

**UNIVERSIDAD SAN PEDRO**  
**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS**  
**POLITICAS**  
**ESCUELA DE DERECHO**



**La aplicación de la tutela de derecho en el nuevo código  
procesal penal**

**Trabajo de suficiencia profesional para obtener el título profesional de  
Abogado**

Autor:

**Quito Gomez, Francy Antonio**

Asesor:

**Vargas Camiloaga, Gustavo Adolfo**

**Huaraz- Perú**

**2018**

## **DEDICATORIA**

A mi familia quienes por ellos soy lo que soy.

Para mis padres y mi querida esposa por su apoyo, consejos, comprensión, amor, ayuda en los momentos difíciles, y por ayudarme con los recursos necesarios para estudiar. Me han dado todo lo que soy como persona, mis valores, mis principios, mi carácter, mi empeño, mi perseverancia, mi coraje para conseguir mis objetivos.

## PRESENTACIÓN

Con el presente trabajo, más allá de ofrecer un entendimiento sobre la Tutela de Derechos, buscamos realizar una interpretación sistemática sobre los sujetos que están legitimados para solicitarla, enfocándolo desde el punto de vista constitucional; siendo menester para ello, conocer algunas nociones básicas, en pos de dilucidar mejor el presente trabajo.

Siendo la tutela de derechos peruana una institución jurídica procesal, ha suscitado diversidad de comentarios e interpretaciones sobre su real diseño y configuración, generando en su aplicación multiplicidad de planteamientos muchas veces divergentes entre sí, especialmente vinculados a los sujetos legitimados para solicitarla o interponerla.

Atentamente,

Bach. Quito Gómez, Francy Antonio

**PALABRAS CLAVES:**

<b>Tema</b>	Tutela de derecho
<b>Especialidad</b>	Derecho procesal penal peruano

**Keywords:**

<b>Text</b>	Guardianship law
<b>Specialty</b>	Peruvian Criminal Procedure law

**Línea de investigación: Derecho**

## INDICE GENERAL

Dedicatoria	i
Presentación	ii
Palabras Clave	iii
Índice General	iv
Introducción	01
I.- Antecedentes	03
II.- Marco Teórico	05
III.- Legislación Nacional	22
IV.- Jurisprudencia	24
V.- Derecho Comparado	31
VI.- Conclusiones	35
VII.- Recomendaciones	37
VIII.- Resumen	38
IX.- Bibliografía	39

## INTRODUCCIÓN

Con el presente trabajo, buscamos realizar una interpretación sistemática sobre la tutela, y como los sujetos que están legitimados para solicitarla, enfocándolo desde el punto de vista constitucional; siendo menester para ello, conocer algunas nociones básicas. Siendo la tutela de derechos peruana una institución jurídica procesal, que ha suscitado diversidad de comentarios e interpretaciones sobre su real diseño y configuración, generando en su aplicación multiplicidad de planteamientos -muchas veces divergentes entre sí, especialmente vinculados a los sujetos legitimados para solicitarla o interponerla.

La tutela de derechos es una novísima institución introducida por el artículo 71°, numeral 4), del nuevo Código Procesal Penal del 2004 (en adelante, NCPP). Al respecto 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 86° de la Constitución Política de la República de Colombia de 1991 y por el artículo 1° 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.

Finalmente, cabe indicar que el presente trabajo tuvo en cuenta los antecedentes respecto a este proceso legal, asimismo desarrolla un marco teórico que enriquece la información del Trabajo de Suficiencia Profesional que hemos desarrollado. Asimismo se ha tenido en cuenta la legislación nacional del tema tratado, su jurisprudencia y la comparación de este derecho con otros países; para finalizar este trabajo con las conclusiones, recomendaciones y su respectivo resumen.

## I. ANTECEDENTES

Hablar de los antecedentes de una figura jurídica procesal, implica ir a su génesis; sin embargo, la Tutela de derechos como tal, en nuestro país no tiene antecedentes ni legislativos ni doctrinarios, no obstante mencionamos los antecedentes que mediante una interpretación teleológica y sistemática, resultan ser la base, el fundamento de su existencia y origen como figura jurídica procesal, hablamos del Sistema Acusatorio Garantista y la Tutela Jurisdiccional Efectiva. Desde luego, nos basamos en la normatividad legal del Artículo 71 del Código Procesal Penal, la Convención Americana de Derechos Humanos, Así como, el Acuerdo Plenario N° IV del noviembre del 2010, que establece la Doctrina Legal sobre esta figura sui generis y desde luego las diversas resoluciones emitidas por los Jueces de Investigación Preparatoria al pronunciarse sobre la tutela de derechos.

### 1.1.- CONVECCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.

En este cuerpo normativo, Convención Americana sobre Derechos humanos, encontramos el artículo 25, inciso 1, de la Protección Judicial, cuando señala, "que toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente convención..." , de este precepto podemos entender que en efecto, en un Proceso Penal, la persona imputada es la parte más vulnerable, por lo que los Estados de Derecho, deben proporcionarles armas, o como lo llama, recursos, que constituyan mecanismos de defensa, y precisamente la tutela de derechos cumple ese rol en el proceso penal con el Código Procesal del 2004, puesto que nuestro legislador, al redactar el artículo 71, inciso 4 dentro del Título II, Capítulo 1 dedicado al imputado, ha materializado o concretizado dicha institución. Todo ello es concordado con el artículo 8, de las Garantías Judiciales, de la Convención Americana sobre derechos humanos.



## 1.2. CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS.

### 1.2.1.- Constitución Política del Estado Peruano.

En el artículo 139 inciso, inciso 3 de la Constitución está prevista La Tutela Jurisdiccional Efectiva, en la Interpretación del Tribunal Constitucional, señala: El Derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, implica que la persona deba ser atendida por un órgano jurisdiccional mediante un proceso dotado de un conjunto de garantías mínimas (FJ 23). Expediente N° 0005-2006-AI/TC, de fecha 08 abril del 2007. En este sentido La Constitución, busca que cuando una persona está sujeta a un proceso penal, se le brinde todas las garantías desde el acceso hasta la ejecución del mismo, buscando siempre la protección Jurisdiccional, tal es así que la Tutela derechos encuentra fundamento en su amplio manto de protección jurisdiccional.

### 1.2.2.- Tribunal Constitucional Peruano.

Si bien no se ha pronunciado al respecto, más si ha desarrollado amplia y detalladamente los alcances de los procesos Constitucionales, que la Constitución Política del Estado Peruano prevé en su artículo 200. Sin embargo, también ha denegado solicitudes de amparo y habeas corpus, de protección de derechos que han sido conculcados en un proceso penal, etapa de instrucción de ese entonces, debido a que el supuesto no se ajustaba a las casuales o condiciones para invocar tal proceso constitucional. 39 Esto evidencia que urgía y urge un recurso sencillo que se ajustara a la Defensa del imputado en el proceso penal, mediante el cual pueda solicitar al Juez proteja sus derechos que le asisten al imputársele los hechos delictivos que son materia de investigación. En este sentido la tutela de derechos resulta ser la solución concreta esperada, el arma materializada para la defensa del imputado.

