resulta por demás conveniente investigar esta figura legal que recoge el nuevo modelo y esbozar planteamientos en aras de lograr una adecuada interpretación de su contenido.

Por ello, la intención de investigación a partir del cual se planificará el proyecto, girará en torno a analizar el porqué se ha venido dando esta indebida aplicación, y que alternativas de solución se puede elaborar para corregirlo.

Para este propósito de investigación, se analizarán las resoluciones judiciales (autos) emitidos por la Sala Superior Penal del Distrito Judicial de Loreto, así como lo escritos presentados por los abogados defensores, para verificar la forma de proponer este mecanismo de defensa, durante los dos últimos años de vigencia del nuevo modelo, es decir desde el 01 de octubre del 2012 hasta el 01 de octubre del 2014.

---

<sup>1</sup> El Nuevo Código Procesal Penal entró en vigencia a partir del 01 de Octubre del 2012, en el Distrito Judicial de Loreto, para todo los delitos.

## **2.2.- Antecedentes.**

En la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas y en la Escuela de Post – Grado de la Universidad Nacional de la Amazonia Peruana, no se ha encontrado antecedentes, respecto al tema de la Tutela de Derecho.

De igual forma de la búsqueda efectuada en las Escuelas de Post – Grado en el Internet, no se han encontrado trabajos de investigaciones que guardan directa relación con el tema.

## **2.3.- Marco Teórico**

### **Sub-capítulo Primero: EL NUEVO MODELO PROCESAL PENAL**

El Nuevo Código Procesal Penal, a diferencia del Código de Procedimientos Penales de 1940, tiene una regulación garantista que busca proteger los derechos de los intervinientes en el proceso penal, es en ese sentido que se ha instaurado un Título Preliminar que es la conexión con la Constitución en materia de garantías, pues a partir de lo reconocido como derechos fundamentales se puede implementar una serie de derechos y garantías a través del proceso penal.<sup>2</sup>

El proceso común, establecido en el Nuevo Código Procesal Peruano (en adelante NCPP), se encuentra organizado de manera secuencial en las siguientes etapas: Investigación preparatoria (que incluye las diligencias preliminares), la Etapa Intermedia o el control de acusación y el Enjuiciamiento o Juicio oral.). Se suele hacer mención de la trascendencia de una etapa en detrimento de la otra, pero consideramos que cada una, debido a la naturaleza y objetivo que busca, tiene su propia importancia y la realización correcta de ellas, es una suma que tiene como resultado, una adecuada impartición de justicia, función primordial del Poder Judicial<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> NEYRA FLORES, José Manual del Nuevo Proceso Penal & Litigación Oral. Idemsa Lima. 2010 pp238.

<sup>3</sup> LEÓN VELASCO, Israel. "Las Etapas en el NCPP" artículo publicado en la Revista Jurídica, Editora El Peruano - Marzo 2009

La etapa de la investigación preparatoria se encuentra destinada a verificar la concurrencia de las evidencias necesarias respecto de la ocurrencia de un hecho delictivo y de sus posibles autores o cómplices, a efectos de sostener una acusación o desestimar ella, o en palabras del propio código, a "reunir los elementos de convicción, de cargo y de descargo, que permitan al fiscal decidir si formula o no acusación y, en su caso, al imputado preparar su defensa".<sup>4</sup>

En esta etapa el Ministerio Público cumple un rol preponderante como órgano autónomo del Estado, esto es, independiente en sus decisiones, que tiene por finalidad principal velar por la adecuada administración de justicia en representación de la sociedad. No es un contralor ni un censor de la labor de los tribunales y juzgados, pues no tienen capacidad de imponerles decisiones ni de pedir sanciones para ellos. Cumple sus labores realizando investigaciones, acompañando permanentemente el trabajo de los magistrados, y ejercitando diversos derechos de intervención dentro del proceso.<sup>5</sup>

La función fiscal es la que legitima la existencia del Ministerio Público en el sistema de organismos tutelares e imprescindibles del Estado.<sup>6</sup>

Por su parte la etapa intermedia, constituye una etapa "*bisagra*" que permite abrir o no la puerta del juicio oral; es una audiencia de preparación y saneamiento, en donde se discutirá si en efecto existe una "*causa probable*" que amerite ser sometida al debate probatorio del juicio oral. El Código a este respecto no ofrece una definición; el profesor y magistrado Neyra Flores, nos dice que es: "*(...) una etapa de filtro que tiene como función, depurar errores y controlar los presupuestos o bases de la imputación y de la acusación, primero por el propio órgano acusador y luego por el órgano judicial, a fin de establecer*

---

<sup>4</sup> Artículo 321.1 del NCPP

<sup>5</sup> RUBIO CORREA, Marcial. Para conocer la Constitución de 1993. 3ra. Edición, DESCO. Lima, 1994, pp332.

<sup>6</sup> GALVEZ VILLEGAS, Tomás. El Ministerio Público visto a través de los dictámenes, resoluciones y otras decisiones de las Fiscalías Supremas. Edit. Palestra 2009. pp16.

*si es viable para convocar debate penal pleno en el juicio oral, o si resulta el sobreseimiento o preclusión del proceso".<sup>7</sup>*

Por último, tenemos, el juicio oral, que constituye la etapa propiamente de juzgamiento, donde bajo los principios de inmediación, contradicción, concentración, oralidad y publicidad se actuarán todos los medios de prueba admitidos a las partes, para su respectivo debate en el plenario y posterior valoración por la judicatura, unipersonal o colegiada, de tal manera que las mismas concluyen con la sentencia condenatoria o absolutoria.

La etapa de juzgamiento que en esencia no es otra cosa que el escenario donde las partes, teniendo posiciones antagónicas, debaten sobre la prueba, sobre su valor y trascendencia, que permitan al juzgador asumir una posición respecto de la inocencia o culpabilidad del acusado.

El nuevo Código Procesal Penal del 2004, se encuentra en vigencia en casi la mayoría de las regiones del país, aunque inicialmente encontró una serie de obstáculos, principalmente de los litigantes y abogados que no estaban preparados para estos nuevos desafíos; pero con el paso del tiempo, se puede decir que ha superado la prueba relativamente y, creo que con una decisión por parte del gobierno, que concluya con la formación de los operadores del derecho, principalmente policías y abogados y con la debida implementación de las unidades policiales, Poder Judicial y Ministerio Público, serán capaces de poner en práctica el nuevo código procesal peruano en las demás regiones, principalmente de Lima y Callao, donde están concentrados la mayoría de los peruanos.

Ahora bien, el proceso más importante dentro de este nuevo modelo adjetivo, es el proceso común. Para tratar el proceso común, primero tenemos que referirnos al Código de Procedimiento de 1940, donde en forma estricta no se trata del proceso común, sino que se refiere al proceso ordinario; mientras que

---

<sup>7</sup> NEYRA FLORES, José Antonio, "Las Etapas del Proceso Penal en el NCPP", artículo publicado en: [http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/fc1e798049d48e0b961ad7f53c1a04e8/D\\_Leon\\_Velasco\\_170112.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=fc1e798049d48e0b961ad7f53c1a04e8](http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/fc1e798049d48e0b961ad7f53c1a04e8/D_Leon_Velasco_170112.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=fc1e798049d48e0b961ad7f53c1a04e8)

el Código Procesal Peruano, publicado con el Decreto Legislativo N° 957 del 29 de julio del 2004, si se refiere en forma específica al proceso común.

Precisamente el proceso ordinario en el Código de Procedimientos penales solo contaba con dos etapas, como es la Investigación y el Juicio o Juzgamiento, en cambio en el Nuevo Código Procesal se trata del proceso común con sus tres etapas, como son la Investigación Preparatoria, la Etapa Intermedia y el Juzgamiento; sin embargo otros autores como lo hace el Dr. Pablo Sánchez Velarde en "Navegando por el Nuevo Código Procesal Peruano", dice, que el nuevo proceso penal, tiene hasta cinco etapas, como es la Investigación Preliminar, la Investigación Preparatoria, la Etapa Intermedia, el Juzgamiento y la Ejecución.<sup>8</sup>

La estructura del proceso penal es parte esencial de la reforma. Tiene que ver con el diseño general del proceso, así como con el papel que se asigna a los sujetos procesales, con la afirmación y respeto de los derechos fundamentales, incluidos los de la víctima, y con una nueva concepción de la potestad punitiva del Estado.

Alberto BINDER, sostiene que la implementación de un nuevo sistema implica un conjunto de tareas destinadas a dar nuevas bases a la estructura del litigio. El núcleo central de la implementación reside en una serie de medidas que aseguran un efectivo cambio en la misma. La comprensión de todo ello es fundamental a la hora de detectar los puntos críticos y proponer las medidas correctivas consiguientes.<sup>9</sup>

La reforma del proceso penal en nuestro país ha seguido un camino complejo de marchas y contramarchas que ha devenido finalmente en una yuxtaposición de modelos, estructuras, instituciones y normas contrapuestas. La reforma exige una definición clara de su objetivo político criminal. Una reforma que no

---

<sup>8</sup> SANCHEZ VELARDE, Pablo, "Navegando el Nuevo Código Procesal Penal", 2009, artículo disponible en <http://www.mpfn.gob.pe/ncpp/include/NCPP.pdf>

<sup>9</sup> BINDER, Alberto M. Introducción al Derecho Procesal Penal, Edición 2009, España. pp27.

haya previsto un proceso penal armónico con los postulados que impone la Constitución y los Tratados internacionales no tiene sentido.

El modelo inquisitivo tiene una estructura basada en la actividad unilateral del Juez y las acciones subsidiarias de los demás sujetos procesales. El modelo acusatorio no es un modelo unilateral, sino dialógico, en el cual la confianza no se deposita únicamente en la acción reflexiva del Juez, en su *sindéresis*, es decir en su capacidad para pensar o juzgar con rectitud y acierto, sino en la controversia, en la discusión dentro de un marco formalizado de reglas de juego que garantizan transparencia y juego limpio. Los sujetos procesales ya no pueden ser considerados auxiliares de la justicia sino protagonistas esenciales del proceso, y el eje se traslada de la mente del Juez a la discusión pública, propia del juicio oral.

Como dice Burgos Mariños, la estructura del nuevo proceso penal así como sus instituciones allí contenidas se edifican sobre la base del modelo acusatorio del proceso penal cuyas grandes líneas rectoras son: separación de funciones de investigación y de juzgamiento; el Juez no procede de oficio; el Juez no puede condenar ni a persona distinta de la acusada, ni por hechos distintos de los imputados; el proceso se desarrolla conforme a los principios de contradicción e igualdad; la garantía de la oralidad es la esencia misma del juzgamiento y; la libertad del imputado es la regla durante todo el proceso.<sup>10</sup>

Según un estudio realizado el 2001 por el Banco Mundial y las universidades de Harvard y Yale, la tradición legal en que se basan los sistemas judiciales es un factor determinante de la eficiencia judicial, incluso más que otros factores tradicionalmente considerados relevantes como el nivel de ingresos de un país y su grado de desarrollo. Este informe concluyó en lo siguiente:

- La mayor eficiencia y capacidad de los tribunales para impartir justicia está más relacionada con las características de los procedimientos que con el nivel de desarrollo de los países.

---

<sup>10</sup> BURGOS MARIÑOS, Víctor. Principios Rectores del Nuevo Código Procesal Peruano. Palestra Editores, Junio 2005. pp6.

- La mayor dureza en la regulación de la resolución de conflictos implica una mayor duración (más allá de lo esperado) de los procedimientos judiciales, y mayores inspecciones de las medidas de eficacia judicial y de acceso a la justicia. La mayor eficiencia judicial, asimismo, está asociada con una mayor simplificación de los procesos. Cuando se reduce la complejidad de los procesos judiciales, disminuyen también los costos y la tardanza.<sup>11</sup>

La tendencia actual en los países donde la reforma está en marcha, e incluso en aquellos de cierta tradición, es la de instaurar un proceso común u ordinario, sin descuidar la regulación de procesos especiales, que por singulares razones, merecen un tratamiento específico.

Del modelo que asuma cada código dependerá la estructura que le asigne a su proceso. Con los procesos de reforma en marcha, ya casi no hay países que mantengan raíces inquisitivas puras. La mayoría de ellos se adecua al modelo mixto (Argentina, España, Bélgica, Francia y Uruguay). La tendencia predominante es, sin embargo, apostar por el acusatorio. Entre estos países se encuentran: Bolivia, Chile, Colombia, Costa Rica, Guatemala, Inglaterra, Italia, Portugal, Alemania y Venezuela. Ecuador es un caso que merece atención pues su Código de 2001 se basa en criterios acusatorios, pero la tradición inquisitiva ha ganado en la práctica.

Nuestro país asume, con el Código Procesal Penal promulgado el 28 de julio de 2004, el modelo acusatorio con rasgos adversativos.

Los de corte acusatorio prescinden de la instrucción para sustituirla por la investigación preparatoria - a cargo del Fiscal-, cambiando al Juez de instrucción por el Juez de la investigación preparatoria. El proceso se concibe

---

<sup>11</sup> SCHONBOHM, Horst, Magistrado Alemán, durante un Informe efectuado, cuando era miembro del Centro Carter. Disponible en [www.revistas.pucp.edu.pe/derechopucp/download/Ins\\_5ilnQ&sig2=GdVHTtRiAfuH83jFfapjTw&bvm=bv.76247554,d.cWc](http://www.revistas.pucp.edu.pe/derechopucp/download/Ins_5ilnQ&sig2=GdVHTtRiAfuH83jFfapjTw&bvm=bv.76247554,d.cWc)

como un debate de partes, en el que las pruebas se producen en el juicio oral, con observancia del contradictorio.

La fase intermedia se consolida como un filtro previo al juicio oral. Este es el caso de Italia, Alemania, Chile, Bolivia, Bélgica, Costa Rica, Guatemala, Inglaterra, Portugal, Venezuela y el Perú (desde febrero de 2006).

### **Sub-Capítulo Segundo: LA ESTRUCTURA DEL PROCESO PENAL**

La mayoría de los países con modelo mixto presentan tres etapas como mínimo: instrucción (secreta y no contradictoria), fase intermedia y juicio oral. Este es el caso de Uruguay, Brasil, España y Francia.

Los de corte acusatorio prescinden de la instrucción para sustituirla por la investigación preparatoria -a cargo del Fiscal-, cambiando al Juez de instrucción por el Juez de la investigación preparatoria. El proceso se concibe como un debate de partes, en el que las pruebas se producen en el juicio oral, con observancia del contradictorio.

La fase intermedia se consolida como un filtro previo al juicio oral. Este es el caso de Italia, Alemania, Chile, Bolivia, Bélgica, Costa Rica, Guatemala, Inglaterra, Portugal, Venezuela y el Perú (a partir de febrero de 2006).<sup>12</sup>

El Código de Procedimientos Penales de 1939 estableció un proceso ordinario o común y cuatro procedimientos especiales: proceso de querrela por delitos de calumnia, difamación, injuria y contra el honor sexual (arts. 302 a 313); juicio por delitos de imprenta y otros medios de publicidad (arts. 314 a 317); juicio contra reos ausentes (arts. 318 a 322); y juicio por faltas (arts. 324 a 328).

---

<sup>12</sup> ORE GUARDIA, Arsenio y otro. "La Estructura del Proceso Penal Común en el Nuevo Código Procesal Penal", Artículo publicado en la Revista Derecho y Sociedad N° 25. Disponible en <http://blog.pucp.edu.pe/item/23889/la-estructura-del-proceso-penal-comun-en-el-nuevo-codigo-procesal-penal>

El Ministerio Público se encargaba – igual que ahora - del ejercicio público de la acción penal (art. 2), no obstante el Juez abría instrucción y notificaba al Fiscal el auto de apertura de instrucción.

Como director de la investigación el Juez tenía la iniciativa en su organización y desarrollo (art. 49), asimismo impartía órdenes a la Policía Judicial para la citación, comparecencia o detención de las personas (art. 52).

Si bien el art. 1 del Código establece la existencia de sólo dos etapas, en la realidad se pueden observar las seis siguientes: la investigación preliminar (que era regulada por la Ley 27394), la instrucción, la fase intermedia, el juicio oral, la impugnación y la ejecución.

Posteriormente, de la estructura original de los procesos establecidos en el Código de Procedimientos Penales de 1939 quedó muy poco. El proceso ordinario terminó por ser la excepción a la regla (un rey sin corona), y el 90% de los tipos penales contenidos en el Código penal se tramitaban vía proceso sumario.

A causa de una inadecuada política criminal, se desnaturalizó la estructura del proceso penal, y el proceso sumario se convirtió verdaderamente en ordinario.

Aún así, es necesario precisar que el proceso penal peruano antes del nuevo modelo, merece las siguientes observaciones:

- a) Existe una confusión de roles y una superposición de etapas.
- b) Está lleno de formalidades y ritualismos que imposibilitan la realización de un debido proceso.
- c) Es un proceso escrito.
- d) No se respeta ni practica la fase intermedia

e) Se reduce el papel de la víctima.

f) Se produce una administrativización del proceso.

Con la llegada del Código Procesal Penal del 2004, a diferencia del Código de Procedimientos Penales de 1939, se apuesta por un proceso penal común constituido por tres fases claramente diferenciadas y con sus propias finalidades y principios:

1. La fase de investigación preparatoria a cargo del Fiscal, que comprende las llamadas diligencias preliminares y la investigación formalizada.

2. La fase intermedia a cargo del Juez de la Investigación preparatoria, que comprende los actos relativos al sobreseimiento, la acusación, la audiencia preliminar y el auto de enjuiciamiento. Las actividades más relevantes son el control de la acusación y la preparación del juicio.

3. La fase del juzgamiento comprende el juicio oral, público y contradictorio, en el que se actúan y desarrollan las pruebas admitidas, se producen los alegatos finales y se dicta la sentencia.

### **Sub-Capítulo Tercero: LOS DERECHOS DEL IMPUTADO**



#### **3.1 Individualización y derechos del imputado**

El profesor Carlos Fernández Sessarego sostiene que el derecho a la libertad está radicalmente ligado al derecho a la vida desde que esta es una experiencia de libertad dentro de los condicionamientos propios a que está sujeto el ser humano, tanto de aquellos provenientes de su propio mundo personal como por los que tienen su origen en el nivel histórico y en la circunstancia social en que le toca vivir.<sup>13</sup>

<sup>13</sup> FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. Derecho de las personas : Exposición de motivos y comentarios al libro primero del Código Civil peruano . Ed. Lima: Grijley, 2009, pp41.

Todo proceso penal, para poder llevarse a cabo, requiere de un imputado debidamente determinado, plenamente individualizado, como presunto autor de un hecho ilícito. Tal individualización es un presupuesto necesario, imprescindible, para poder dar curso al proceso en sede judicial: el imputado debe haber sido debidamente particularizado, es decir identificado con sus nombres, apellidos y su documento de identidad si lo tiene, e individualizado con los demás datos personales que lo singularizan y lo hacen único, tales como su edad (para poder saber si es mayor de edad y pasible de responsabilidad), lugar de origen, nombres de sus padres ó filiación familiar, domicilio, grado de instrucción, ocupación y sus características físicas corporales. Pero además el imputado, conforme lo ha señalado reiteradamente el Tribunal Constitucional, debe ser individualizado en la forma con que presuntamente habría participado en los hechos. Solo de ese modo se puede garantizar que la persecución penal y las potestades punitivas del Estado se dirijan contra una persona cierta, específica, respecto a la cual deben existir elementos válidos que permitan presumir su participación en la comisión de un delito.

La palabra INDIVIDUALIZACION, conforme el diccionario de la REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, significa: "individuar, particularizar." En tanto que la palabra IDENTIFICACION, en sus dos acepciones más útiles para nuestros fines, significa: "Reconocer si una persona o cosa es la misma que se supone o se busca" y "Dar los datos personales necesarios para ser reconocido."<sup>14</sup>. De ambas palabras, nuestro Código Procesal Penal utiliza INDIVIDUALIZAR, esto quiere decir: que propugna que se debe singularizar, que se debe particularizar al imputado plenamente, esto es: con los datos que lo hacen una persona única e inconfundible.

La individualización del imputado, permite asegurar: A) Que el proceso se centre contra una persona cierta y determinada y no contra personas ajenas a los hechos o eventuales homónimos B) Que, se puedan solicitar y dictar - si

---

<sup>14</sup> <http://rae.es/Identificación>

fuere el caso-las medidas de coerción procesal personal que correspondan conforme a ley. C) Y finalmente, la debida individualización del imputado permite garantizar el derecho fundamental de defensa, que ampara al inculpatado, como a todo sujeto.

En este orden de ideas, para los fines de formalizar una Investigación Preparatoria, nuestro nuevo Código Procesal Penal exige: que aparezcan elementos reveladores de la existencia del delito imputado, sino que los imputados se encuentren debidamente individualizados; condición fundamental, imprescindible, para poder establecer una hipótesis inculpatoria y formalizar investigación preparatoria y tener así un caso judicialmente probable, en cualquier modelo procesal y más aún en el modelo acusatorio.<sup>15</sup>

### **3.1.1. El Tribunal Constitucional y la individualización del imputado.**

Con relación a la individualización del imputado, el Tribunal Constitucional (si bien es cierto, respecto al mandato de detención normado por los Artículos 135 y 136 del Código Procesal Penal de 1991 y normas afines), en sentencias como la dictada en el EXP. N° 07395-2006-PHC/TC de fecha 27 de junio del 2007- Caso Luis Freddy Padilla Rivera, ha hecho suyo que: "el mandato de detención dictado por el órgano jurisdiccional deberá contener, bajo responsabilidad, **a efectos de la individualización del presunto autor...** los datos contemplados en los incisos: a) Nombres y Apellidos completos, b) Edad, c) Sexo y h) Características físicas, talla y contextura". Por tal razón, en el referido caso, siendo que se había dictado una orden de captura sin haber quedado plenamente individualizado el imputado, el TC concluye que se afectó el derecho del homónimo recurrente, vulnerándose injustificadamente la libertad personal del mismo; por lo cual se declaró fundada la demanda.

---

<sup>15</sup> Artículo 336 numeral 1.

### 3.1.2. Individualización e Imputación

Del mismo modo, el TRIBUNAL CONSTITUCIONAL del Perú, en sucesivas sentencias, ha reiterado, que: *"no basta la plena individualización de los autores o partícipes, si es que la misma no incluye la conducta concreta que se imputa"*<sup>16</sup>.

Por tal razón, en la Sentencia dictada en el EXP. N°01707-2010-PHC/TC, declaró INFUNDADA la demanda, ya que la resolución cuestionada sí había precisado los indicios suficientes o elementos de juicio reveladores de la existencia de un delito, habiéndose individualizado la conducta del imputado en la realización del hecho delictivo<sup>17</sup>.

Ello, nos remite al Principio de Imputación que se encuentra recogido entre otros por el Artículo 8.2 B de la Convención Americana de Derechos Humanos, que señala que el derecho del imputado a una debida acusación o imputación, comprende: la individualización del imputado, la descripción detallada, clara y precisa de los hechos atribuidos, la calificación legal de los mismos y la fundamentación de la acusación con inclusión de las pruebas existentes en su contra, pues para que una persona pueda defenderse debe estar claramente establecido de qué tiene que defenderse.<sup>18</sup>

Con relación a estos temas, quizás la sentencia más paradigmática que ha dictado el Tribunal Constitucional, sea la emitida en el **EXP. 08125-2005-PHC/TC** de fecha 14 de noviembre del 2005- Caso Jeffrey Immelt, en la cual el Tribunal Constitucional señala:

*"nada más lejos de los objetivos de la ley procesal el conformarse en que la persona sea individualizada cumpliendo sólo con consignarse su identidad (nombres completos) en el auto de apertura de instrucción (menos aún como se hacía antes, "contra los que resulten responsables"...), sino que al momento*

<sup>16</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional. EXP. N° 04539-2011-PHC/TC- Callao, del 25 de enero del 2012. Caso Ludwig Eduardo Soto Padilla. Fundamento número 07.

<sup>17</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional. EXP. N° 01707-2010-PHC/TC-Lima, del 04 de junio del 2010. Caso Daniel Luis Jo Villalobos. Fundamentos 04 y 05.

<sup>18</sup> Sobre ello: Sentencia 1957-2012 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica.

*de calificar la denuncia será necesario, por mandato directo e imperativo de la norma procesal citada, controlar la corrección jurídica del juicio de imputación propuesto por el fiscal, esto es, la imputación de un delito debe partir de una consideración acerca del supuesto aporte delictivo de todos y cada uno de los imputados.*"<sup>19</sup>

En consecuencia, de lo determinado en esta última sentencia, fluye: que la imputación debe ser cierta, no implícita, sino precisa, clara y expresa; es decir debe tener: *"una descripción suficientemente detallada de los hechos considerados punibles que se imputan y del material probatorio en que se fundamentan"*<sup>20</sup>, y no debe darse una imputación genérica e impersonalizada, que limite o impida a los procesados un pleno y adecuado ejercicio constitucional de su derecho de defensa. En otras palabras y como lo expusimos ya en la parte inicial de este artículo: los cargos contra el imputado deben estar también debidamente individualizados o particularizados.

### **3.1.3. Consecuencias de la no individualización**

Una consecuencia crucial en la Etapa de la Investigación Preliminar, que se produce a consecuencia de la no individualización del imputado, es la que proviene de lo mandado expresamente por el Artículo 336 del Código Procesal Penal del 2004, ya referido; el cual establece como un requisito o presupuesto para que el Fiscal pueda formalizar la Investigación Preparatoria: que se haya individualizado al imputado. Esto quiere decir, a contrario sensu, que si no se logra la debida individualización del presunto autor, no se podrá continuar el trámite del proceso.

¿Qué significa esto en la práctica? Significa que muchas veces los casos tienen que ser archivados provisionalmente, si es que las pesquisas policiales realizadas no han logrado obtener la identificación e individualización del

---

<sup>19</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional. EXP. Nº 08125-2005 -PHC/TC - Lima, del 14 de noviembre del 2005. Caso Jeffrey Immelt y Otros.

<sup>20</sup> *Ibid.*

presunto autor del delito y se vence el plazo de la investigación preliminar, sin conseguir aquello.

Debe recordarse, que con relación a la individualización del imputado, el **ACUERDO PLENARIO N° 07-2006**, entonces referido al artículo 77° del Código de Procedimientos Penales, modificado por la Ley número 28117, del 16.12.2003, en su fundamento jurídico N° 06, señaló que la individualización del presunto autor o partícipe de un delito concreto, se trata, en estricto sentido procesal, de un requisito de admisibilidad de la promoción de la acción penal, cuyo incumplimiento constituye un motivo específico de inadmisión del procesamiento penal.

Es menester agregar, que el ya mencionado **ACUERDO PLENARIO N° 07-2006**, de fecha 13 de octubre del 2006, de las Salas Penales de nuestra Corte Suprema de Justicia de la República, anotó algunas pautas a tener en cuenta, respecto a: *“los problemas que plantea la individualización del imputado”*, entonces requerida por el Artículo 77 del Código de Procedimientos Penales, en ese tiempo vigente en la mayor parte del territorio nacional.

Este Acuerdo Plenario en consonancia con los artículos 19 a 22 del Código Civil, así como con el Artículo 3 de la Ley 27411 modificado por la Ley 28121 del 16.12.2003, nos recuerda lo siguiente: Que para los efectos de ***individualizar*** a la persona a quien se le atribuye un determinado hecho delictuoso, se le debe identificar con sus nombres y apellidos, así como los de sus padres, su edad, sexo y características físicas, talla y contextura, recalando que lo que persigue esta legislación es evitar los casos de homonimia en las eventuales requisitorias que se dicten judicialmente contra las personas. Por otra parte, del texto del Fundamento 08 del referido Acuerdo Plenario, se desprende que **identificación e individualización** del imputado, si bien están relacionadas entre sí, *“no guardan correspondencia absoluta, porque para abrir instrucción solo se requiere de una persona identificada con sus nombres y apellidos completos y para dictar una requisitoria se necesita*

*que el imputado, además de sus nombres y apellidos completos, registre en autos otros datos: edad, sexo y características físicas, talla y contextura”.*

Consideramos, que estos criterios son relativamente aplicables, en cuanto a la Formalización de la Investigación Preparatoria en el nuevo modelo procesal penal; en determinados casos, en los que tras concluir las diligencias preliminares de investigación se tenga la identidad: nombres y apellidos, DNI, edad, domicilio y nombres de los padres del imputado, aunque no sus características físicas, talla exacta, ocupación y contextura; siempre y cuando existan suficientes elementos de convicción que lleven a sustentar la presunta vinculación del imputado con la comisión de los hechos, en una determinada forma o accionar debidamente particularizado. Siendo necesario considerar, de igual manera, el caso de los imputados no inscritos ante RENIEC y carentes de documento nacional de identidad<sup>21</sup>.

### **3.2. Detención y derechos del imputado**

No todas las partes revisten igual importancia procesal. Las llamadas principales son indispensables para la existencia y desenvolvimiento del proceso: tales el juez, el Ministerio Público y el inculcado. Las denominadas accesorias o secundarias intervienen a su pedido por citación de la justicia; su presencia no es indispensable para el desarrollo de la instrucción y en muchas diligencias puede prescindirse de ellas: son la parte civil y el tercero civilmente responsable.<sup>22</sup>

El reconocimiento del derecho a la libertad alcanzó su máximo auge, cuando el 10 de diciembre de 1948, en el Palacio Chaillot de Paris, las Naciones Unidas aprobaron la Declaración Universal de los Derechos Humanos. En el artículo 3° de aquel instrumento jurídico de carácter internacional y de cumplimiento

---

<sup>21</sup> ORTIZ NISHIHARA, Mario. " La individualización del imputado en el Nuevo Código Procesal Penal" artículo publicado en <http://blog.pucp.edu.pe/item/180314/la-individualizacion-del-imputado-en-el-nuevo-codigo-procesal-penal>

<sup>22</sup> GARCÍA RADA, Domingo. Instituciones de Derecho Procesal Penal. Asociación Civil Mercurio Peruano. 2008. pp 21.

imperativo en los países miembros, se prescribe que *"todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona"*.<sup>23</sup>

A toda persona que se le imputa la comisión de un delito o es detenida, el Código le garantiza sus derechos constitucionales, esto es; a) se le debe informar, de manera inmediata, del hecho que se le atribuye y qué motivó su detención; del funcionario que la ordenó; del derecho a indicar la persona a quien se deba comunicar su aprehensión; del derecho que tiene a guardar silencio y del derecho que tiene a designar y a entrevistarse con un abogado entre otros que precisa el Art. 71° del NCPP.

No cabe duda en el ámbito político, académico y mayoritariamente en el propio estamento judicial que la estructura y funcionamiento de la justicia criminal en nuestro país debe ser modificada, de manera tal que se adecúe al cumplimiento de la misión que le encomienda la sociedad respetando el marco de los derechos constitucionalmente reconocidos, dentro del cual debe actuar y de cuya real vigencia debe ser su garante<sup>24</sup>.

En este análisis, ineludiblemente aparecerá y estará reiteradamente presente el tema relativo a los principios, normas y garantías del debido proceso que, sin ser específicamente el que constituye la finalidad de nuestra preocupación, que ya hemos reiterado se encamina a los derechos del imputado ante la justicia penal, es necesario que destinemos algunas explicaciones a las cuestiones que se le vinculan como un trasfondo del estudio que acometemos. El *due process of law* lo entendemos de la manera como es enfocado por la doctrina y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, esto es, como el derecho a un tribunal competente, independiente e imparcial; el derecho a un proceso justo y el derecho a un recurso efectivo, por cuanto la realización de estos derechos representa una obligación internacional y nacional de rango

---

<sup>23</sup> SALINAS SICCHA, Ramiro. Derecho Penal Parte Especial Volumen I. Editorial Iustitia, 2010. pp 449.

<sup>24</sup> SÁNCHEZ, Domingo. *"Las instituciones del Proceso Penal Chileno frente al derecho comparado, desde la perspectiva de los derechos del imputado"*, trabajo publicado en la Colección Estudios N° 1 de la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, ob. cit., pág. 61.

constitucional, para el Estado chileno, así como para la gran mayoría de los Estados que integran la comunidad internacional<sup>25</sup>.

El sistema de instrucción criminal que nos rige se cuestiona desde la perspectiva de los derechos que al respecto se consagran en los tratados internacionales, fundamentalmente porque en la etapa más importante y que caracteriza a nuestro modelo de enjuiciamiento criminal, esto es la etapa de sumario, es la que concentra en sí la realización de los elementos propios del sistema inquisitivo con una investigación que tiene el carácter de secreta con una prácticamente nula posibilidad de intervención de la defensa<sup>26</sup> y en que el Juez asume tanto el ejercicio de la acción penal pública como la conducción absoluta de la investigación.

En suma, no existe un "juicio" propiamente tal en que se sostengan equilibradamente por un lado el ejercicio de la acción penal que representa el poder punitivo estatal y, del otro, la defensa del imputado, pues en esta etapa no se reconocen realmente derechos al imputado y en él se estructura de tal forma el ejercicio de la potestad sancionadora del Estado que ella aparece como la finalidad preeminente de este período, traducida en el logro de la aclaración del hecho punible investigado y su sanción, sin un contrapeso que pudiese representar los intereses que necesita hacer valer el imputado frente al Estado.

El proceso penal adolece de fallas estructurales pues sus instituciones resultan inconciliables con las exigencias de un Estado de Derecho, la democracia y las normas internacionales sobre derechos humanos; de allí que se debe enfocar el problema globalmente y no solo como un mero cambio referido al trámite del procedimiento o un cambio con una visión técnico-administrativa. Aludiendo al problema de la crisis del sistema procesal latinoamericano y la necesidad de su transformación Alberto Binder sostiene que una visión reduccionista como la planteada *"esconde el problema básico de nuestras administraciones de*

---

<sup>25</sup> SÁNCHEZ, Domingo. *op. cit.* pp61.

<sup>26</sup> Especialmente aludiremos para este efecto los derechos que se consagran en la Convención Americana de Derechos Humanos.

*justicia, que consiste en que nuestro Proceso Penal no está haciendo lo que nuestras Constituciones dicen que debe hacer*"<sup>27</sup>.

En punto a ir a la reforma de toda nuestra legislación para adecuar el proceso penal a las exigencias internacionales sobre derechos humanos debe partirse de la base y hacerse cargo de las fallas fundamentales que presenta dicha legislación a la luz de estas últimas normas, pues ellas proporcionan los lineamientos básicos para configurar un sistema adecuadamente "garantista", que asegure efectiva y eficazmente la vigencia de los derechos humanos de los imputados.

Como una opinión generalizada se sostiene que el "modelo que mejor vela por el respeto de los derechos de los imputados durante la etapa de instrucción es el sistema auténticamente acusatorio, que representa una solución equilibrada en la cual son considerados debidamente no solo el interés estatal en el esclarecimiento y sanción de los hechos delictivos, sino que también, y con el mismo vigor, los derechos de las personas".<sup>28</sup>

En efecto, en este nuevo sistema los derechos del imputado deben ser resguardados por el Juez de Garantías quien deberá cumplir tal papel en el nuevo sistema a implementarse en nuestro país, debiendo asumir para ello la función de controlar que la investigación a cargo del Ministerio Público se lleve a cabo conforme con la ley, asegurando especialmente el respeto de los derechos que le corresponden al imputado durante la etapa preparatoria del juicio.