## II. MARCO TEÓRICO

### 2.1.- MODELO ACUSATORIO, GARANTISTA.

Al respecto ya hemos abordado el tema ut supra; sin embargo, puntualizaremos que siendo el proceso penal, un verdadero proceso, de corte Acusatorio Garantista, en donde se brinda protección a todos los intervinientes del proceso, en todas sus fases o etapas, armonizando así con un estado de derecho, según nuestra Carta Magna del 1993 en su Artículo 43, garantista como expone Ferrajoli (2007), el proceso penal lógicamente provee de instrumentos o armas para que hacer respetar los derechos que les otorgan la Constitución y las leyes. Por ello tenemos de manera objetiva o concretizado la Tutela de Derechos en el artículo 71 inciso 4 del Código Procesal Penal, en armonía con este modelo Acusatorio.

### 2.2.- CONCEPCIÓN DE LA TUTELA DE DERECHOS.

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 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.

Por su parte, Somocurcio (2009) señala “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”.

Alva (2010) señala “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)”.

La Tutela de Derechos es una facultad exclusiva del imputado, quien puede, por sí mismo o a través de un abogado defensor, hace 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.(Mamani, 2011)

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 positivos 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.(Ibidem: 2011)

### 2.3.- NATURALEZA JURÍDICA.

Con naturaleza jurídica nos referimos a la esencia propia de determinado concepto o institución, por ello como puede apreciarse, la tutela de derechos es un mecanismo de naturaleza procesal penal, con fundamento Constitucional, ya que siempre tiene en mente la protección de los derechos fundamentales que la Constitución, las leyes y el Código Procesal Penal otorga al imputado. Se constituye en la mejor vía reparadora del menoscabo sufrido y que incluso puede funcionar con mayor eficacia que otros recursos.

### 2.4.- CARACTERÍSTICAS.

Para vislumbrar la tutela de Derechos del Imputado, esbozamos las características planteadas por Llacsahuanga (2008) que las hacen especial:

- ✓ Es un mecanismo penal Constitucionalizado, porque protege derechos que están señalados en la Constitución, leyes Internacionales y el Código Procesal Penal.
  
- ✓ Subsidiaria o residual Porque solo procederá cuando no haya otro medio de protección de derechos o mecanismos procesales específicos, previstos en el

Código Procesal Penal, Constitución y Leyes. Es decir, procede en todos los demás casos en que no se respeten los derechos del imputado.

- ✓ Inmediata: Porque su propósito es otorgar sin dilaciones la protección solicitada previa audiencia.
- ✓ Es especialmente para el imputado y la protección de sus derechos en un proceso penal, en la etapa de investigación preliminar y preparatoria.

## **2.5.- CASOS EN LOS QUE SE APLICA: (NUMERUS APERTUS)**

Para entender a que supuestos se aplica, partimos por desglosar el artículo 71 del Código Procesal Penal. Debe utilizarse única y exclusivamente cuando haya una infracción ya consumada de los derechos que le asisten al imputado

2.5.1.- "No se ha dado cumplimiento a estas disposiciones", nos preguntamos ¿cuales?, respuesta: las del artículo 71 del Corpus Adjetivo Penal:

- ✓ **Art. 71 Inciso 1**, derechos que la: Constitución Política (artículo 2, artículo 3, artículo 139, incluye los convenios internacionales firmados en materia de derechos humanos) y las leyes le conceden.
- ✓ **Art. 71 Inciso 2**: derechos del imputado, stricto sensu, literales a) conocer lo cargos y los motivos de su detención b) designar a la persona o institución a la que debe comunicarse su detención e) contar con un abogado desde el inicio de la investigación; d) abstenerse de declarar, en otro caso que esté presente su abogado; e) a que no se emplee medios coactivos que alteren su voluntad; f) ser examinado por médico legista o un profesional.
- ✓ **Art. 71, Inciso 3**: debe constar en el acta respectiva.

2.5.2.- O que sus derechos no son respetados:

Este supuesto se refiere a todos los derechos del imputado, los regulados en la Constitución y dispersos en el Código Procesal Penal. Ejemplo: allanamiento del domicilio si autorización del propietario. O la disposición de status quo sobre la inmueble materia de investigación, sin pedir la confirmaría del Juez de Investigación Preparatoria.

#### 2.5.3.- O que es objeto de medidas limitativas de derechos indebidas.

La Policía o el Ministerio Público pueden restringir derechos fundamentales de las personas, siempre que no se requiere previamente resolución judicial, ante supuestos de urgencia o peligro por la demora y con estrictos fines de averiguación. En estos casos el Fiscal deberá solicitar inmediatamente la confirmación del Juez de Investigación Preparatoria. Cabe mencionar que los derechos vulnerados ergo solicitar tutela de derechos tiene que ser distintos al Derecho a la Libertad Individual, siempre que esos derechos distintos tal derecho no tenga conexidad con la libertad. Es decir las medidas que limiten otros derechos fundamentales como el bloqueo de cuentas, impedimento de salidas, etc., salvo las excepciones previstas en la constitución, solo pueden dictarse por autoridad judicial, según el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Penal. Lo contrario vulnera esos derechos por lo que solicitaran Tutela de Derechos.

#### 2.5.4.- O ser objeto de requerimientos Ilegales.

Como el Fiscal es el director de la Investigación, puede recurrir al Juez de Investigación Preparatoria, solicitando la realización de un acto procesal mediante Requerimientos, los cuales pueden ser ilegales si es que lo hace de modo inquisitivo, sin pedir la confirmatoria del Juez, por ejemplo: incautación

de bienes, dispone la video vigilancia, dispone el control de comunicaciones o incauta documentos, etc. Ello evidenciaría una vulneración a los derechos del imputado sin previa confirmatoria del Juez de Garantías.

En adición a la protección contra la vulneración de los derechos al interior del proceso antes anotados, nada obsta que cualquier otro derecho fundamental, sustantivo o procesal reconocido a favor del imputado en la Constitución, el Código Penal, el Código Procesal Penal o en cualquier otra norma del ordenamiento jurídico nacional o en los tratados internacionales en materia de derechos humanos ratificados por el Perú, también puedan ser protegidos o restituidos en caso sean vulnerados por cualquier órgano oficial: de persecución penal, sea Policía Nacional o Ministerio Público, como consecuencia de una investigación de naturaleza jurídico penal, ello por tener ambas autoridades determinadas atribuciones .coercitivas en la persona y bienes del investigado.

## 2.6.- SUJETOS LEGITIMADOS PARA INTERPONERLA

Un tema igualmente trascendente, de cara a establecer lineamientos de esta figura jurídica, es la legitimidad para incoar este mecanismo de tutela judicial. Una interpretación literal del artículo 71.4 del NCPP impone considerar como único sujeto habilitado al imputado en sentido estricto.

En estos tiempos se ha logrado que la víctima pase a un plano central en el proceso penal, otorgándole un papel protagónico en tanto coadyuvante del fiscal para el esclarecimiento de los hechos. Es justamente esa posición de la que derivan sus diversos derechos, siendo el más resaltante, el reconocimiento de la tutela judicial efectiva, cuyo contenido esencial se revela en su derecho a la información y a la participación activa en el proceso, con lo que se busca no solo la sanción de una

conducta delictuosa que ha quebrantado la norma, sino también la reparación del daño causado (Alva, 2010).

Siendo esto así, la posibilidad de que la víctima recurra a través de una tutela de derechos es válida y tiene fundamento jurídico y dogmático, a partir de una interpretación sistemática y armónica con los principios constitucionales; pero ésta solo podrá recurrir a la acción tutelar para custodiar o proteger los derechos que le asisten, como por ejemplo, el de información y participación en el proceso (artículo IX.3 del Título Preliminar del NCPP).