Para los efectos indicados hemos escogido algunas garantías procesales del imputado que estimamos como esenciales y que serán analizadas para resolver la cuestión planteada acerca del nuevo proceso penal, esto es, en cuanto a si el nuevo sistema de enjuiciamiento criminal responde a los

---

<sup>27</sup> BINDER, Alberto *"Crisis y Transformación de la Justicia Penal en Latinoamérica"*, Edit. Grijley. 2011. pp. 73.

<sup>28</sup> Convención Americana de Derechos Humanos, aprobada en San José de Costa Rica el año 1969, artículo 8.2.

objetivos fundamentales de la reforma y principalmente si con este mejorará sustancialmente la protección que de dichos derechos existe en el presente.

El sistema constitucional de derechos humanos cuya concreción encontramos desarrollada en los Tratados Internacionales sobre la materia ratificados por nuestro país y que se hallen vigentes, incluye entre aquellos que se aseguran a todas las personas derechos fundamentales a los cuales nos interesa remitirnos en este estudio como son: la igualdad en el ejercicio de los derechos y la igualdad ante la justicia, y la libertad personal y la seguridad individual. La consagración de tales derechos nos conduce al estudio y análisis de su contenido esencial, y allí debemos considerar, en primer término, que a toda persona se le reconocen otorgándosele el amparo constitucional un conjunto de derechos destinados a asegurar la igualitaria protección en el ejercicio de sus derechos, la seguridad de que tendrá expedito acceso a la defensa jurídica, de que en caso de conflicto se le garantice un justo proceso, y la presunción de inocencia y respecto de su libertad personal, desde luego las garantías que le asisten para disfrutar de la más amplia libertad de residir y permanecer en cualquier punto de la República, trasladarse de un punto a otro y entrar y salir del territorio nacional respetando eso sí las normas legales pertinentes y sin que con ello se lleguen a vulnerar derechos de terceros.<sup>29</sup>

De estos derechos fundamentales nos referiremos a aquellos que dicen relación con los que pueden invocar las personas que deben enfrentar la imputación de haber participado en un hecho delictivo y el posible posterior juicio criminal. ¿Qué derechos asisten al imputado de un delito? Es inconcuso que el derecho de defensa adquiere una importancia radical para cualquier persona que se vea involucrada en un hecho delictivo en calidad de imputado, derecho que comprende una serie de garantías que lo conforman, como lo son el derecho a ser oído o derecho de audiencia, el derecho que asiste al imputado de un delito a guardar silencio y no verse compelido a prestar testimonio en contra de sí mismo, el derecho a la presentación de pruebas para controvertir los cargos e igualmente contar con la posibilidad de rebatir las

---

<sup>29</sup> BANDA VERGARA, Alfonso. "Derechos Fundamentales del Imputado", artículo publicado en [mingaonline.uach.cl/scielo.php?pid=s0718-09501999000100010&script=sci\\_arttext](http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?pid=s0718-09501999000100010&script=sci_arttext)

pruebas contrarias y el llamado derecho a la defensa técnica prestada por letrado. Igualmente aludiremos en este estudio a la presunción de inocencia, que constituye la garantía doctrinalmente considerada de mayor trascendencia en vinculación con la de defensa, pues ubica el peso de la obligación probatoria en el acusador, quien debe acreditar los cargos imputados, relevando al afectado de la obligación de comprobar su inocencia.

## **Sub-Capítulo Cuarto: LA TUTELA DEL DERECHOS EN EL NUEVO MODELO PROCESAL PERUANO.**

### **4.1. Alcances generales**

El Estado tiene el *ius puniendi* para cumplir el deber de garantizar la coexistencia humana, asegurando la vigencia de los bienes jurídicos fundamentales. El poder punitivo del Estado o *ius puniendi* la atribución que tiene que definir conductas como hechos punibles e imponer penas a las personas que las realizan. Empero, el Derecho Penal no solo tiene una finalidad represiva o sancionadora, sino que además implica dotar a la persona de ciertas garantías generales y específicas que lo protegen ante la eventualidad de ser sometido a un proceso penal y en último término ante la posibilidad de imposición de una sanción punitiva.<sup>30</sup>

Para que alguien pueda defenderse es imprescindible que exista algo de qué defenderse: esto es, algo que se le atribuya haber hecho u omitido hacer, en el mundo fáctico, con significado en el mundo jurídico, exigencia que en materia procesal penal se conoce como imputación.<sup>31</sup>

Una de las características del nuevo modelo procesal penal es la afirmación de las garantías de los ciudadanos, tanto desde la perspectiva del imputado como del nuevo rol y estatus de la víctima. En este sentido, consolida y fortalece la

<sup>30</sup> REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. Manual de Derecho Penal, Parte General Volumen I. Pacífico Editores, 2014. pp19.

<sup>31</sup> MAIER, Julio. Derecho Procesal Penal. Volumen 1. Segunda Edición, Editores Del Puerto S.R.L., 1996 p553.

calidad de sujeto de derecho del imputado, reglando las limitaciones que puedan efectuar los órganos de persecución penal en cuanto a la búsqueda de la verdad formal, pues el proceso penal no puede llegar a la verdad a cualquier precio, el procedimiento en un orden democrático de Derecho debe estar dispuesto a la realización de sacrificios; es preferible absolver a unos cuantos culpables que condenar a muchos inocentes.<sup>32</sup>

Los derechos del imputado dentro del nuevo modelo procesal penal no se circunscriben solamente a los descritos en el artículo 71 del NCPP, sino que están diseminados a lo largo de éste. Entre los más relevantes se encuentra el derecho a ser considerado inocente y ser tratado como tal, esto implica que no se puede presentar al imputado en público como culpable, ni que se brinde información en ese sentido, hasta que no haya sido condenado mediante sentencia firme.

La tutela de derechos es precisamente un mecanismo eficaz tendiente al restablecimiento del statu quo de los derechos vulnerados, que encuentra una regulación expresa en el NCPP, y que debe utilizarse única y exclusivamente cuando haya una infracción -ya consumada- de los derechos que les asisten a las partes procesales. Como puede apreciarse, es un mecanismo, más que procesal, de índole constitucional, que se constituye en la mejor vía reparadora del menoscabo sufrido, y que incluso puede funcionar con mayor eficiencia y eficacia que un proceso constitucional de hábeas corpus.<sup>33</sup>

#### **4.2. Antecedentes de la Tutela de Derecho**

La tutela (de derechos) es una novísima institución introducida por el artículo 71º, numeral 4), del nuevo Código Procesal Penal del 2004 (en adelante, NCPP).

---

<sup>32</sup> PEÑA CABRERA, Alonso. Manual de Derecho Procesal Penal. Lima – Perú, Editorial Rodhas, 2008, p.189.

<sup>33</sup> ALVA FLORIAN, César A.; "La Tutela de Derechos en el Código Procesal Penal de 2004", En Gaceta Penal & Procesal Penal, Tomo 11, Mayo 2010, Lima, pp15.

No se conocen antecedentes normativos nacionales para la tutela en nuestro ordenamiento jurídico interno. Por tal razón, la tutela siendo una institución jurídica del ámbito procesal penal no tiene ningún parentesco con la institución sustantiva del Derecho de Familia denominada igualmente tutela, institución supletoria del amparo familiar que está formada por el conjunto de derechos y obligaciones que la ley confiere a un tercero para que cuide de la persona y de los bienes de un menor de edad que no se halla sujeto a la patria potestad.

Sin embargo, la tutela peruana presenta muchas afinidades –aunque también marcadas diferencias– con la institución constitucional colombiana conocida como acción de tutela (incorporada por el artículo 86º de la Constitución Política de la República de Colombia de 1991 y por el artículo 1º del Decreto 2591 de 1991) y con el proceso constitucional de amparo peruano, en especial en cuanto que ambas son mecanismos procesales de protección de derechos fundamentales –distintos a la libertad personal– cuando resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o particular. Una diferencia estructural de la acción de tutela colombiana y el amparo peruano respecto de la tutela es que las dos primeras constituyen procesos autónomos, mientras que la segunda resulta incidental y se plantea al interior del proceso penal común.

Al ser la tutela de derechos peruana una institución jurídica procesal de reciente regulación, ha generado una diversidad de interpretaciones o criterios sobre su real diseño o configuración, determinando que en su aplicación se hayan generado multiplicidad de planteamientos –muchas veces divergentes entre sí–, en especial sobre aspectos vinculados a los sujetos legitimados para interponerla, los derechos protegidos, su naturaleza jurídica, su finalidad, control de admisibilidad, etc.

La situación anterior originó que se incluyera a la tutela como tema del VI Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanentes y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República del año 2010, en la que por primera vez se incorporó una metodología “democrática” de tres fases: la primera, los

Jueces Supremos definieron la agenda; en la segunda, se permitió la participación ciudadana y el aporte de la comunidad jurídica del país; y en la tercera, los Jueces Ponentes procedieron a la discusión y aprobación de los acuerdos plenarios. Es de reconocer las importantes ponencias sobre el tema que formularon en la audiencia pública de la segunda fase Frezia Sissi Villavicencio Ríos por la Escuela de Formación Procesal Penal Garantista (ESPPEGA) de Huaura y Mario Rodríguez Hurtado por el Instituto de Ciencia Procesal Penal (INCIPP); así como el empleo del texto de César Alva Florián, ya citado anteriormente.<sup>34</sup>

Una de las mayores críticas que ha venido soportando el Poder Judicial en los últimos tiempos ha sido la diversidad de interpretaciones que han venido dando sus magistrados a una misma norma legal y para ello los más acérrimos críticos precisan que si se presenta una misma demanda en diferentes Juzgados, la respuesta de la justicia no siempre va a ser la misma. Así en algunos casos será admitida la demanda, en otros se optará por declararla inadmisibile, haciéndose reparos formales y habrá también pronunciamientos sobre la improcedencia de la postulación de parte.

La Ley Orgánica del Poder Judicial data del año 1991, en cuyo artículo 116° al hacer referencia a los Plenos Jurisdiccionales textualmente dice: *"...Los integrantes de las Salas Especializadas, pueden reunirse en plenos jurisdiccionales nacionales, regionales o distritales a fin de concordar jurisprudencia de su especialidad, a instancia de los órganos de apoyo del Poder Judicial..."*. A la entrada en vigencia de la Ley Orgánica del Poder Judicial, no se ha dado la atención del caso a la norma transcrita; sin embargo, en los últimos años la Corte Suprema ha entendido que su aplicación práctica incide directamente en la buena marcha de la administración de justicia y permite de esta manera la unificación de criterios de los Operadores Jurídicos de todas las instancias.

Con ese prelude debe precisarse que el año 2010 se llevó adelante el VI Pleno Jurisdiccional de Jueces Supremos en lo Penal comprendiendo tres fases: La

---

<sup>34</sup> ALVA FLORIÁN, César A. *Op cit.*

primera relativa a la discusión y definición de la agenda a tratar; la segunda denominada participación ciudadana tendiente a promover la intervención y el aporte de la comunidad jurídica del país a través de las respectivas ponencias para la solución de cada uno de los problemas planteados y la tercera fase relativa a la discusión y formulación de los acuerdos plenarios, concluyendo con la deliberación y votación llevada adelante el 16 de Noviembre del 2010.

Uno de los temas tratados con ocasión del plenario fue la Audiencia de Tutela y al concluir las tres fases mencionadas se elaboró el Acuerdo Plenario Nro. 04-2010/CJ-116, cuyos alcances –contenidos en los fundamentos jurídicos 10° al 19°- han sido establecidos como doctrina legal y por contener principios jurisprudenciales se ha dispuesto que los jueces de todas las instancias judiciales invoquen sus alcances, sólo con la limitación de poder apartarse de aquellos invocando los fundamentos correspondientes al caso en particular, haciendo uso de lo previsto por el artículo 22° de la Ley Orgánica del Poder Judicial.<sup>35</sup>

No queda duda que la Audiencia de Tutela no solamente constituye una innovación que nos trae el Código Procesal Penal del 2004, sino uno de los principales aportes del nuevo sistema procesal. Del mismo modo los derechos protegidos a través de la Audiencia de Tutela son los que se encuentran en el artículo 71 del Código Procesal Penal. Si ello es así, sólo puede recurrir en vía de tutela el investigado, mas no así los demás sujetos procesales; consiguientemente a partir de la publicación del Acuerdo Plenario materia de análisis, el pedido de "tutela" postulado por el sujeto pasivo del delito o agraviado, el tercero civilmente responsable o actor civil o un tercero, debe ser rechazado *liminarmente*; esto es, no debe generar la realización de audiencia alguna.

#### **4.3. Definición y Características de la Tutela de Derecho.**

Nuestro NCPP en su artículo 71.4 considera que la Tutela de Derechos constituye una vía jurisdiccional por la cual la persona imputada en la comisión

---

<sup>35</sup> PAREDES MATHEUS , Anibal. Acuerdo Plenario 04: Audiencia de Tutela. Artículo publicado en <http://catedrajudicial.blogspot.com/2011/01/acuerdo-plenario-n-04-audiencia-de.html>

de un delito, puede acudir cuando considere que durante las diligencias preliminares o en la investigación preparatoria, no se ha dado cumplimiento a las disposiciones, o que sus derechos no son respetados, o que es objeto de medidas limitativas de derechos indebidos o de requerimientos ilegales, puede acudir en vía de tutela al Juez de Garantías a fin de que éste tutele, proteja, subsane o dicte las medidas de corrección pertinentes, protegiéndose así, mejor los derechos del imputado.<sup>36</sup>

La Tutela de Derechos es un instrumento idóneo para salvaguardar el principio de legalidad, las garantías del imputado y, a su vez, mitigar las desigualdades entre perseguidor y perseguido. Esta institución procesal penal se constituye en uno de los principales retos para la defensa técnica, así como la investigación preparatoria es el principal reto del fiscal, donde ha de diseñar su estrategia persecutoria; y para el Juez Penal es el juicio oral, el lugar en el que debe preservar la igualdad de partes y valorar la prueba, con apego a las máximas de la experiencia, la ciencia y las reglas de la lógica; el principal reto del abogado en tanto garante de la presunción de inocencia de su patrocinado, será proveer una defensa eficaz. Para tal cometido, el abogado tendrá un instrumento: la tutela de derechos; en el sistema, un sismógrafo el derecho de defensa.<sup>37</sup>

La tutela de derechos es una institución procesal consagrada de manera expresa en el NCPP, que permiten que dentro del mismo proceso penal se controle judicialmente la constitucionalidad de los actos de investigación practicados por el Ministerio Público (en algunos casos con el auxilio de la Policía Nacional), sin necesidad de recurrir a un "Juez Constitucional", con lo que se dota al proceso penal de un carácter garantista, respecto al cual hay un actor siempre vigilante de su constitucionalidad: el Juez Penal de Garantías (Juez de Investigación Preparatoria).<sup>38</sup>

---

<sup>36</sup> ALVA FLORIÁN, César A. *Op cit.* pp7.

<sup>37</sup> SOMOCURCIO, Vladimir; Tutela de Derechos en el Código Procesal Penal de 2004 ¿Sismógrafo del derecho de defensa?, En Gaceta Penal & Procesal Penal, Tomo 6, Diciembre 2009, Lima, pp 290.

<sup>38</sup> ALVA FLORIAN, César A.; *op. cit.* pp27.

La Tutela de Derechos es una facultad exclusiva del imputado, quien puede, por sí mismo o a través de un abogado defensor, hacer valer los derechos que la Constitución Política y las leyes le conceden, recurriendo al juez de la investigación preparatoria, a fin de que subsane la omisión o dicte la medida de corrección o de protección frente a actuaciones u omisiones que limiten sus derechos de forma indebida o ante requerimientos ilegales, desde las primeras diligencias de investigación hasta el término de la investigación preparatoria.<sup>39</sup>

En síntesis podemos afirmar, que la Tutela de Derechos es una garantía constitucional de naturaleza procesal penal, que puede usar el imputado o cualquier otro sujeto procesal cuando ve afectado y vulnerado sus derechos positivizados en la norma procesal penal, constitucional o demás leyes de la materia; pudiendo acudir al Juez de Garantías (Juez de Investigación Preparatoria) para que controle judicialmente la constitucionalidad de los actos de investigación practicados por el Ministerio Público y repare de ser el caso las acciones u omisiones que generaron el quebrantamiento del derecho de las partes procesales. La vía de tutela judicial sólo podrá hacerse efectiva durante las diligencias preliminares y en la investigación preparatoria propiamente dicha.<sup>40</sup>

No obstante las normas internacionales se construyen sobre el reconocimiento expreso de los derechos humanos a ser informado de la acusación ya a contar con los medios adecuados para la preparación de la defensa, no se puede negar que reconoce también, de manera implícita, el derecho a la imputación necesaria; en tanto es claro que no es posible informar de un derecho que no existe; que no se trata de cualquier tipo de información la que se habrá de dar sino de una detallada de los cargos; y que, además, conocer con precisión los hechos que se atribuyen y -en esta primera aproximación- su calificación jurídica es imprescindible para la preparación eficaz de la defensa.<sup>41</sup>

---

<sup>39</sup> SALAZAR ARAUJO, Rodolfo . "La tutela de derechos y sus modalidades en el nuevo sistema procesal penal peruano" artículo publicado en <http://www.lozavalos.com.pe/alertainformativa/modulos/documentos/descargar.php?id=3747>

<sup>40</sup> *Ibid.*

<sup>41</sup> AVALOS, Constante. La Decisión Fiscal en el Nuevo Código Procesal Penal. Ed. Gaceta Penal y Procesal Penal. pp281.

#### **4.4. Trámite de la Tutela de Derecho.**

El artículo 71 del CPP-2004 establece el catálogo de derechos que tiene el imputado desde el inicio de las investigaciones, derechos entre los cuales se encuentran, entre otros, el de conocer los cargos que se formulan en su contra y el de contar con un abogado defensor, además del no menos importante derecho de abstenerse de declarar, así como el derecho de que no se empleen en su contra medios coactivos, intimidatorios o contrarios a su dignidad, ni a ser sometido a técnicas ni métodos que induzcan o alteren su libre voluntad.

Obviamente, los derechos mencionados no son los únicos tutelados por este mecanismo, pues su aplicación se amplifica incluso para hacer efectivo aquéllos derechos de matiz constitucional. De ahí que la tutela de derechos se presenta en la práctica como un mecanismo más célere que un proceso constitucional de hábeas corpus. Este último empleado en los distritos judiciales donde aún no rige la nueva normatividad procesal penal, en casos en que resulta aplicable, dada la naturaleza de la infracción.

Es en dicho contexto que nuestra renovada legislación procesal penal establece el mecanismo de la "tutela de derechos", la misma que puede hacerse efectiva, ya sea durante las investigaciones preliminares o cuando se hubiere formalizado la investigación preparatoria, esto es, mediante la presentación de un escrito por ante el juez de Garantías –o empleando palabras del CPP-2004, ante el juez de Investigación preparatoria –, el mismo que, como es natural, ha de observar si efectivamente se ha dado o no cumplimiento a los derechos fundamentales y procesales del imputado. En otras palabras, que no se hayan violado sus garantías o derechos procesales.

Esto es, que no haya sido objeto de medidas limitativas de defensa o de requerimientos ilegales formulados en su contra. Este juez de Garantías o de la Investigación preparatoria puede disponer que se subsanen las omisiones incurridas o se dicten las medidas de corrección o de protección que al caso

correspondan, no sin antes realizar una verificación de los hechos y, como es connatural al espíritu del nuevo código, realizar una audiencia con intervención de las partes. Los motivos en que procede la tutela de derechos es bastante diversificada, como basta es la gama de derechos que la Constitución y el nuevo código reconocen al imputado.<sup>42</sup>

Se procederá a instar a la tutela de derechos cuando –por ejemplo – el imputado es obligado a ser asistido por un abogado defensor de oficio, sin que se le brinde la posibilidad de contactarse con un abogado de su elección, vulnerándose, por tanto, el artículo 139.14 de la Constitución – derecho/principio a no ser privado de defensa en ningún estado del proceso –, así como el artículo 71.1 del CPP-2004.

Frente a dicha manifiesta violación, cabe la posibilidad de que aquél, invocando haberse transgredido su derecho de contar con abogado de su libre elección, solicite al juez de Garantías que la Fiscalía corrija dicha anómala situación, dando, como es evidente, respuesta inmediata a cuestiones que atañen, como en el presente caso, a uno de los pilares del sistema acusatorio, el derecho de defensa.

La institución de la "tutela de derechos", como mecanismo de protección de los derechos del imputado, viene siendo utilizada con frecuencia por los defensores públicos y abogados de los imputados, sobre todo por los primeros, dinámico empleo de esta institución que no hace sino poner en evidencia las virtudes que trae consigo la instauración de este nuevo modelo procesal penal, de parcial vigencia en el distrito judicial de Lima (solo aplicable para los delitos cometidos por funcionarios públicos), constituyéndose como es indudable en una muestra de adelanto en la administración de justicia penal.

---

<sup>42</sup> CASTILLO ESPEZÚA, Javier. "La tutela de derechos en el Nuevo Código Procesal Penal", artículo publicado en el Suplemento Jurídica del Diario El Peruano N° 351. Agosto 2011.

#### **4.5. Oportunidad de ejercicio**

La vía de tutela judicial solo podrá hacerse efectiva durante las diligencias preliminares y en la investigación preparatoria propiamente dicha. Este punto será ampliado a medida que se recopile mayor información en el transcurso de la elaboración de la tesis.

#### **4.6. Sujeto legitimado para solicitarla**

Solo el imputado, no el agraviado, el actor civil o el tercero civil. Este punto será ampliado a medida que se recopile mayor información en el transcurso de la elaboración de la tesis.

#### **4.7. Derechos protegidos en la audiencia de tutela**

La audiencia de tutela es uno de los principales aportes del nuevo sistema procesal penal, dirigido a la protección de los derechos fundamentales.

Los derechos protegidos a través de esta audiencia son los recogidos "taxativamente" en el NCPP<sup>43</sup>: i) Conocimiento de los cargos incriminados; ii) Conocimientos de las causas de la detención; iii) Entrega de la orden de detención girada; iv) Designación de la persona o institución a la que debe avisarse de la detención y concreción inmediata de ésta; v) Posibilidad de realizar una llamada, en caso se encuentre detenido; vi) Defensa permanente por un abogado; vii) Posibilidad de entrevistarse con su abogado en forma privada; viii) Abstención de declarar o declaración voluntaria; ix) Presencia de abogado defensor en la declaración y en todas las diligencias que requieran su concurso; x) No ser objeto de medios coactivos, intimidatorios o contrarios a la dignidad, ni ser sometidos a técnicas o métodos que induzcan o alteren la libre voluntad; xi)

---

<sup>43</sup> Artículo 71 NCPP.

No sufrir restricciones ilegales; y xii) Ser examinado por un médico legista u otro profesional de salud, cuando el estado de salud así lo requiera.

Para la efectiva vigencia de la audiencia, de ésta pueden emanar resoluciones judiciales que protejan los desafueros de la fiscalía y de la policía, así como para proteger al imputado.<sup>44</sup>

#### **4.8. Finalidad esencial de la audiencia**

El Juez determina, desde la instancia y actuación de las partes, la vulneración al derecho o garantía constitucional prevista en el artículo 71º del NCPP, y realiza un acto procesal dictando una medida de tutela correctiva –que ponga fin al agravio–, reparadora –que lo repare, por ejemplo, subsanando una omisión– o protectora. Protección, resguardo y efectividad de los derechos del imputado reconocidos por la Constitución y las leyes. Desde tal perspectiva, el Juez de Investigación Preparatoria se erige en Juez de Garantía, durante las diligencias preliminares y la investigación preparatoria, ejerciendo su función de control de la vulneración de uno o varios de los derechos del imputado, reconocidos en el art. 71º del NCPP, responsabilizando del agravio a la Policía o al Fiscal.

#### **4.9. Mecanismo procesal de restablecimiento de derechos consumados**

La tutela de derechos es un mecanismo eficaz tendiente al restablecimiento del *statu quo* de los derechos vulnerados, regulado expresamente en el NCPP, y que debe utilizarse única y exclusivamente cuando haya una infracción –ya consumada– de los derechos que le asiste al imputado. Instrumento procesal que se constituye en la mejor vía reparadora del menoscabo sufrido. Puede funcionar con mayor eficiencia y eficacia que un proceso constitucional de hábeas corpus.

---

<sup>44</sup> BAZÁN, Fernando. "Audiencia de Tutela: Fundamentos Jurídicos". artículo publicado, en Revista Oficial del Poder Judicial: Año 4 - 5, N° 6 y N.º 7 / 2010-2011.

#### **4.10. Instrumento para salvaguardar las garantías del imputado y control del ejercicio del *ius puniendi***

Institución procesal para regular las desigualdades entre perseguidor y perseguido, realizando el control de legalidad de la función del fiscal. El fiscal deberá conducir y desarrollar toda su estrategia persecutoria siempre dentro del marco de las garantías básicas, siendo consciente que cualquier acto que traspase el marco de los derechos fundamentales podrá ser controlado por el Juez de la Investigación Preparatoria.<sup>45</sup>

#### **4.11. Carácter residual de la audiencia de tutela de derechos**

Opera siempre que el ordenamiento procesal no especifique un camino determinado para la reclamación de un derecho afectado.

Ello no significa que el imputado o su defensor puedan cuestionar a través de la audiencia de tutela cualquier tipo de disposición o requerimiento que haga el fiscal, puesto que solo se pueden cuestionar los requerimientos ilegales que vulneran derechos fundamentales relacionados con los enumerados en el artículo 71º, numerales 1 al 3, del NCPP.

Aquellos requerimientos o disposiciones fiscales que vulneren derechos fundamentales constitucionales, pero que tienen vía propia para la denuncia o control respectivo, no podrán cuestionarse a través de la audiencia de tutela.

El NCPP ha establecido varios mecanismos específicos para ventilar asuntos relativos a los derechos básicos del imputado que no podrán cuestionarse a través de la tutela, tales como: 1) Las audiencias de control de plazo de las diligencias preliminares o de la investigación preparatoria formalizada (334.1 y 343.2); 2) La audiencia de reexamen de la intervención de las comunicaciones telefónicas o análogas (231.3); 3) La inadmisión de diligencias sumariales soli-

---

<sup>45</sup> *Ibid* pp 4.

citadas por la defensa durante la investigación preparatoria para el esclarecimiento de hechos<sup>46</sup> (337.4); etc.

#### **4.12. Control de admisibilidad de la solicitud de tutela y rechazo *liminar***

El Juez de la Investigación Preparatoria está habilitado para realizar una calificación del contenido de la solicitud (control de admisibilidad) y, en su caso, disponer el rechazo liminar, cuidando de no dejar en indefensión al imputado.

Regla: La obligación del Juez es convocar a una audiencia de tutela si se presenta una solicitud para la tutela o respeto de un derecho fundamental que no tiene vía propia.

Excepciones: 1) En la eventualidad que el agravio pueda constituirse en irreparable si se cita a audiencia, se puede resolver de manera directa y sin audiencia. 2) Cuando aprecie la manifiesta intención del imputado o de su abogado defensor de obstruir la labor de investigación de la fiscalía, en vez de debatir sobre la existencia de un agravio de derechos.

#### **4.13. Posibilidad de viciar o excluir actos de investigación por vulneración de derechos fundamentales**

Los actos de investigación realizados por el fiscal gozan de amparo legal por tratarse de la autoridad pública encargada de la persecución del delito, lo que no implica que sean inatacables o incuestionables, en la medida que deben sujetarse a la ley y al principio de objetividad.

En tal sentido, los actos de investigación pueden quedar viciados o excluidos, según el caso, si se vulneraron derechos fundamentales recogidos en el artículo 71° del NCPP. Ejemplo de ello, puede ser cuando se efectúa una detención

---

<sup>46</sup> Desestimación de diligencias de investigación para el esclarecimiento de hechos, solicitadas al fiscal por el imputado y demás intervinientes.

sin haber puesto en conocimiento del imputado los derechos fundamentales que le asisten, en cuyo caso el juez en audiencia dictará la medida que corresponda, de acuerdo a ley.

#### **4.14. Exclusión de material probatorio obtenido ilícitamente vía tutela.**

A través de la audiencia de tutela se podrán cuestionar los elementos probatorios obtenidos mediante procedimientos ilegales o viciosos, y que una vez comprobada su ilicitud el juez determinará su exclusión, como medida correctiva o de protección.

Los presupuestos para solicitar la exclusión del material probatorio obtenido ilícitamente es que éste sea la base de sucesivas medidas o diligencias, siempre que no exista una vía propia para alcanzar dicho propósito y exista una vulneración de alguno de los derechos fundamentales del imputado reconocido en el art. 71° del NCPP.

La posibilidad de atacar el material probatorio obtenido ilegalmente deriva del reconocimiento del principio de legitimidad de la prueba, establecido en el Artículo VII del Título Preliminar y de la utilización de la prueba regulada en el artículo 159° del NCPP.

#### **4.15. Imposibilidad de cuestionar la disposición de formalización de investigación preparatoria vía tutela**

No es posible activar desde la defensa una vía judicial de control de la referida disposición —que permita su impugnación y dejarla sin efecto—, por cuanto la vía de la tutela solo está habilitada para aquellos casos en los que se vulnere alguno de los derechos esenciales asociados en términos amplios a la defensa.

La indicada disposición es una actuación unilateral del fiscal y cumple una función esencialmente garantista: informa al imputado el contenido de la imputación jurídico penal (hechos y calificación jurídica) que se dirige en su contra.

Iniciado formalmente el proceso, las partes pueden hacer uso de los medios de defensa técnicos para evitar un proceso en los que no se hayan verificado los presupuestos esenciales de imputación. Ejemplo: excepción de improcedencia de acción (declaración de atipicidad) y excepción de prescripción ordinaria (antes de formalización se cumplió plazo).

Sin embargo, con la emisión del segundo Acuerdo Plenario sobre el tema, la Corte Suprema ha aclarado que solo en casos excepcionales, ante la ausencia tangible de una imputación suficiente, y luego de haber recurrido previamente al órgano fiscal, puede cuestionarse en esta vía la disposición de formalización preparatoria.

## **Sub-Capítulo Quinto: LA TUTELA DE DERECHO EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA**

### **5.1. Sobre el Acuerdo Plenario N° 4-2010**

El año 2010 se llevó adelante el VI Pleno Jurisdiccional de Jueces Supremos en lo Penal comprendiendo tres fases: La primera relativa a la discusión y definición de la agenda a tratar; la segunda denominada participación ciudadana tendiente a promover la intervención y el aporte de la comunidad jurídica del país a través de las respectivas ponencias para la solución de cada uno de los problemas planteados y la tercera fase relativa a la discusión y formulación de los acuerdos plenarios, concluyendo con la deliberación y votación llevada adelante el 16 de Noviembre del 2010.

En el referido documento jurisprudencial, se señala que la tutela de derechos postulada por el investigado únicamente puede tener como escenario la prime-

ra etapa del proceso; esto es, puede plantearse sólo cuando la investigación transita por las sub fases de diligencias preliminares o investigación preparatoria propiamente dicha; consiguientemente no puede plantearse en la etapa intermedia o en todo caso con motivo del juzgamiento, siendo el competente de su conocimiento el Juez de Investigación Preparatoria quien hace las veces de Juez de Garantías<sup>47</sup>. Así las causales que pueden ser alegadas por el imputado vía tutela y deben generar la respectiva audiencia son: que en la primera etapa del proceso no se le puso en conocimiento de los cargos incriminados, no se le comunicó las causas de su detención, no se le entregó la orden de detención girada, no se le permitió designar a la persona o institución a quien se comunique su detención, no se le permitió efectuar una llamada telefónica al haber sido detenido, no se le permitió contar con un abogado defensor en forma permanente y entrevistarse con aquel en forma privada, no se le permitió abstenerse de declarar o sólo hacerlo de manera voluntaria; no se permitió al abogado defensor estar presente en su declaración y en todas las diligencias que requieran su concurso; ha sido objeto de medios coactivos, intimidatorios o contrarios a la dignidad, ha sido sometido a técnicas o métodos que han inducido o alterado su libre voluntad, ha sufrido restricciones ilegales y no se le permitió ser examinado por un médico legista o por un profesional de la salud, cuando su estado de salud así lo requirió.<sup>48</sup>

Cualquiera de aquellos supuestos que sean tratados con ocasión de la Audiencia de Tutela, de ser amparada, motivará que el Juez de Garantías ponga fin al agravio (tutela correctiva), que subsane la omisión (tutela reparadora) o proteja directamente al investigado (tutela protectora), todo en atención a que la Tutela de Derechos es un instrumento idóneo para salvaguardar las garantías del imputado y a su vez regular las posibles desigualdades entre perseguidor y perseguido.

En esa línea de pensamiento se dice que la Constitución Política del Estado en su artículo 139° reconoce un conjunto de derechos y principios del que se deri-

---

<sup>47</sup> PAREDES MATHEUS, Aníbal. *Artículo citado*.

<sup>48</sup> MAIER, Julio. *Op. Cit* pp560

van un conjunto de consecuencias en orden tanto a los derechos y garantías de los justiciables, cuanto a los límites de los poderes públicos. La Constitución contiene un cúmulo de garantías tanto genéricas como específicas, siendo las primeras aquellas normas generales que guían el desenvolvimiento de la actividad procesal y en ciertas ocasiones sirven para reforzar el contenido de las garantías específicas y adquieren mayor valor cuando se amparan en ellas garantías concretas que específicamente no quedaron incluidas en el texto constitucional. En líneas generales puede precisarse que la Constitución reconoce en su artículo 139° las siguientes garantías genéricas: El debido proceso (inc. 3), el derecho a la tutela jurisdiccional (inc. 3) y el derecho de defensa (inc. 14) y a todo ello debe agregarse también el derecho a la presunción de inocencia reconocido en el artículo 2° inc. 24, parágrafo e).