Consideramos entonces que el imputado de conformidad con el artículo 71 NCPP puede recurrir vía tutela judicial cuando sus derechos han sido violentados, también lo podría hacer la víctima por la ya esbozado en líneas anteriores, pero consideramos que el actor civil también puede efectivizar esta garantía procesal penal, al estar éste en consonancia con el nuevo sistema procesal, en igualdad de condiciones y derechos que el imputado.

No olvidemos que la garantía de igualdad de armas o igualdad procesal debe de proyectarse al interior del proceso penal, traduciendo en el mandato de que cualquiera que recurra a la justicia ha de ser atendido por los tribunales con arreglo a unas mismas leyes y con sujeción a un procedimiento común, igual y fijo, por lo que estaremos ante una infracción de esta garantía cuando se sitúe a las partes en una situación de desigualdad o se impida la aplicación efectiva del principio de contradicción; principio éste que se encuentra consagrado en el artículo I.3 del Título Preliminar del NCPP; debiendo los jueces preservar el principio de igualdad procesal, debiendo allanar todos los obstáculos que impidan o dificulten su vigencia.

## 2.7.- ÓRGANO COMPETENTE



La tutela de derechos se plantea ante el Juez de Garantías, esto es, ante el Juez de Investigación Preparatoria quien deberá realizar el control judicial y de garantía. En este sentido, es quien tiene una relación directa con el fiscal en esta etapa del proceso, cumpliendo un rol de “filtro” de sus actuaciones; es decir, cumple una función de vigilancia de la investigación preparatoria.

## 2.8.- ÓRGANOS ENCARGADOS DE CONTROLAR ACTUACIONES POLICIALES

Conforme hemos podido advertir y esto por la inmediatez en que toma conocimiento sobre la noticia criminis, la Policía Nacional del Perú, es la primera en llegar a la escena del delito o la que realiza las primeras averiguaciones y detenciones, para lo cual por imperativo Constitucional, está obligada a respetar en forma irrestricta los derechos fundamentales y solo en caso necesario, según las circunstancias puede emplear la fuerza siendo que de todas sus intervenciones tiene que levantar actas, no sin antes hacer de conocer los derechos constitucionales condensados en el art. 71 numeral 2 del Código Procesal Penal, de forma inmediata, siendo que el Ministerio Público debe ser el primer órgano que controle las actuaciones policiales máxime si el Código Procesal Penal ha dado mayores atribuciones a la PNP, que en la legislación pasada, tal como lo podemos verificar no solo en el art. 68 de dicha norma, sino en el 205 referido al control de identidad, cuya exigencia es que la intervención debe tener una razón fundada, no es solo el hecho de que el intervenido carezca de documento de identidad, lo mismo sucede en el registro personal, en donde está de por medio el derecho de la intimidad de la persona, y debe existir un fundado motivo que el intervenido pueda estar vinculado a la comisión de un hecho delictuoso, esto es que exista una causa probable, exigiendo un plus adicional al de control de identidad; sin embargo, en la práctica no sucede ello, por el contrario pese a ser evidente la vulneración de derechos en la praxis policial, el Ministerio Público avala y trata de convalidar esas actuaciones,

pues si el control fuera efectivo, en definitiva, el Sr. Fiscal a cargo de la investigación no debería ser sujeto ni expuesto a una posible tutela de derechos; si el Ministerio Público no efectúa el control de legalidad de su órgano auxiliar como es la Policía, le toca el turno imperativo a la defensa a través de tutela de derechos, en donde finalmente el Juez de Investigación Preparatoria determinará, desde su percepción garantista si en efecto se vulneraron o no derechos fundamentales, y dictar, de ser el caso, la medida correctiva del caso. De haber actuado el Ministerio Público desde la puesta en vigencia de este modelo, controlando las actuaciones policiales, en definitiva la praxis policial a la fecha ya habría cambiado y mejorado, es más estaría direccionado hacia el Garantismo, habiendo dado inicio al fin de las prácticas inquisitivas.

## 2.9.- PUEDE EJERCITARSE DURANTE LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA

De la interpretación del artículo 71.4 NCPP se desprende que los sujetos legitimados para ejercitar la tutela de derechos lo pueden efectivizar únicamente en las diligencias preliminares y durante la investigación preparatoria propiamente dicha; de ello se colige que el ejercicio de esta garantía constitucional no podrá hacer efectiva en las etapas intermedia, de juzgamiento, impugnatoria, ni durante la ejecución de sentencia.

## 2.10.- CASOS DE PROCEDENCIA

Estudia los supuestos de procedencia establecidos en la norma procesal penal del modo siguiente:

- ✓ Cuando no se ha dado cumplimiento a las disposiciones contenidas en el artículo 71 numerales 1 -derechos del imputado reconocidos en la Constitución

y en la ley- y 2 -los derechos que deben ser informados de manera inmediata y directa al imputado por los jueces, fiscales y la policía-.

- ✓ Cuando los derechos del imputado no son respetados, este supuesto está referido a todos los derechos de los imputados regulados en la Constitución Política y dispersos en el NCPP, con excepción de aquellos para cuya tutela existan mecanismos procesales específicos. Así tenemos por ejemplo, el caso del derecho a un plazo razonable en este caso no procede la tutela de derechos, pues el NCPP ha diseñado la figura del “Control de Plazos”, previstos en los artículos 334.2 y 343.3. Tampoco procede en el caso de las medidas restrictivas de derechos, pues existen mecanismos de garantía como el “Reexamen Judicial”, regulado en los artículos 225.5, 228.2, 231.4 y 204.2; ni en el supuesto de control judicial de la detención previsto en el artículo 264 NCPP. En todos los demás casos en que no se respeten los derechos del imputado, procede la tutela de derechos, teniendo como límite estacional la conclusión de la investigación preparatoria.
- ✓ Cuando el imputado es objeto de medidas limitativas de derechos indebidas, en este ámbito es relevante precisar que las medidas que limitan derechos fundamentales -bloqueo de cuentas, embargo, allanamiento, control de comunicaciones, detención preliminar, impedimento de salida, etc- salvo las excepciones previstas en la Constitución, solo pueden dictarse por la autoridad judicial, en el modo, forma y con las garantías previstas por la ley, y mediante resolución debidamente motivada, a instancia de la parte procesal legitimada.
- ✓ La orden judicial, por su parte, debe sustentarse en suficientes elementos de convicción, en atención a la naturaleza y finalidad de la medida y al derecho fundamental objeto de limitación, así como respetar el principio de

proporcionalidad, conforme lo señala el artículo VI del Título Preliminar del NCPP.

- ✓ Requerimientos Ilegales; es el Ministerio Público el director de la investigación, pero bajo las limitaciones y contrapesos que el nuevo sistema procesal penal supone. Así, asume el rol de titular de la acción penal, de conductor de la investigación, de acusador, así como un rol dispositivo, de parte y requirente. El fiscal, mediante requerimientos, insta al Juez de la Investigación Preparatoria, incluyendo los actos preliminares de la investigación, el dictado de actos jurisdiccionales -por ejemplo constitución de partes, limitación de derechos, etc.- o la autorización para realizar determinados actos restrictivos de derechos -como video vigilancia, incautación de bienes, control de comunicaciones y de documentos, etc.-. Estos supuestos se refieren a los requerimientos ilegales que formula el Ministerio Público como conductor de la investigación preparatoria, al practicar los actos de investigación regulados en los artículos 64, 122, 322.2 y 323 NCPP.