Sin embargo de lo dicho, si bien el artículo 71° del Código Procesal Penal precisa que el imputado puede hacer valer por sí mismo o a través de su abogado los derechos que la Constitución o las Leyes le conceden desde el inicio de las primeras diligencias de investigación hasta la culminación del proceso; también lo es, que las puertas de la Audiencia de Tutela deberá abrirse sólo cuando al caso en particular haya concurrido cualquiera de las causales mencionadas en dos ítems anteriores (art. 71.2); esto es, cuando al imputado no se le puso en conocimiento de los cargos incriminados, no se le comunicó las causas de su detención, no se le entregó la orden de detención girada, no se le permitió designar a la persona o institución a quien se comunique su detención, no se le permitió efectuar una llamada telefónica al haber sido detenido, no se le permitió contar con un abogado defensor en forma permanente y entrevistarse con aquel en forma privada, no se le permitió abstenerse de declarar o sólo hacerlo de manera voluntaria; no se permitió al abogado defensor estar presente en su declaración y en todas las diligencias que requieran su concurso; ha sido objeto de medios coactivos, intimidatorios o contrarios a la dignidad, ha sido sometido a técnicas o métodos que han inducido o alterado su libre voluntad, ha sufrido restricciones ilegales y no se le permitió ser examinado por un médico legista o por un profesional de la salud, cuando su estado de salud así lo requirió. Por lo visto queda claro que se solicitará la intervención del Juez de Investi-

gación Preparatoria vía tutela sólo cuando la causal haya quedado consumada; esto es, que no puede ser invocada en abstracto.<sup>49</sup>

Ahora bien, puede ocurrir que durante la primera etapa del proceso el representante del Ministerio Público en sus actuaciones, requerimientos o disposiciones vulnere otros derechos fundamentales distintos a los analizados pero que tienen vía propia para la denuncia o control respectivo. En estos supuestos no podrá recurrirse a la Tutela de Derechos ya que esta institución tiene carácter residual y lo que corresponderá es poner de manifiesto el trámite particular reconocido en el Código Procesal Penal. Así por ejemplo si el imputado considera que el plazo de la investigación preparatoria ya ha vencido deberá solicitar al Juez de Investigación Preparatoria una Audiencia de Control de Plazo regulado por el art. 343.2° del Código Procesal Penal, mas no una Audiencia de Tutela; igualmente quien considera que han variado los presupuestos que determinaron la imposición de la medida de incautación o la persona que se considera propietario de buena fe de los bienes incautados y que no ha intervenido en el delito investigado, de ninguna manera pueden solicitar el verificativo de una Audiencia de Tutela, sino una de Variación o de Reexamen de la Incautación.<sup>50</sup>

En el Acuerdo Plenario materia de análisis se faculta al Juez de Investigación Preparatoria a calificar el contenido del pedido. En ese orden de ideas, puede disponer llevar adelante la audiencia y luego de escuchar a los sujetos procesales resolver inmediatamente; igualmente puede rechazar liminarmente el pedido, cuando tenga por objeto obstruir la labor del Fiscal e inclusive cuando advierta que lo reclamado por el imputado merece urgente atención y convocar a audiencia importa retraso, puede acceder a lo solicitado sin convocar a la respectiva audiencia. Sobre el particular debe mencionarse que si bien la intención que persigue el Acuerdo analizado es la primacía de los derechos fundamentales del imputado, no debe perderse de vista que la investigación se lleva adelante en despacho fiscal y es ahí donde se produce el disloque, de tal suer-

<sup>49</sup> ALVA FLORIÁN, César. "Cuestiones referidas a la tutela de derechos", Edit. Gaceta Jurídica Lima 2013 pp 15.

<sup>50</sup> AVALOS, Constante, "La tutela judicial de derechos: Luces y sombras en el Acuerdo Plenario 4-2010/CJ-116", artículo publicado en Alerta Informativa virtual, disponible en [www.lozavalos.com.pe](http://www.lozavalos.com.pe).

te que al postularse la Tutela de Derechos por el imputado, el Juez de Investigación Preparatoria carece de los “*antecedentes necesarios*” que le permita resolver de plano, por lo que considero en este caso se debe preferir convocar en el día a la respectiva audiencia ya que quien alega el disloque conoce plenamente de los fundamentos en que lo sustenta y el fiscal sabe perfectamente de su proceder en el marco de la investigación, de tal suerte que si sobre la marcha se convoca a la audiencia y se recurre al efecto a la notificación por teléfono o correo electrónico la audiencia se llevará adelante inmediatamente y ello permite que los principios de oralidad, publicidad y contradictoriedad regulados en el artículo 1.2 del Título Preliminar del Código Procesal Penal se ponga de manifiesto.

En el acuerdo analizado se regula la posibilidad de que a través de la Audiencia de Tutela se puede excluir el material probatorio obtenido ilícitamente. Sobre el particular se debe precisar que usar el término “material probatorio” resulta siendo inapropiado en atención a que las únicas pruebas en un proceso penal son las del juicio y aún nos encontramos transitando por la primera etapa del proceso (sea diligencias preliminares o investigación preparatoria propiamente dicha), por lo que lo correcto es hablar “*acto investigador*” obtenido ilícitamente<sup>51</sup>. Si es loable que los Jueces Penales Supremos en la pieza jurídica analizada hayan dejado sentada la posición de que haciendo uso de la Audiencia de Tutela se puede lograr que el Juez de Investigación Preparatoria cuando se cuestionen actos de investigación obtenidos mediante procedimientos ilegales o viciosos, comprobada su ilicitud en audiencia determine su exclusión como medida correctiva o de protección.

Así por ejemplo si al investigado no sólo se le ha obligado a declarar, por no habersele puesto en conocimiento que es su derecho el guardar silencio y no sólo ello, sino que también se le ha recibido aquella declaración sin la presencia de abogado, plateada la tutela, el Operador Judicial no tendrá otra alternativa que excluir aquella declaración como parte de la investigación fiscal.<sup>52</sup>

---

<sup>51</sup> CAFFERATA NORES, J. / HAIRABEDIÁN, M. *La prueba en el proceso penal*, Edit. Jurídica, Lima 2011, pp46.

<sup>52</sup> *loc cit.*

En la praxis se venía advirtiendo que la defensa del investigado vía Tutela de Derechos cuestionaba la disposición de formalización de investigación preparatoria del Fiscal. El Acuerdo Plenario analizado, a tono con la diferenciación de roles que pregonaba el principio acusatorio ha reconocido que la Tutela de Derechos no es la vía expedida del imputado para cuestionar la disposición de formalización y lo que corresponde es que el sujeto activo del delito se haga uso de los obstáculos procesales (cuestiones previas, pre judiciales y excepciones) reconocidos en el Código Adjetivo.

A partir de la publicación del Acuerdo Plenario Nro. 04, se contaba con una herramienta más que permitía uniformizar criterios respecto a la aplicación práctica de la Audiencia de Tutela, por lo que el conocimiento de sus alcances por todos los Operadores del Derecho es más que trascendente.

Sin embargo, debido a que los Juzgados empezaron a rechazar de plano toda solicitud de tutela que tenga por objeto cuestionar la disposición fiscal de formalización de investigación preparatoria, porque así lo señalaba expresamente el referido acuerdo, la Corte Suprema se vio en la necesidad de hacer una aclaración adicional, señalando que, bajo circunstancias especiales, sí se podía cuestionar una disposición de formalización, como analizaremos en el siguiente título.<sup>53</sup>

## **5.2. Sobre el Acuerdo Plenario 2-2012**

La imputación mínima o necesaria, así como los mecanismos para su protección en el sistema procesal penal constituyen tópicos de suma importancia, pues de su efectivo cumplimiento depende, en cierta medida, un efectivo ejercicio del derecho de defensa. En esa línea, el Tribunal Constitucional ha considerado que la imputación necesaria garantiza el derecho de defensa y el deber de motivación del auto apertura de instrucción.

---

<sup>53</sup> SÁNCHEZ CÓRDOVA, Javier. La tutela de derechos en la investigación preparatoria. Ed. Legales, Lima 2013. pp 73.

No obstante, pese a la relevancia del tema y de la garantía cuyo respeto y cumplimiento se reclama en el marco del NCPP, existían criterios diferenciados respecto a su exigencia. Fue por ello que, el 26 de marzo de dos mil doce, reunidos en el I Pleno Jurisdiccional Extraordinario de las Salas Penales Permanente y Transitoria, el Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la República y los Jueces Supremos de lo Penal, pronunciaron el Acuerdo Plenario N° 2-2012/CJ-116, cuyo asunto hace referencia a la **Audiencia de Tutela e Imputación Suficiente**.

A ello se suma el Acuerdo Plenario N° 4-2010/CJ-116 el cual expone los rasgos generales o características esenciales de la acción de tutela jurisdiccional penal. La norma - Acuerdo Plenario n° 4-2010/CJ-116 - en mención tiene sustento en la tutela de derechos, garantía de específica relevancia procesal penal, que puede usar el imputado cuando ve afectado y vulnerado uno o varios derechos establecidos por ejemplo el conocimiento de los cargos formulados en contra del imputado (artículo 71°.2, 'a'), al respecto el Acuerdo Plenario n° 2-2012/CJ-116, entiende como una especie de relación o cuadro de hechos – acontecimiento histórico–, de relevancia penal, que se atribuye al imputado y que, prima facie, justifican la inculpación formal del Ministerio Público.

En lo que sigue expondremos unos breves comentarios respecto a la garantía de imputación necesaria y la audiencia de tutela.

### **5.2.1. La imputación necesaria**

En palabras de Alonso Peña Cabrera, a través de la imputación se abre un juicio de atribución sobre una persona, por la presunta comisión de un hecho delictivo, en cuanto a una sospecha vehemente de criminalidad, con arreglo al principio de "intervención indiciaria"<sup>54</sup>. Así, Peña Cabrera citando a Guerrero sostiene que la imputación consiste en una atribución de hechos que deben guardar relevancia jurídica, de tal manera que la Fiscalía no puede omitir que

---

<sup>54</sup> PEÑA CABRERA, Alonso. *Op cit* pp190.

las categorías fundamentales del derecho penal, esto es, tipicidad, antijuridicidad o culpabilidad no responden únicamente a la labor que debe realizar el juez de conocimiento cuando define la responsabilidad penal, pues la Corte Constitucional las considera como parte integrante del debido proceso.<sup>55</sup>

Castillo Alva, sostiene que *"no se trata de un derecho que solo los ciudadanos inocentes pueden reclamar. También los que delinquen se encuentran protegidos por esta garantía mínima de la administración de justicia. Se debe recordar que la información de la imputación que pesa sobre una persona se formula dentro de los alcances del principio de presunción de inocencia que impone como primer mandato la regla de tratamiento como inocentes a todos los ciudadanos, mientras no haya una condena firme. La información, por tanto, no se dirige a un reo, sino a un ciudadano"*. Agrega este autor que *"sin la existencia de una imputación previa "suficiente", detallada, clara y precisa no puede cumplirse con el fundamento del sistema acusatorio dentro de un ordenamiento procesal democrático"*.<sup>56</sup>

En efecto, si es que expresamente se impone el deber de informar la imputación, ello supone una decisión a favor del sistema acusatorio y una postura en contra del sistema inquisitivo. Aquí el reconocimiento de la normatividad internacional sobre derechos humanos influye configurando las características del sistema penal y, en particular, del proceso penal.

### **5.2.2. La Audiencia de Tutela**

El nuevo Código Procesal Penal (en adelante NCPP) incorpora a la audiencia de tutela como un mecanismo procesal especial de protección frente a la vulneración de ciertos derechos, entre los que figura el de "conocer los cargos formulados en su contra" (artículo 71 inciso 2 literal "a"). Este novísimo mecanismo permite resguardar el derecho de quien no puede defenderse por una ausencia, imprecisión o vaguedad en la imputación.

---

<sup>55</sup> *loc. cit.*

<sup>56</sup> CASTILLO ALVA, José La audiencia de tutela en el Nuevo Código Procesal Penal. Edit. Grijley, Lima 2011, pp36.

La Tutela de Derechos constituye sin duda alguna, uno de los principales aportes del nuevo sistema procesal penal, cuya finalidad esencial es la protección, resguardo y consiguiente efectividad de los derechos del imputado, básicamente los enunciados en el Art. 71 del NCPP, por ende, correspondiendo al Juez de Investigación Preparatoria, como juez de garantías determinar el derecho o garantía violado y a partir de ello, disponer la medida correctiva, protectora o reparadora que corresponda al caso.

Cabe precisar que nuestro sistema procesal penal no corresponde al órgano jurisdiccional, como en otros contados modelos procesales, un amplio control de los presupuestos jurídico-materiales en sede de investigación penal preparatoria, cuyo señorío ejerce a plenitud el Ministerio Público –distinto es el caso, por cierto, de las otras etapas o fases procesales– (verbigracia: artículo 15°.3 del Estatuto de Roma de la Corte Penal).

De otro lado, la práctica nos ha enseñado que no es extraño ver solicitudes de tutela para supuestos no comprendidos dentro del Art. 71 del NCPP. Así por ejemplo, vía tutela se pretende:<sup>57</sup>

- 1) Solicitar el control de plazo de actuaciones fiscales.
- 2) Solicitar el pronunciamiento judicial frente al rechazo o falta de pronunciamiento fiscal sobre la actuación de actos de investigación, solicitados por las partes.
- 3) Solicitar el reexamen de algunas medidas coercitivas.
- 4) Solicitar la nulidad de la disposición fiscal de archivo de investigaciones preliminares.
- 5) Solicitar la nulidad de la disposición fiscal de formalización de la investigación reparatoria por falta o indebida tipificación de los hechos investigados.

---

<sup>57</sup> AVALOS, Constante, artículo citado.

Esta situación se ha ido superando con el transcurso del tiempo, más aún con la expedición del Acuerdo Plenario N° 4-2010/CJ-116, en mérito al cual se ha dejado claramente establecido el carácter residual de la Tutela, de tal manera que si el reclamo o cuestionamiento de alguna actuación del Ministerio Público tiene vía procedimental propia, no podrá cuestionarse a través de la audiencia de Tutela de Derechos. Ello ocurre por ejemplo con el tipo de solicitudes formuladas en el numeral 1), 2) y 3), cuyas vías procedimentales propias se encuentran reguladas –respectivamente- en los artículos 1) 334.1 y 343.2; 2)337.5; y 3) 319, del NCPP. Respecto al cuarto y quinto tipo de solicitud (equivocamente presentadas en vía de tutela), tampoco resultan amparables a través de la figura invocada, fundamentalmente porque la intervención del Juez de Garantías en este caso, implicaría desnaturalizar las funciones que corresponde a cada parte en el nuevo modelo, más aún cuando es el Ministerio Público el titular del ejercicio público de la acción penal, quien asume la conducción de la investigación y por lo tanto no se puede cuestionar su exclusiva competencia para calificar los hechos.<sup>58</sup>

### **5.3. Sobre la Casación N° 136-2013 - Tacna**

El 24 de setiembre de 2014 se publicó en el diario oficial la casación anotada líneas arriba, a través de la cual la Corte Suprema efectúa una interpretación adicional a este instituto procesal.

En ella se señala que la audiencia de tutela de derechos tiene por finalidad:

*"[...] la protección, resguardo y consiguiente efectividad de los derechos del imputado reconocidos por la Constitución y las leyes. Desde esta perspectiva, el juez de la investigación preparatoria se erige en un juez de garantías durante las diligencias preliminares y la investigación preparatoria ejerciendo su función de control de los derechos ante la alegación del imputado de que se ha producido la vulneración de uno o varios de sus derechos recono-*

---

<sup>58</sup> *loc cit.*

*cidos específicamente en el artículo 71° del NCPP, responsabilizando al fiscal o a la policía del agravio. En otras palabras, su finalidad esencial consiste en que el juez determine, desde la instancia y actuación de las partes, la vulneración al derecho o garantía constitucional prevista en la citada norma y realice un acto procesal dictando una medida de tutela correctiva –que ponga fin al agravio– reparadora, –que lo repare, por ejemplo, subsanando una omisión– o protectora”.*

En la presenta casación, la Corte Suprema revoca la resolución de la Sala Penal de Tacna, que se había pronunciado respecto a que era posible amparar la solicitud de tutela de derechos cuando está dirigida a exigir la ejecución de una resolución judicial, en este caso, la resolución que no confirma la incautación de bienes). La Sala Penal referida, haciendo una interpretación particular, señala que si bien la solicitud de ejecución de una resolución, no se encuentra expresamente consignada dentro de los derechos enumerados en el artículo 71 del Código Procesal Penal, considera procedente amparar la tutela en virtud del tiempo que los bienes han permanecido incautados sin existir confirmatoria, lo cual afecta el derecho del investigado en el proceso.<sup>59</sup>

A través de la Casación comentada, la Corte Suprema revoca la resolución de la Sala, argumentando que con anterioridad en los acuerdos plenarios comentados anteriormente, ya se ha determinado qué derechos pueden ser objeto de tutela, y el derecho de ejecución de las resoluciones judiciales (comprendido dentro de la tutela procesal efectiva) no ha sido considerado dentro de dicho listado cerrado, por lo cual discrecionalmente los órganos jurisdiccionales no pueden incorporar nuevos supuestos de improcedencia, al dejar abierta la posibilidad de que se haga un uso abusivo, ilegítimo, se desnaturalice la figura de tutela y se permita al órgano jurisdiccional un control total tanto de las actuaciones de la Policía como de Ministerio Público.

---

<sup>59</sup> Al abordar el caso, la Corte Suprema señala que *"no toda afectación se puede reclamar a través de la audiencia de tutela de derechos, por cuanto, al ser una institución procesal (...) se han establecido mecanismos específicos para determinados actos."*

A través de este razonamiento, la Corte Suprema ratifica que la acción de tutela judicial de derechos establecida en la vía procesal penal, es un mecanismo que opera bajo *numerus clausus*, es decir, vuelve a dejar en claro que los derechos por los cuales se debe invocar son eminentemente taxativos. Incluso el cuestionamiento a la Disposición de Formalización de Investigación Preparatoria opera sólo bajo circunstancias excepcionales "*ante la desestimación del Fiscal o ante la reiterada falta de respuesta por aquel*".<sup>60</sup>

### **Sub-Capítulo Sexto: LA TUTELA DE DERECHOS EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA**

Cuando hablamos de tutela de derechos, nos hallamos ante una institución absolutamente novedosa en nuestro ordenamiento procesal penal -calificada con razón por el Acuerdo Plenario como "*uno de los principales aportes del nuevo sistema*"-; la que, en tanto mecanismo legal ordinario, carece incluso de antecedentes<sup>61</sup>. Esta novedad también es tangible si nos acercamos a examinar las legislaciones de los países vecinos, en tanto la mayoría de ellos, como veremos, extrae la protección de derechos tutelares de la vertiente constitucional.

En el mundo la mayoría de los países gozan de la libertad general y por tanto sus Constituciones incluyen declaraciones de derechos y principios rectores tanto de la administración por parte del Estado como del comportamiento general de sus asociados; las acciones de inconstitucionalidad, el habeas corpus, el derecho de amparo, la acción de tutela y las defensorías son claros ejemplos de estos mecanismos. En cuanto a la acción de tutela, la mayoría de países la consagran como el derecho de amparo, como lo analizaremos a continuación.

---

<sup>60</sup> De acuerdo a la parte resolutive de la referida Casación, este análisis se convierte en doctrina jurisprudencial.

<sup>61</sup> Se puede establecer una relación de antecedencia con los procesos de habeas corpus y amparo; con los que coinciden en ser mecanismos de protección de derechos, sin embargo, es evidente que son de distinta naturaleza. Estos últimos son mecanismos constitucionales y extraordinarios; en cambio, el primero es un mecanismo legal y ordinario.

## 6.1. México

Este país ha abanderado la consagración de la defensa de los derechos individuales a través del juicio de amparo desde 1841, hasta lograr su plenitud en la Constitución federal de 1857.

Afirma Juan Manuel Charry, que el juicio de amparo se estableció en ese país como *“un instrumento procesal sencillo y breve para la tutela de los derechos de carácter individual consagrados en la misma Carta Fundamental con la denominación de “garantías individuales, que se extendió paulatinamente a otros preceptos constitucionales que estuvieron relacionados y complementaron dichos derechos fundamentales”*.<sup>62</sup>

En la actualidad se consagra en el artículo 107° así:

*“ I. El juicio de amparo se seguirá siempre a instancia de parte agraviada.  
II. La sentencia será tal que solo se ocupe de individuos particulares, limitándose a ampararlos y protegerlos en el caso especial sobre el que ver-se la queja, sin hacer una declaración general respecto de la ley o acto que lo motivare. En el juicio de amparo deberá suplirse la deficiencia de la queja de acuerdo con lo que disponga la ley reglamentaria de los artículos 103 y 107 de esta Constitución. Cuando se reclamen actos que tengan o puedan tener como consecuencia privar de la propiedad o de la posesión y disfrute de sus tierras, aguas, pastos y montes a los ejidos o a los núcleos de población que de hecho o por derecho guarden el estado comunal, o a los ejidatarios o comuneros, deberán recabarse de oficio todas aquellas pruebas que puedan beneficiar a las entidades o individuos mencionados o acordarse las diligencias que se estimen necesarias para precisar sus derechos agrarios, así como la naturaleza y efectos de los actos reclamados. En los juicios a que se refiere el párrafo anterior no procederán, en perjuicio de los núcleos ejidales o comunales o de los ejidatarios o comuneros, el sobreseimiento por inactividad procesal ni la ca-*

---

<sup>62</sup> CHARRY UREÑA, Juan Manuel. La Acción de tutela. Ed. Temis. 1992. pp241.

*ducidad de la instancia, pero uno y otro sí podrán decretarse en su beneficio. Cuando se reclamen actos que afecten los derechos colectivos del núcleo tampoco procederán el desistimiento ni el consentimiento expreso de los propios actos, salvo que el primero sea acordado por la asamblea general o el segundo emane de esta.*

*III. Cuando se reclamen actos de tribunales judiciales administrativos o del trabajo, el amparo solo procederá en los casos siguientes : a) Contra sentencias definitivas o laudos y resoluciones que pongan fin al juicio, respecto de los cuales no proceda ningún recurso ordinario por el que puedan ser modificados o reformados, ya sea que la violación se cometa en ellos o que, la cometa durante el procedimiento, afecte a las defensas del quejoso, trascendiendo al resultado del fallo ; siempre que en materia civil haya sido impugnada la violación en el recurso del procedimiento mediante el recurso ordinario establecido por la ley e invocados como agravio en la segunda instancia, si se sometió en la primera. Estos requisitos no serán exigibles en el amparo contra sentencias dictadas en controversias sobre acciones del Estado civil o que afecten el orden y a la estabilidad de la familia. B) Contra actos en juicio cuya ejecución sea de imposible reparación, fuera de juicio o después de concluido, una vez agotados los recursos que en su caso procedan , y, c) Contra actos que afecten a personas extrañas al juicio.*

*IV. En materia administrativa el amparo procede, además contra resoluciones que causen agravio no reparable mediante algún recurso, juicio o medio de defensa legal. No será necesario agotar estos cuando la ley que los establezca exija, para otorgar la suspensión del acto reclamado, mayores requisitos que los que la ley reglamentaria del juicio de amparo requiera como condición para decretar esa suspensión.*

*V. El amparo contra sentencias definitivas o laudos y resoluciones que pongan fin al juicio, sea que la violación se cometa durante el procedimiento o en la sentencia misma, se promoverá durante el procedimiento o en la sentencia misma, ante el tribunal colegiado de circuito que corresponda, conforme a la distribución de competencias que establezca la ley orgánica del poder judicial de la Federación, en los casos siguientes :*

*a) En materia penal, contra resoluciones definitivas dictadas por tribunales judiciales, sean estos federales, del orden común o militares. b) En materia administrativa, cuando se reclamen por particulares en sentencias definitivas y resoluciones que ponen fin al juicio dictadas por tribunales administrativos o judiciales, no reparables por algún recurso, juicio o medio ordinario de defensa legal. c) en materia civil, cuando se reclamen sentencias definitivas dictadas en juicio del orden federal o en juicios mercantiles, sea federal o local la autoridad que dicte el fallo, o en juicios del orden común. En los juicios civiles del orden federal las sentencias podrán ser reclamadas en amparo por cualquiera de las partes, incluso por la Federación en defensa de los intereses patrimoniales y, d) en materia laboral, cuando se reclamen laudos dictados por las juntas locales o la federal de conciliación y arbitraje de los trabajadores al servicio del Estado. La Suprema Corte de Justicia de oficio o a petición fundada del correspondiente tribunal colegiado del circuito, o del procurador general de la República, podrá conocer de los amparos directos que por sus características especiales así lo ameriten.*

*VI. En los casos a que se refiere la fracción anterior, la ley reglamentaria de los artículos 103 y 107 de esta constitución señalarán el trámite y los términos a que deberán someterse los Tribunales colegiados del circuito, y en su caso, la Suprema Corte de Justicia, para dictar sus respectivas resoluciones.*

*VII. El amparo contra actos en juicio o después de concluido, o que afecten a personas extrañas al juicio, contra leyes o contra actos de autoridad administrativa, se interpondrá ante el juez del distrito bajo cuya jurisdicción se encuentre el lugar en que el acto reclamado se ejecute o trate de ejecutarse, y su tramitación se limitará al informe de la autoridad, a una audiencia para la que se citará en el mismo auto en el que se mande pedir el informe y se recibirán las pruebas que las partes interesadas ofrezcan y oírán los alegatos, pronunciándose en la misma sentencia.*

*VIII. Contra las sentencias que pronuncien en amparo los jueces de distrito, procede revisión. De ella conocerá la Suprema Corte de Justicia :*

a) Cuando habiéndose impugnado en la demanda de amparo, por estimarlos directamente violatorios de esta Constitución, leyes federales o locales, tratados internacionales, reglamentos de leyes locales expedidos por los gobernadores de los Estados, subsista en el recurso problema de constitucionalidad. B) Cuando se trate de los casos comprendidos en las fracciones II y III del artículo 103 de esta Constitución. La Corte Suprema de Justicia, de oficio o a petición fundada del correspondiente tribunal colegiado del circuito, o del procurador general de la República, podrá conocer de los amparos en revisión que por sus características especiales así lo ameriten. En los casos no previstos en los párrafos anteriores, conocerán de la revisión los tribunales colegiados del circuito y sus sentencias no admiten recurso alguno.

IX. Las resoluciones que en materia de amparo directo pronuncien los tribunales colegiados de circuito no admiten recurso alguno, a menos que deciden sobre la inconstitucionalidad de una ley o establezcan la interpretación directa de un precepto de la Constitución, caso en que serán recurribles ante la Suprema Corte de Justicia, limitándose la materia de recurso exclusivamente a la decisión de las cuestiones propiamente constitucionales.

X. Los actos reclamados podrán ser objeto de suspensión en los casos y mediante las condiciones y garantías que determine la ley, para lo cual se tomará en cuenta la naturaleza de la violación alegada, la dificultad de reparación de los daños y perjuicios que pueda surgir el agraviado con su ejecución, los que la suspensión origine a terceros perjudicados y el interés público.

Dicha suspensión deberá otorgarse respecto de las sentencias definitivas en materia penal al comunicarse la interposición del amparo, y en materia civil, mediante fianza que dé el quejoso para responder de los daños y perjuicios que tal suspensión ocasionare, la cual quedará sin efecto si la otra parte da contrafianza para asegurar la reposición de las cosas al estado que guardaban si se concediese el amparo, y a pagar los daños y perjuicios consiguientes.

*XI. La suspensión se pedirá ante la autoridad responsable cuando se trate de amparos directos promovidos ante los tribunales colegiados de circuito, y la propia autoridad responsable decidirá al respecto ; en todo caso, el agraviado deberá presentar la demanda de amparo ante la propia autoridad responsable, acompañando copias de la demanda para las demás partes en el juicio, incluyendo el Ministerio Público y una parte el expediente. En los demás casos conocerán y resolverán sobre la suspensión los juzgados de distrito.*

*XII. La violación de las garantías de los artículos 16, en materia penal, 19 y 20 se reclamarán ante el superior del Tribunal que la cometa, o ante el juez de distrito que corresponda, pudiéndose recurrir en uno y otro caso, las resoluciones que se pronuncien en los términos prescritos por la fracción. XIII. Cuando los tribunales colegiados de circuito sustenten tesis contradictorias en los juicios de amparo de su competencia, los ministros de la Suprema Corte de Justicia, el Procurador General de la República, los mencionados tribunales o las partes que intervinieron en los juicios en que dichas tesis fueron sustentadas, podrán denunciar la contradicción ante la sala que corresponda a fin de que decida cuál tesis debe prevalecer. Cuando las salas de la Suprema Corte de Justicia sustenten tesis contradictorias en los juicios de amparo materia de su competencia, cualquiera de esas salas, el Procurador General de la República o las partes que intervinieron en los juicios en que tales tesis hubieran sido sustentadas, podrán denunciar la contradicción ante la Suprema Corte de Justicia, que funcionando en pleno decidirá cuál tesis debe prevalecer. La resolución que pronuncien las salas o en pleno de la Suprema Corte en los casos a que se refieren los dos párrafos anteriores, solo tendrá el efecto de fijar la jurisprudencia y no afectará las situaciones jurídicas concretas derivadas de las sentencias dictadas en los juicios en que hubiese ocurrido la contradicción.*

*XIV. Salvo lo dispuesto en el párrafo final de la fracción II de este artículo, se decretará el sobreseimiento del amparo o la caducidad de la instancia por inactividad del quejoso o del recurrente, respectivamente, cuando el acto reclamado sea del orden civil o administrativo, en los casos y térmi-*

*nos que señala la ley reglamentaria. La caducidad de la instancia dejará firme la sentencia recurrida.*

*XV. El procurador general de la República o el agente del Ministerio Público federal que al efecto designare, será parte en todos los juicios de amparo; pero podrán abstenerse de intervenir en dichos juicios, cuando el caso de que se trate carezca, a su juicio de interés público.*

*XVI. Si concedido el amparo la autoridad responsable insistiera en la repetición del acto reclamado o tratara de eludir la sentencia de la autoridad federal, será inmediatamente separada de su cargo y consignada ante el juez de distrito que corresponda.*

*XVII. La autoridad responsable será consignada a la autoridad correspondiente, cuando no suspenda el acto reclamado debiendo hacerlo y cuando admita fianza que resulte ilusoria, o insuficiente, siendo, en estos dos últimos casos, solidaria la responsabilidad civil de la autoridad con el que ofreciere la fianza y el que la prestare”.*

En este país, la norma es difusa, se erige como un recurso en caso de sentencias definitivas, en cuyo caso misma violación debió ser alegada en los recursos generales que tenía el proceso según la naturaleza del mismo. Procede contra resoluciones administrativas en firme; sus efectos son inter-partes siempre y está preestablecida la competencia para conocer del recurso, con lo cual se distancia bastante de la normatividad colombiana, cuyos constituyentes pensaron en establecer una acción fácil de instaurar por cualquier ciudadano, ante cualquiera de los despachos judiciales, como una acción, no como un recurso, y por violación de un derecho, no como resultado de un error en algún procedimiento judicial.

De otra parte, la reglamentación de la institución no es unificada para todos los casos, con lo cual se vuelve casuística, y crea diferencias de procedimiento de acuerdo con el tipo de amparo.<sup>63</sup>

---

<sup>63</sup> CABALLERO CARBONELL, Rosalba. Jurisprudencia Constitucional. Ed. Editextos J. U. Primer Trimestre, 1994. pp250.

Como en ese país no existe una Corte para asuntos únicamente Constitucionales, conoce de los recursos la Corte Suprema de Justicia, en casos excepcionales, que lo admiten y estando el país dividido en distritos no existe un mecanismo de unificación de la jurisprudencia constitucional, como no sea solamente en aquellos asuntos que admiten el recurso ante la Corte, o de formación de la doctrina constitucional, con lo cual se hace difuso el restablecimiento de los derechos y se logra en forma más limitada la seguridad jurídica de los asociados.

Como esta figura se erige como un recurso, requiere de una mayor impulso por las partes interesadas, y no opera del todo el impulso oficioso, como en el caso colombiano, donde por el contrario es obligación del juez tomar todas las determinaciones hasta restablecer el derecho, claro ejemplo, lo son la procedencia del sobreseimiento o la caducidad, o la petición de parte para el caso de suspensión de los actos que están causando el daño al derecho del agraviado.

Indudablemente, el amparo mexicano es la institución más completa de protección de los derechos y libertades fundamentales incluidos en los primeros 29 artículos de la Constitución de 1917. Pero, además, se le utiliza como medio de control constitucional contra leyes contrarias a la ley suprema, como recurso extraordinario de casación contra sentencias, como acción contencioso administrativa y como recurso de habeas corpus contra detenciones arbitrarias (amparo libertad)<sup>64</sup>

## 6.2. Colombia

Al parecer en Colombia por primera vez se permitió este tipo de acción a través de la Constitución de Tunja de 1811, cuando el Art. 15 del Capítulo II Sección I (Del Poder Legislativo) consagró: *"Art. 15. Si en la secuela de un juicio en el último recurso creyese firmemente alguna o muchas de las partes que se ha quebrantado la ley que debe regir en el caso, pueden recurrir al senado para*

<sup>64</sup> CAMARGO, Pedro. Citado por Oscar José Dueñas Ruiz. La Acción de tutela, su esencia en

la Práctica. P. 257

*que decida si realmente se ha quebrantado o no la ley, pero sin entrar a reformar la sentencia, pues esto toca al tribunal en que pende el asunto”.*

Posteriormente, aparece otra muestra de protección de derechos de los particulares, en la ley 27 de 1904 modificatoria de la ley 149 de 1888, reformada también por la ley 4 de 1913 (Correspondientes a los Códigos de Régimen Municipal) cuando establecía la nulidad de ordenanzas acusadas de lesionar derechos civiles (Arts. 1 y 2).

El antecedente inmediato lo encontramos con ocasión del establecimiento de la Carta Política de 1991, al ser esta discutida por la Asamblea Nacional Constituyente.

Consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política fue reglamentada en primera instancia, por el Decreto número 2591 del 19 de noviembre de 1991, dictado por el Presidente de la República con base en las facultades conferidas por el literal b) del artículo 5 transitorio de la Constitución Nacional, el cual por mandato de la misma constitución tiene fuerza de ley (Art. 10 transitorio C.P.), facultades otorgadas como extensión del poder constituyente, cuya titularidad y ejercicio ordinariamente se atribuye en el cuerpo permanente de la Constitución a otra rama u órgano del Estado, tienen carácter extraordinario, independientemente que el Constituyente así las defina o que ellas tengan naturaleza normativa, electiva o de pura gestión, cuya finalidad se circunscribe a facilitar el tránsito constitucional, por tanto nunca homologables a las facultades extraordinarias que el Congreso puede otorgar al Presidente, de tal manera que su ocurrencia es sólo excepcionalísima, y se verifica en casos de expreso pronunciamiento del mismo constituyente originario o derivado o del poder reformador de la Constitución; empero, es presupuesto del Estado de Derecho el sometimiento de los órganos instituidos y de los funcionarios habilitados para cumplir los cometidos del Estado, a los límites y controles que aseguren la vigencia de los postulados normativos del orden jurídico del Estado, y su control de constitucionalidad verificado por el órgano judicial correspondiente.<sup>65</sup>

---

<sup>65</sup> CORREA HENAO, Nestor. Derecho procesal de la Acción de Tutela. Editorial Universidad Javeriana. Medellín 2011. pp157.

En este sentido el Constituyente de 1991, precavido de la necesidad de hacer cumplir la propia Constitución y de dar fundamento a la vigencia del principio de la Supremacía de la Carta, ordenó que los decretos expedidos en desarrollo de las facultades conferidas fueran sometidos a dos tipos de control de su constitucionalidad, así: uno, jurídico-político de carácter previo, verificado por la Comisión Especial Legislativa, y otro judicial y posterior verificado ante la instancia de la Corte Constitucional, por virtud de la acción pública de inexecutable. El mencionado decreto contiene cinco capítulos: Disposiciones generales y procedimiento; Competencia; Tutela contra particulares; La tutela y el Defensor del pueblo y, Sanciones.

El mismo, a su vez, fue reglamentado por el Decreto Número 306 del 19 de febrero de 1992, dictado por el Presidente de la República con base en las facultades constitucionales especialmente la contenida en el Art. 189 Num. 11 de la Constitución Política, esto es, en desarrollo de la potestad reglamentaria como Jefe de Estado. Entrado en vigencia el Decreto 2591, los artículos 11, 12 y 25 que tenían que ver con la caducidad, los efectos de la caducidad y las indemnizaciones fueron demandados por vicios de inconstitucionalidad. La Corte Constitucional mediante sentencia C-543 calendada el primero de octubre de 1992, con varios salvamentos de voto, declaró inexecutable los artículos 11, 12 y 40 el último dada la unidad normativa entre éste y aquellos; así mismo fue declarado executable el artículo 25 del decreto en mención.

Por sentencia C-531 del 11 de noviembre de 1993 fue declarado inexecutable el aparte concerniente a la definición de perjuicio irremediable.

Por sentencia C-003 de 1999, la Corte Constitucional se declaró inhibida para decidir demanda de inconstitucionalidad que se impetró contra el Art. 35 del Decreto 2591/91, ante la ineptitud de la demanda que no sustentó los cargos efectuados. Por reciente fallo del Honorable Consejo de Estado, se abrió paso nuevamente a la determinación de competencias para el conocimiento de la acción de tutela.

## 6.2. Brasil

Establecido en el artículo 5 de la Constitución al siguiente tenor: *“Se concederá mandato de segurança (mandamiento de seguridad) para proteger un derecho determinado y cierto, no amparado por habeas corpus o habeas data cuando el responsable por la ilegalidad o abuso de poder fuese una autoridad o un agente de persona jurídica en el ejercicio de atribuciones del poder público”*.

Al existir reglamentación expresa para el habeas corpus y el habeas data<sup>66</sup>, en ese país, los dos se excluyen del cubrimiento mediante el mandato estudiado. Para conseguir el amparo de este, no se necesita probar una violación a un derecho fundamental, sino por el contrario la existencia de un actuar ilegal o la configuración de un abuso de poder por parte de la autoridad. No procede contra particulares, e indiscutiblemente su campo de utilización es restrictivo contra funcionarios públicos.<sup>67</sup>

## 6.3. Chile

Consagra la acción en el artículo 20 de la Constitución en los siguientes términos: *“El que por causa de actos u omisiones arbitrarias o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, números 1, 2, 3 inciso cuarto, 4, 5, 6, 9 inciso final, 11, 12, 13, 15, 16 en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación y a lo establecido en el inciso cuarto, 19, 21, 24, y 25 podrá concurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes. Procederá también, el recurso de protección en el caso del número 8 del artículo 19: Cuando el dere-*

---

<sup>66</sup> Constitución de 1988. Art. 5 LXII

<sup>67</sup> ARENAS SALAZAR, Jorge. La Tutela: Una Acción Humanitaria. Ed. Doctrina y Ley. Bogotá 1995. pp46.

*cho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto arbitrario e ilegal imputable a una autoridad o persona determinada”.*

Puede ser interpuesta por cualquier persona en nombre propio o en nombre de otro, contra particulares o contra funcionarios públicos, para proteger en forma directa derechos contenidos en la misma carta política y que se circunscriben a muchos de los también contenidos y defendidos por acción de tutela en Colombia, incluyendo expresamente la defensa del derecho al medio ambiente sano, con lo cual se abre paso a la protección de derechos de carácter colectivo, a través de la misma acción.

#### **6.4. Ecuador**

El artículo 141 de la Constitución, en su numeral 3 reza : *“Compete al Tribunal de garantías constitucionales: ... conocer de las quejas que formule cualquier persona natural o jurídica por quebrantamiento de la constitución que atente contra los derechos y libertades garantizados por ella, y de encontrarlas fundadas, observar a la autoridad y organismo respectivo.”*

#### **6.5. España**

Nación de gran trayectoria en las ciencias constitucionales, divide los mecanismos de protección en genéricos (garantías del debido proceso, el recurso de inconstitucionalidad, el habeas corpus, el amparo judicial), y las garantías institucionales (El control parlamentario, la iniciativa legislativa popular y el defensor del pueblo).

El artículo 53, numeral 2 dice: *“Cualquier ciudadano podrá reclamar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la sección 1 del Capítulo II ante los tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los princi-*

*pios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30”.*

La norma española fue fuente directa y material para los constituyentes de 1991, en Colombia, de esto se desprenda también los principios que rigen al Estado Social de Derecho.<sup>68</sup>

## **6.6. Guatemala**

*Artículo 265° de la Carta Política: “Procedencia del Amparo. Se instituye el amparo con el fin de proteger a las personas contra las amenazas de violaciones a sus derechos o para restaurar el imperio de los mismos cuando la violación hubiere ocurrido. No hay ámbito que no sea susceptible de amparo y, procederá siempre que los actos, resoluciones, disposiciones o leyes de autoridad lleven implícitos una amenaza, restricción o violación a los derechos que la Constitución y las leyes garantizan”.*

Solamente procede contra autoridades, siempre que exista un acto expreso de la entidad que amenace o atente contra el derecho.

## **6.7. Honduras**

*El Artículo 183 de la Constitución dice: “El Estado reconoce la garantía de amparo. En consecuencia toda persona agraviada o cualquiera otra en nombre de esta, tiene derecho a interponer recurso de amparo : 1- para que se le mantenga o restituya en el goce o disfrute de los derechos o garantías que la Constitución establece y, 2- Para que se declare en casos concretos que una ley, resolución, acto o hecho de autoridad no obliga al recurrente ni es aplicable por contravenir, disminuir o tergiversar cualesquiera de los derechos reconocidos*

---

<sup>68</sup> DUEÑAS, Oscar. *Jurisprudencia Humanista en el Constitucionalismo Económico*. Ed. El Profesional. 2000. pp67.

por esta Constitución. El recurso de amparo se interpondrá de conformidad con la ley".<sup>69</sup>

## 6.8 Nicaragua

La Constitución Política nicaragüense en su artículo 188 consagra: "Se establece el recurso de amparo en contra de toda disposición, acto o resolución y en general en contra de toda acción u omisión de cualquier funcionario, autoridad o agente de los mismos que viole o trate de violar los derechos y garantías consagradas en la Constitución Política". También procede únicamente contra autoridades, nunca contra los particulares.

## 6.9 Panamá

La Carta Política del hermano país en su artículo 50 estatuye: "Toda persona contra la cual se expida o se ejecute por cualquier servidor público una orden de hacer o de no hacer que viole los derechos y garantías que esta Constitución consagra, tendrá derecho a que la orden sea revocada a petición suya o de cualquier persona.

*El recurso de amparo de garantías constitucionales a que este artículo se refiere, se tramitará mediante procedimiento sumario y será competencia de los tribunales judiciales".*

En ese país esta figura se asimila a la revocatoria directa instituida en Colombia, pero su solicitud se efectúa ante el órgano judicial.<sup>70</sup>

---

<sup>69</sup> FORERO BAUTISTA, José. Los Derechos Fundamentales y su Desarrollo Jurisprudencial. Ed. Editextos. Bogotá, 1993. pp 523.

<sup>70</sup> HERNÁNDEZ, María. Mecanismos de Tutela de los Intereses Difusos y Colectivos. Ed. Universidad Autónoma de México. México, 1997. pp225.

## 6.10. Paraguay

El Art. 77 de la Constitución de Paraguay consagra: "Toda persona que por un acto u omisión ilegítimo, de autoridad o de un particular, se crea lesionada o en peligro inminente de serlo, de modo grave, en un derecho o garantía que consagre esta Constitución, o la ley y que por la urgencia del caso no pudiera remediarse por la vía ordinaria, podrá recurrir ante cualquier juez de primera Instancia a reclamar amparo. El procedimiento será breve, sumario, gratuito y , de acción pública, y el juez tendrá facultad para salvaguardar el derecho o garantía, o para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida. La ley reglamentara el procedimiento."<sup>71</sup>

## 6.11. Venezuela

El artículo 68 de la Constitución Política venezolana contiene: "Todos pueden utilizar los órganos de la administración de justicia para la defensa de sus derechos e intereses, en los términos y condiciones establecidos por la ley, la cual fijará normas que aseguren el ejercicio de este derecho a quienes no dispongan de medios suficientes; La defensa es derecho inviolable en todo estado y grado del proceso".<sup>72</sup>

## Sub-Capítulo Sétimo: EL DERECHO A LA DEBIDA MOTIVACIÓN DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES

### 7.1. Alcances generales

El concepto de motivación se refiere a la justificación razonada que hacen jurídicamente aceptable a una decisión judicial. La motivación, señala Colomer, *"es sinónimo de justificación y por ello la esencia de este concepto se encuentra en que su decisión es conforme a derecho y ha sido adoptada con*

<sup>71</sup> GUARDIA, Ernesto. "La Radiografía de La Tutela". Artículo publicado en la Revista Estrategia Económica y Financiera. No. 223. Noviembre 3 de 1995. pp40.

<sup>72</sup> LOPEZ, Diego. El Derecho de los Jueces. Obligación del precedente constitucional. Edit. Legis. 2000. pp124.

*sujeción a la ley*<sup>73 74</sup>. No basta entonces que se explique cuál ha sido el proceso psicológico, sociológico para llegar a la decisión sino demostrar o poner de manifiesto que las razones por las que se tomo una decisión son aceptables desde la óptica del ordenamiento.<sup>75</sup>

En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional Español ha señalado que la motivación "es una exigencia formal de las sentencias, en cuanto deben expresar las razones de hecho y de derecho que las fundamentan, es decir el proceso lógico jurídico que conduce a la decisión o fallo"<sup>76</sup>.

Ahora bien, en el ordenamiento peruano, el Tribunal Constitucional ha señalado que "*la motivación de una decisión no solo consiste en expresar la norma legal en la que se ampara, sino fundamentalmente en exponer suficientemente las razones de hecho y el sustento jurídico que justifican la decisión tomada*"<sup>77</sup>. En ese sentido, al igual que el TC español o la doctrina citada, el TC incide en la necesidad que los fallos judiciales establezcan una justificación razonada y no solo una explicación de los argumentos por cuales llega a tomar una decisión en un caso concreto.

Asimismo debemos señalar que la motivación es un deber de los jueces y un derecho de los justiciables, cuestiones que pasaremos a analizar en el siguiente apartado.

La función jurisdicción constitucional, tiene como objetivo verificar la consagración de la seguridad jurídica en la relación entre gobernantes y gobernados; eliminar cualquier rastro de arbitrariedad en el funcionamiento del Estado; asegurar el sometimiento de éste a la Constitución y al orden jurídico

---

<sup>73</sup> COLOMER, Ignacio. La motivación de las sentencias, sus exigencias constitucionales y legales. Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp 39.

<sup>74</sup> Es importante hacer una diferencia entre el término "justificación" y el término "explicación". A diferencia del primer término, este último se refiere a colocar de manifiesto las razones que explican o informan el porqué de el juez ha adoptado una decisión, indicar los antecedentes que llevan a su adopción, por eso no pretende convencer a los destinatarios, ni la aceptación de los mismos

<sup>75</sup> COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio. *Op. Cit*, pp 38, citando a NIETO. El arbitrio judicial, Ariel, Barcelona, 2000, pp154

<sup>76</sup> Tribunal Constitucional Español. STC 24/1990. En COLOMER, *Op. Cit*, pp38

<sup>77</sup> Tribunal Constitucional Peruano. Exp. N.º 03283-2007-PA/TC, FJ.3

derivado de esta, así como velar por la afirmación de los derechos de la persona.<sup>78</sup>

## **7.2. Presupuestos en que se afecta la debida motivación**

En los expedientes 3493-2006-PA/TC y en el caso de Giuliana LLamoja, el Tribunal Constitucional Peruano ha señalado y desarrollado los supuestos en los que se afecta la debida motivación:

### **A. *inexistencia de motivación o motivación aparente:***

A decir del TC, este supuesto se da cuando no hay motivación o cuando esta no da razones mínimas del sentido del fallo, que no responde a las alegaciones de las partes, o porque intenta únicamente dar cumplimiento formal de la motivación (motivación aparente)

### **B. *Falta de motivación interna de razonamiento***

Este supuesto ocurre cuando hay incoherencia narrativa en la motivación de tal forma que no se puede comprender las razones en las que el juez apoya su decisión. Igualmente, hay falta de motivación interna cuando existe invalidez de una conclusión a partir de las premisas que ha establecido en juez en la motivación.

### **C. *Deficiencias en la motivación externa***

Aquí el TC ha señalado que nos encontramos ante un caso de este tipo cuando las premisas de las que parte el juez no han sido confrontadas con la validez fáctica (de los hechos) o jurídica existentes para el caso en concreto.

### **D. *La motivación insuficiente***

Se refiere al mínimo de motivación exigible para que la decisión esté motivada adecuadamente y para que satisfaga el derecho del justiciable y de la sociedad de conocer las razones que apoyan la decisión judicial<sup>79</sup>. Por otra parte la

---

<sup>78</sup> GARCÍA TOMA, Victor. Estudio Introdutorio a la Constitución de 1993. Ed. Gaceta Jurídica 2011, pp67.

<sup>79</sup> *Ibidem*, p.350-351.

suficiencia es un criterio para evaluar las resoluciones que se encuentran en medio de una motivación completa y una motivación inexistente<sup>80</sup>.

### **E. La motivación sustancialmente incongruente**

Los órganos judiciales están obligados a resolver las pretensiones de las partes de manera congruente con los términos en que han sido planteadas, sin ir más allá de lo solicitado por las partes, otorgar algo distinto a lo solicitado por las partes, u omitir pronunciarse sobre algún pedido de las partes.

Esto último debe matizarse con el principio "*iura novit curia*" (el juez conoce el derecho) que establece que órgano jurisdiccional competente debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente. A decir del TC, "esta actuación no representará una extralimitación de las facultades del juez, siempre que éste proceda de conformidad con los fines esenciales de los procesos".<sup>81</sup>

### **7.3. Procesos constitucionales para proteger el derecho a la debida motivación**

En el Estado Constitucional, el reconocimiento de derechos fundamentales dentro de los textos constitucionales necesariamente implica la creación de mecanismos o procesos constitucionales para la defensa de dichos derechos y, en fin de cuentas, del carácter vinculante de la Constitución<sup>82</sup>. Ahora bien, cuando hablamos del derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales, nos encontramos frente a un derecho de rango constitucional y por tanto el mismo tendría que ser objeto de protección por medio de los procesos constitucionales consagrados en la Constitución y el Código Procesal Constitucional.

---

<sup>80</sup> *Ibidem*, p. 350-351.

<sup>81</sup> Tribunal Constitucional Peruano, Exp. N.º 7022-2006-PA/TC, pp10.

<sup>82</sup> GOMEZ Canotilho. Directo Constitucional e Teoría de Constitución, Almedina, Coimbra, 2005, p. 859-860, señala que:

*"Los procesos constitucionales también pueden denominarse garantías de la propia constitución en la medida que son mecanismos destinados a asegurar la observancia, aplicación y estabilidad de la ley Fundamental."*

En efecto, cuando realizamos un análisis sobre el tipo de proceso constitucional que corresponde aplicar cuando se vulnera el derecho a la debida motivación, en primer término pensamos en el proceso de amparo. Y es que este tipo de proceso, se encuentra destinado a proteger los derechos reconocidos en la constitución con excepción del derecho a la información que es protegido por el proceso de habeas data, y el derecho a la libertad personal y derechos conexos, objeto de protección de los procesos de habeas corpus.

En concreto, en el ordenamiento peruano, la Constitución ha establecido en el artículo 20 inciso 2 que *"la Acción de Amparo, que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los demás derechos reconocidos por la Constitución (...)*

Así, cabría decir que existe la posibilidad de que las resoluciones judiciales puedan ser cuestionadas en un proceso de amparo por la vulneración de derechos constitucionales, pero ello ha sido cuestión ampliamente debatida, principalmente porque el artículo 200, 2 también señala que *"(...) No procede contra (...) resoluciones judiciales emanadas de procedimiento regular"*.

Frente a ello, el TC ha sentado jurisprudencia sobre el tema en cuestión en el sentido de admitir este supuesto, todo ello sobre la base de la interpretación de los dispositivos constitucionales y legales que abordan el tema. Al respecto de cómo debe leerse o entenderse este dispositivo, el TC considera inadmisibile que el artículo 200,2 de la Constitución pueda significar o interpretarse como una limitación a la competencia *rationae materia* del amparo contra resoluciones judiciales<sup>83</sup>.

En ese sentido, debemos descartar el supuesto que niega la posibilidad del amparo contra resoluciones judiciales, por el contrario debemos situarnos en el caso de un supuesto limitado en la medida que se prohíbe el amparo contra resoluciones de procesos regulares<sup>84</sup>, más no de fallos emitidos dentro de un

<sup>83</sup> Tribunal Constitucional Peruano. Exp N° 3179-2004-AA/TC, pp14.

<sup>84</sup> Sobre la definición de proceso regular, el TC ha señalado que *"La existencia de un 'procedimiento regular' se encuentra relacionada con la existencia de un proceso en el que se hayan respetado garantías mínimas tales como los derechos al libre acceso a la jurisdicción, de defensa, a la prueba, motivación, a la obtención de una resolución fundada en Derecho, la pluralidad de instancias, al plazo razonable del proceso, a un juez competente, independiente e imparcialidad, entre otros derechos*

**proceso judicial irregular.** Con ello quedaba como interrogante la definición de lo que es un proceso irregular y se establecía una puerta de entrada para la procedencia de los amparos contra resoluciones judiciales.

Ahora bien, sobre el punto, se ha pasado de reconocer que una resolución emanada de procedimiento irregular se refería *“a aquella que afectaba al debido proceso o la tutela jurisdiccional efectiva, derechos reconocidos en el 139, 3 de la Constitución”*<sup>85</sup>, a la tesis que señala que una resolución irregular es aquella en la cual se afecta cualquier derecho fundamental.

En el caso Apolonia Collca, el TC afirmó que atendiendo a la eficacia vertical de los derechos fundamentales, es decir, a la vinculación de los derechos hacia cualquiera de los poderes, y en general, órganos públicos, *“la tesis según la cual el amparo contra resoluciones judiciales procede únicamente por violación del debido proceso o la tutela jurisdiccional efectiva, confirma la vinculatoriedad de dichos derechos en relación con los órganos que forman parte del Poder Judicial. Pero constituye una negación sobre la vinculatoriedad de los “otros” derechos fundamentales que no tengan naturaleza de derechos fundamentales procesales”*<sup>86</sup>

Así, el TC ha admitido la procedencia de los amparos contra resoluciones judiciales para la afectación de cualquier derecho constitucional pues todos esos casos configurarían un proceso irregular. Otro de los argumentos utilizados por el TC es que atendiendo a los artículos 1.1 y 1.2 de la Convención Derechos Humanos y a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los estados tienen la obligación de ofrecer a las personas sometidas a su jurisdicción, un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales<sup>87</sup>. A decir del ordenamiento peruano, este recurso se configura a través del amparo.

---

*fundamentales”*, Exp. N.º 5374-2005-PA/TC, pp6.

<sup>85</sup> La admisión de esta tesis en el ordenamiento peruano se ve reflejada en el artículo 4 del Código Procesal Constitucional que a la letra señala: *“El amparo procede respecto de resoluciones judiciales firmes dictadas con manifiesto agravio a la tutela procesal efectiva, que comprende el acceso a la justicia y el debido proceso (...)”*

<sup>86</sup> Tribunal Constitucional Peruano. Exp N° 3179-2004-AA/TC, pp 18.

<sup>87</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva 9/87, párrafo 23. Citado en Sentencia recaída en Exp. 3179-2004-AA/TC, FJ.19

Igualmente, de una lectura del artículo 25.1 de la Convención, referido al derecho a un recurso sencillo y rápido que amparen a la persona contra las violaciones a sus derechos, quedaría claro que no hay derecho fundamental que no pueda ser objeto de protección por parte del Estado en toda circunstancia, sin excepción alguna.

#### **7.4. Caso Llamuja: Habeas Corpus contra resoluciones judiciales**

De otro lado, también es posible presentar una demanda de hábeas corpus en tanto se pretenda proteger el derecho a la libertad y derechos conexos, caso en el que calza la debida motivación de las resoluciones judiciales en tanto la misma es también una manifestación del derecho al debido proceso y en determinadas circunstancias su contenido se ve afectado al igual que el derecho a la libertad.

Al respecto, el CPC, señala en el artículo 4 que "el hábeas corpus procede cuando una resolución judicial firme vulnera en forma manifiesta la libertad individual y la tutela procesal efectiva". En términos concretos sin embargo, esta disposición del CPC no implica o no habilita a que todas las resoluciones puedan ser objeto de control por el proceso constitucional de hábeas corpus. En efecto, el TC ha señalado que solo podrán ser evaluadas "(...) aquellas resoluciones judiciales firmes que vulneren en forma manifiesta la libertad individual y los derechos conexos a ella, lo que implica que el actor, frente al acto procesal alegado de lesivo previamente haya hecho uso de los recursos necesarios que le otorga la ley (...)"<sup>88</sup>.

Y es que, si luego de obtener una resolución judicial firme no ha sido posible conseguir en vía judicial la tutela del derecho fundamental presuntamente vulnerado (libertad individual y conexos a ella), quien dice ser afectado

---

<sup>88</sup> Tribunal Constitucional Peruano. Exp N° 00728-2008-PHC/TC, pp 3.

respecto a este derecho, podrá acudir al proceso constitucional, a efectos de buscar su tutela.

Ahora bien, un ejemplo clásico de la procedencia de hábeas corpus contra resoluciones judiciales lo encontramos en los procesos penales que determinan la pena privativa de la libertad como consecuencia de la afectación a la tutela efectiva o al debido proceso. En ese sentido, el CPC habilita a que cuando se restringe el ejercicio del derecho a la libertad individual tras el dictado en forma definitiva de una sentencia condenatoria a pena privativa de la libertad, se habilita la posibilidad que el justiciable evalúe la legitimidad de los actos judiciales invocados como lesivos<sup>89</sup>. El caso de Giuliana Llamoja es una muestra concreta de este supuesto.

## **Sub-Capítulo Octavo: EL DERECHO A LA DEFENSA.**

### **8.1 Concepto:**

Por derecho de defensa, puede entenderse el derecho fundamental que asiste a todo imputado y a su Abogado defensor a comparecer inmediatamente en la instrucción y a lo largo de todo el proceso penal a fin de poder contestar con eficacia la imputación o acusación contra aquél existente, articulando con plena libertad e igualdad de armas los actos de prueba, de postulación e impugnación necesarios para hacer valer dentro del proceso penal el derecho a la libertad que asiste a todo ciudadano que, por no haber sido condenado, se presume inocente. La vigencia del principio supone, el reconocimiento del ordenamiento jurídico a un derecho de signo contrario el derecho que tiene el imputado o procesado de hacer uso de una adecuada defensa. De tal manera que la defensa opera como un factor de legitimidad de la acusación y de la sanción penal. *"También confluyen en la defensa otras garantías y derechos como la audiencia del procesado, la contradicción procesal, el derecho a la asistencia*

---

<sup>89</sup> *Ibidem*, pp 3.

*técnica del abogado. El uso de medios de prueba, el derecho a no declarar contra sí mismo o declararse culpable."*<sup>90</sup>

## **8.2 Marco legal**

Los distintos ordenamientos jurídicos consagran este derecho. Las Constituciones lo regulan expresamente en concordancia con las normas contenidas en los Tratados y Convenios Internacionales.

La Declaración Universal de Derechos Humanos expresa, junto al derecho a la presunción de inocencia, el derecho de toda persona acusada de delito a un juicio público en el que le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa. En el Convenio de Roma se establece mediante un texto más concreto el derecho a defenderse así mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si no tiene medios para remunerar a un defensor, podrá ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio. Cuando los intereses de la justicia así lo exijan. En términos semejantes se reitera este derecho en el Pacto de Nueva York y en el Pacto de San José de Costa Rica, resaltándose la comunicación libre y privada con el defensor y la irrenunciabilidad del derecho a ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado.

En la legislación peruana se recoge esta máxima cuando se establece como garantía de la Administración de Justicia, el no ser privado del derecho de defensa en cualquier estado del proceso. Correspondiendo al Estado proveer la defensa gratuita a las personas de escasos recursos (art. 233 inc. 9 Constitución de 1979) o cuando se prescribe el derecho del imputado a comunicarse y a ser asesorado por un defensor de su elección desde que es citado o detenido por la autoridad (art.2º inc. 20 ap h) Constitución 1979). La Constitución de 1993 reitera lo expresado (art.139 inciso 14). Pero reafirma el derecho de toda persona a "no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso". Estas normas se reproducen y especifican en el Código de Procedimientos

---

<sup>90</sup> Citado por Cortés Domínguez, en: CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín; GIMENO SENDRA, Vicente; MORENO CATENA, Víctor: Derecho Procesal Civil, Colex, Madrid, 1996, pp 350.

Penales de 1940, referido al Ministerio de Defensa regulado en los artículos 67 a 71, modificado parcialmente por la Ley N° 24388, en cuanto a la intervención de la defensa en las diferentes etapas del procedimiento penal .

El Código Procesal Penal reconoce expresamente el derecho a la defensa como uno de sus principios fundamentales en el artículo IX del Título Preliminar “toda persona tiene derecho inviolable e irrestricto a que se le informe de sus derechos, a que se le comunique de inmediato y detalladamente la imputación formulada en su contra, y a ser asistida por un abogado defensor de su elección o, en su caso, por un Abogado de oficio, desde que es citada o detenido por la autoridad.” El proceso penal garantiza el ejercicio de los derechos que corresponden a la persona agraviada por el delito.

Los Pactos internacionales también regulan la defensa oficial, como el “derecho irrenunciable” del imputado a ser asistido gratuitamente por un defensor proporcionado por el Estado, cuando no designare defensor.<sup>91</sup>

### **8.3 La Autodefensa**

El nuevo Código Procesal Penal reconoce el derecho a la autodefensa en su artículo 71, cuando dice “El imputado puede hacer valer por si mismo los derechos que la constitución y las leyes le conceden, desde el inicio de la investigación hasta la culminación del proceso “. Sin embargo, no pone al alcance del imputado todos los medios suficientes para articular su autodefensa. Puede decirse que deja de un lado u olvida, este derecho, en la medida que, en cambio, pone de relieve, norma y potencia, el papel del Abogado defensor, que justamente se salvaguarda y se posibilita sin trabas, no puede. entre los derechos que se concede al imputado en el nuevo Código Procesal Penal tenemos:

#### *a) El derecho al conocimiento de la imputación o intimación*

---

<sup>91</sup> CUBAS VILLANUEVA, Víctor. El proceso penal, teoría y práctica. 5ª edición Palestra editores. Lima 2003. pp45.

Es obvio que nadie puede defenderse de algo que no conoce. Tiene que ponerse en su conocimiento la imputación correctamente deducida. Es lo que se conoce técnicamente bajo el nombre de intimación. Este derecho se halla contemplado en el art. 87, inciso 1), "antes de comenzar la declaración del imputado, se le comunicará detalladamente el hecho objeto de imputación, los elementos de convicción y de pruebas existentes, y las disposiciones penales que se consideren aplicables. De igual modo se procederá cuando se trate de cargos ampliatorios o de la presencia de nuevos elementos de convicción o de prueba.

La base esencial del derecho a defenderse reposa en la posibilidad de expresarse libremente sobre cada uno de los extremos de la imputación, agregando incluso todas las circunstancias de interés para evitar o aminorar la consecuencia jurídica posible, o inhibir la persecución penal.<sup>92</sup>

*b) La incoercibilidad del imputado como órgano de prueba.*

También se vincula al derecho de defensa la prohibición de obligar a declarar contra sí mismo. Art. 71 inciso e). "Que no se emplee en su contra medios coactivos, intimidatorios o contrarios a la dignidad, ni a ser sometido a técnicas o métodos que induzcan o alteren su libre voluntad o a sufrir una restricción no autorizada ni permitida por ley".

*c) El derecho a que se informe al imputado sobre los beneficios legales que puede obtener si coopera al pronto esclarecimiento de los hechos delictuosos.* Art. 87 inciso 3), el imputado también será informado de que puede solicitar la actuación de medios de investigación o de prueba, a efectuar las aclaraciones que considere convenientes durante la diligencia, así como a dictar su declaración durante la Investigación Preparatoria.<sup>93</sup>

*d) El derecho a no declarar (art. 87 inciso 2), se le advertirá al imputado que tiene derecho a abstenerse de declarar y que esa decisión no podrá ser utiliza-*

<sup>92</sup> ORÉ GUARDÍ A, Arsenio. Estudios de Derecho Procesal Penal. Ed. Jurídica. 2011. pp 299.

<sup>93</sup>VELÁSQUEZ, Fernando. "El derecho de defensa en el nuevo modelo procesal penal", artículo publicado en la Revista Contribuciones a las Ciencias Sociales, julio 2008, disponible en: [www.eumed.net/rev/cccss](http://www.eumed.net/rev/cccss)

da en su perjuicio. Asimismo, se le instruirá que tiene derecho a la presencia de un Abogado defensor, y que si no puede nombrarlo se le designará un defensor de oficio. Si el Abogado recién se incorpora a la diligencia, el imputado tiene derecho a consultar con él antes de iniciar la diligencia y, en su caso, a pedir la postergación de la misma.

*e) Los casos de intervención del imputado son:*

1.- Según la última parte del inciso 3) del artículo 68, el imputado puede intervenir en todas las diligencias practicadas por la policía y tener acceso a todas las investigaciones realizadas.

2.- Deducir medios de defensa.

3.- Ofrecer medios probatorios de descargo.

4.- Hacer uso de la palabra al final de los debates orales, para exponer lo que estime conveniente a su defensa.

5.- Interponer recursos impugnatorios.

#### **8.4. La defensa técnica**

La Defensa Técnica , constituye una actividad esencial del proceso penal y admite dos modalidades: a) la defensa material que realiza el propio imputado ante el interrogatorio de la autoridad policial o judicial; y, b) la defensa técnica que está confiada a un abogado que asiste y asesora jurídicamente al imputado y lo representa en todos los actos procesales no personales. Los pactos internacionales también regulan la defensa oficial, como el "derecho irrenunciable" del imputado a ser asistido gratuitamente por un defensor proporcionado por el Estado, cuando no designare defensor.

El Abogado goza de todos los derechos que la ley le confiere para el ejercicio de sus funciones en defensa de su patrocinado. La ley reconoce expresamente su intervención desde que su defendido es citado o detenido por la policía a interrogar directamente al imputado, testigos o peritos a recurrir a un perito de parte, a participar en todas las diligencias de la investigación a aportar pruebas, presentar escritos tener acceso a los expedientes, recursos ingresar a establecimientos policiales y penales para entrevistarse con su patrocinado, en suma a expresarse con amplia libertad en el curso de la defensa, sea oralmente o por escrito siempre que no se ofenda el honor de las personas.

Es indudable que la defensa técnica es un presupuesto necesario para la correcta viabilidad del proceso. Aun cuando el imputado puede hacer uso de la autodefensa, resulta imprescindible la presencia y asistencia del abogado defensor en el curso del procedimiento.<sup>94</sup>

En este sentido, es ilustrativo lo expresado por el Tribunal Constitucional de España. La asistencia de Letrado es en ocasiones un puro derecho del acusado, en otras además un requisito procesal por cuyo cumplimiento el propio órgano judicial debe velar cuando el encausado no lo hiciera mediante el ejercicio oportuno de aquel derecho informándole de la posibilidad de ejercerlo e incluso, cuando mantuviese una actitud pasiva procediendo directamente al nombramiento de abogado.

La imputación de la responsabilidad por el ilícito será idónea para conferir la calidad de imputado cuando se exteriorice como un acto propio (lato sensu) de la persecución penal (dándole origen o dispuesto en su consecuencia) dirigida en contra de una persona.<sup>95</sup>

#### **8.4.1. Principales características de la defensa técnica**

---

<sup>94</sup> SAN MARTÍN, César. Derecho Procesal Penal, Volumen 2, Editora Jurídica Grijley, Octubre 2003. pp72.

<sup>95</sup> JIMÉNEZ, Juan. La Investigación Preliminar en el Nuevo Código Procesal Penal - 2004. Jurista Editores. Lima 2010. pp170.

La defensa técnica es la de mayor relieve en el procedimiento penal, pudiendo resumirse en las siguientes características principales:

a) El derecho a la asistencia letrada consiste en la facultad que tiene el imputado de elegir un abogado de su confianza.

En virtud de esa misma facultad, puede también revocar el nombramiento del defensor y designar a otro.<sup>96</sup>

b) La actuación del defensor no puede colisionar con la voluntad del defendido. El Abogado defiende los intereses del imputado y como tal se constituye en un alter ego procesal, algo así como el oído y la boca jurídica del inculpado.

c) El derecho de defensa es irrenunciable. Si el inculpado asume una actitud pasiva en el proceso y no quiere defenderse, manifestando su rechazo a la asistencia de letrado, el ordenamiento jurídico prevé la actuación del defensor quien aparece en legítimo mecanismo de autoprotección del sistema, para cumplir con las reglas del juego de la dialéctica procesal y de la igualdad de las partes, como lo expresa Moreno Catena.

d) La defensa técnica es obligatoria. Debe manifestarse cuando el imputado ha sido detenido por la policía o cuando no estando en dicha situación ha de producirse el primer interrogatorio. Pero sobre todo es obligatoria la defensa técnica en el procedimiento penal, aun cuando la ley considera posible la intervención de persona idónea para asumir el cargo en la declaración del imputado.

### **8.5. Principios fundamentales del derecho de defensa**

El Derecho de Defensa incorpora dentro de sí dos principios fundamentales del proceso penal. El de CONTRADICCIÓN, de carácter estructural al igual que la igualdad, y el ACUSATORIO, vinculado al objeto del proceso al igual que los de legalidad-oportunidad.<sup>97</sup>

<sup>96</sup> SANCHEZ VELARDE, Pablo. Comentarios al Código Procesal Penal. IDEMSA LIMA- PERÚ.1994. pp111.

<sup>97</sup> SAN MARTIN, César. *Op cit.* pp.75.