#### 2.11.- OBJETO DE LA PETICIÓN

Precisa Cupe (2010) que los posibles efectos jurídicos a los que la defensa pueden aspirar vía tutela de derechos y que conforme al artículo 71.4 NCPP, delimitan el marco de actuación del Juez de Investigación Preparatoria, son:

- ✓ Subsanan la omisión,
- ✓ Dictar las medidas de corrección, y
- ✓ Dictar las medidas de protección, según corresponda.

Es decir, el marco de actuación del Juez de Investigación Preparatoria en términos de tutela de derechos se circunscribe a subsanar -disculpar o excusar-,

corregir -enmendar lo errado- y proteger -amparar, favorecer, defender-; de ninguna forma los términos antes citados implican la posibilidad de declarar nulo un acto procesal o sin efecto un elemento de convicción. Dentro de los términos antes señalados cabe, por ejemplo, comunicar al imputado los derechos que le reconoce el artículo 71.2. NCPP; ordenar que el fiscal o la Policía Nacional le comuniquen los cargos formulados en su contra y, en caso de detención, se le exprese la causa o motivo de ésta.

Asimismo, el Juez de Garantías puede ordenar a la Policía Nacional que entregue al imputado la orden de detención girada en su contra; advertir u ordenar que el fiscal o la policía le comunique su detención a la persona o institución que aquel designe; nombrar u ordenar que el fiscal o la policía requieran la intervención de un abogado defensor público en caso de que el imputado carezca de recursos económicos; ordenar que el fiscal o la policía permitan la presencia del abogado defensor del imputado en su declaración y en todas las diligencias en que se requiera su presencia.

Igualmente, ordenar que el fiscal o la policía dejen de emplear en contra del imputado medios coactivos, intimidatorios o contrarios a su dignidad, o técnicas o métodos que induzcan o alteren su libre voluntad, ordenar el cese de una restricción no autorizada ni permitida por la ley; ordenar que el fiscal o la policía dispongan que el imputado sea examinado por un médico legista o en su defecto, por otro profesional de la salud, cuando su estado de salud lo requiera. (Ibídem: 2010)

## 2.12.- TRÁMITE DEL PEDIDO

Lo peticionado por los sujetos legitimados se resolverá de forma inmediata, previa constatación de los hechos y la realización de una audiencia de tutela de derechos. Teniendo en cuenta el Reglamento de Organización y Funciones de la Fiscalía Suprema de Control Interno del Ministerio Público en su artículo 23 que

prescribe “Se consideran infracciones sujetas a sanción disciplinaria las siguientes:  
d) Incumplir las disposiciones legales, normas complementarias y de carácter interno emitidas por la Fiscalía de la Nación o la Junta de Fiscales Supremos del Ministerio Público”; los fiscales que infraccionaren los derechos fundamentales de los sujetos procesales estarían incurriendo en responsabilidad administrativa.

### 2.13.- IMPUGNACIÓN

El NCPP no regula la interposición de los recursos impugnatorios contra la resolución judicial de tutela de derechos, por lo que cabría concluir que es irrecurrible, conforme a la regla de impugnabilidad (Somocurcio, 2009) expresa prevista en el artículo 404.1 del NCPP; sin embargo, habría que considerar que si dicha resolución judicial causa gravamen irreparable al sujeto procesal legitimado, ésta podría ser impugnada en concordancia con lo dispuesto por el artículo 416.1 NCPP.

### 2.14.- EXCLUSIÓN PROBATORIA POR VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES

Inicialmente se discutía si a través de la institución materia de comentario, se podía o no anular actuaciones policiales-fiscales, ante la vulneración de derechos fundamentales, algunas posiciones decían que no era factible y para ello estaba la etapa intermedia, mientras otros, que sí; en el Distrito judicial de Lambayeque, al inicio de la puesta en vigencia fue declarada nula el acta de lectura de memoria de un celular incautado a una persona supuestamente implicada en el delito de extorsión, pues se había vulnerado el derecho al secreto a la inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados<sup>10</sup>, respuesta de la Magistrada, a cargo de resolver la tutela impuesta que desde nuestra perspectiva resultó acertada, pues si se obtuvo un elemento de convicción con vulneración de derechos fundamentales, no

se podía esperar hasta la etapa intermedia para poder pedir su inadmisión como medio de prueba, máxime si de por medio estaba la libertad del imputado.

Ante esta incertidumbre consideramos acertada la posición de los Jueces Supremos en el Acuerdo Plenario tantas veces referido, que como penalidad, ante la vulneración de derechos fundamentales, impone la regla de exclusión probatoria, siendo que de esta manera el órgano persecutor va a tener que replantear su operatoria para que bajo ningún modo se pretenda obtener elementos de convicción transgrediendo derechos fundamentales.

#### .2.15.- TUTELA DE DERECHOS INTERPUESTA POR LA DEFENSA PÚBLICA Y CONTRIBUCIÓN AL CAMBIO

Durante la vigencia del nuevo modelo procesal penal, realizando un estudio de las diversas tutelas de derechos interpuestas por la defensa, y principalmente interpuestas por la Defensa pública, advertimos que se ha logrado lo siguiente:

- ✓ Acceso a carpeta fiscal, sin previo escrito. Artículo 2do Numeral 10 de la Constitución Política del Estado.
- ✓ Gratuidad en la entrega de copias de actuaciones policiales-fiscales (Principio de gratuidad de la defensa penal).
- ✓ No detención de ciudadano intervenido por conducción en estado de ebriedad, por no contarse con examen cualitativo de alcoholemia.
- ✓ Exclusión de elemento de convicción, acta de registro domiciliario, por allanamiento ilegal de domicilio.

- Exclusión de acta de registro de llamadas de celular por vulneración del derecho de inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados.
- Exhortación para que Ministerio Público resuelva situación jurídica respecto a un detenido por TID, en donde ya se habían agotado las diligencias urgentes e inaplazables, antes de cumplirse los quince días.
- Exclusión de material incautado (armas de fuego) porque no se le hizo de conocer a imputado sus derechos constitucionales al momento que se le intervino, ni horas después.
- Derecho del abogado defensor del imputado a participar en declaración de menor supuestamente víctima de violación sexual.
- Declaración de nulidad de audiencia de principio de oportunidad, por haberse llevado a cabo sin asistencia de abogado defensor.
- Exhortación al Ministerio Público para que cuando cite al imputado, no le conmine, en caso de incomparecencia a ser conducido mediante la fuerza pública.
- Exhortación al Ministerio Público, para que no reitere la notificación al imputado, en caso éste haya decidido en una diligencia previa o por escrito, en acogerse a su derecho de guardar silencio; salvo la existencia de nuevos elementos de convicción.

Que, si bien pueden parecer casos aislados e irrelevantes, empero, ha dado lugar a que el órgano persecutor no vuelva incurrir en los mismos actos, y modifique su operatoria, teniendo siempre presente que la persona humana puede haber perdido su libertad, pero no su dignidad; y es así que bajo ese



contexto, en intervenciones posteriores ha tratado de vigilar en gran medida que las intervenciones se efectúen bajo el marco constitucional y procesal establecido, lo que ha repercutido positivamente en el desarrollo del nuevo modelo procesal penal.