## **A.- El Principio de Contradicción**

Este principio se construye, en concepto de Gimeno Sendra, sobre la base de aceptar a las partes del proceso penal, acusadora y acusada, la posibilidad efectiva de comparecer o acceder a la jurisdicción a fin de poder hacer valer sus respectivas pretensiones, mediante la introducción de los hechos que las fundamentan y su correspondiente práctica de pruebas, así como cuando se le reconoce al acusado su derecho a ser oído con carácter previo a la condena.<sup>98</sup>

La contradicción exige: 1.- la imputación; 2. la intimación; y, 3. el derecho de audiencia. Para que el imputado pueda defenderse es imprescindible la imputación, la cual importa una relación clara, precisa y circunstanciada de un delito formulada por el Ministerio Público. Esta imputación debe ser conocida por el procesado – que es lo que se denomina intimación-, quien además debe tener el derecho de audiencia. Una necesidad de justicia apremiante para el proceso penal es que nadie sea condenado, sin ser oído y vencido en juicio.

Expresa Binder, en primer lugar, que el derecho a ser oído es una condición previa al pronunciamiento por el órgano jurisdiccional no sólo de sentencias sino, inclusive, de decisiones interlocutorias que conforman la situación del imputado durante el procedimiento<sup>99</sup>. En segundo lugar, que el derecho de audiencia constituye un presupuesto de validez y eficacia de las mismas. Y, en tercer lugar, que este principio se extiende: 1. al respeto a la integridad corporal del imputado: 2. al rechazo a los tormentos y a todo acto de interrogatorio que propenda al error (preguntas capciosas y sugestivas o amenazas o promesas previas); 3., A la facultad de abstenerse voluntariamente de declarar; y, 4. Al derecho de probar y controlar la prueba, en cuanto necesidad de equiparar las posibilidades del imputado respecto a las del acusador.

En conclusión, el derecho de audiencia “trata de impedir que una resolución judicial puede infligir un mal a un sujeto jurídico que no haya tenido, dentro del

---

<sup>98</sup> GIMENO SENDRA, José Derecho Procesal Penal. Ediciones Grijley 2012, pp.56.

<sup>99</sup> BINDER, Alberto. “¿Qué significa cambiar la justicia penal?”. Artículo publicado en la Revista del Instituto de Ciencia Procesal Penal. 1ª ed. Lima, Junio 2006.

proceso de que se trate, la oportunidad de decir y hacer en su defensa aquello que sea razonable y oportuno"<sup>100</sup>. Su violación se presenta, al decir del mismo autor, cuando se imposibilite completamente de actuar al imputado o cuando se impongan limitaciones que sólo permitan una actividad inadecuada a la importancia de lo que ha de decidirse y a los posibles efectos perjudiciales de la decisión.

Contemporáneamente el principio de contradicción tiene una proyección inusitada y ha sido objeto de una profunda evolución, al punto que se le concibe como base de un nuevo modelo de proceso penal, que superaría la clásica confrontación entre los modelos impositivos y acusatorios. Se le entiende conectado a la intermediación, de la que deriva la actividad valorativa y consiguiente resolución judicial, y al principio de igualdad de armas, en cuanto implica la atribución a éstas de derechos y deberes procesales, a fin de prepararlas para la contienda judicial; y sus manifestaciones clásicas se ha realizado a través del principio de audiencias y el de defensa.

El inc. 2do. del Art. 2 de la Constitución determina como derecho inalienable de toda persona a la igualdad ante la ley sin que sea discriminada por motivos de origen, raza, sexo, idioma, religión, condición económica o de cualquier índole. Está disposición por su conceptualización genérica está tan alejada del Art. 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, donde se aprecia con precisión: a ser oído públicamente con justicia e igualdad por un Tribunal independiente e imparcial.

En tiempos como los de hoy de cambios y dinamismos civilizados es de esperar que el estado de derecho como garantía para las libertades de los ciudadanos sin la intervención autoritaria del Estado que vulnere los derechos inviolables de la persona, administre una autentica justicia basado en los principios de la legalidad.<sup>101</sup>

---

<sup>100</sup> BINDER, Alberto. *Ibid.*

<sup>101</sup> ZUMAETA, Eloy. Enfoques de los recursos impugnatorios en el Nuevo Código Procesal Penal. Editorial San Marcos Perú. 1ª edición. 1994. pp78.

## B. El principio acusatorio.

Este principio indica la distribución de roles y las condiciones en que se debe realizar el enjuiciamiento del objeto procesal penal. Al respecto, apunta Baumann, se entiende por principio acusatorio aquel según el cual no ha de ser la misma persona quien realice las averiguaciones y decida después al respecto<sup>102</sup>. Tenemos –continúa explicando- una persecución de oficio del delito (Art.2 CPP de 1940 Y Art.1° del Nuevo Código Procesal Penal), pero con división de roles, lo que es fruto del derecho procesal francés. Está división, en primer lugar, impide la parcialidad del juez, pues la función persecutoria –investigación y acusación- se encuentra en el Ministerio Público (Art. 159° inciso 4 y 5, y 61 del Nuevo Código Procesal penal), que por lo demás, constituye un órgano público autónomo, separado de la organización judicial y regido por su propia Ley Orgánica; y, en segundo lugar, suprime la necesaria posición de objeto del acusado en el derecho procesal común.<sup>103</sup>

José María Asencio Mellado, señala que el principio acusatorio tiene tres notas esenciales:

- a) Ejercicio y mantenimiento de la acusación por un órgano distinto al Juez, así como la exigencia de una acción pública. Rige la máxima *ne procedat iudex ex officio*.
- b) La división del proceso en dos fases y las tareas propias de cada una de ellas de investigación y decisión respectivamente, han de ser conferidas a órganos diferentes con el fin de evitar un probable y posible prejuzgamiento por parte del juez sentenciador. Rige la máxima de la prohibición de la identidad entre instructor y decisor.
- c) Relativa vinculación del órgano jurisdiccional a las pretensiones de las partes, en atención a la acusación fiscal. La vinculación del órgano jurisdiccional es de carácter temático, es decir, al hecho penalmente antijurídico, de suerte que sobre él órgano jurisdiccional tiene facultad para completarlo y resolverlo

<sup>102</sup> BAUMANN, Jürgen. Derecho procesal penal. Ed. Lexis 2005 pp.48- 49.

<sup>103</sup> *loc cit.*

en toda su extensión. El Juez no está obligado a aceptar el título de condena ni la petición de pena, aunque la desvinculación no alcanza a los hechos imputados, que han de permanecer inmutables, sino a la calificación jurídico – penal siempre que respete el bien o interés jurídico vulnerado.<sup>104</sup>

Una cuarta nota esencial del principio acusatorio, al decir de Gimeno Sendra, es la prohibición de la “*reformatio in peius*” o reforma peyorativa. El Juez revisor, que conoce de un grado concreto, no puede agravar más a un apelante de lo que ya lo estaba por la resolución o sentencia recurrida, salvo que el apelado impugne también independientemente la sentencia o se adhiera a la apelación ya iniciada. El Juez ad quem está vinculado por los límites objetivos y subjetivos de la impugnación, que de rebasarse afectaría irrazonablemente el derecho de defensa.

Sobre el particular, Chiovenda sostiene que si el apelante recurre es porque se ve agraviado en su derecho y, por esa misma razón, si el apelado no recurre es porque no encuentra perjuicio en la sentencia que ha sido dictada por el juez; eso quiere decir que la sentencia para el apelado es correcta y debe quedar tal como estaba, de donde se infiere que no puede salir beneficiado por su inactividad procesal; si no ha querido impugnarla es porque consideraba que no le era perjudicial, de ahí que la sentencia dictada en segunda instancia no pueda concederse más de lo que le dio la sentencia de primera instancia, o, dicho en otras palabras, no cabe empeorar la situación del apelante si es éste el único que recurre.<sup>105</sup>

#### **2.4.- Formulación del Problema.**

**¿EXISTE UNA INCORRECTA APLICACION DE LA TUTELA DE DERECHO, QUE VULNERAN DERECHOS FUNDAMENTALES DE LAS PARTES PROCESALES?**

---

<sup>104</sup> Citado por Cortés Domínguez, en: CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín y otros, *Op cit* pp 350.

<sup>105</sup> *Ibid* pp351.

## 2.5.- Hipótesis.

Teniendo en cuenta el problema de investigación planteado, se ha considerado la siguientes hipótesis de trabajo:

**INCORRECTA APLICACION DE LA TUTELA DE DERECHO VULNERA EL DERECHO A LA DEBIDA MOTIVACIÓN DE RESOLUCIONES JUDICIALES Y EL DERECHO A LA DEFENSA EN EL DISTRITO JUDICIAL DE LORETO, A DOS AÑOS DE SU VIGENCIA.**

## 2.6.- Variables.

### **a) Variable Independiente:**

*Incorrecta aplicación de la Tutela de Derecho*

#### **a.1. Indicador:**

*Alto porcentaje de pedidos de tutela, fueron desestimados.*

#### **a.1.1. Instrumentos:**

*Estadísticas, Estudios de Casos.*

*Encuestas y Entrevistas*

### **b) Variable Dependiente:**

*Vulnera el Derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales y el Derecho a la defensa.*

#### **b.1. Indicador:**

*Sentencias Inmotivadas*

#### **b.1.1. Instrumento:**

*Análisis Lógico y Razonamiento Jurídico.*

*Jurisprudencias.*

Doctrina.  
Encuestas y Entrevistas.

## 2.7.- Operacionalización.

| VARIABLES                                                                                                                              | INDICADOR                                                         | INSTRUMENTO                                                                                                      |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <b><u>V. Independiente:</u></b><br><i>Incorrecta aplicación de la Tutela de Derecho</i>                                                | <i>Alto porcentaje de pedidos de tutela, fueron desestimados.</i> | <i>Estadísticas<br/>Estudio de Casos.<br/>Encuestas.<br/>Entrevistas.</i>                                        |
| <b><u>V. Dependiente:</u></b><br><i>Vulnera el Derecho a la debida motivación de Resoluciones Judiciales y el Derecho a la defensa</i> | <i>Sentencias inmotivadas.</i>                                    | <i>Análisis Lógico y Razonamiento Jurídico.<br/>Jurisprudencias.<br/>Doctrina.<br/>Entrevista.<br/>Encuesta.</i> |

## 2.8.- Objetivos.

### 2.8.1.- Objetivos General.

- Analizar las resoluciones judiciales (autos) que tenga la calidad de cosa juzgada, expedidas por la Sala Superior de Loreto, en la que deciden sobre el pedido de tutela de derecho, desde el 01 de octubre del 2012 al 01 de octubre del 2014.

### 2.8.2.- Objetivos Específicos.

- Determinar el porqué se ha venido dando una indebida aplicación

en la tutela de derecho, y que alternativas de solución se puede elaborar para corregirlo.

- Determinar si criterios asumido por los Magistrados del Poder Judicial, al momento de resolver los pedido de tutela de derecho, son los correctos.
- Determinar si los criterios asumidos por los abogados defensores, al momento de plantear el pedido de tutela de derecho, son los correctos.

## **2.9.- Evaluación del Problema.**

El presente trabajo de investigación es **viable** porque cuenta con elementos necesarios como es material bibliográfico y contamos con el tiempo necesario, para su análisis.

Por otro lado el presente trabajo de investigación es **factible**, porque tenemos acceso de recolección de datos en el Poder Judicial y el Ministerio Publico.

## **2.10.- Justificación.**

### **Legal.**

El presente proyecto de investigación se justifica por que permitirá enriquecer las ciencias del Derecho Procesal Penal con respecto al tema de la **Tutela de Derecho**, por cuanto se establecerán los criterios para su correcta aplicación.

### **Práctica.**

El presente proyecto de investigación se justifica por los efectos prácticos que tendrá en los operadores jurídicos, al momento de plantear y resolver la figura de la **Tutela de derecho**.

## **2.11.- Delimitación de la Investigación.**

### **a) Temporal.**

El proyecto de investigación se desarrollará sobre los fallos en los que se ha aplicado la **tutela de derecho**, durante el 01 de octubre del 2012 al 01 de octubre del 2014.

### **b) Espacial.**

El proyecto de investigación se circunscribirá en las resoluciones emitidas por la Sala Penal de Apelación del Nuevo Código Procesal Penal Distrito Judicial de Loreto, señalados en la delimitación temporal.

### **c) Social.**

Este proyecto de investigación, tendrá como objetivo de estudio a los operadores procesales: Magistrados del Poder Judicial y del Ministerio Público y los abogados de la defensa.

### **d) Física.**

Se estudiarán las resoluciones emitidas por la Sala de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia, que tengan la calidad de cosa juzgada, en la cual se haya aplicado la tutela de derecho.

### **Capítulo III.- MARCO METODOLOGICO.**

#### **3.1.- Topología y Metodología de la Investigación.**

**3.1.1. Tipo de Investigación:** La presente investigación será *básica*, ya que se va a tratar de aclarar los conceptos y dogmas con respecto a la **tutela de derecho**, para así evitar que se dé una indebida aplicación. Asimismo será *aplicada*, en la medida en que sus alcances sean útiles al mayor número de operadores judiciales y miembros de la sociedad.

**3.1.2. Nivel de Investigación:** Sera *explorativa* en una primera etapa, por cuanto describiremos el problema de la indebida aplicación de la tutela de derecho; luego pasaremos a hacer un tipo de investigación **descriptiva**, cuando encontremos los orígenes y efectos del problema y finalmente terminaremos haciendo una investigación **analítica**, cuando contrastemos con la realidad a nuestra hipótesis en investigación.

**3.1.3. Métodos de la Investigación:** En la presente investigación vamos a utilizar el método *Histórico- Causal*, pues será a partir de los hechos ya producidos que se va a fundamentar la investigación y serán estos mismos hechos los que producirán efectos.

#### **3.2.- Población y Muestra.**

La **población**, es *homogénea y estática*, las cuales estarán conformadas por las sentencias judiciales que tengan la calidad de cosa juzgada, expedidas por la Sala de Apelación del Distrito Judicial de Loreto durante 01 de octubre del 2012 al 01 de octubre del 2014.

La **muestra** representativa está definida en forma *probabilística*, debido a que serán seleccionadas mediante métodos aleatorios y estará conformada por 10 resoluciones judiciales (autos) que tengan la calidad de cosa juzgada, lo que equivaldrá al 100% de la población, en una proporción de 5 resoluciones por año.

Debe precisarse que si bien la muestra representativa será las resoluciones judiciales, sin embargo para el estudio de los objetivos planteados, será necesario el estudio y extracción de información que contenga todo el expediente judicial, entre ellos el escrito de solicitud de tutela, la audiencia de tutela y los argumentos del representante del Ministerio Público.

Así mismo, se contará con una muestra conformada por 20 encuestas/entrevistas a magistrados del Poder Judicial y el Ministerio Público, distribuidos de la siguiente manera: 15 encuestas/entrevistas dirigidas a fiscales y 5 encuestas/entrevistas dirigidas a jueces.

### **3.3.- Técnicas e Instrumento de recolección de datos.**

**3.3.1. Técnicas:** Para recabar la información que enriquezca la presente investigación recurriremos a:

**Entrevistas:** Que a través de Guías de Preguntas se recabaran las "opiniones" de magistrados del Poder Judicial y del Ministerio Público, respecto del tema de la Tutela de Derecho.

**Encuestas:** Que a través del Cuestionario se recabará "información" de los Magistrados del Poder Judicial y del Ministerio Público, respecto del tema de la Tutela de Derecho.

**Estadísticas:** Se utilizarán Cuadros estadísticos, lo que nos proporcionarán "características".

**Análisis de Datos, Bibliográfico y de Casos:** Para lo que se utilizaran los libros, páginas virtuales, expedientes, los cuales

nos proporcionarán las diferentes “posiciones” sobre el tema, gracias a la lógica (estructura del pensamiento) y al razonamiento (fundamentación).

**3.3.1. Instrumentos:** Los principales instrumentos que utilizaremos en la investigación son:

- Guía de Preguntas.
- Cuestionario.
- Cuadros Estadísticos.
- Libros, Páginas virtuales y casos.

## **CAPÍTULO IV: RESULTADOS**

### **4.1. ENCUESTAS Y ENTREVISTAS A MAGISTRADOS DEL PODER JUDICIAL DEL DISTRITO JUDICIAL DE LORETO.**

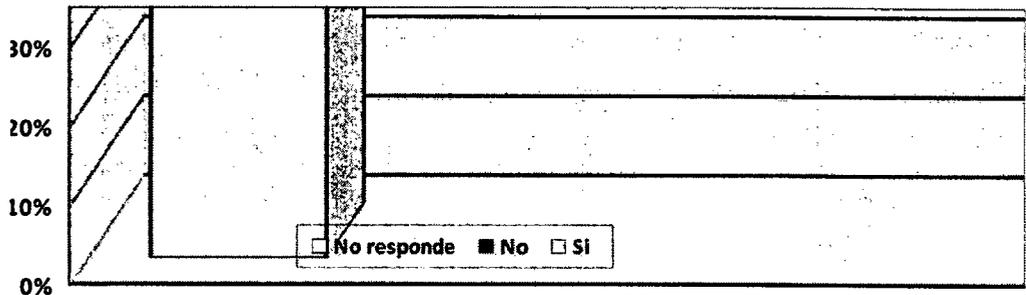
#### **4.1.1. ENCUESTAS: ANALISIS E INTERPRETACIÓN**

**1.- ¿Tiene conocimiento de la existencia de la audiencia de tutela de derechos en el nuevo código procesal penal?**

**Tabla N° 1**

| <b>CATEGORIA</b>   | <b>JUEZ</b> | <b>PORCENTAJE</b> |
|--------------------|-------------|-------------------|
| <b>SI</b>          | <b>5</b>    | <b>100 %</b>      |
| <b>NO</b>          | <b>0</b>    | <b>0%</b>         |
| <b>No responde</b> | <b>0</b>    | <b>0%</b>         |
| <b>TOTAL</b>       | <b>5</b>    | <b>100%</b>       |

**Figura N° 1**



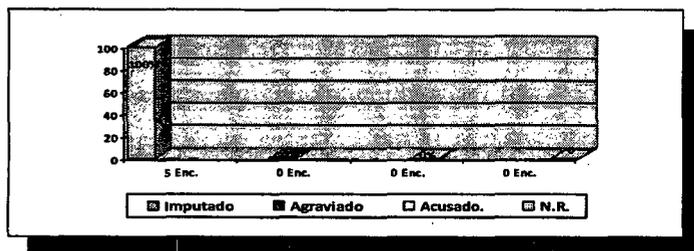
**INTERPRETACION:** Analizando el presente cuadro se puede ver, que el 100% de la muestra representativa de la población encuestada de Magistrados del Poder Judicial del Distrito Judicial de Loreto, que representan 5 encuestados, conocen sobre la figura Tutela de Derecho. Esta pregunta resultó necesaria para poder determinar si los encuestados tenían conocimientos suficientes o deficientes sobre el tema, lo cual se podrá contrastar con las demás respuestas.

**2.- ¿Cuál cree usted que es la finalidad de la audiencia de tutela de derechos?**

**Tabla N° 2**

| CATEGORIA                                                                         | JUEZ     | PORCENTAJE   |
|-----------------------------------------------------------------------------------|----------|--------------|
| La protección, resguardo y consiguiente efectividad de los derechos del imputado. | 5        | 100%         |
| La protección, resguardo y consiguiente efectividad de los derechos del agraviado | 0        | 0%           |
| La protección, resguardo y consiguiente efectividad de los derechos del acusado   | 0        | 0 %          |
| No sabe /no opina                                                                 | 0        | 0%           |
| <b>TOTAL</b>                                                                      | <b>5</b> | <b>100 %</b> |

**Figura N° 2**



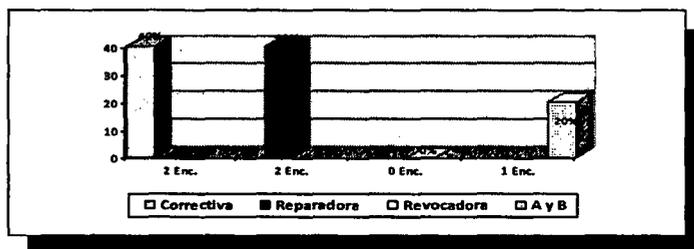
**INTERPRETACION:** Analizando el presente cuadro se puede ver que el 100% de la muestra, que representa 5 encuestados, marcaron la respuesta acertada, ya que es correcto afirmar que la tutela de derecho solo puede ser planteado por el Imputado, aunque existe una parte de la doctrina que señalan que debe ser también una facultad del agraviado.

**3.- ¿ Si ampara la solicitud del accionante a través de la tutela de derechos, el juez de garantías dicta una medida de tutela?**

**Tabla N° 3**

| CATEGORIA                                                                     | JUEZ     | PORCENTAJE   |
|-------------------------------------------------------------------------------|----------|--------------|
| Correctiva, que ponga fin al agravio                                          | 2        | 40%          |
| Reparadora, que remedie el daño causado, por ejemplo, subsanando una omisión. | 2        | 40%          |
| Revocadora, que deje sin efecto la disposición fiscal que causó la lesión     | 0        | 0 %          |
| A y b son correctas                                                           | 1        | 20%          |
| <b>TOTAL</b>                                                                  | <b>5</b> | <b>100 %</b> |

**Figura N° 3**



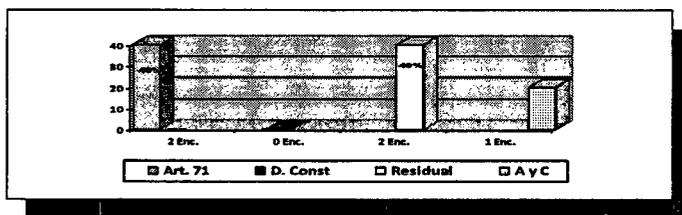
**INTERPRETACION:** Analizando el presente cuadro se puede ver, que el 40% que representa 2 encuestados, respondieron correctamente parcialmente, al señalar que la tutela de derecho tiene una finalidad correctiva que ponga fin al agravio, pero también tiene una finalidad Reparadora que remedie el daño causado, por ejemplo, subsanando una omisión, el cual también respondieron una proporción igual de 40% que representa 2 encuestados. Y solo un porcentaje mínimo de 20% que representa un (01) encuestado respondió correctamente, ambas finalidades.

#### 4.- Señale la afirmación correcta:

Tabla N° 4

| CATEGORIA                                                                                                                                                 | JUEZ     | PORCENTAJE   |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------|--------------|
| La audiencia de tutela procede cuando se vulneran los derechos fundamentales relacionados con los enumerados en el artículo 71° del Código Procesal Penal | 2        | 40%          |
| La audiencia de tutela procede contra cualquier acto lesivo a los derechos constitucionales del imputado                                                  | 0        | 0%           |
| Es de aplicación residual, y no procede contra aquellos agravios que, para su solución, tienen su propia vía                                              | 2        | 40%          |
| A y C son correctas                                                                                                                                       | 1        | 20%          |
| <b>TOTAL</b>                                                                                                                                              | <b>5</b> | <b>100 %</b> |

Figura N° 4



**INTERPRETACION:** Analizando el presente cuadro se puede ver el 40% que representa 2 encuestados respondieron que La audiencia de tutela procede cuando se vulneran los derechos fundamentales relacionados con los enumerados en el artículo 71° del Código Procesal Penal, lo cual es correcto, mientras que otro 40 %, que representan 2 encuestados, refirieron que la Tutela de Derechos, Es de aplicación residual, y no procede contra aquellos agravios que, para su solución, tienen su propia vía, lo cual también es correcto. Y solo un mínimo porcentaje ha señalado la respuesta correcta, es decir solo 1 de los encuestado ha señalado que ambas finalidades de la tutela.

**5.- La realización de la audiencia para resolver un pedido de tutela de derechos es?**

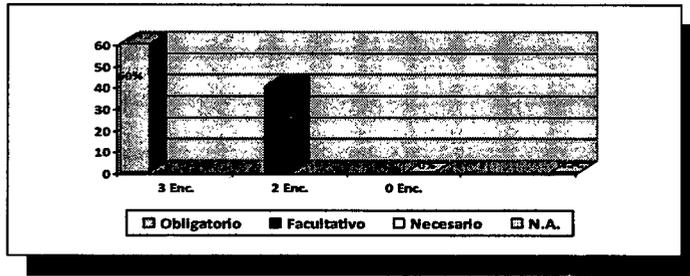
**Tabla N° 5**

| CATEGORIA                                                                                                               | JUEZ     | PORCENTAJE  |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------|-------------|
| Requisito obligatorio, por el derecho de las partes ejercer el contradictorio                                           | 3        | 60%         |
| Requisito facultativo, debiendo expresar las razones por las que prescinde de la audiencia                              | 2        | 40%         |
| Requisito necesario, sujeto a la evaluación de cada caso concreto, y solo excepcionalmente puede resolver sin audiencia | 0        | 0%          |
| En ningún caso se realiza la audiencia                                                                                  | 0        | 0%          |
| <b>TOTAL</b>                                                                                                            | <b>5</b> | <b>100%</b> |

**Figura N° 5**



408



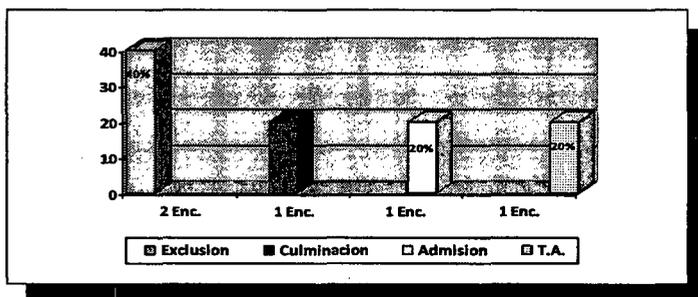
**INTERPRETACION:** Analizando el presente cuadro se puede ver el 60% que representa 3 encuestados respondieron la realización de la audiencia para resolver un pedido de tutela de derechos es requisito obligatorio, por el derecho de las partes ejercer el contradictorio, es decir un mayor porcentaje respondió incorrectamente, lo que denota el desconocimiento procesal de esta figura. Sin embargo hubo 40% que representa 2 encuestados respondieron correctamente que la realización de la audiencia para resolver un pedido de tutela de derechos es requisito facultativo, debiendo expresar las razones por las que prescinde de la audiencia.

#### 6.- El imputado puede solicitar vía tutela de derecho:

**Tabla N° 6**

| CATEGORIA                                                               | JUEZ     | PORCENTAJE  |
|-------------------------------------------------------------------------|----------|-------------|
| La exclusión del material probatorio obtenido ilícitamente              | 2        | 40%         |
| La culminación de la investigación al haber excedido el plazo razonable | 1        | 20%         |
| La admisión de las diligencias denegadas por el fiscal.                 | 1        | 20%         |
| Todas las anteriores.                                                   | 1        | 20%         |
| <b>TOTAL</b>                                                            | <b>5</b> | <b>100%</b> |

**Figura N° 6**



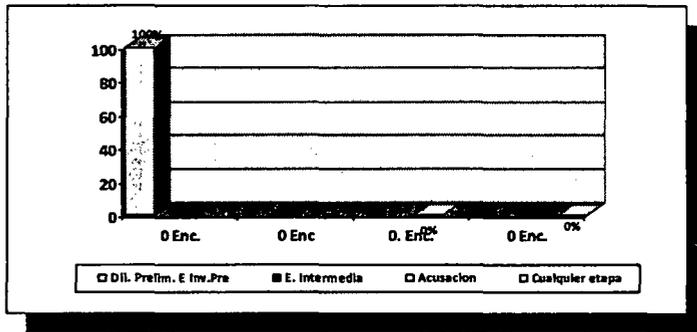
**INTERPRETACION:** Analizando el presente cuadro se puede ver que solo el 40%, que representa 2 encuestados, respondieron correctamente que el imputado puede solicitar vía tutela de derecho la exclusión del material probatorio obtenido ilícitamente. Sin embargo hubo 60%, que representa 3 encuestado, respondió que por medio de esta vía, se puede pedir la culminación de la investigación al haber excedido el plazo razonable o la admisión de las diligencias denegadas por el fiscal, lo cual es incorrecto, como lo hemos visto en la parte teórica.

#### 7.- La acción de tutela puede ser planteada:

Tabla N° 7

| CATEGORIA                                                    | JUEZ     | PORCENTAJE   |
|--------------------------------------------------------------|----------|--------------|
| En las diligencias preliminares e investigación preparatoria | 5        | 100%         |
| En la etapa intermedia                                       | 0        | 0%           |
| Hasta antes de la acusación                                  | 0        | 0%           |
| En cualquier etapa del proceso                               | 0        | 0%           |
| <b>TOTAL</b>                                                 | <b>5</b> | <b>100 %</b> |

Figura N° 7



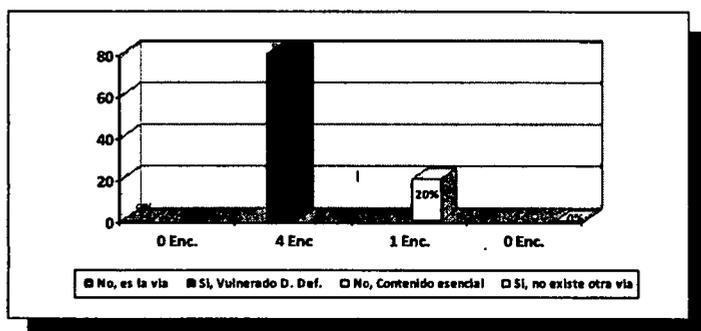
**INTERPRETACION:** Analizando el presente cuadro se puede ver que el 100% respondió correctamente a la pregunta del momento de solicitar tutela de derecho, es decir en las diligencias preliminares e investigación preparatoria.

**8.- Si en la diligencia de reconocimiento de persona no participa el abogado defensor, el imputado puede solicitar que se excluya dicha diligencia vía tutela?**

**Tabla N° 8**

| CATEGORIA                                                                     | JUEZ     | PORCENTAJE  |
|-------------------------------------------------------------------------------|----------|-------------|
| No, porque no es la vía                                                       | 0        | 0%          |
| Sí, porque se ha vulnerado el derecho a la defensa.                           | 4        | 80%         |
| No, porque no se vulnera el contenido esencial de los derechos de la persona. | 1        | 20%         |
| Sí, porque no existe otra vía                                                 | 0        | 0%          |
| <b>TOTAL</b>                                                                  | <b>5</b> | <b>100%</b> |

**Figura N° 8**



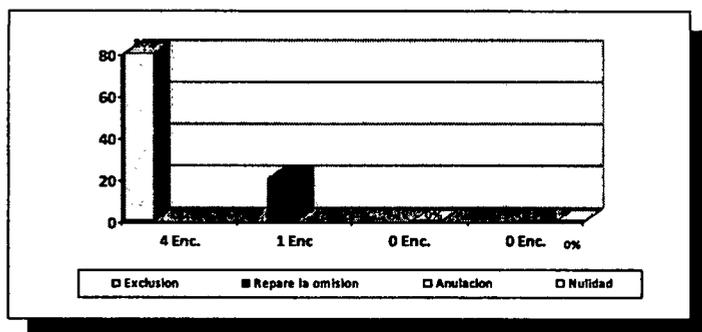
**INTERPRETACION:** Analizando el presente cuadro se puede ver que el 80% que representa 4 encuestados, tiene la idea equivocada que si en la diligencia de reconocimiento de persona no participa el abogado defensor, el imputado puede solicitar que se excluya dicha diligencia vía tutela, porque se ha vulnerado el derecho a la defensa, lo cual es equivocado, por cuanto en ella no se vulnera el contenido, pero un (01) encuestado que representa el 20% respondió correctamente.

**9.- Si el abogado defensor no fue notificado para que tenga el derecho ha participado en la declaración de algún testigo, que puede hacer el abogado defensor?**

**Tabla N° 9**

| CATEGORIA                                              | JUEZ     | PORCENTAJE  |
|--------------------------------------------------------|----------|-------------|
| Solicitar vía tutela, la exclusión de dicha diligencia | 4        | 80%         |
| Solicitar vía tutela, que repare la omisión.           | 1        | 20%         |
| Solicitar vía tutela, la anulación de dicha diligencia | 0        | 0%          |
| Solicitar vía tutela, la nulidad de dicha diligencia   | 0        | 0%          |
| <b>TOTAL</b>                                           | <b>5</b> | <b>100%</b> |

**Figura N° 9**



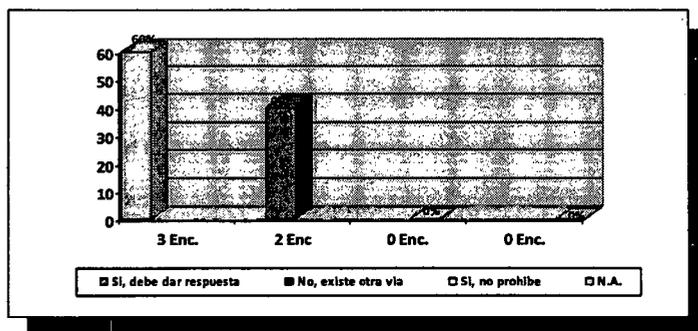
**INTERPRETACION:** Analizando el presente cuadro se puede ver que el 80% que representa 4 encuestados, consideran que si el abogado defensor no fue notificado para que tenga el derecho ha participado en la declaración de algún testigo, el abogado defensor debe solicitar vía tutela, la exclusión de dicha diligencia, lo cual es incorrecto ya que solo se excluye el medio de prueba ilícitamente obtenido, y en este caso solo se debería reparar la omisión.

**10.- Si la actuación del señor Fiscal al concluir con la investigación preparatoria, emitiendo la respectiva acusación, sin efectuar pronunciamiento alguno sobre el medio de prueba presentado por la defensa técnica del recurrente, vulnera derecho:**

**Tabla N° 10**

| CATEGORIA                                                              | JUEZ     | PORCENTAJE  |
|------------------------------------------------------------------------|----------|-------------|
| Sí, porque el fiscal debe dar respuesta a la solicitud de la defensa   | 2        | 40%         |
| No, porque el Código Procesal Penal, que existen otras vías para ello. | 3        | 60%         |
| Sí, porque el Código Procesal Penal, no prohíbe                        | 0        | 0%          |
| Ninguna de la anteriores                                               | 0        | 10%         |
| <b>TOTAL</b>                                                           | <b>5</b> | <b>100%</b> |

**Figura N° 10**



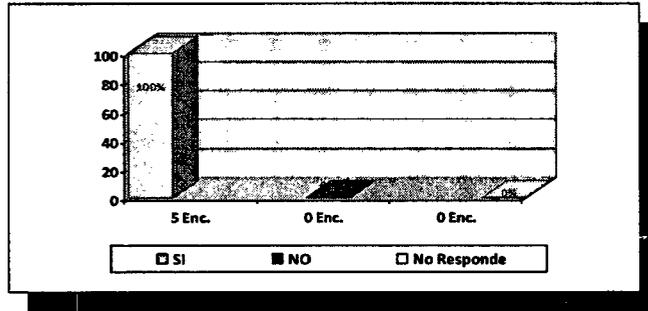
**INTERPRETACION:** Analizando el presente cuadro se puede ver que el 60% que representa 3 encuestados, ha respondido correctamente que la actuación del señor Fiscal al concluir con la investigación preparatoria, emitiendo la respectiva acusación, sin efectuar pronunciamiento alguno sobre el medio de prueba presentado por la defensa técnica del recurrente, no vulnera derechos fundamental, para hacerlo valer vía tutela de derecho, porque el Código Procesal Penal, prevé otras vías para ello. Sin embargo un lamentable y preocupante 40% que presenta 2 encuestados, dijo que si vulnera derecho de los imputados.

#### 4.1.2. ENTREVISTAS: ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN

1. De acuerdo a lo que señala el fundamento 11 del Acuerdo Plenario N° 4-2010, la finalidad esencial de la acción de tutela consiste en que el Juez determine, desde la instancia y actuación de las partes, la vulneración del derecho o garantía prevista constitucionalmente y realice un acto procesal dictando una medida de tutela correctiva, reparadora o protectora. ¿Considera usted que, desde el punto de vista de la práctica procesal, la acción de tutela puede convertirse en un obstáculo para la investigación fiscal?

Tabla y Figura N° 1

| CATEGORIA          | JUEZ | PORCENTAJE |
|--------------------|------|------------|
| SI                 | 5    | 100%       |
| NO                 | 0    | 0%         |
| No sabe / no opina | 0    | 0%         |
| TOTAL              | 0    | 100%       |

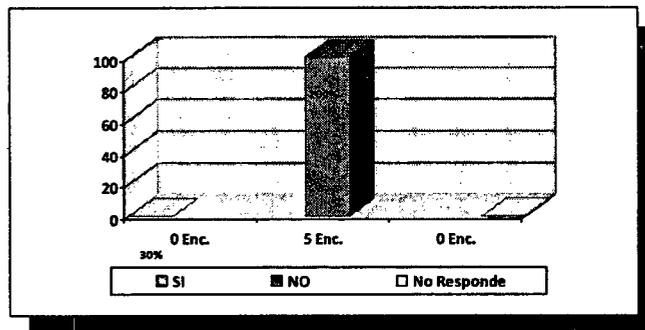


**INTERPRETACION:** El 100% de la muestra, que corresponde a 5 encuestados, considera que desde el punto de vista de la práctica procesal, la acción de tutela puede convertirse en un obstáculo para la investigación fiscal, porque se vuelve en una práctica dilatoria, solo con el fin de hacer una labor obstruccionista.

- De acuerdo a la doctrina (ALVA FLORIAN, César "*La tutela de derechos en el Código Procesal Penal de 2004*"), la acción de tutela es la mejor vía reparadora del menoscabo sufrido, y que incluso puede funcionar con mayor eficiencia y eficacia que un proceso constitucional de habeas corpus. ¿Cree usted que esta acción cumple plenamente con los objetivos para los que fue regulada?

**Tabla y Figura N° 3**

| CATEGORIA          | JUEZ | PORCENTAJE |
|--------------------|------|------------|
| SI                 | 0    | 0%         |
| NO                 | 5    | 100%       |
| No sabe / No opina | 0    | 0%         |
| TOTAL              | 5    | 100%       |



**INTERPRETACION:** Analizando el presente cuadro se tiene que el 100%, que representa 5 encuestados, señaló que la acción de tutela es la mejor vía reparadora del menoscabo sufrido, y que incluso puede funcionar con mayor eficiencia y eficacia que un proceso constitucional de habeas corpus, pero que no cumple plenamente con los objetivos para los que fue regulada, porque es utilizado solo con fines dilatorios.

#### **4.2. ENCUESTAS Y ENTREVISTAS A FISCALES DEL MINISTERIO PÚBLICO DEL DISTRITO FISCAL DE LORETO.**

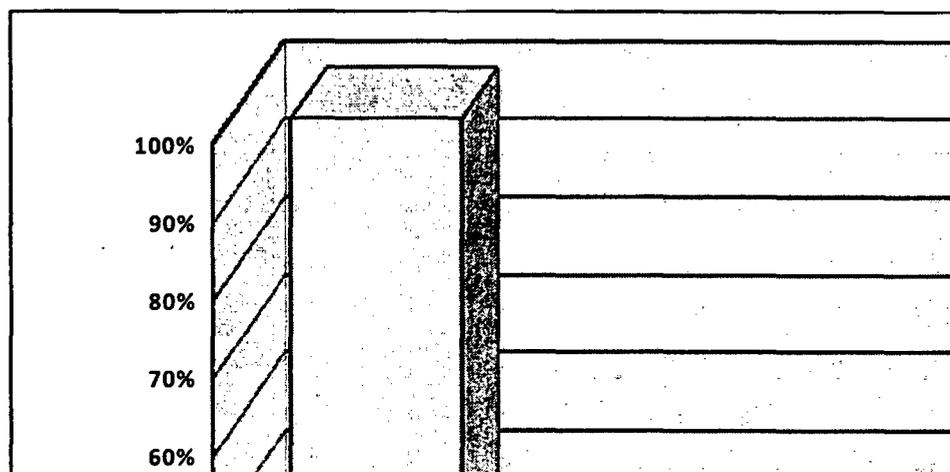
##### **4.2.1 ENCUESTA: ANALISIS E INTERPRETACION**

**1.- ¿Tiene conocimiento de la existencia de la audiencia de tutela de derechos en el nuevo código procesal penal?**

**Tabla N° 1**

| <b>CATEGORIA</b>   | <b>FISCAL</b> | <b>PORCENTAJE</b> |
|--------------------|---------------|-------------------|
| <b>SI</b>          | <b>15</b>     | <b>100 %</b>      |
| <b>NO</b>          | <b>0</b>      | <b>0%</b>         |
| <b>No responde</b> | <b>0</b>      | <b>0%</b>         |
| <b>TOTAL</b>       | <b>15</b>     | <b>100%</b>       |

**Figura N° 1**



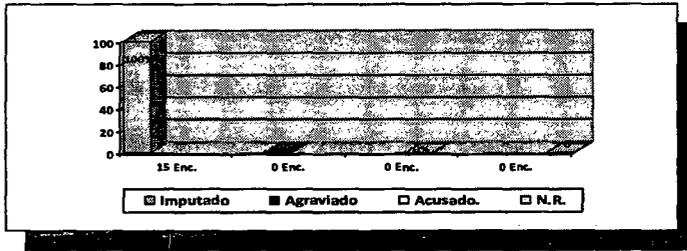
**INTERPRETACION:** Analizando el presente cuadro se puede ver, que el 100% de la muestra representativa de la población encuestada de Magistrados del Ministerio Público del Distrito Fiscal de Loreto, que representan 15 encuestados, conocen sobre la figura Tutela de Derecho. Esta pregunta resultó necesaria para poder determinar si los encuestados tenían conocimientos suficientes o deficientes sobre el tema, lo cual se podrá contrastar con las demás respuestas.

**2.- ¿Cuál cree usted que es la finalidad de la audiencia de tutela de derechos?**

**Tabla N° 2**

| <b>CATEGORIA</b>                                                                  | <b>FISCAL</b> | <b>PORCENTAJE</b> |
|-----------------------------------------------------------------------------------|---------------|-------------------|
| La protección, resguardo y consiguiente efectividad de los derechos del imputado. | 15            | 100%              |
| La protección, resguardo y consiguiente efectividad de los derechos del agraviado | 0             | 0%                |
| La protección, resguardo y consiguiente efectividad de los derechos del acusado   | 0             | 0 %               |
| <b>No sabe /no opina</b>                                                          | 0             | <b>0%</b>         |
| <b>TOTAL</b>                                                                      | <b>15</b>     | <b>100 %</b>      |

**Figura N° 2**



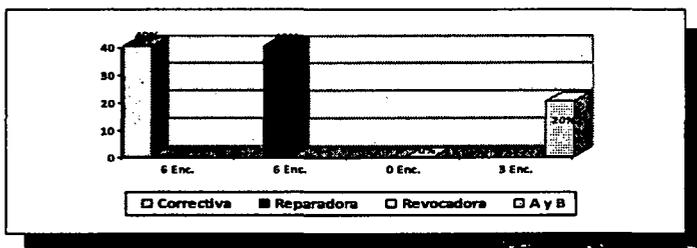
**INTERPRETACION:** Analizando el presente cuadro se puede ver que el 100% de la muestra, que representa 15 encuestados, marcaron la respuesta acertada, ya que es correcto afirmar que la tutela de derecho solo puede ser planteado por el Imputado, aunque existe una parte de la doctrina que señalan que debe ser también una facultad del agraviado.

3.- ¿Si ampara la solicitud del accionante a través de la tutela de derechos, el juez de garantías dicta una medida de tutela?

**Tabla N° 3**

| CATEGORIA                                                                     | FISCAL | PORCENTAJE |
|-------------------------------------------------------------------------------|--------|------------|
| Correctiva, que ponga fin al agravio                                          | 6      | 40%        |
| Reparadora, que remedie el daño causado, por ejemplo, subsanando una omisión. | 6      | 40%        |
| Revocadora, que deje sin efecto la disposición fiscal que causo la lesión     | 0      | 0%         |
| A y b son correctas                                                           | 3      | 20%        |
| TOTAL                                                                         | 15     | 100%       |

**Figura N° 3**



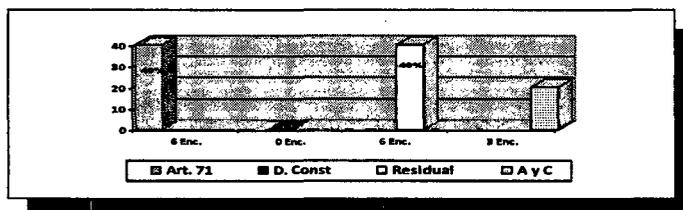
**INTERPRETACION:** Analizando el presente cuadro se puede ver, que el 40% que representa 6 encuestados, respondieron correctamente parcialmente, al señalar que la tutela de derecho tiene una finalidad correctiva que ponga fin al agravio, pero también tiene una finalidad Reparadora que remedie el daño causado, por ejemplo, subsanando una omisión, el cual también respondieron una proporción igual de 40% que representa 6 encuestados. Y solo un porcentaje mínimo de 20% que representa un (01) encuestado respondió correctamente, ambas finalidades.

#### 4.- Señale la afirmación correcta:

**Tabla N° 4**

| CATEGORIA                                                                                                                                                 | FISCAL    | PORCENTAJE   |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|--------------|
| La audiencia de tutela procede cuando se vulneran los derechos fundamentales relacionados con los enumerados en el artículo 71° del Código Procesal Penal | 6         | 40%          |
| La audiencia de tutela procede contra cualquier acto lesivo a los derechos constitucionales del imputado                                                  | 0         | 0%           |
| Es de aplicación residual, y no procede contra aquellos agravios que, para su solución, tienen su propia vía                                              | 6         | 40%          |
| A y C son correctas                                                                                                                                       | 3         | 20%          |
| <b>TOTAL</b>                                                                                                                                              | <b>15</b> | <b>100 %</b> |

**Figura N° 4**



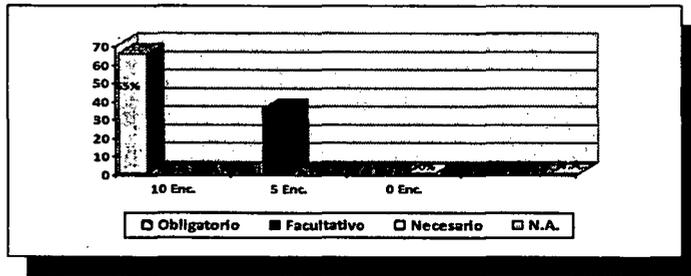
**INTERPRETACION:** Analizando el presente cuadro se puede ver el 40% que representa 6 encuestados respondieron que la audiencia de tutela procede cuando se vulneran los derechos fundamentales relacionados con los enumerados en el artículo 71° del Código Procesal Penal, lo cual es correcto, mientras que otro 40 %, que representan 6 encuestados, refirieron que la Tutela de Derechos, Es de aplicación residual, y no procede contra aquellos agravios que, para su solución, tienen su propia vía, lo cual también es correcto. Y solo un mínimo porcentaje ha señalado la respuesta correcta, es decir solo 3 de los encuestado ha señalado que ambas finalidades de la tutela.

## 5.- La realización de la audiencia para resolver un pedido de tutela de derechos es?

Tabla N° 5

| CATEGORIA                                                                                                                | FISCAL    | PORCENTAJE  |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|-------------|
| Requisito obligatorio, por el derecho de las partes ejercer el contradictorio                                            | 10        | 65%         |
| Requisito facultativo, debiendo expresar las razones por las que prescinde de la audiencia                               | 5         | 35%         |
| Requisito necesario, sujeto a la evaluación de cada caso concreto, y solo excepcionalmente, puede resolver sin audiencia | 0         | 0%          |
| En ningún caso se realiza la audiencia                                                                                   | 0         | 0%          |
| <b>TOTAL</b>                                                                                                             | <b>15</b> | <b>100%</b> |

Figura N° 5



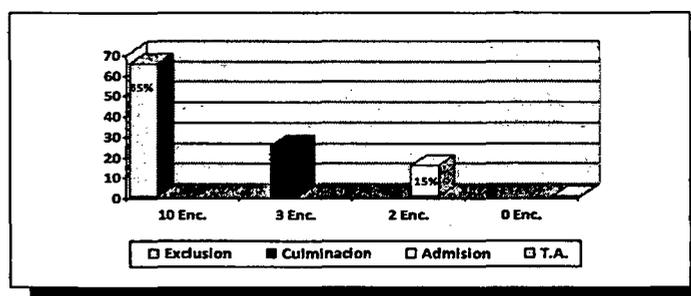
**INTERPRETACION:** Analizando el presente cuadro se puede ver el 65% que representa 10 encuestados respondieron la realización de la audiencia para resolver un pedido de tutela de derechos es requisito obligatorio, por el derecho de las partes ejercer el contradictorio, es decir un mayor porcentaje respondió incorrectamente, lo que denota el desconocimiento procesal de esta figura. Sin embargo hubo 35% que representa 5 encuestados respondieron correctamente que la realización de la audiencia para resolver un pedido de tutela de derechos es requisito facultativo, debiendo expresar las razones por las que prescinde de la audiencia.

#### 6.- El imputado puede solicitar vía tutela de derecho:

Tabla N° 6

| CATEGORIA                                                               | FISCAL    | PORCENTAJE  |
|-------------------------------------------------------------------------|-----------|-------------|
| La exclusión del material probatorio obtenido ilícitamente              | 10        | 65%         |
| La culminación de la investigación al haber excedido el plazo razonable | 3         | 25%         |
| La admisión de las diligencias denegadas por el fiscal.                 | 2         | 15%         |
| Todas las anteriores.                                                   | 0         | 0%          |
| <b>TOTAL</b>                                                            | <b>15</b> | <b>100%</b> |

Figura N° 6



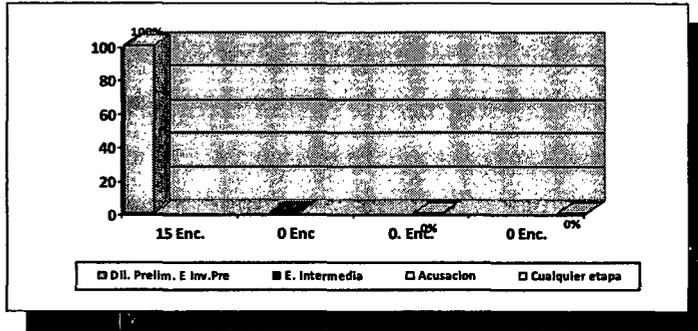
**INTERPRETACION:** Analizando el presente cuadro se puede ver que solo el 65%, que representa 10 encuestados, respondieron correctamente que el imputado puede solicitar vía tutela de derecho la exclusión del material probatorio obtenido ilícitamente. Sin embargo hubo 40%, que representa 5 encuestado, respondió que por medio de esta vía, se puede pedir la culminación de la investigación al haber excedido el plazo razonable o la admisión de las diligencias denegadas por el fiscal, lo cual es incorrecto, como lo hemos visto en la parte teórica.

**7.- La acción de tutela puede ser planteada:**

**Tabla N° 7**

| <b>CATEGORIA</b>                                             | <b>FISCAL</b> | <b>PORCENTAJE</b> |
|--------------------------------------------------------------|---------------|-------------------|
| En las diligencias preliminares e investigación preparatoria | 15            | 100%              |
| En la etapa intermedia                                       | 0             | 0%                |
| Hasta antes de la acusación                                  | 0             | 0%                |
| En cualquier etapa del proceso                               | 0             | 0%                |
| <b>TOTAL</b>                                                 | <b>15</b>     | <b>100 %</b>      |

**Figura N° 7**



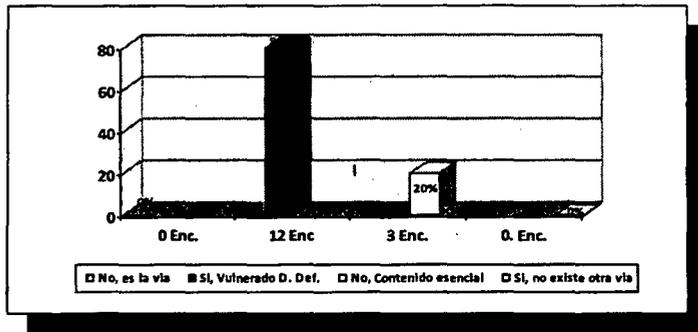
**INTERPRETACION:** Analizando el presente cuadro se puede ver que el 100% respondió correctamente a la pregunta del momento de solicitar tutela de derecho, es decir en las diligencias preliminares e investigación preparatoria.

**8.- Si en la diligencia de reconocimiento de persona no participa el abogado defensor, el imputado puede solicitar que se excluya dicha diligencia vía tutela?**

**Tabla N° 8**

| CATEGORIA                                                                     | FISCAL    | PORCENTAJE  |
|-------------------------------------------------------------------------------|-----------|-------------|
| No, porque no es la vía                                                       | 0         | 0%          |
| Sí, porque se ha vulnerado el derecho a la defensa.                           | 12        | 80%         |
| No, porque no se vulnera el contenido esencial de los derechos de la persona. | 3         | 20%         |
| Sí, porque no existe otra vía                                                 | 0         | 0%          |
| <b>TOTAL</b>                                                                  | <b>15</b> | <b>100%</b> |

**Figura N° 8**



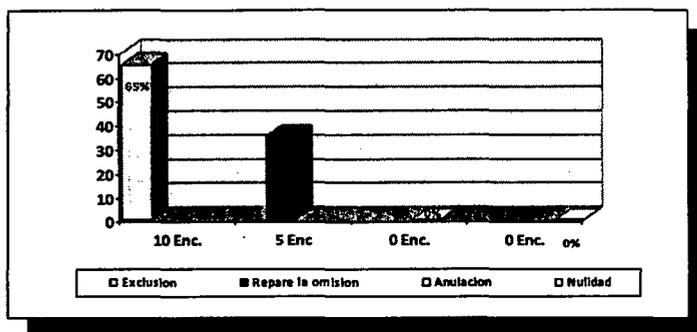
**INTERPRETACION:** Analizando el presente cuadro se puede ver que el 80% que representa 12 encuestados, tiene la idea equivocada que si en la diligencia de reconocimiento de persona no participa el abogado defensor, el imputado puede solicitar que se excluya dicha diligencia vía tutela, porque se ha vulnerado el derecho a la defensa, lo cual es equivocado, por cuanto en ella no se vulnera el contenido, pero solo tres (3) encuestado que representa el 20% respondió correctamente.

**9.- Si el abogado defensor no fue notificado para que tenga el derecho ha participado en la declaración de algún testigo, que puede hacer el abogado defensor?**

**Tabla N° 9**

| CATEGORIA                                              | FISCAL    | PORCENTAJE  |
|--------------------------------------------------------|-----------|-------------|
| Solicitar vía tutela, la exclusión de dicha diligencia | 10        | 65%         |
| Solicitar vía tutela, que repare la omisión.           | 5         | 35%         |
| Solicitar vía tutela, la anulación de dicha diligencia | 0         | 0%          |
| Solicitar vía tutela, la nulidad de dicha diligencia   | 0         | 0%          |
| <b>TOTAL</b>                                           | <b>15</b> | <b>100%</b> |

**Figura N° 9**



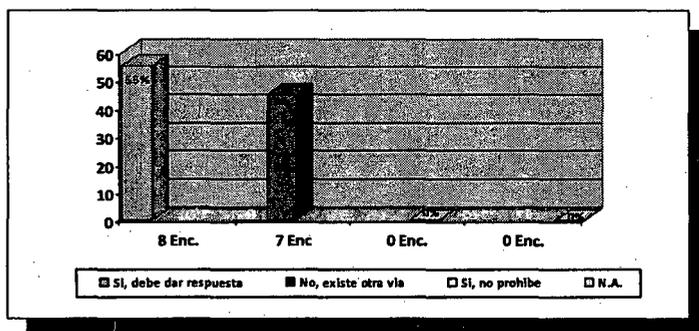
**INTERPRETACION:** Analizando el presente cuadro se puede ver que el 65% que representa 10 encuestados, consideran que si el abogado defensor no fue notificado para que tenga el derecho ha participado en la declaración de algún testigo, el abogado defensor debe solicitar vía tutela, la exclusión de dicha diligencia, lo cual es incorrecto ya que solo se excluye el medio de prueba ilícitamente obtenido, y en este caso solo se debería reparar la omisión.

**10.- Si la actuación del señor Fiscal al concluir con la investigación preparatoria, emitiendo la respectiva acusación, sin efectuar pronunciamiento alguno sobre el medio de prueba presentado por la defensa técnica del recurrente, vulnera derecho:**

**Tabla N° 10**

| CATEGORIA                                                              | FISCAL    | PORCENTAJE  |
|------------------------------------------------------------------------|-----------|-------------|
| Sí, porque el fiscal debe dar respuesta a la solicitud de la defensa   | 8         | 55%         |
| No, porque el Código Procesal Penal, que existen otras vías para ello. | 7         | 45%         |
| Sí, porque el Código Procesal Penal, no prohíbe                        | 0         | 0%          |
| Ninguna de la anteriores                                               | 0         | 10%         |
| <b>TOTAL</b>                                                           | <b>15</b> | <b>100%</b> |

**Figura N° 10**



**INTERPRETACION:** Analizando el presente cuadro se puede ver que solo el 45% que representa 7 encuestados, ha respondido correctamente que la actuación del señor Fiscal al concluir con la investigación preparatoria, emitiendo la respectiva acusación, sin efectuar pronunciamiento alguno sobre el medio de prueba presentado por la defensa técnica del recurrente, no vulnera derechos fundamental, para hacerlo valer vía tutela de derecho, porque el Código Procesal Penal, prevé otras vías para ello. Sin embargo un lamentable y preocupante 55% que presenta 8 encuestados, dijo que si vulnera derecho de los imputados.

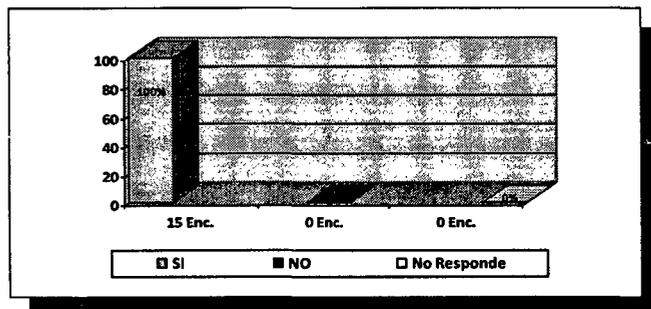
#### 4.2.2. ENTREVISTAS: ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN

- De acuerdo a lo que señala el fundamento 11 del Acuerdo Plenario N° 4-2010, la finalidad esencial de la acción de tutela consiste en que el Juez determine, desde la instancia y actuación de las partes, la vulneración del derecho o garantía prevista constitucionalmente y realice un acto procesal dictando una medida de tutela correctiva, reparadora o protectora. ¿Considera usted que, desde el punto de vista de la práctica procesal, la acción de tutela puede convertirse en un obstáculo para la investigación fiscal?

Tabla y Figura N° 1

| CATEGORIA          | FISCAL | PORCENTAJE |
|--------------------|--------|------------|
| SI                 | 15     | 100%       |
| NO                 | 0      | 0%         |
| No sabe / no opina | 0      | 0%         |

|       |    |      |
|-------|----|------|
| TOTAL | 15 | 100% |
|-------|----|------|

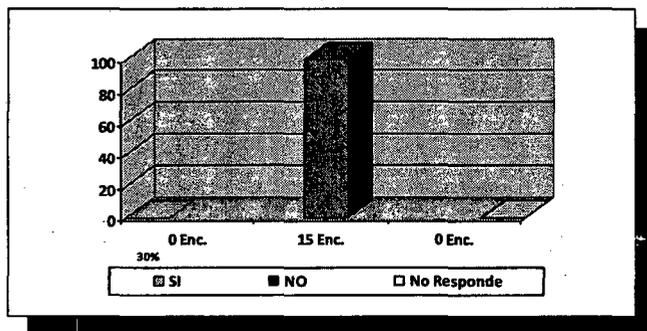


**INTERPRETACION:** El 100% de la muestra, que corresponde a 15 encuestados, considera que desde el punto de vista de la práctica procesal, la acción de tutela puede convertirse en un obstáculo para la investigación fiscal, porque se vuelve en una práctica dilatoria, solo con el fin de hacer una labor obstruccionista.

- De acuerdo a la doctrina (ALVA FLORIAN, César "*La tutela de derechos en el Código Procesal Penal de 2004*"), la acción de tutela es la mejor vía reparadora del menoscabo sufrido, y que incluso puede funcionar con mayor eficiencia y eficacia que un proceso constitucional de habeas corpus. ¿Cree usted que esta acción cumple plenamente con los objetivos para los que fue regulada?

**Tabla y Figura N° 3**

| CATEGORIA          | JUEZ | PORCENTAJE |
|--------------------|------|------------|
| SI                 | 0    | 0%         |
| NO                 | 15   | 100%       |
| No sabe / No opina | 0    | 0%         |
| TOTAL              | 15   | 100%       |



**INTERPRETACION:** Analizando el presente cuadro se tiene que el 100%, que representa 15 encuestados, señaló que la acción de tutela es la mejor vía reparadora del menoscabo sufrido, y que incluso puede funcionar con mayor eficiencia y eficacia que un proceso constitucional de habeas corpus, pero que no cumple plenamente con los objetivos para los que fue regulada, porque es utilizado solo con fines dilatorios.

#### 4.3. ANALISIS DE RESOLUCIONES JUDICIALES

##### 4.3.1. ANÁLISIS Y RESULTADO.

###### 1) Exp. 2827-2012-51-1903-JR-PE-01

Imputada: Erick Gonzales Diaz y Javier Peña Rios.

Delito: Violacion Sexual

Res. N° 08 / 18 enero 2013

###### Hechos y Petitorio:

Los abogados defensores públicos Llomer Omar Salinas Ríos y Luis Manuel Caballero Mego, solicitan a su turno, se excluya toda fuente de prueba obtenida en las diligencias preliminares y por otro lado solicitan que se precise en la formalización de la investigación preparatoria ya que esta ambigua, vaga, y el grado de participación de los investigados. La defensa técnica de los imputados fundamentan sus recursos señalando que la resolución impugnada contiene una motivación aparente por cuanto no se ha pronunciado sobre las alegaciones efectuadas por la defensa, como no haber precisado las diligencias preliminares, la imputación necesaria, toda

vez que no existe disposición fiscal del inicio de las investigaciones preliminares o diligencias preliminares, se ha vulnerado el derecho a la defensa de los imputados debido a que no se ha efectuado una imputación necesaria desde el inicio de las diligencias preliminares, es mas no existe disposición fiscal debidamente motivada que señale los cargos y las conductas individualizadas de los inculpados, así como no se ha establecido la pertinencia y la utilidad de las diligencias a realizarse lo cual configura una vulneración al derecho de defensa, señala además que en la audiencia de prisión preventiva el Fiscal Provincial ha señalado, que realizara la imputación necesaria en el segundo presupuesto material de prisión preventiva, que es el pronóstico de pena, cuando ello debió haber sido realizado desde el inicio de las diligencias preliminares lo cual evidencia una flagrante vulneración al derecho de defensa, no se ha señalado las conductas individualizadas y no precisa la participación de los imputados, falta de incriminación y exclusión de la fuente de prueba por cuanto los elementos que se sustentan se ha hecho no amparados a derecho.

**Decisión Jurisdiccional:**

La resolución judicial, invocando el Acuerdo Plenario N° 02-2012-SJ-116 referido a la Tutela de derechos, señala que en el caso concreto la defensa previamente no ha recurrido al Ministerio Público, a fin de solicitar las subsanaciones correspondientes, por lo que su pedido de tutela de derechos no puede ser amparado, teniéndose en cuenta además que debió existir una demora o desestimación al pedido que se hubiera formulado ante las irregularidades que señalan los procesados, solo o en cuyo caso se hubiera podido haber solicitado la tutela de derecho.

**Análisis de la Resolución.**

En principio lo señalado por la defensa es equivocado ya que lo que se excluye no es la fuente de fuente de prueba, sino el medio de prueba. Para un mejor entendimiento, las etapas de formación de la prueba tiene tres etapas o pasos, la primera es la fuente de prueba, esto es el hecho factico preexistente antes del proceso, por ejemplo el asesinato de una persona, la

segunda etapa o paso, es el medio de prueba, esto es el vehículo mediante el cual se introduce la fuente de prueba al proceso, por ejemplo el testimonio de una persona [la persona es el órgano de prueba], que vio el asesinato de esa persona. Y finalmente la prueba propiamente dicha, que es el medio de prueba, actuado en juicio oral, público, contradictorio y que causa convicción al juez, es la prueba.

En ese sentido lo que me excluye vía tutela es el medio de prueba ilícitamente obtenida, por la fuente de prueba siempre preexiste al proceso.

Ahora con respecto a la resolución judicial, si bien establece un criterio correcto, respecto a que los abogados defensores debieron recurrir previamente al fiscal para solicitar que se precise los cargos que se les imputan - es decir imputación necesaria - sin embargo y esto es lo más lamentable, la resolución judicial no dice absolutamente nada, sobre la exclusión probatoria solicitada por los abogados defensores, por lo que puede ver que la Sala Penal, vulnera el derecho de la debida motivación, al no pronunciarse sobre todos los aspectos de los fundamentos de apelación, al respecto la Corte Suprema ha señalado en la CASACIÓN Nº 08-2007 (SENTENCIA)-HUAURA en la cual señaló en el fundamento sexto que "Uno de las garantías establecidas por la ley, es el derecho de obtener de los órganos jurisdiccionales una respuesta motivada, pero razonada y congruente respecto a las peticiones que se formulen, en este caso, en materia penal. La exigencia de motivación como se tiene expuesto, se encuentra regulada en el plano constitucional, en el inciso quinto del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución; debiendo tenerse en consideración que la garantía procesal específica de motivación, integra a su vez la garantía de la tutela jurisdiccional relacionada también con el debido proceso; de ahí que toda decisión jurisdiccional debe estar fundamentada con logicidad, claridad y coherencia, lo que permitirá entender el porqué de lo resuelto.

Y conforme lo analizado en la resolución emitida por la Sala Penal de Loreto, se concluye que la Sala Superior inobservó la garantía constitucional contenida en el inciso quinto del artículo ciento treinta y nueve de la Carta Fundamental; incurriendo en la causal de manifiesta ilogicidad de la motivación; no apreciándose falta de motivación tal como se tiene señalado.

Lo que debió verificar la Sala Penal, es si en realidad el material probatorio, presentado en el requerimiento de prisión preventiva o de formalización de la investigación preparatoria, fue obtenida ilícitamente, y de acuerdo a ello emitir un pronunciamiento respecto a este extremo. Es claro que los fundamentos señalados por los abogados defensores, no resultaba amparable para una exclusión probatoria, por cuanto la falta de motivación en la pertinencia o utilidad de un medio de prueba no es causal para excluirlo.

**2) Exp. 2773-2012-69-1903-JR-PE-04**

Imputada: Moena Ramiro Satalaya

Delito: No especificado

Res. N° 08 / 18 enero 2013

**Hechos y Petitorio:**

El abogado defensor público Peter Jonatan Villazon Obeso, en representación de Ramiro Satalaye Moena, solicita tutela de derecho sustentando fácticamente su pedido entre otros puntos que, el día 26 de noviembre del 2012, a las 08:00 am, en su calidad de defensor público y ante el requerimiento de la Fiscalía de Turno, se apersonó a la comisaria de Morona Cocha, con la finalidad de asumir la defensa del imputado, siendo que le manifestó a la representante del Ministerio Público la realización de las diligencias de constatación y verificación del domicilio del imputado y también la inspección judicial de constatación en el lugar de los hechos, negándose a realizar dichas diligencias, aduciendo la señora fiscal que su tiempo ya se vencía. De igual manera le solicitó que le notificara la

disposición de inicio de las diligencias preliminares, a lo cual también se negó.

**Decisión Jurisdiccional:**

En primera instancia la Juez del Cuarto Juzgado de Investigación Preparatoria, rechazó liminarmente la solicitud de tutela de derecho argumentando que el recurrente no expresa fehacientemente qué derecho se ha vulnerado teniendo en cuenta las causales establecidas taxativamente en el artículo 71° del CPP. Asimismo señaló que, respecto a que la fiscal se ha negado a la realización de las diligencias de constatación y verificación del domicilio del imputado y también a la inspección judicial de constatación en el lugar de los hechos, se precisa que, atendiendo al carácter urgente e inaplazable de las diligencias preliminares no amerita la realización de las diligencias de constatación y verificación del domicilio del imputado y de la inspección judicial de constatación en el lugar de los hechos, pues estos no son de carácter urgente, ni tiene como finalidad determinar si los hechos constituyen delito, asegurar los elementos de convicción, ni identificar a los involucrados; además que lo solicitado puede ser realizado en el decurso de la investigación preparatoria, argumento que tiene sustento en lo dispuesto en el artículo 330.2 del Código Procesal Penal (...). Por otro lado existe una contradicción respecto al argumento que no le notificaron la disposición fiscal numero uno sobre el inicio de las diligencias preliminares, sin embargo de su misma solicitud se advierte, del requerimiento de las diligencias de constatación y verificación del domicilio del imputado, que si tenía conocimiento de los cargo imputados a su representado.

Interpuesto el recurso de apelación bajos los mismo argumentos la Sala Penal resolvió confirmar la venida en grado en el extremo que resuelve el rechazo liminar del pedido de tutela respecto a la negativa de realización de inspección judicial en el lugar de los hechos y revocar la venida en grado en el extremo que resuelve el rechazo liminar del pedido de tutela respecto a la omisión de notificación del inicio de las diligencias preliminares y negativa de

verificación del domicilio del imputado y reformándola declara su improcedencia.