## 2.16.- LA TUTELA DE DERECHOS ES TAMBIÉN UNA VÍA DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LA VÍCTIMA

En sentido contrario, señalan algunos autores que, si bien el art. 71° del NCPP solo prevé taxativamente la posibilidad de que el imputado pueda recurrir vía tutela de derechos cuando alguno de sus derechos están siendo vulnerados, no significa que la víctima no lo pueda hacer también, máxime si el nuevo modelo procesal penal propugna la igualdad de armas y condiciones entre los sujetos procesales.

La posibilidad de que la víctima recurra a través de una tutela de derechos para poner fin a la vulneración de algunos de sus derechos fundamentales, es válida y tiene fundamento jurídico y dogmático, a partir de una interpretación sistemática y armónica con los principios constitucionales. Es así que, de una parte, el artículo 2 inciso 2 de nuestra Constitución Política numera que "toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen... o de cualquier otra índole"; por otro lado, en el numeral 3 del artículo I del Título Preliminar del NCPP, se señala que "las partes intervendrán en el proceso con iguales posibilidades de ejercer las facultades y derechos previstos en la Constitución y en este Código, y los jueces preservarán el principio de igualdad procesal, debiendo allanar todos los obstáculos que impidan o dificulten su vigencia".

Además, no debemos olvidar que la igualdad de armas o igualdad procesal debe de proyectarse al interior del proceso penal, traduciendo en el mandato de que cualquiera que recurra a la justicia ha de ser atendido por los tribunales con arreglo a unas mismas leyes y con sujeción a un procedimiento común, igual y fijo, por lo que estaremos ante la infracción de esta garantía cuando se sitúe a las partes en una situación de desigualdad o se impida la aplicación efectiva del principio de contradicción; principio éste que se encuentra consagrado en el artículo 1.3 del Título Preliminar del NCPP; debiendo por tanto los Jueces preservar el principio de igualdad procesal y allanar todos los obstáculos que impidan o dificulten su vigencia.

Así también, en el Estado Constitucional de Derecho, la víctima ha pasado a un plano central en el proceso penal, otorgándole un papel protagónico coadyuvante del Fiscal en el esclarecimiento de los hechos. Es justamente esa posición de la que derivan sus diversos derechos, siendo el más resaltante, el reconocimiento de la tutela judicial efectiva, cuyo contenido esencial se revela en su derecho a la información y a la participación activa en el proceso.

Entonces, si el imputado, de conformidad con el artículo 71 NCPP, puede recurrir vía tutela judicial cuando alguno de sus derechos han sido conculcados, resulta factible que también lo podrían hacer las víctimas del delito, por cuanto éstas, según San Martín Castro, "tienen un derecho fundamental de acceder al proceso y de lograr una respuesta adecuada y eficaz a su pretensión, aun cuando se trate de un proceso penal incoado por la presunta comisión del delito"; por ello, resulta pertinente considerar que ésta podrá recurrir a la acción tutelar solo para custodiar o proteger los derechos que le asisten, como por ejemplo, el de información y participación en el proceso (artículo IX.3 del Título Preliminar del NCPP).

### **III. LEGISLACIÓN NACIONAL**

#### **3.1. BASE NORMATIVA DE LA TUTELA DE DERECHOS**

El artículo 71.4º del Código procesal Penal del 2004 en adelante CPP prescribe que “cuando el imputado considere que durante las Diligencias Preliminares o en la Investigación Preparatoria se ha dado cumplimiento a estas disposiciones (artículo 71.2º), o que sus derechos no son respetados, o que es objeto de medidas limitativas de derechos indebidas o de requerimientos ilegales, puede acudir en vía de tutela al Juez de la Investigación Preparatoria para que subsane la omisión o dicte las medidas de corrección o de protección que correspondan”. Como se advierte, la audiencia de tutela tiene un alcance amplio de protección de los derechos de imputado reconocidos en la Constitución y las leyes, desde el inicio de las primeras diligencias de investigación hasta la culminación del proceso (artículo 71.1º).

La audiencia de tutela de derechos en principio está dirigida a la protección efectiva de los derechos del imputado descritos de modo enunciativo en el propio artículo 71.2º, como son los siguientes: 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; b) Designar a la persona o institución a la que debe comunicarse su detención y que dicha comunicación se haga en forma inmediata; c) Ser asistido desde los actos iniciales de investigación por un Abogado Defensor; d) Abstenerse de declarar; y, si acepta hacerlo, a que su Abogado Defensor esté presente en su declaración y en todas las diligencias en que se requiere su presencia; e) Que no se emplee en su contra medios coactivos, intimidatorios o contrarios a su dignidad, ni a ser sometido a técnicas o métodos que induzcan o alteren su libre voluntad o a sufrir una restricción no autorizada ni permitida por la Ley; y f) Ser examinado por un médico

legista o en su defecto por otro profesional de la salud, cuando su estado de salud así lo requiera.

En adición a la protección contra la vulneración de los derechos al interior del proceso antes anotados, nada obsta que cualquier otro derecho fundamental, sustantivo o procesal reconocido a favor del imputado en la Constitución, el Código Penal, el Código Procesal Penal o en cualquier otra norma del ordenamiento jurídico nacional o en los tratados internacionales en materia de derechos humanos ratificados por el Perú, también puedan ser protegidos o restituidos en caso sean vulnerados por cualquier órgano oficial de persecución penal, sea Policía Nacional o Ministerio Público como consecuencia de una investigación de naturaleza jurídico penal, ello por tener ambas autoridades determinadas atribuciones coercitivas en la persona y bienes del investigado, tómesese como referencia la serie de medidas restrictivas de derechos que pueden disponerse o ejecutarse directamente en situación de flagrancia, sin que medie autorización judicial previa. En resumen, la audiencia de tutela de derechos necesariamente está conectada o vinculada a la vulneración de los derechos de un ciudadano sobre el que recae una imputación de contenido penal en el contexto de un proceso, entendido en su sentido amplio de cualquier acto de imputación criminal por los órganos oficiales de persecución.

#### IV. JURISPRUDENCIA

Acuerdo Plenario IV del 2010, sobre Audiencia de Tutela de Derecho, en principio debemos señalar que los Acuerdos Plenarios no tienen el rango de Jurisprudencia, pero son considerados Doctrina Legal ya que precisan fundamentos jurídicos para uniformizar criterios o para la correcta interpretación de una norma, por lo que son guías para los Jueces u órganos jurisdiccionales de todas las instancias.

Este Acuerdo Plenario, debemos reconocer, que es muy importante ya que refuerza las ideas de nuestra investigación, pero también encontramos cierta contradicción en sus fundamentos, por ejemplo cuando hace referencia a los derechos fundamentales que la Constitución y Leyes prevén que le corresponde al imputado se protege mediante esta vía; sin embargo, en su fundamento once señala que los derechos protegidos por esta Audiencia son los taxativamente señalados en el art.71 inc. 2 del Código Procesal Penal, reduciendo la gama de derechos fundamentales del Imputado. Al respecto, consideramos que los derechos fundamentales a que se refiere el legislador, al prever el artículo 71 inciso 4, tutela de derechos, son desde los previstos en la Constitución Política (incluido las leyes internacionales ratificados por el Perú, en materia de derechos humanos) y las demás leyes.

Ello no es óbice para mencionar, que ratifica nuestra idea de que la Tutela de derechos es residual, que hay otros recursos específicos que protegen derechos específicos en el articulado del Código Procesal Penal, no protege vulneraciones supuestas y que es posible excluir un material probatorio ilícitamente obtenido por esta vía. Todo ello refuerza y ratifica nuestras Ideas

Doctrina legal dispuesta por el Acuerdo Plenario N° 4-2010/CJ-116, emitido por la Corte Suprema de la República en el VI Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitorias, llevada a cabo en la ciudad de Lima, el dieciséis de noviembre del dos mil diez.

El acuerdo plenario en referencia, establece como doctrina legal, los criterios expuestos en sus fundamentos jurídicos 10° al 19°, de cuyo texto, traigo a mi auxilio los siguientes argumentos, cuyos subrayados y en negrita son planteados para resaltar las ideas propias de esta decisión judicial, además de estar transcrito para conocimiento de las partes:

**La audiencia de tutela. Alcances:**

Los derechos fundamentales deben gozar de mayor protección y por ello es que a nivel procesal la Audiencia de tutela es uno de los principales aportes del nuevo sistema procesal. Los derechos protegidos a través de esta Audiencia son los que se encuentran recogidos taxativamente en el artículo 71° del NCPP. Son los siguientes: (i) conocimiento de los cargos incriminados, (ii) conocimiento de las causas de la detención, (iii) entrega de la orden de detención girada, (iv) designación de la persona o institución a la que debe avisarse de la detención y corrección inmediata de esto, (v) posibilidad de realizar una llamada, en caso se encuentre detenido, (vi) defensa permanente por un abogado, (vii) posibilidad de entrevistarse en forma privada con un abogado, (viii) abstención de declarar o declaración voluntaria, (ix) presencia de abogado defensor en la declaración y en todas las diligencias que requieran su concurso, (x) no ser objeto de medios coactivos, intimidatorios o contrarios a la dignidad, ni ser sometidos a técnicas o métodos que induzcan o alteren la libre libertad, (xi) no sufrir restricciones ilegales, y (xii) ser examinado por un médico legista o por otro profesional de la Salud, cuando el estado de salud así lo requiera. En salvaguarda de su efectiva vigencia, de esta audiencia de

tutela de derechos pueden emanar resoluciones judiciales que corrijan los desfueros cometidos por la Policía o los Fiscales, así como también protejan al afectado.

La finalidad esencial de la audiencia de tutela es, entonces, la protección, resguardo y consiguiente efectividad de los derechos del imputado reconocidos por la Constitución y las leyes. Desde esta perspectiva, el Juez de la Investigación Preparatoria se erige en un Juez de Garantías durante las diligencias preliminares y la investigación preparatoria ejerciendo su función de control de los derechos ante alegación del imputado de que se ha producido la vulneración de uno o varios de sus derechos reconocidos específicamente en el artículo 71° del NCPP, responsabilizando al Fiscal o a la Policía del agravio. En otras palabras, su finalidad esencial consiste en que el Juez determine, desde la instancia y actuación de las partes, la vulneración al derecho o garantía constitucional prevista en la citada norma y realice un acto procesal dictando una medida de tutela correctiva que ponga fin al agravio, reparadora que lo repare, por ejemplo, subsanando una omisión o protectora.

Un aspecto vital que es de destacar es que la tutela de derechos es un mecanismo eficaz tendiente al restablecimiento del statu quo de los derechos vulnerados, que encuentra una regulación expresa en el NCPP, y que debe utilizarse única y exclusivamente cuando haya una infracción ya consumada de los derechos que asiste al imputado.

Como puede apreciarse, es un mecanismo o instrumento procesal que se constituye en la mejor vía reparadora del menoscabo sufrido, y que incluso puede funcionar con mayor eficiencia y eficacia que un proceso constitucional de habeas corpus Alva Florián, César A. La Tutela de Derechos en el Código Procesal Penal de 2004. Lima, gaceta; Dicho de otro modo, la Tutela de derechos es un instrumento idóneo para salvaguardar las garantías del imputado y, a su vez, regular las posibles

desigualdades entre perseguidor y perseguido. Esta institución procesal penal es por tanto uno de los principales mecanismos para realizar el control de la legalidad de la función fiscal, quien deberá conducir y desarrollar toda su estrategia persecutoria siempre dentro del marco de las garantías básicas, siendo consciente que cualquier acto que traspase el marco de los derechos fundamentales podrá ser controlado por el Juez de la Investigación Preparatoria. Queda claro entonces que en el nuevo modelo procesal penal es fundamental la idea de control en el ejercicio del Ius Puniendi estatal.

En este sentido, aquellos requerimientos o disposiciones fiscales que 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. En efecto, ocurre que el NCPP ha establecido en varios casos mecanismos específicos para ventilar asuntos relativos a los derechos básicos del imputado, como sucede con las audiencias de control del plazo de las diligencias preliminares o de la investigación preparatoria formalizada (artículos 334°.1, 343°2) o con aquella que sustancia el reexamen de la intervención de las comunicaciones telefónicas o análogas, esto es, opera siempre que el ordenamiento procesal no especifique un camino determinado para la reclamación de un derecho afectado Rodríguez Hurtado, Mario, Ponencia presentada para la Audiencia Pública del VI Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales de la Corte Suprema]. En esta misma línea, no podrá cuestionarse a través de la tutela la inadmisión de diligencias sumariales solicitadas por la defensa durante la investigación, pues, para este efecto rige lo dispuesto en el artículo 337°.4 del NCPP.

Ahora bien, lo expuesto en el fundamento jurídico precedente no significa que el imputado o su abogado defensor puedan cuestionar a través de la audiencia de tutela cualquier tipo de disposición o requerimiento que haga el fiscal, pues solamente se pueden cuestionar los requerimientos ilegales que vulneran los



derechos fundamentales relacionados con los enumerados en el artículo 71° numerales del 1 al 3 del NCPP. Por lo tanto, aquellos requerimientos o disposiciones fiscales que vulneran derechos fundamentales pero que tienen vía propia para la denuncia o control respectivo, no podrán cuestionarse a través de la audiencia de tutela. En efecto, ocurre que el NCPP ha establecido en varios casos mecanismos específicos para ventilar asuntos relativos a los derechos básicos del imputado.

Siendo ello así, el Juez de la Investigación Preparatoria está obligado a convocar a audiencia de tutela si se presenta una solicitud para la tutela del respeto a un derecho fundamental que no tiene vía propia. No obstante, debe de realizar una calificación del contenido de la solicitud porque eventualmente el agravio puede constituirse en irreparable si se cita a audiencia, por lo que en este caso excepcionalmente puede resolver de manera directa y sin audiencia.

Asimismo, no está obligado a convocar a audiencia de tutela en los casos que aprecie manifiesta intención del imputado o de su abogado defensor de obstruir la labor de investigación de la fiscalía en vez de debatir sobre la existencia de un agravio de derechos. El Juez, por tanto, está habilitado para realizar un control de admisibilidad de la petición respectiva, y en su caso, disponer el rechazo o eliminar, cuidando siempre de verificar cada caso en particular para no dejar en indefensión al imputado.

Por otro lado, si bien los actos de investigación realizados por el Ministerio Público gozan de amparo legal por tratarse de la autoridad pública encargada de la persecución del delito, ello no implica que sean inatacables o incuestionables, puesto que han de sujetarse a la ley y al principio de objetividad. Es decir, estos casos de investigación podrán quedar viciados o excluidos, según el caso, si se vulneraron derechos fundamentales que se encuentran recogidos en el artículo 71° NCPP, esto es, si por ejemplo se efectuó su detención sin haberle puesto en conocimiento al

imputado de los derechos fundamentales que le asisten, por lo que el Juez en audiencia de tutela dictará las medidas que correspondan de acuerdo a ley.