La Sala Penal argumentó lo siguiente: respecto a la negativa a la realización de inspección judicial en el lugar de los hechos, efectivamente el Nuevo Código Procesal Penal señala una vía propia para el control de desestimación de diligencias de investigación en el artículo 337.5 por lo que pretender hacer valer el mismo vía tutela de derechos, resulta factible de rechazar liminarmente. En cuanto a la omisión en la notificación del inicio de las diligencias preliminares, el Tribunal Constitucional ha manifestado (Exp. N° 5510-2011-PHC/TC), que en el acto procesal de notificación subyace la necesidad de garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la defensa, pues por su intermedio, se pone en conocimiento de los sujetos del proceso el contenido de las resoluciones judiciales, sin embargo no cualquier irregularidad con su tramitación constituye, *per se*, una violación del derecho de defensa. Solo se produce tal afectación del derecho en cuestión cuando, como consecuencia de la irregularidad es su tramitación, el justiciable quede en estado de indefensión (...). De lo expuesto por el propio abogado defensor, se tiene que este revisó los actuados, hizo peticiones al Fiscal e incluso petitionó la tutela que hoy nos ocupa, por lo que no se podía alegar indefensión. En relación a la negativa de la verificación del domicilio del imputado, la resolución señaló que no es un acto de investigación propio de la investigación preparatoria la cual tiene como finalidad recabar los elementos de convicción o de descargo para formular o no acusación (esto tiene relación con la responsabilidad, la pena y la reparación civil) por lo que no cabe indicar que tiene la vía propia indicada en el artículo 337.5 del Código Procesal Penal, estimamos más bien que su realización tiene efectos importantes durante la investigación preparatoria y hasta antes de la celebración de la prisión preventiva, pues sirve entre otros la existencia de peligro procesal, en su dimensión de riesgo de fuga, que será evaluado por el Juez de la Investigación Preparatoria de pedir el Fiscal prisión preventiva, tal importancia se acentúa en los casos que hay detenido por flagrancia, no obstante no es facultad exclusiva del Fiscal aportar información sobre el

sobre el arraigo domiciliario del imputado, lo puede hacer la defensa, además la oportunidad de presentarla no concluye una vez formalizada la investigación preparatoria, esto es, acabada la investigación preliminar, sino que ante el pedido de prisión preventiva puede presentarse al juzgado instrumentales que acrediten que no hay riesgo de evasión, las que oralizará en audiencia y se someterá a debate, por lo que no se aprecia que la omisión aludida haya dejado en indefensión al imputado.

### **Análisis de la Resolución.**

En principio debemos ver la forma equivocada y errada del abogado defensor de plantear la tutela de derechos, es mas se puede ver en su petitorio, que exigía que la juez de investigación preparatoria que se constituya a la Comisaria en la cual se encontraba su patrocinado, para verificar los supuesto agravios y vulneración de sus derechos, lo cual es equivocado, por cuanto la interposición de la tutela de derecho, no habilita al Juez de la Investigación Preparatoria para que se constituya al lugar donde se estaría vulnerando el derecho alegado, ello ocurre en la vía de un proceso de *habeas corpus* mas no así en la vía de tutela de derechos.

Asimismo es equivocado lo peticionado por el abogado defensor respecto a la negativa a la realización de inspección judicial en el lugar de los hechos, y es que este pedido conforme lo ha señalado el **ACUERDO PLENARIO N° 4-2010/CJ-116 Asunto : AUDIENCIA DE TUTELA**, en su fundamento trece en la cual señala que *"no podrá cuestionarse a través de la tutela la inadmisión de diligencias sumariales solicitadas por la defensa durante la investigación, pues, para este efecto rige lo dispuesto en el artículo 337°.4 del NCPP"*, respecto a este punto de alguna manera la Sala Penal tuvo el mismo razonamiento, pero invocando erradamente el articulado afirmó: *"el Nuevo Código Procesal Penal señala una vía propia para el control de desestimación de diligencias de investigación en el artículo 337.5 por lo que pretender hacer valer el mismo vía tutela de derechos, resulta factible de rechazar liminarmente"*

Sin embargo los otros dos argumentos de la Sala Penal son equivocados, veamos: Primero, con respecto al análisis que realiza sobre la omisión en la notificación del inicio de las diligencias preliminares, concluyendo de lo expuesto por el propio abogado defensor, que este revisó los actuados, hizo peticiones al Fiscal e incluso petitionó la tutela que hoy nos ocupa, por lo que no se podía alegar indefensión; cuando lo correcto que debió verificar y constatar la Sala Penal, mas allá de la notificación de las diligencias preliminares, era el cumplimiento del artículo 71° numeral 2° literal a), el cual señala "*Los Jueces, los Fiscales o la Policía Nacional deben hacer saber al imputado de manera inmediata y comprensible, que tiene derecho: a) Conocer los cargos formulados en su contra y, en caso de detención, a que se le exprese la causa o motivo de dicha medida, entregándole la orden de detención girada en su contra, cuando corresponda*", lo cual si era reconducible por la vía de tutela de derechos, mas allá de ver si hubo o no la notificación del inicio de las diligencias preliminares, ya que esto puede darse, pero lo que realmente importa para la tutela es verificar si se dieron a conocer los cargos formulados en su contra.

Por otro lado, es también equivocado y contradictorio lo señalado por la Sala Penal, con relación a la negativa de la verificación del domicilio del imputado, cuando afirma que no es un acto propio de la investigación preparatoria, la cual tiene como finalidad recabar los elementos de convicción o de descargo para formular o no acusación (esto es tiene relación con la responsabilidad, la pena y la reparación civil) por lo que no cabe indicar que tiene la vía propia indicada en el artículo 337°.5 del Código Procesal Penal; estimamos más bien que sus realización tiene efectos importantes durante la investigación preparatoria y hasta antes de la celebración de la audiencia de prisión preventiva.

Es decir la propia Sala Penal reconoce que es una diligencia y como lo señaló primigeniamente, el pedido de una diligencia y su desestimatoria, debe hacerse al amparo del artículo 337° inciso 5, mas no por la vía de la

tutela, por lo que en ese sentido también se debió rechazar liminarmente el pedido.

### **3) Exp. 0965-2013-99-1903-JR-PE-02**

Imputado : Christopher Anders Webb  
Delito : Violación de la libertad de trabajo  
Res. N° 06 del 03 de mayo del 2013

**Hechos y Petitorio:** El imputado señala que no ha sido notificado válidamente con la disposición fiscal que lo citó a declarar el 7 y 8 de marzo de 2013. Además el fiscal dispuso que se practique una inspección domiciliaria sin especificar lugar, motivo y pertinencia. Además, pese a no ser representante de la Asociación Civil denunciada, el fiscal ordenó su conducción compulsiva a dar su declaración, en la que le hicieron esperar tres horas. El fiscal por su parte señaló que debe declararse improcedente la solicitud, porque previamente no acudió al fiscal. El juzgado declaró **IMPROCEDENTE** la solicitud de tutela de derechos que subió en apelación.

**Decisión Jurisdiccional:** La Sala Penal señala que el recurrente no ha precisado de manera específica qué derecho se ha vulnerado teniendo en cuenta las causales establecidas taxativamente en el artículo 71.2 del NCPP, ni ha indicado qué derechos sustanciales de la garantía de defensa procesal se han vulnerado. Respecto a que el denunciado no ejerce como representante legal, este cuestionamiento no puede ser resuelto en vía de tutela. Finalmente, no ha acudido previamente al Ministerio Público.

**Análisis de la Resolución:** En primer lugar, compartimos el criterio de la Sala en el sentido que los fundamentos alegados por el imputado no pueden constituir mérito suficiente para invocar una tutela de derechos, en tanto no se ha sustanciado de manera específica cómo es que estos actos lesionan de manera medular los derechos constitucionales del imputado. Pero analizando mas intensivamente la resolución, se advierte que

nuevamente la Sala Penal vuelve a invocar el requisito previo de acudir al fiscal, criterio en lo que disentimos, puesto que el Acuerdo Plenario 2012 claramente señala que solo ante la ausencia de imputación suficiente, en el marco de una disposición de formalización de investigación preparatoria, se debe exigir el requisito de recurrir previamente al fiscal, y en el caso materia de análisis en cambio, de lo que se trataban eran de actos de investigación propios que el imputado cuestionaba. En ese sentido, no concordamos con la declaratoria de **IMPROCEDENTE**, sino que debió ser declarada **INFUNDADA**.

**4) Exp. 00314-2013-64-1903-JR-PE-01.**

Imputado : Juber Pauer Lanzi Del Águila  
Angel Manuel Torres Pacaya  
Hitler Hidalgo Pino

Delito : Robo agravado

Agraviado : Empresa Los Tulipanes

Res. N° 01 del 16 de julio del 2013.

**Hechos y Petitorio:** El abogado del imputado, VICTOR COBOS MONTALVAN, manifiesta que asumió la defensa del mismo luego de terminadas las diligencias preliminares y una vez que se impuso prisión preventiva a su patrocinado. Después tomo conocimiento extraoficialmente que el abogad anterior del referido imputado, letrado RENZO PAOLO AREVALO VARGAS, no se encontraba hábil para ejercer el patrocinio, puesto que si habilitación había sido dejada sin efecto mediante resolución del colegio de Abogados de Loreto. En consecuencia, señala que su patrocinado no contó con abogado defensor durante las investigaciones preliminares violándose su derecho a la defensa, por lo tanto pide la nulidad de todo lo actuado.

**Decisión Jurisdiccional:** respecto a este extremo, la Sala Penal de Loreto, señaló que de conformidad con el Acuerdo Plenario 04-2010, la vía de tutela de derechos es residual, y según el Acuerdo Plenario 02-2012 la

Disposición de Formalización de Investigación Preparatoria no puede ser cuestionada por ser una actuación unilateral del Ministerio Público, y que además sólo procede ante una ausencia de imputación suficiente y acudiendo previamente al órgano fiscal. De lo expuesto señala que el recurrente no expresa fehacientemente qué derechos se han vulnerado, y que es el Ministerio Público el que ejerce el señorío de la investigación preliminar y preparatoria, por lo tanto no sabemos si los actos de investigación efectuados van a ser usados por el fiscal como medios de prueba para introducirlos al debate, por lo que corresponde a dicho funcionario el decidirlo, y al abogado el cuestionarlo si piensa que no han sido obtenidos cumpliendo las exigencias constitucionales. En ese sentido, la institución de la tutela no puede ser usada para efectuar dichos controles. Respecto al cuestionamiento de la Disposición de Formalización de Investigación Preparatoria, vuelve a remarcar el hecho de que no puede ser impugnada ni dejada sin efecto por el Juez de la Investigación Preparatoria, y además no ha recurrido previamente al Ministerio Público. En consecuencia resuelva **CONFIRMAR** la resolución del juzgado de investigación preparatoria, que resuelve **RECHAZAR DE PLANO** la tutela de derechos solicitada.

#### **Análisis de la Resolución.**

En primer lugar, existe un error respecto a lo solicitado por el abogado, puesto que su petitorio está relacionado con obtener la nulidad de todo lo actuado, y la vía de tutela no puede ser invocada para pedir la nulidad, sino para corregir un acto procesal o excluir un medio probatorio, es decir, tiene fines reparadores y restitutorios, mas no anulatorios. Respecto al razonamiento de la Sala, podemos apreciar que existe una discordancia entre lo pedido y lo resuelto. Como ya señalamos, lo que el abogado pretendía era la nulidad de todo lo actuado, en tanto que la Sala entendió que se estaba cuestionando la disposición de la investigación preparatoria, y aplicó el "requisito previo", de acudir en primer lugar al Ministerio Público. Ambos Acuerdos Plenarios sobre la materia señalan que la tutela es una vía residual que procede sólo cuando hay violación de derechos

fundamentales o cuando no el petitorio no tenga vía propia. Cuando se cuestiona la Disposición de Formalización de Investigación Preparatoria lo que el imputado pretende es sostener que existe una *"omisión fáctica patente"* o *"un detalle de hechos inaceptables por ser genéricos"*, sin embargo no era ése el cuestionamiento del imputado, sino no el haber sido representado en la etapa de diligencias preliminares por un abogado debidamente acreditado. Lo que la Sala debió haber hecho, a nuestro criterio, es evaluar el fondo de lo solicitado, (no rechazarla de plano) y consecuentemente señalar, como lo hemos sostenido a lo largo de esta investigación, que el acto que se denuncia como lesivo a los derechos del imputado en realidad versa sobre la ausencia de una formalidad establecida, y por lo tanto puede ser convalidada o subsanada, sin recurrir a la nulidad. No es el caso de un imputado que no contó con asesoría ni patrocinio, sino que estuvo patrocinada por una persona que tenía la habilitación cancelada. En ese sentido, en este hecho no se sustancia cuál sería el derecho constitucional vulnerado, ni se advierte de qué manera se le negó al imputado su derecho a la defensa, por lo tanto la solicitud de tutela debió ser declarada **INFUNDADA**.

**5) Exp. 01504-2013-42-1903-JR-PE-03**

Imputada: Dennis Aldo Senosain Timana.

Delito: Violación Sexual

Res. N° 06 / 11 noviembre 2013

**Hechos y Petitorio:**

El abogado de la defensa ha solicitado al Juez de la investigación Preparatoria que en vía de tutela de derecho, el Ministerio Público no convoque a su patrocinado a declarar de manera reiterada la ampliación de declaración de su patrocinado, por cuanto él ya ha señalado que no va a declarar, asimismo solicita que se excluya la entrevista de cámara Gessel efectuada a la menor de iniciales Y.V.R.M., de trece años de edad, por cuanto éste se ha efectuado sin que se haya notificado a su patrocinado para que comparezca a su abogado y esté presente en dicha diligencia,

violando de esta manera el derecho a la defensa y con ello el debido proceso.

**Decisión Jurisdiccional:**

La Sala Penal, reformando la apelada declaró infundada la petición de tutela de derechos presentada por el abogado de Dennis Aldo Sinosain Timana, dejando a salvo el hacer valer su derecho de acuerdo a ley [voto en mayoría], argumentando que en la presente causa el abogado de la defensa ha acudido directamente ante el órgano jurisdiccional, que lo que está cuestionando es la incorporación que se ha hecho de un acto de investigación, como es la declaración de la menor en cámara Gessel, el cual aun no tiene una verdadera calificación al interior del proceso y en consecuencia es el fiscal quien tiene la disposición de dicho instrumento, por lo que la petición ante él es necesaria, indispensable para garantizar un debido proceso, situaciones que han sido correctamente evaluadas por el A quo en la resolución venida en grado. Que, en relación a la ampliación de declaración del imputado se tiene que efectivamente, conforme lo señala el abogado de la defensa y lo comparte el Ministerio Público, la declaración de un imputado es potestad de él, a fin de ser considerado un medio de defensa, no un medio de prueba, (...) sin embargo es claro que puede manifestar que no va a declarar, por lo que el Ministerio Público, una vez que conoce a dicho derecho a no declarar debe respetar esta decisión, y no puede obligarlo a declarar, situación que en el presente caso no se ha producido, pues lo que se ha consignado es una ampliación de declaración sin que haya declarado; no obstante el imputado debe hacer conocer al fiscal que reitera su derecho a guardar silencio, lo que deberá ser aceptado por dicho órgano administrativo, de lo contrario, y solo cuando haya una tentativa de presión para que declare, entonces se puede acudir al órgano jurisdiccional a fin de que se proteja su derecho.

El voto en discordia es para que se declare la nulidad de la resolución apelada, en atención que no comparte los fundamentos de la Juez de la Investigación Preparatoria, ni tampoco de la Sala Penal, en el sentido que

en la audiencia de Tutela de Derecho debe pedirse previamente al Fiscal Provincial la corrección u omisión de las vulneraciones advertidas, ya que eso solamente es para precisar la imputación necesaria, mas no para los demás supuestos de vulneración de derechos fundamentales (...) en ningún momento señala que debe correrse traslado previo al Fiscal, por ende no se puede crear reglas y disposiciones que no sean regulados en nuestro ordenamiento jurídico, por ende su voto es porque se declare nula la resolución venida en grado y se realice nueva audiencia de tutela.

### **Análisis de la Resolución.**

Lo resulto por la Sala Penal en mayoría cuando argumenta en la presente causa que el abogado de la defensa ha acudido directamente ante el órgano jurisdiccional; que lo que está cuestionando es la incorporación que se ha hecho de un acto de investigación, como es la declaración de la menor en cámara Gessel, el cual aun no tiene una verdadera calificación al interior del proceso y en consecuencia es el fiscal, quien tiene la disposición de dicho instrumento por lo que la petición ante él es necesaria; es errado y equivocado, por cuanto este requisito de procedibilidad de recurrir al Fiscal previamente antes de ir al órgano jurisdiccional es referente a la imputación que se realiza a una persona de manera genérica, vaga, gaseosa, es decir falta de una imputación necesaria.

Lo correcto que debió verificar la sala es si efectivamente la declaración de la menor en cámara Gessel sin la presencia del imputado o su abogado defensor, es un medio probatorio incorporatelo ilícitamente, es decir vulnerando derechos fundamentales, para que procesa su exclusión; pues evidentemente no lo es, por cuanto, para la declaración de la menor, quien era la agraviada, el Código Procesal Penal no exige la presencia del abogado defensor del imputado, si bien el Ministerio Publico, ha establecido en su propias directivas que deba estar presente el abogado defensor del imputado, es para evitar la revictimizacion de la agraviadas, es decir evitar que vuelva a dar su declaración en juicio oral, pero no es una exigencia del Código Procesal Penal, por lo que la entrevista en

Cámara Gessel de la menor agraviada no podría considerarse como prueba ilícita para solicitar su exclusión.

Ahora con respecto a la solicitud del abogado defensor, para que el Ministerio Público, se abstenga de requerir que su patrocinado declare cuando éste ya manifestó que no lo hará, la Sala Penal igualmente, llega a una conclusión equivocada cuando señala *"que el Ministerio Público una vez que conoce dicho derecho a no declarar debe respetar esta decisión, y no puede obligarlo a declarar, situación que en el presente caso no se ha producido, pues lo que se ha consignado es una ampliación de declaración sin que haya declarado, no obstante el imputado debe hacer conocer al fiscal que reitera su derecho a guardar silencio, lo que deberá ser aceptado por dicho órgano administrativo"*. Y consideramos que es equivocado por cuanto sea una manifestación o ampliación de manifestación, si el investigado sea en el mismo momento de la diligencia o mediante un escrito expresa su derecho de abstenerse a declarar, no puede exigirse que declare, por lo que en el presente caso, lo que debió verificar la Sala Penal, si el investigado, había expresado con documento idóneo y cierto, su derecho de abstenerse a declarar, y de ser así, y el investigado haya expresado tal derecho, lo que debió resolver es dictar una medida de corrección, lo cual es el fin de la tutela de derechos.

Por otro lado, si bien el voto en discordia, señala correctamente que solo cuando exista una falta de imputación necesaria se deberá recurrir previamente al Fiscal, sin embargo el voto en discordia, equivocadamente plantea la nulidad de la resolución, solo por este aspecto, cuando en segunda instancia pudo ser integrada los fundamentos de la apelación, en este sentido, y por otro lado, obvia pronunciarse por los demás petitorios del apelante, lo cual también vulnera el derecho a la debida motivación y defensa.

## 6. Exp. 058-08-2013-P-JIP-DM

Imputado : Manuel Lovera Valera  
Delito : Violación de la libertad sexual  
Agravado : ABAJ (14)  
Res. N° 02 / 11 de noviembre de 2013

**Hechos y Petitorio:** El abogado del imputado solicita a través de la tutela de derechos que se excluya de la investigación preliminar la diligencia de Cámara Gesell realizada a la menor agraviada, y los actos procesales derivados de ella, debido a que el letrado que participó en su representación, no fue designado por él, sino que se trata de un defensor público, por lo tanto se trata de una prueba ilícita al ser obtenida con violación de sus derechos fundamentales, sugiriendo que el mencionado defensor público solo habría hecho un acto de mera presencia. Este fue el único fundamento del petitorio.

**Decisión Jurisdiccional:** El juzgador razona: *"se observa que el recurrente no ha acudido previamente al Ministerio Público a fin de solicitar la corrección de las observaciones que ha efectuado al trámite de la investigación preliminar que viene desarrollando el fiscal responsable. Observaciones que tienen su propio mecanismo de reclamación, o al menos no ha hecho de conocimiento de este despacho la realización de estos actos. Debiendo agregarse además que, debe existir una demora o desestimación al pedido formulado al Ministerio Público y ante tales hechos recién podría acudir válidamente con arreglo a ley a la vía judicial invocando esta institución tutelar. Fundamentos y razones por la cual el pedido de tutela no puede ser amparado; advirtiéndose sin embargo, que este puede hacer valer su derecho conforme a ley, **SE RESUELVE:** Declarar **IMPROCEDENTE** la solicitud de audiencia de Tutela de Derechos (...)"*.

### Análisis de la Resolución:

En primer lugar, y como ya lo hemos sostenido en el análisis de las anteriores sentencias, el abogado realiza la solicitud amparándose en fundamentos que no pueden ser invocados en vía tutelar, ya que solicita específicamente que se excluya la declaración de la menor en Cámara Gessel porque la diligencia contó con la presencia de un defensor público, y no de un abogado designado por el imputado. Como ya señalamos, para la declaración de la menor, quien era la agraviada, el Código Procesal Penal no exige la presencia del abogado defensor del imputado, si bien el Ministerio Público ha establecido en sus propias directivas que deba estar presente el abogado defensor del imputado, esto se hace para evitar la re victimización de la agraviadas, es decir para evitar que vuelva a dar su declaración en juicio oral, pero no es una exigencia del Código Procesal Penal, por lo que la entrevista en Cámara Gessel de la menor agraviada no podría considerarse como prueba ilícita para solicitar su exclusión.

El juzgador, por su parte, vuelve a incurrir en la exigencia del requisito previo de acudir al fiscal, para amparar la tutela, y como en el caso concreto no había realizado dicho trámite, la declara **IMPROCEDENTE**. Como ya hemos visto, éste es un fundamento equivocado, y lesiona el principio de la debida motivación, por cuanto el propio acuerdo plenario que se cita, señala claramente que se debe acudir al fiscal solo cuando, lo que se cuestiona, es la falta de imputación suficiente al momento de formular los cargos por los que se investiga al imputado.

Lo correcto que debió verificar el juzgador es si efectivamente la declaración de la menor en cámara Gessel con un abogado no designado por él (defensor público), es un medio probatorio incorporado ilícitamente, es decir vulnerando derechos fundamentales para que proceda su exclusión; situación que no resulta suficiente para acudir a esta vía, como ya se ha señalado, por lo tanto, la solicitud no debió ser declarada **IMPROCEDENTE**, sino **INFUNDADA**.

## **7. Exp. 058-08-2013-P-JIP-DM**

Imputado : Roger Ruiz Rodríguez

Delito : Robo agravado

Agraviado : Banco de la Nación

Res. N° 03 / 21 de noviembre de 2013

**Hechos y Petitorio:** El abogado del imputado cuestiona el acta de reconocimiento realizada a su patrocinado, puesto que dicha diligencia no contó con la presencia del abogado defensor. Cuestiona también el acta de reconocimiento en rueda de persona debido a que quien reconoció al imputado, ya había tenido contacto previo con él, y además no participó el abogado defensor, por lo que el acta se encuentra viciado. De igual forma, cuestiona la diligencia de reconocimiento fotográfico porque no se contó con un abogado defensor. Tampoco se le notificó la realización de la diligencia de uno de los testigos ni se notificó debidamente la formalización de la investigación preparatoria, ni la diligencia de reconocimiento físico así como otras diligencias. Por su parte, el Ministerio Público replica que se trataban de actos de investigación urgentes a efectos de poder determinar e individualizar a los autores del delito. Además, de conformidad con los Acuerdos Plenarios, la tutela procede para corregir y subsanar la omisión, no de excluir, porque si no estaríamos hablando de prueba prohibida, además, señala que primero se debió acudir al fiscal. Respecto a las notificaciones, señala que la ubicación geográfica en la cual se imparte justicia (Datem del Marañón) hace imposible cumplir con los plazos de notificación señalados en la norma, pero se han llegado a notificar todas las disposiciones y diligencias.

**Decisión Jurisdiccional:** En el caso concreto, se cuestiona actos de investigación que sirven para formar convicción de si estamos frente a un caso investigable, lo cual tiene una vía procedimental propia. No sabemos si van a ser usados o no por el Ministerio Público como medios de prueba para introducirlos en el debate. Además, al ser el fiscal quien tiene la disposición de dichos documentos, es necesaria una petición ante él para

garantizar un debido proceso. Finalmente, la prisión preventiva ha sido declarada por la Sala, por lo que redundaba el solicitante al cuestionar las diligencias y declaraciones testimoniales. Por estas razones, se declara **INFUNDADA** la solicitud de Tutela de Derechos.

### **Análisis de la Resolución:**

El juzgador, cuando argumenta en la presente causa que el abogado de la defensa, en vez de acudir directamente ante el órgano jurisdiccional debió recurrir previamente a la Fiscalía comete un error, por cuanto este requisito de procedibilidad de recurrir al Fiscal previamente antes de ir al órgano jurisdiccional es referente a la imputación que se realiza a una persona, cuando se hace de manera genérica, vaga, gaseosa, es decir por ausencia de una imputación suficiente.

Lo correcto que se debió verificar a efectos de resolver la presente causa, es si efectivamente los actos de investigación que se cuestionan han sido incorporados ilícitamente, es decir vulnerando derecho fundamentales, para que proceda su exclusión; evidentemente los cuestionamientos del abogado no contienen fundamentos suficientes para amparar una exclusión. Existen actos de investigación que por la amplitud y urgencia de su naturaleza en muchas ocasiones se realizan sin observar la debida formalidad, pero ello no los convierte automáticamente en actos excluibles, sino que deben haber generado un estado de indefensión en el imputado, deben haber lesionado efectivamente su derecho a la defensa, de lo contrario estaríamos ante actos que bien podrían ser convalidados o subsanados, sin que ello importe una afectación en los derechos del investigado. Por lo tanto, consideramos que en el presente caso, la demanda debió declararse **INFUNDADA** por estos fundamentos, y no, como ocurrió en el caso concreto, por la ausencia del requisito previo de haber acudido al fiscal previamente, puesto que este es un requisito exigible solo cuando se cuestiona la falta de imputación necesaria.

## **8. Exp. 0965-2013-99-1903-JR-PE-02**

Imputado :Oscar Alejandro Vásquez  
Delito : Violación sexual de menor de edad  
Agravado : Menor de iniciales C.R.M.H.  
Res. N° 08 del 19 de junio del 2014

**Hechos y Petitorio:** En el caso concreto, la defensa del imputado sostiene que las actas fiscales de reconocimiento fotográfico con ficha Reniec, se ve que no existe similitud de rasgos físicos entre las personas con quienes se hace la comparación. Además, en la disposición que ordena la diligencia de constatación en el lugar de los hechos, se menciona en forma genérica que ésta se efectuará en el Hotel Parthenon, en tanto que al momento de levantar el acta de la diligencia, se aprecia que se hizo en la habitación 311, lo cual no se había señalado en la disposición fiscal. Además hace preguntas induciendo respuestas a las agraviadas, vulnerando su derecho a la defensa y a la prueba. Las notificaciones se realizan después de un mes o más, incluso las que reprograman diligencias, trasgrediendo el Reglamento de Notificaciones. En las declaraciones a las menores, previamente no les hacen conocer sus derechos. A sí mismo, a fin de convalidar la validez de las declaraciones de las menores en Cámara Gessel, se citó a la agraviada para que se ratifique en lo señalado en dicha cámara, por lo que solicita reestructurar y reconducir la investigación a fin de llegar a una verdad. Por su parte, el representante del Ministerio Público, sostiene que las cuestiones planteadas por el solicitantes no son recurribles vía tutela, sino que, por ser actos procesales, tienen su propia vía. A nivel de juzgado, la solicitud fue declarada **IMPROCEDENTE**.

**Decisión Jurisdiccional:** La Sala Penal señala que, antes de efectuar un pronunciamiento de fondo, corresponde efectuar un reexamen a la recurrida a efectos de constatar algún vicio de nulidad absoluta o sustancial, por los siguientes motivos: **1)** Que en la etapa de investigación preparatoria los actos de investigación no tienen por objeto producir una

decisión de absolución o condena, solo reunir los elementos probatorios para efectuar o desvirtuar una acusación. **2)** El flujo de la actividad investigativa indica la existencia de una relación entre "acto de investigación" (potencialmente lesivo de derechos fundamentales) y "resultado obtenido" (información). Así, todo acto de investigación regular que respete un principio a través de las formas procesales producirá un efecto resultado consistente en la obtención de información que no necesariamente será relevante para resolver el caso. **3)** En consecuencia, una tutela que ataca el material probatorio obtenido ilícitamente puede provocar que el juez determine su exclusión como medida correctiva, si considera que no ha sido incorporada constitucionalmente al proceso. Entonces, la Sala Penal estima que la solicitud del imputado debió ser resuelto sobre el fondo (y no declararse Improcedente), por lo tanto declara NULA la resolución en alzada.

#### **Análisis de la Resolución:**

En este caso concreto la Sala Penal no efectuó una valoración sustancial del caso materia de pronunciamiento, toda vez que la determinación de la nulidad impide que pueda proseguir con el análisis de fondo. Sin embargo, ello no resulta óbice para efectuar algunos comentarios al respecto. En primer lugar, la Sala Penal hace de plano un análisis respecto a la procedencia de la solicitud, afirmando que debió evaluarse como tutela de derechos. Evaluarse como tutela, por supuesto, significa que se debió emitir un pronunciamiento de fondo. Desconocemos cuál habría sido el razonamiento de la Sala de no haber advertido aquella causal de nulidad, si es que hubiera declarado **FUNDADA** o **INFUNDADA** la medida (Confirmando o Revocando según corresponda). Lo que podemos afirmar, como resultado de nuestra investigación, es que ninguno de los fundamentos expresados por el abogado de la defensa habría prosperado, a nuestro criterio. Hacer el reconocimiento con personas de características disímiles, disponer de manera genérica la realización de una diligencia en un predio, y luego inspeccionar específicamente una parte del predio, efectuar preguntas por parte del fiscal a los presentes, efectuar

notificaciones con un mes de demora, etc no constituyen *per se* hechos que deban ser amparados en vía de tutela, puesto que, además de la constatación de la omisión de un requisito formal, para que proceda la tutela se requiere además que se precise de qué manera este hecho ha afectado o lesionado los derechos constitucionales del imputado. Existen actos de investigación que por la amplitud y urgencia de su naturaleza en muchas ocasiones se realizan sin observar la debida formalidad, pero ello no los convierte automáticamente en actos excluibles, sino que deben haber generado un estado de indefensión en el imputado, deben haber lesionado efectivamente su derecho a la defensa, de lo contrario estaríamos ante actos que bien podrían ser convalidados o subsanados, sin que ello importe una afectación en los derechos del investigado. Por lo tanto, consideramos que en el presente caso, coincidimos con el criterio de la Sala Penal en el sentido que debió admitirse el fondo de la demanda, y en consecuencia declararse **INFUNDADA**.

#### **9. Exp. 00015-2014-92-1903-SP-PE-01**

Imputado: Angel Miguel Vargas Del Aguila

Delito: Violación Sexual

Res. N° 10 / 19 de Junio 2014

#### **Hechos y Petitorio:**

Que, el Juez de investigación Preparatoria de Contamana, declaró fundada la tutela de derecho presentado por el abogado defensor del imputado Angel Miguel Vargas Del Aguila, asimismo resolvió que se le imponga la Medida Restrictiva de Comparecencia Restringida, y estableció reglas de conducta, y finalmente resolvió que rechazar el requerimiento de la convalidación de la detención, solicitado por el Ministerio Publico y Rechazar el requerimiento de Prisión Preventiva; bajo el argumento "el señor representante del Ministerio Publico, ha mencionado que el imputado no fue asesorado por abogado defensor cuando se tomó su manifestación, pero si se consignó al abogado Edwin Solsol Acosta en el acta quien después firmo la declaración, asimismo se tiene la referencial de la menor

agraviada de iniciales A.L.D.C.P. y de Tesy Pisco Curmayari, progenitora de la menor agraviada, sin que en ninguna de ellas se encuentre presente el abogado defensor del imputado, pese a que este ya había designado abogado (...) corre el dictamen del Médico Legista, quien practica el reconocimiento médico legal del imputado sin la presencia ni conocimiento de su abogado defensor, pese a que este ya estaba apersona al proceso (...) corren las manifestaciones de la menor agraviada en la cuales aparecen como representantes del Ministerio Público el abogado Juan Carlos Castro Álvarez y el abogado Dr. Estuardo Estrada Bellodas, sin demostrar que tiene tal condición para ejercer la encargatura (...) asimismo se tiene presente que la orden de detención no fue ordenado por el órgano jurisdiccional, precisando que se ha detenido al imputado sin mandato judicial, por lo que existe una vulneración del derecho fundamental de la libertad.

#### **Decisión Jurisdiccional:**

La Sala penal revoco la resolución, reformándola declaro infundada la solicitud de tutela de derechos presentada por el abogado defensor del imputado Ángel Miguel Vargas Del Águila, argumentando que, de la revisión de la resolución venida en grado, se advierte que el Aquo, ha aplicado incorrectamente la norma procesal penal vigente, por cuanto ha desnaturalizado los fines que consagra la tutela de derechos, ya que se puede comprobar que ha resuelto a través de la tutela de derechos, el pedido de convalidación de detención preliminar, ha rechazado el requerimiento de prisión preventiva solicitada por el Ministerio Público en la audiencia de tutela de derechos, disponiendo la inmediata libertad del imputado, dictando comparecencia con reglas de conducta. Asimismo revisado el pedido de tutela de derechos presentado por la defensa técnica, se advierte que hace alusión a pedidos solicitados por el Ministerio Público como es la detención preliminar del imputado, convalidación de la detención preliminar por siete días, que no han sido resueltos por el juez de la investigación preparatoria, hace alusión en el párrafo cuarto, que hasta la fecha no existe mandato expreso proveniente de la judicatura,

omisiones que aluden a una conducta disfuncional del juez de la investigación preparatoria y que no puede ser subsanado a través de una tutela de derechos generados por el propio órgano jurisdiccional, asimismo hace alusión que no obra la designación de la encargatura del fiscal designado para el caso, pedido que no son tutelados por esta institución procesal, por lo que la apelada debe ser revocada y declarada infundada.

### **Análisis de la Resolución.**

Si bien la Sala Penal, correctamente revocó la resolución emitida por el Juez de investigación preparatoria del Datem, por cuanto éste se había extralimitado en los fines de la tutela de derecho, al ordenar la libertad del detenido y rechazar el requerimiento de Prisión Preventiva y Convalidación solicitado por el Ministerio Público; sin embargo, hubo un aspecto que no fue advertido por la Sala Penal que si era reconducible por la vía de tutela de derechos.