Asimismo, a través de la audiencia de tutela se podrá solicitar la exclusión del material probatorio obtenido ilícitamente en los casos en que ésta sea la base de sucesivas medidas y diligencias siempre que no exista una vía propia para alcanzar este propósito y que tenga que ver con la afectación o vulneración de alguno de los derechos fundamentales del imputado reconocido en el artículo 71° NCPP. La posibilidad de atacar el material probatorio obtenido ilegalmente deriva del reconocimiento del principio de la legitimidad de la prueba axioma que instruye que todo medio de prueba será valorado sólo si ha sido obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo, y que carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona que se encuentra establecido en el artículo VIII del Título Preliminar del NCPP y de la utilización de la prueba regulado en el artículo 159° del acotado Código que establece que el Juez no podrá utilizar, directa o indirectamente, las fuentes o medios de prueba obtenidos con vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona. Lo anotado hace viable que en la Audiencia de tutela se cuestionen los elementos probatorios obtenidos mediante procedimientos ilegales o viciosos y que una vez comprobada su ilicitud el Juez determine su exclusión, como medida correctiva o de protección.

Otro de los problemas recurrentes que es del caso abordar en el presente acuerdo es el relativo al cuestionamiento de la Disposición de Formalización de la Investigación Preparatoria a través de la Audiencia de Tutela, es decir, si es posible activar desde la defensa una vía de control judicial de la referida disposición fiscal. Sobre el particular y, en principio, debemos descartar esta posibilidad, fundamentalmente porque, como se ha enfatizado, la vía de la tutela sólo está habilitada para aquellos casos en los que se vulnere algunos de los derechos

esenciales asociados en términos amplios a la defensa. Por lo demás debe quedar claro que la Disposición en cuestión es una actuación unilateral del Ministerio Público y no puede ser impugnada ni dejada sin efecto por el Juez de la Investigación preparatoria. Cumple una función esencialmente garantista: informa al imputado de manera específica y clara acerca de los hechos atribuidos y su calificación jurídica, esto es, el contenido de la imputación jurídico penal que se dirige en su contra. Además, ya en el proceso formalmente iniciado, las partes pueden hacer uso de los medios de defensa técnico para evitar un proceso en el que no se haya verificado los presupuestos esenciales de imputación. Piénsese por ejemplo en la declaración de atipicidad a través de la excepción de improcedencia de la acción o en la de prescripción ordinaria, si es que antes de la formalización de la Investigación Preparatoria se cumplió el plazo correspondiente.

En síntesis, es de afirmar, que la Tutela de derechos es una garantía de específica relevancia procesal penal, que puede usar el imputado cuando ve afectado y vulnerado uno o varios derechos establecidos específicamente en el artículo 71° del NCPP, quien puede acudir al juez de la Investigación preparatoria para que controle judicialmente la legitimidad y legalidad de los actos de investigación practicados por el Ministerio Público y repare, de ser el caso, las acciones u omisiones que generaron el quebrantamiento del derecho de las partes procesales. La vía de tutela judicial sólo podrá hacerse efectiva durante las diligencias preliminares y en la investigación preparatoria propiamente dicha.

## V. DERECHO COMPARADO

### 5.1.- COLOMBIA:

Acción de Tutela, el marco legal, se basa en el Decreto 2591 del año 1991 el cual trata del reglamento para el ejercicio de la acción de tutela recuso amplio, artículo 8 y artículo 130 del Código Procesal Penal Colombiano, Ley 906 del 2004, que enumera los derechos de todo Imputado.

#### a) ¿Qué es la acción de tutela?

Es la garantía constitucional del derecho que tiene toda persona a la protección judicial de sus derechos fundamentales a través de un recurso efectivo.

#### b) Objeto de la acción de tutela Art. 1 Decreto 2591 de 1991)

Toda persona tendrá derecho acción de tutela para reclamar ante los Jueces en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quieran que estos resulten vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos que señale este decreto Todos los días y horas son hábiles para interponer la acción de tutela

#### c) Derechos protegidos por la acción de tutela: (Art. 2 Decreto 2591 de 1991)

Garantiza los derechos fundamentales. Cuando una decisión de tutela se refiera a un derecho no señalado expresamente por la constitución como fundamental, pero cuya naturaleza permita su tutela para casos concretos, la corte constitucional le dará

prelación en la revisión en esta decisión. Protege los derechos humanos ratificados por Colombia.

**d) Caracteres distintivos que ofrece la acción de tutela**

- ✓ Subsidiaria o residual: Porque solo procede cuando no se dispone de otro medio de defensa judicial.
- ✓ Inmediata: Porque su propósito es otorgar sin dilaciones la protección solicitada.
- ✓ Sencilla o informal: Porque no ofrece dificultades para su servicio.
- ✓ Específica: Porque se contrae a la protección exclusiva de los derechos fundamentales.
- ✓ Eficaz: Porque en todo caso exige del juez un pronunciamiento de fondo para conceder o negar el amparo del derecho.
- ✓ Preferente: Porque el juez la tramitará con prelación a otros asuntos, salvo la acción de habeas corpus. Los plazos son perentorios e improrrogables.
- ✓ Sumaria: Porque es breve en sus formas y procedimientos.

**5.2.- CHILE.**

En el país sureño, en su Nuevo Código Procesal Penal de la República de Chile, promulgado por Ley 19.696, publicado el 12 de octubre del 2000, contiene en su articulado un instrumento denominado Cautela de Garantías y se lleva a cabo en una Audiencia especial llamada control de garantías del imputado, está previsto en el

Artículo 10 del Código Procesal Penal Chileno, el cual es una normativa muy amplia, pues se puede interponer en cualquier etapa del procedimiento; lo que sería similar al instrumento de protección y Defensa denominado en nuestra Legislación Tutela de Derechos.

Así como en el Código Procesal Peruano, en el Código Procesal Penal Chileno, está dispersa una gama de instrumentos procesales para la protección de un derecho específico del imputado; sin embargo, citamos dos normas de asiduo uso por los abogados defensores en Chile, para defender los derechos del imputado.

**a) Artículo 10 Cautela de Garantías.**

En cualquiera etapa del procedimiento en que -el juez de garantía estimara que el imputado no está en condiciones de ejercer los derechos que le otorgan las garantías judiciales consagradas en la Constitución Política, en las leyes o en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, adoptará, de oficio o a petición de parte, las medidas necesarias para permitir dicho ejercicio.

Si esas medidas no fueren suficientes para evitar que pudiese producirse una afectación sustancial de los derechos del imputado, el juez ordenará la suspensión del procedimiento y citará a los intervinientes a una audiencia que se celebrará con los que asistan.

Con el mérito de los antecedentes reunidos y de lo que en dicha audiencia se expusiere, resolverá la continuación del procedimiento o decretará el sobreseimiento temporal del mismo.

**b) Artículo 95 Amparo ante el Juez de Garantías.**

Toda persona privada de libertad tendrá derecho a ser conducida sin demora ante un juez de garantía, con el objeto de que examine la legalidad de su privación de libertad y, en todo caso, para que examine las condiciones en que se encontrare, constituyéndose, si fuere necesario, en el lugar en que ella estuviere. El juez podrá ordenar la libertad del afectado o adoptar las medidas que fueren procedentes. El abogado de la persona privada de libertad, sus parientes o cualquier persona en su nombre podrán siempre ocurrir ante el juez que conociere del caso o aquél del lugar donde aquélla se encontrare, para solicitar que ordene que sea conducida a su presencia y se ejerzan las facultades establecidas en el inciso anterior. Con todo, si la privación de libertad hubiere sido ordenada por resolución judicial, su legalidad sólo podrá impugnarse por los medios procesales que correspondan ante el tribunal que la hubiere dictado, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 21 de la Constitución Política de la República.