Este aspecto consistía en que la manifestación del detenido se había recabado sin la presencia del abogado defensor, a quien solo lo consignaron y después firmo el acta respectiva, esta circunstancia sí merecía un pronunciamiento, en parte sobre el pedido de tutela de derecho, ya que conforme al artículo 71° numeral 2 literal c) y d) señala que el imputado tiene a derecho a ser asistido desde los actos iniciales de investigación por un Abogado Defensor y abstenerse de declarar; y, si acepta hacerlo, a que su abogado defensor esté presente en su declaración y en todas las diligencias en que se requiere su presencia; por lo que la Sala Penal debió advertir esta situación, y conforme a los fines de la tutela debió dictar una medida de corrección, disponiendo que se vuelva a recabar la manifestación del investigado, en presencia de su abogado defensor.

Sin embargo, queda claro que el Juez de Investigación Preparatoria, se excedió y desnaturalizó los fines de tutela al disponer la inmediata libertad del detenido, lo cual no es admisible.

**10. Exp. 077-2014-8-1903-SP-PE-01,**

Imputado: José Edmundo Ruiz Rojas,

Cohecho Activo Especifico.

Res. N° 06, del 18 de setiembre del 2014.

**Hechos y Petitorio:**

Se le imputa al investigado, quien se desempeñaba como Fiscal Provincial, haber solicitado el favor de sacar una prisión preventiva favorable para su pretensión, para tal efecto el Juez de la investigación Preparatoria había filmado tal hecho, por lo que el investigado solicitó, vía tutela, la exclusión de la grabación como medio probatorio, el mismo que se encontraba contenido en un CD, entre otros aspectos.

**Decisión Jurisdiccional:**

Respecto a este extremo, la Sala Penal de Loreto, señaló *"que en el presente caso se advierte que la defensa del investigado (...) solicita la exclusión de la prueba ilícita, 1) del disco magnético color blanco (cd) de fs. 08, en la cual no ha sido citado en los actos iniciales de investigación, menos abogado defensor, menos en su incautación tuvo participación alguna el Ministerio Publico, se encuentra sin cadena de custodia. Sin embargo se advierte del contradictorio de la audiencia de apelación, que aun no se ha efectuado la incautación de dicho material probatorio, ni se ha solicitado la confirmatoria, tampoco se ha realizado diligencia alguna para acreditar su autenticidad, por ende **resulta inoficioso** solicitar la exclusión de dicho material probatorio, por lo que corresponde declararlo infundado"*.

Otro aspecto importante de la resolución judicial, es lo referente al pedido de Nulidad de una acta de Transcripción de fs. 161, 162, 163, 164, 165, 166, 167, y de varias declaraciones testimoniales llevadas a cabo en la Oficina del Órgano del Control Interno del Ministerio Publico, sin contar con la presencia del investigado y su abogado defensor, por lo que su

obtención estaría contraviniendo el respeto irrestricto de los derechos fundamentales y garantías procesales de rango constitucional, por lo que su inobservancia trae consigo la prueba ilícita o inconstitucional, así como la nulidad de la misma, por lo que carecería de valor probatorio, ordenando a la Fiscalía la corrección o protección correspondiente. Ante este pedido la Sala Penal señaló que *"debe dejarse establecido que la tutela de derechos no tiene como finalidad declarar la nulidad de actos procesales, pues este pedido, tiene su propia vía. Pese a ello, al margen de lo expuesto por la defensa quien contradictoriamente solicita nulidad del acto procesal y la exclusión de la misma, se advierte, conforme ha manifestado el representante del Ministerio Público y la propia defensa en el contradictorio, de la audiencia de apelación, que el imputado fue notificado para que concurra a la diligencia cuestionada, sin embargo este no concurrió, además dichas actuaciones son actas de entrevistas propias de la diligencia preliminar, y conforme establece el artículo 68° numeral 3 del NCPP, 'el imputado y su defensor podrán tomar conocimiento de las diligencias practicadas por la policía y tendrán acceso a las investigaciones realizadas'. En este sentido la norma penal no exige la concurrencia obligatoria del imputado y su abogado defensor, salvo en lo que corresponde a su propia declaración, siendo esto así no existe ninguna vulneración al derecho de defensa que acarree exclusión del material probatorio, por lo que en este extremo también debe declararse infundado su pedido"*.

### **Análisis de la Resolución.**

El criterio arribado en la resolución resulta equivocado, veamos. En primer lugar, en cuanto a la exclusión probatoria del CD magnetofónico, en la cual se había registrado el presunto hecho delictivo por constituir prueba ilícita, la Sala Penal muy simplistamente señaló que **resulta inoficioso**, emitir pronunciamiento por cuanto aun no se había realizado la incautación de la misma.

Lo correcto que debió verificar la Sala Penal, es si en efecto dicho material probatorio - el CD o grabación magnetofónica, se habría obtenido

ilícitamente, es decir vulnerando derechos fundamentales. Y siendo que del presente caso, ello no había ocurrido, por cuanto uno de los interlocutores fue el que permitió la filmación. Este criterio fue recogido por la Corte Suprema en el Recurso de Nulidad N° 1640-2013-Del Santa, en la cual estableció que la naturaleza formal del secreto a las comunicaciones no había sido vulnerada (como alega el recurrente) porque uno de los participantes en este acto comunicativo fue el que filmó los hechos, para lo cual no se necesita una orden judicial.

Por ello lo que debió verificar la Sala Penal de Loreto, si se había vulnerado algún derecho en la obtención del material probatorio y como ya se señaló no hubo tal vulneración, por lo que no existía reserva comunicativa que importe la necesaria *inutilizabilidad* de la prueba obtenida.

#### **4.4. COMPROBACIÓN DE LAS HIPÓTESIS**

Tomando en cuenta lo comentado por la doctrina especializada, lo regulado en el derecho positivo, lo pronunciado por nuestra Corte Suprema, lo opinado por nuestros encuestados y entrevistados, la información obtenida por las fichas de visitas a comisarías, nos permite afirmar que se ha comprobado la hipótesis que se ha formulado en la presente investigación; conforme se desarrollará en los párrafos siguientes.

##### **❖ Comprobación de la Hipótesis:**

**INCORRECTA APLICACION DE LA TUTELA DE DERECHO  
VULNERA EL DERECHO A LA DEBIDA MOTIVACIÓN DE  
RESOLUCIONES JUDICIALES Y EL DERECHO A LA DEFENSA  
EN EL DISTRITO JUDICIAL DE LORETO, A DOS AÑOS DE SU  
VIGENCIA.**

La hipótesis se comprueba a través del análisis realizado a las encuestas y entrevistas realizadas a los magistrados del Poder Judicial y el Ministerio Público. Del mismo modo, se comprueba por el análisis de las resoluciones que, sobre tutela de derechos, ha emitido la Sala Penal de Apelaciones de Loreto, en donde se advirtió, por un lado, un alto índice de desconocimiento por parte de los magistrados al momento de precisar el concepto, los alcances y los presupuestos para la procedencia de la tutela de derechos, y por otro lado se constató, en las resoluciones que forman parte del análisis de este trabajo de investigación, que entre los miembros de la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Loreto se aplicaba erróneamente la figura de la tutela, invocando inadecuadamente cada uno de los requisitos que la informan, como se ha plasmado a lo largo del presente análisis.

En general, el análisis de los tres instrumentos presentados (encuestas, entrevistas y sentencias), arrojan como resultado un desconocimiento generalizado de la existencia, procedimiento, presupuestos y aplicación de la Tutela de Derechos, puesto que por parte de los abogados era utilizado como una herramienta para solicitar la nulidad de los actuados, para el fiscal era un mecanismo sujeto al requisito previo de acudir al Ministerio Público en todos los casos, y para los jueces y vocales se había convertido en una especie de acto difuso, puesto que por un lado lo aplicaban de manera correcta, y por otro la declaraban improcedente alegando la unilateralidad en las actuaciones del Ministerio Público, y que los actos de investigación de las diligencias preliminares no tenían mayor valor y pertinencia en tanto no sean introducidas formalmente en el juicio oral, por lo tanto su pertinencia no podía ser cuestionada en esta vía.

Lo que sí ha quedado corroborado, más allá de los detalles acerca de las distintas posiciones respecto a la procedencia de la tutela, es que este desconocimiento (o conocimiento errado) de esta institución procesal, genera una lesión en el principio de motivación de las resoluciones judiciales, puesto que el imputado no obtiene la certeza predictiva que el

conocimiento de la medida debería proveer a los magistrados, por el contrario, cada caso constituye una situación concreta de pronunciamiento variado, lo que debilita la motivación de las resoluciones que se pronuncian sobre este tema, puesto que les resta predictibilidad.

## **Capítulo V.- DISCUSION**

1. En principio, se pudo observar de las encuestas y entrevistas realizadas, que entre los magistrados del Ministerio Público existe un mayor desconocimiento de los fines que persigue la tutela de derecho, puesto que la mayoría de ellos entiende que, entre los actos que el Juez de la Investigación Preparatoria está facultado a realizar está el de revocar alguna medida dispuesta por el fiscal, cuando en realidad los fines de la tutela de derecho son de reparación y restitución, respetando la autonomía del Ministerio Público y limitándose exclusivamente a salvaguardar los derechos presuntamente conculcados del imputado. Del mismo modo, se ha apreciado un alto nivel de desconocimiento respecto a los actos procesales que pueden ser impugnados en esta vía, lo cual incide negativamente en la función jurisdiccional.
2. Añadido a ello, y aunque en menor medida, se aprecia un desconocimiento por parte de los magistrados del Poder Judicial respecto a la correcta calificación de la tutela de derechos, puesto que muchos de ellos consideran a la tutela de derechos como un vía residual que procede contra todos aquellos actos cuyo cuestionamiento no tenga vía propia, lo cual es correcto, sin embargo no es correcto afirmar que todos los actos en cuestión tengan que ser cuestionados ante el Ministerio Público previamente, puesto que ello constituye una interpretación de poco rigor del Acuerdo Plenario 02-2012.

3. Finalmente, analizando cada una de las sentencias que forman parte de esta investigación, se ha podido corroborar que los miembros de la Sala Penal de Loreto, en su gran mayoría han mantenido un criterio equivocado al momento de interpretar cada uno de los casos que han resuelto en la materia; puesto que, por un lado, exigía para casi todos los casos, independientemente de si se tratara de un cuestionamiento de imputación suficiente, la verificación de que el imputado haya requerido anteriormente al fiscal la cesación de dicho acto, cuando en realidad este criterio estaba reservado a las disposiciones fiscales que carezcan de una imputación suficiente. Por otro lado, como se ha podido apreciar, la Sala en muchas ocasiones, para declarar la improcedencia de una tutela ha reafirmado la autonomía del Ministerio Público y el valor de los actos de investigación en la etapa de investigación preparatoria; sin embargo, se evitaba un razonamiento importante, y es que en cada caso en que se cuestionaban determinados actos de investigación, lo que se requería era un previo análisis acerca de si el acto cuestionado vulneraba directamente alguno de los derechos del imputado consagrados en la Constitución y plasmados en el artículo 71° del NCPP, es decir, la Sala debía verificar, más allá de si son actos unilaterales del Ministerio Público o no, cuál es el daño que el acto habría producido en los derechos del imputados, el cual es el verdadero fin de la tutela de derechos.
4. Finalmente, es necesario señalar que los hechos antes descritos tienen como consecuencia directa la emisión de resoluciones con un fundamento inadecuado, deficiente, erróneo o sesgado, que lesiona el derecho de todo justiciable a la debida motivación.

## **Capítulo VI.- CONCLUSIONES**

1. La moderna concepción del proceso penal en un paradigma acusatorio proclama, por un lado, la necesidad de que éste sea un canal adecuado para permitir la reconstrucción del hecho delictivo

sucedido en el pasado, apoyado siempre sobre elementos probatorios legalmente obtenidos e incorporados al mismo, y que posibiliten asentarlos sobre un criterio de verdadera correspondencia. Significa, sin más, asegurar la justicia como interés supremo del mundo jurídico-político y consolidar su administración con función del poder.

2. Pero paralelamente a ello, también el proceso penal está diseñado como un vallado de contención capaz de funcionar como freno para el Estado, debido a que en el cumplimiento de dicha tarea de afianzamiento, en no pocas ocasiones avasalla derechos fundamentales de las personas, menoscabando de esta forma la ley superior de la nación, como es la Constitución. Aparece entonces esta garantía primordial como eje troncal, andamiaje y armadura constitucional. No pueden concebirse un estado democrático que no garantice este derecho, el respeto a la dignidad y a la persona, y el rechazo al totalitarismo.
3. En ese camino, una de las novísimas instituciones que recogió el NCPP, fue el artículo 71°. 4, referido a la **tutela de derechos**, el cual constituye una vía jurisdiccional por la cual la persona imputada en la comisión de un delito, puede acudir cuando considere que durante las diligencias preliminares o en la investigación preparatoria, no se ha dado cumplimiento a las disposiciones, o que sus derechos no son respetados, o que es objeto de medidas limitativas de derechos indebidos o de requerimientos ilegales, puede acudir en vía de tutela al Juez de Garantías a fin de que éste tutele, proteja, subsane o dicte las medidas de corrección pertinentes, protegiéndose así, mejor los derechos del imputado.
4. No se conocen antecedentes normativos nacionales para la tutela en nuestro ordenamiento jurídico interno. Por tal razón, la tutela siendo una institución jurídica del ámbito procesal penal no tiene ningún parentesco con la institución sustantiva del Derecho de Familia

denominada igualmente tutela, institución supletoria del amparo familiar que está formada por el conjunto de derechos y obligaciones que la ley confiere a un tercero para que cuide de la persona y de los bienes de un menor de edad que no se halla sujeto a la patria potestad.

5. Sin embargo, la tutela peruana presenta muchas afinidades –aunque también marcadas diferencias– con la institución constitucional colombiana conocida como acción de tutela (incorporada por el artículo 86º de la Constitución Política de la República de Colombia de 1991 y por el artículo 1º del Decreto 2591 de 1991) y con el proceso constitucional de amparo peruano, en especial en cuanto que ambas son mecanismos procesales de protección de derechos fundamentales –distintos a la libertad personal– cuando resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o particular. Una diferencia estructural de la acción de tutela colombiana y el amparo peruano respecto de la tutela es que las dos primeras constituyen procesos autónomos, mientras que la segunda resulta incidental y se plantea al interior del proceso penal común.
  
6. En síntesis podemos afirmar, que la Tutela de Derechos es una garantía constitucional de naturaleza procesal penal, que puede usar el imputado o cualquier otro sujeto procesal cuando ve afectado y vulnerado sus derechos positivizados en la norma procesal penal, constitucional o demás leyes de la materia; pudiendo acudir al Juez de Garantías (Juez de Investigación Preparatoria) para que controle judicialmente la constitucionalidad de los actos de investigación practicados por el Ministerio Público y repare de ser el caso las acciones u omisiones que generaron el quebrantamiento del derecho de las partes procesales. La vía de tutela judicial sólo podrá hacerse efectiva durante las diligencias preliminares y en la investigación preparatoria propiamente dicha.

7. En el distrito judicial-fiscal de Loreto, y dentro de los dos años de la vigencia del Nuevo Código Procesal Penal, se ha notado un desconocimiento respecto a los alcances, presupuestos y contenido protegido de la tutela de derechos, tanto por parte de los abogados quienes en su mayoría, procesalmente lo conciben como un instrumento de nulidad, como por los magistrados del Poder Judicial y Ministerio Público, quienes en muchas ocasiones terminaron imponiendo un requisito previo cuyo alcance sólo estaba restringido para temas de imputación suficiente.
8. La imputación suficiente consiste en una atribución de hechos que deben guardar relevancia jurídica, debiéndose recordar que la información de la imputación que pesa sobre una persona se formula dentro de los alcances del principio de presunción de inocencia que impone como primer mandato la regla de tratamiento a todos los ciudadanos, mientras no haya una condena firme. La información, por tanto, no se dirige a un reo, sino a un ciudadano. Sin la existencia de una imputación previa "suficiente", detallada, clara y precisa no puede cumplirse con el fundamento del sistema acusatorio dentro de un ordenamiento procesal democrático.
9. La existencia de una errada sustanciación jurídica y conceptual al momento de determinar cuándo estamos ante un acto procesal que merece la protección vía tutela, y la plasmación de este razonamiento deficiente en una resolución que emite un pronunciamiento de tutela, genera la lesión activa en el imputado, del principio de la debida motivación de resoluciones judiciales.
10. El concepto de motivación se refiere a la justificación razonada que hace jurídicamente aceptable a una decisión judicial. La motivación, es sinónimo de justificación y por ello la esencia de este concepto se

encuentra en que su decisión es conforme a derecho y ha sido adoptada con sujeción a la ley.

11. En la medida en que la implementación de este nuevo modelo procesal penal en Loreto, apenas tiene poco más de dos años de iniciada, se espera que, a medida que vaya consolidándose este nuevo sistema procesal penal, y con la ayuda de observaciones, revisiones y mayor análisis de cada una de las herramientas que el Nuevo Código Procesal Penal ha introducido como novedosas, los errores advertidos son pasibles de ser remediados a medida que los operadores jurídicos acentúen sus conocimientos jurídicos aplicados, lo cual redundará en una justicia más eficiente.

## Capítulo VII.- RECOMENDACIONES

 Se recomienda a los magistrados del Poder Judicial, a efectuar un análisis más riguroso de lo expresado en los dos acuerdos plenarios de Tutela de Derechos que la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú ha emitido sobre la materia, distinguiendo cuando estamos ante un cuestionamiento de un determinado acto procesal, y cuándo estamos cuestionando la ausencia de motivación suficiente, puesto que solo en este último caso es necesaria haber acudido previamente al Ministerio Público para el cuestionamiento del acto procesal.

 Se recomienda a los abogados en ejercicio del distrito judicial de Loreto a efectuar un minucioso análisis de la figura de la tutela de derechos consagrada en el artículo 71° del nuevo Código Procesal Penal, interpretada en sus alcances por los Acuerdos Plenarios 4-2010 y 2-2012, a efectos de que no incidan en la petición de nulidad utilizando la vía de la tutela, puesto que es un procedimiento incorrecto. Además, se les recomienda distinguir, a efectos de un mejor entendimiento de esta figura procesal en su alcance y naturaleza, cuándo estamos ante

un defecto de formalidad subsanable, y cuándo estamos ante un vicio insubsanable respecto a los derechos constitucionales del imputado, último caso en el que sí procedería la tutela de derechos.



Se recomienda en específico a los miembros de la Sala Penal de Apelaciones del Distrito Fiscal de Loreto, a sentar una posición definida respecto a la procedencia de la tutela de derechos, la cual será consecuencia de un análisis preciso acerca de este instituto procesal, no solo en lo que respecta al artículo 71° del NCPP, sino en los alcances de los Acuerdos Plenarios 4-2010 y 2-2012, distinguiendo entre las omisiones y cuestionamientos que directamente afecten los derechos del imputado y aquellos que no, así como entre los casos que requieran la negativa o falta de respuesta de fiscal, y los que pueden interponerse directamente al órgano jurisdiccional.

#### **Capítulo VIII.- REFERENCIA BIBLIOGRAFICA.**

- ASCENCIO MELLADO, José María. Prueba prohibida y prueba preconstituida en el Proceso Penal. Inpecc. Fondo Editorial, Primera Edición, junio 2008. Lima
- ASCENCIO MELLADO. José M., La prueba prohibida en la jurisprudencia constitucional., Rev. *Valenciana de Estudios Autonómicos*, 1985. Valencia
- ASCENCIO MELLADO, José María. Prueba prohibida y prueba preconstituida. 1989. Madrid.
- ATILIO FALCÓNE, Roberto. El principio acusatorio. Editorial Ad Hoc, 2005. Buenos Aires.
- BAUMANN, Jürgen. *Derecho procesal penal: conceptos fundamentales y principios procesales; introducción sobre la base de casos*, trad. de la 3ra ed. alemana por Conrado A. Finzi. Buenos Aires, Depalma, 1986, pp. 180-181.
- BACIGALUPO, Enrique, "La fase instructoria y los Principios del Debido Proceso, José Luís Desalma Editor, 2005. Buenos Aires

- BASADRE GROHMAN, Jorge. La aparente transformación radical del sistema. Editorial Boletín electoral. Latinoamérica IIDH-Capel. Instituto Interamericano de Derechos Humanos Centro de Asesoría y Promoción electoral Julio 1995
- BAYTELMAN, Andrés y DUCE, Mauricio. Litigación penal, juicio oral y prueba. Editorial Alternativas. 2005. Lima.
- BIDART CAMPOS, Germán. Lecciones Elementales de Política. EDIAR. 11ava. Edición. Buenos Aires, 2002, pp.408 y ss
- BLANCO SUÁREZ, Rafael; DECAP FERNÁNDEZ, Mauricio, MORENO HOLMAN, Leonardo y ROJAS CORRAL, Hugo. Litigación estratégica en el nuevo proceso penal. Editorial Lexis Nexis, Santiago de Chile, 2005
- BURGOS ALFARO, José. El Nuevo Proceso Penal. Editorial Grijley, 2009, Lima- Perú
- CABANELLAS, Guillermo. Diccionario de Derecho Usual. Tomo II. Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1972
- CAFFERATA ÑORES, José. Proceso Penal y Derechos Humanos. Editores del Puerto Buenos Aires, 2000. Argentina.
- CARBONELL MATEU, Juan Carlos, Derecho Penal: Conceptos y Principios Constitucionales, Tirant lo Blanch, 1999. Valencia.
- CASAL HERNÁNDEZ, Jesús María. *Derecho a la libertad personal y diligencias policiales de identificación*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.
- CEREZO MIR, José. Obras Completas, Otros estudios. Ara Editores, 2006, Perú
- CLIMENT DURAN, Carlos. La Prueba Penal. Segunda edición. Tomo I y II. Tirant lo Blanch, 2005. Valencia.
- *Constitución de los Estados Unidos de América; anotada con la jurisprudencia*, Tomo II. Buenos Aires, Guillermo Kraft, 1949
- DE LA CRUZ ESPEJO, Marco: "Derecho Procesal Penal" Vol. 2. Editorial "FECAT" edición 2008; Lima- Perú
- ETXEBERRÍA GURIDI, José Francisco: Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal, Trivium, 1999. Madrid.

- FARÉN GUILLÉN, Víctor. La identificación de personas desconocidas. Madrid, Civitas, 1992.
- FERNANDEZ SEGADO, Francisco "La Dogmática de los Derechos Humanos" Ediciones Jurídicas Lima 1994, pp 48.
- FIORAVANTI, Maurizio, Los derecho Fundamentales Apuntes de historia de las Constituciones. Editorial Trotta 2001
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, UNAM, México 2001
- GIMENO SENDRA, Vicente. El Proceso de Habeas corpus, Editorial Tecnos S. A. 1985. Madrid
- GIMENO SENDRA, J. V. y Otro. La detención. Detenciones ilegales. La detención Gubernativa y la detención judicial. Barcelona, 1977
- GIMENO SENDRA. Vicente. Derecho Procesal Penal. Editorial Colex. Segunda Edición 2007, Madrid España.
- GIMENO SENDRA. Vicente. El nuevo proceso penal. Editorial Colex. Segunda Edición 2007, Madrid España,
- GOLDSCHMIDT, James. Metodología Jurídico Penal. Editorial Reus S. A. 1981, Madrid.
- GOMEZ COLOMER, Juan Luís. El Proceso Penal en el Estado de Derecho. Palestra Editores, 1999. Lima.
- GUATINI, Ricardo, Estudios sobre la Interpretación Lingüística. Traducción Marina Gascon, Miguel Carbonell. Segunda edición. Editorial Porrua Argentina. Universidad Nacional Autónoma de México. México Año 2000 pp. 26
- HAIRABRDIAN MAXIMILIANO, Problemas prácticos del uso de la fuerza en la prueba, en Novedades sobre la prueba judicial, Mediterránea, Córdoba, 2002, p. 29
- HAIRABRDIAN MAXIMILIANO, "Cuestiones prácticas sobre la investigación penal", Ed. Mediterránea Córdoba, 2004.
- HORVITZ LENNON, María Inés. Derecho Procesal Chileno, Editorial Jurídica de Chile, Tomo I. 2002, Santiago de Chile.
- J. MAIER, Julio B. El Proceso Penal Contemporáneo. Palestra Editores. Primera Edición, mayo 2008. Lima

- JESCHECK, HANS, HEINRICH: Tratado De Derecho Penal; Parte General, Cuarta Edición, Comares, Granada, 1993
- KLAUS TIEDEMANN. Constitución y Derecho Penal. Palestra Editores, 2003. Lima
- LARENZ, Kart. Metodología de las Ciencias del Derecho. Editorial Ariel. 1980. Barcelona
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Tratado de Derecho Procesal Penal. Tomo II, Editorial Aranzadi, 2007. Pamplona.
- LÓPEZ MASLE, Julián. Derecho Procesal Penal chileno. Tomo II, Editorial Jurídica de Chile. 2004. Santiago de Chile.
- MAVILA LEON, Rosa, "EL NUEVO SISTEMA PROCESAL PENAL" Ed. Jurista Editores, Perú, 2005.
- MINISTERIO DE JUSTICIA, Código Procesal Penal. Decreto Legislativo 957, Segunda Edición. 2008 Lima.
- MINISTERIO DE JUSTICIA, Constitución Política del Perú, Octava Edición. 2008 Lima.
- MORENO CATENA, Víctor y otros; Introducción al derecho Procesal. Tirand Lo Blanch. 1995. Valencia
- MORENO CATENA V. Garantía de los Derechos Fundamentales en la Investigación Penal, Rev. "Poder Judicial, Justicia Penal" Número especial, II, Marzo 1987. España.
- PASTOR BORGONÓN, B: Eficacia en el proceso de las pruebas ilícitamente obtenidas, *Revista "Justicia"*, 1986, Número 2. Perú.
- PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso, El Nuevo Proceso Penal Peruano, Gaceta Jurídica, Primera Edición 2009. Lima
- PRIETO SANCHÍS, Luis. *El constitucionalismo de los derechos: Ensayos de filosofía jurídica*. Edit. Trotta, Madrid
- REYNA ALFARO Luís M. y OTROS: La Prueba, reforma del Proceso Penal y derechos fundamentales. Primera Edición, Jurista Editores E.I.R.L. 2007. Lima.
- RODRIGUEZ, Francisca y Otros. Introducción a la Metodología de las Investigaciones Sociales". Editora Política, 1989, La Habana.

- RODRÍGUEZ GARCÍA, NICOLÁS. El Consenso en el Proceso Penal Español. Bosch Editor. Barcelona. España, Año 1997
- SAN MARTÍN CASTRO, CÉSAR; Derecho Procesal Penal; Vol. 1; Segunda Edición; Editorial Jurídica Grijley.
- SÁNCHEZ VELARDE. Pablo. El nuevo proceso penal. Editorial Idemsa, 2009. Lima.
- SÁNCHEZ VELARDE, Pablo, "INTRODUCCIÓN AL NUEVO PROCESO PENAL" Ed. Ideosa, Lima 2005
- SCHLÜCHTER, Ellen. *Derecho procesal penal*, con la colaboración de Jörg Knuper y Matthias Terbach, revisión de la trad. de Iñaki Esparza y Andrea Planchadell, 2da ed. reelaborada. Valencia, Tirant Lo Blanch, 1999.
- SERRA DOMÍNGUEZ, El derecho a la prueba en el Proceso Civil Español, en "Libro Homenaje de Jaime Guasp" (Obra colectiva), 1984. Granada
- SOLIS ESPINOZA, Alejandro. Metodología y Técnica de la Investigación Jurídica. Editorial Themis. 1980. Bogotá
- TALVERA ELGUERA, Pablo. La Prueba en el Nuevo Proceso Penal. Academia de la Magistratura. Primera Edición, marzo 2009. Lima
- VERGÉS RAMÍREZ, Salvador. Derechos Humanos: Fundamentación. Editorial Tecnos, 1997, Madrid, p.16.
- VIVES ANTON, T S: Doctrina constitucional y reforma del proceso penal, Rev."Poder Judicial. Justicia penal", número especial II, 1987. Lima
- VODANOVIC, Antonio y otros. Tratado de Derecho Civil. Parte preliminar y general, t.I. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998, p.442.

#### **PÁGINAS WEB CONSULTADAS**

<http://www.minjus.gob.pe>

<http://jurídicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/20072/pr/pr3.pdf>

[http://enj.org/portal/biblioteca/penal/la\\_prueba\\_proceso\\_penal/16.pdf](http://enj.org/portal/biblioteca/penal/la_prueba_proceso_penal/16.pdf)

<http://www.csm.it/documenti%20pdf/sistema%20giudiziario%20italiano/spagnolo.pdf>

<http://www.selettigroup.com.ar/Selesis/alexandria/argentina/cppn/cppn.htm>

[http://www.mpfm.gob.pe/ncpp/files/dfbaaa\\_articulo%20dr.%20rosas%20yataco.pdf](http://www.mpfm.gob.pe/ncpp/files/dfbaaa_articulo%20dr.%20rosas%20yataco.pdf)

[http://www.justiciaviva.org.pe/reforma\\_implementation/CPP\\_chile.pdf](http://www.justiciaviva.org.pe/reforma_implementation/CPP_chile.pdf)

<http://www.tododeiure.com.ar/leyes/cordoba/8123.htm>

[http://www.asepol.cl/publicaciones/estudios\\_policiales/numero\\_3/comentarios.pdf](http://www.asepol.cl/publicaciones/estudios_policiales/numero_3/comentarios.pdf)

[http://www.pnp.gob.pe/documentos/COMPENDIO%20DEL%20PLAN%20DE%20INVESTIGACION\\_PNP\\_MP.pdf](http://www.pnp.gob.pe/documentos/COMPENDIO%20DEL%20PLAN%20DE%20INVESTIGACION_PNP_MP.pdf)

<http://blog.pucp.edu.pe/item/137513/rol-de-la-policia-en-la-prevencion-de-la-criminalidad>

<http://www.policia.gov.co/portal/page/portal/HOME/Lineamientos/Tomo%202.3%20Estrategia%20de%20la%20Polic%EDa%20para%20la%20Seguridad.pdf>

<http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?court=US&navby=case&vol=000&invol=03-5554>

## ENCUESTAS A MAGISTRADOS DEL PODER JUDICIAL Y MINISTERIO PÚBLICO

**1. ¿Tiene conocimiento de la existencia de la audiencia de tutela de derechos en el nuevo código procesal penal?**

Sí ( )

No ( )

**2.Cuál cree usted que es la finalidad de la audiencia de tutela de derechos:**

a) La protección, resguardo y consiguiente efectividad de los derechos del imputado reconocidos por la constitución y las leyes.

b) La protección, resguardo y consiguiente efectividad de los derechos del agraviado reconocidos por la constitución y las leyes.

c) La protección, resguardo y consiguiente efectividad de los derechos del acusado reconocidos por la constitución y las leyes.

d) Ninguna de las anteriores.

**3. Si ampara la solicitud del accionante a través de la tutela de derechos, el juez de garantías dicta una medida de tutela:**

a) Correctiva, que ponga fin al agravio.

b) Reparadora, que remedie el daño causado, por ejemplo, subsanando una omisión.

b) Revocadora, que deje sin efecto la disposición fiscal que causó la lesión.

c) a y b son correctas.

d) Ninguna es correcta.

**4. Señale la afirmación correcta:**

a) La audiencia de tutela procede cuando se vulneran los derechos fundamentales relacionados con los enumerados en el artículo 71° del Código Procesal Penal.

b) La audiencia de tutela procede contra cualquier acto lesivo a los derechos constitucionales del imputado.

c) Es de aplicación residual, y no procede contra aquellos agravios que, para su solución, tienen su propia vía.

d) A y C son correctas

**5. La realización de la audiencia para resolver un pedido de tutela de derechos es:**

a) Requisito obligatorio, por el derecho de las partes ejercer el contradictorio.

b) Requisito facultativo, debiendo expresar las razones por las que prescinde de la audiencia.

c) Requisito necesario, sujeto a la evaluación de cada caso concreto, y solo excepcionalmente, puede resolver sin audiencia.

d) En ningún caso se realiza la audiencia.

**6. El imputado puede solicitar vía tutela de derecho:**

a) La exclusión del material probatorio obtenido ilícitamente.

b) La culminación de la investigación al haber excedido el plazo razonable.

c) La admisión de las diligencias denegadas por el fiscal.

d) Todas las anteriores.

**7. La acción de tutela puede ser planteada:**

- a) En las diligencias preliminares e investigación preparatoria.
- b) En la etapa intermedia.
- c) Hasta antes de la acusación.
- d) En cualquier etapa del proceso.

**8. Si en la diligencia de reconociendo de persona no participa el abogado defensor, el imputado puede solicitar que se excluya dicha diligencia vía tutela?**

- a) No, porque no es la vía.
- b) Si, porque se ha vulnerado el derecho a la defensa.
- c) No, porque no se vulnera el contenido esencial de los derechos de la persona.
- d) Si, porque no existe otra vía.

**9. Si el abogado defensor no fue notificado para que tenga el derecho ha participado en la declaración de algún testigo, que puede hacer el abogado defensor.**

- a) Solicitar vía tutela, al exclusión de dicha diligencia.
- b) Solicitar vía tutela, que repare la omisión.
- c) Solicitar vía tutela, la anulación de dicha diligencia.
- d) Solicitar vía tutela, la nulidad de dicha diligencia.

**10.- Si la actuación del señor Fiscal al concluir con la investigación preparatoria, emitiendo la respectiva acusación, sin efectuar pronunciamiento alguno sobre el medio de prueba presentado por la defensa técnica del recurrente, vulnera derecho:**

- a) Sí, porque el fiscal debe dar respuesta a la solicitud de la defensa.
- b) No, porque el Código Procesal Penal, que existen otras vías para ello.
- c) Sí, porque el Código Procesal Penal, no prohíbe.
- d) Ninguna de la anteriores.

**ENTREVISTA A MAGISTRADOS DEL PODER JUDICIAL Y MINISTERIO PÚBLICO**

**Pregunta 1:** De acuerdo a lo que señala el fundamento 11 del Acuerdo Plenario N° 4-2010, la finalidad esencial de la acción de tutela consiste en que el Juez determine, desde la instancia y actuación de las partes, la vulneración del derecho o garantía prevista constitucionalmente y realice un acto procesal dictando una medida de tutela correctiva, reparadora o protectora. ¿Considera usted que, desde el punto de vista de la práctica procesal, la acción de tutela puede convertirse en un obstáculo para la investigación fiscal?

Si ( )

No ( )

¿Por qué?

Comentario.....  
.....  
.....  
.....  
.....  
.....

**Pregunta 3:** De acuerdo a la doctrina (ALVA FLORIAN, César "*La tutela de derechos en el Código Procesal Penal de 2004*"), la acción de tutela es la mejor vía reparadora del menoscabo sufrido, y que incluso puede funcionar con mayor eficiencia y eficacia que un proceso constitucional de habeas corpus. ¿Cree usted que esta acción cumple plenamente con los objetivos para los que fue regulada?

Si ( )

No ( )

¿Por qué?

Comentario. ....  
.....  
.....  
.....  
.....