## VI. CONCLUSIONES

- La concepción del proceso penal, es un canal adecuado que permite la reconstrucción del hecho sucedido, apoyado siempre sobre elementos probatorios legalmente obtenidos e incorporados al mismo, y que posibiliten asentarlos sobre un criterio de verdadera correspondencia. Aparece entonces esta garantía primordial como eje troncal, andamiaje y armadura constitucional.
- El nuevo código procesal penal recoge el artículo 71°. 4, la tutela de derechos, el cual constituye una vía jurisdiccional a 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 este tutele, proteja, subsane o dicte las medidas de corrección pertinentes, protegiéndose así mejor los derechos del imputado.
- 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.
- Sin embargo, la tutela peruana presenta muchas afinidades —aunque también marcadas diferencias— con la institución constitucional colombiana conocida como



acción de tutela y con el proceso constitucional de amparo peruano, en especial en cuanto que ambos 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.

- La tutela de derechos no es un mecanismo procesal de protección de naturaleza restrictiva y que deba únicamente aplicarse en cautela de los derechos del imputado, descritos en el artículo 71.2 NCPP, ni tampoco de aplicación extensiva para todos los derechos reconocidos en nuestra Carta Política y el NCPP; en ese orden de ideas, se puede colegir que la tutela de derechos es un mecanismo selectivo para tutelar los derechos del imputado de manera positiva en el artículo 71 y demás normas del NCPP, siempre y cuando carezcan de mecanismo procesal de protección o garantía específica, que el juez de garantías debe cautelar en este nuevo modelo procesal.
  
- Finalmente, La tutela de derechos y sus modalidades son instituciones procesales consagradas de manera expresa en el NCPP, que tienen por finalidad que dentro del mismo proceso penal se controle judicialmente la constitucionalidad de los actos de investigación practicados por el Ministerio Público o la Policía Nacional, sin necesidad de acudir al juez constitucional; dotando de ese modo al proceso penal de un carácter garantista; recayendo tal función en el juez de garantías.

## VII. RECOMENDACIONES

- Se recomienda a los magistrados del Poder Judicial efectuar un análisis más riguroso de lo expresado en las plenarios de tutela de derechos que la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú ha emitido sobre la materia, distinguiendo cuándo estamos ante un cuestionamiento de un determinado acto procesal y cuándo estamos cuestionando la ausencia de motivación suficiente.
- Se recomienda a los abogados, 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 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.

## **VIII. RESUMEN**

El presente Trabajo de Suficiencia Profesional, aborda la problemática de la Tutela de Derechos, concebida en el Código Penal peruano como una herramienta del juez de investigación preparatoria para corregir y reparar la posible vulneración de los derechos constitucionales del imputado durante las diligencias preliminares e investigación preparatoria, cuyo objetivo es ver si existe una indebida aplicación de esta figura penal no solo por parte de los magistrados sino también de los abogados defensores. Además se ha podido advertir en el análisis del presente trabajo de Investigación los antecedentes relacionados a la Tutela, así como se desarrolló el marco teórico de la Tutela, la legislación nacional, su jurisprudencia y el derecho comparado; para luego terminar esbozando las conclusiones y recomendaciones a las que se arribó en el presente trabajo de Investigación.

## BIBLIOGRAFIA

- Alfaro, L. M. (2005). *La Revalorización de la víctima en el proceso penal. Actualidad Jurídica* T 144, 103. En Vigencia Efectiva del Principio de Igualdad Procesal y de los Derechos del agraviado. Trujillo: Tesis para optar el grado de Maestro en Derecho,
- Alva, .A (2010). *La Tutela de Derechos en el Código Procesal Penal de 2004*. Tomo 11, Lima: Gaceta Penal & Procesal Penal.
- Amag. (2007). *Código Procesal Penal: Manual Operativo*. LIMA: Super Grafica E.I.R.L
- Audiencia de Tutela De Derechos. Acuerdo Plenario 4-2010 (Corte Suprema De Justicia Del Perú 2010). Lima.
- Avalos, C. (2000). *Constitución y Proceso Penal*. Quaestio Juris, 269.
- Beristain, B. y Otros (2003). *Victimología y victidogmatica*. 1ª Ed. Lima. Perú. Ara .
- Beristain, A. (2008). *Transformación del derecho penal y la criminología hacia la victimología*. 1a Ed. Lima- Perú. Ara Editores.
- Binder, A. (1993). *Introducción al derecho procesal penal.1. Ad hoc*. Buenos Aires.
- Burgos Mariños, V. (2005). *Principios rectores en el Nuevo Código Procesal Penal Peruano*. En: El Nuevo Proceso Penal. Estudios Fundamentales. Coordinadores Víctor Cubas. Perú.
- Bustamante, R. (2007). IURIS LEX SOCIETAS. Lima: Ara
- Bustamante, R. (2015). *Derechos Fundamentales y proceso justo*. Lima: ARA .
- Cabrera, A. R. (2009). *El nuevo proceso penal*. Lima: GACETA JURIDICA.
- Cube, E. (2010) *Tutela de Derechos: Una aproximación a su ámbito de Aplicación*. En Gaceta Penal & Procesal Penal, Tomo 11. Lima
- Carbonell. (1996). *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Cervini, R. (1995). *Los Procesos de Discriminación*. 2ª edición. Brasil: Et Alus.
- Cevasco, L. (1999). *Principios de derecho procesal penal argentino*. Buenos Aires -

Argentina: Oxford.

Claus, R. (2000). *La evolución de la política criminal*. El derecho penal y el proceso penal. Valencia: Tirant lo Blanch.

Defensoría del Pueblo. (2000). *Informe 126 Aplicación de la justicia penal ante casos de violencia sexual perpetrados contra niñas, niños y adolescentes*. Lima: Defensoría del Pueblo.

Eser, A. (1998). *Temas de derecho penal y procesal penal*. Lima: Idemsa.

Fernández, F (2008). *Dignidad de la persona, derechos fundamentales, justicia constitucional*. España: Dikynson Constitucional.

Ferrajoli, L. (2007) *El modelo garantista. Lineamientos generales en Boletín de Derecho Comparado*. Madrid: Trotta.

Llacsahuanga, R. y Aburto, J. (2008) *Las declaraciones de los derechos humanos en el ordenamiento jurídico interno, en Libro Homenaje al 60 Aniversario de las Declaraciones de Derechos*. Edición a cargo del Colegio de Abogados de Lima (versión electrónica). Lima

Mamani, M. (2011) *Tutela de derechos, recurso destinado a cautelar los derechos y garantías del imputado en el proceso penal, en la ciudad de tacna, periodo mayo 2008 -abril 2011*. Tacna: Tesis para optar el título profesional de abogado. Universidad Nacional Jorge Basadre Grohmann

Peña, A. (2009). *Exegesis del nuevo código procesal penal*. Lima - Perú: Jurista ed.

Somocurcio, V. (2009) *Tutela de Derechos en el Código Procesal Penal de 2004 ¿Sismógrafo del derecho de defensa?*, En Gaceta Penal & Procesal Penal, Tomo 6. Lima.