

– **CONCLUSIONES**

- 6.1. En el caso de la falsificación de medicamentos el agente realiza diversas acciones parciales que aparecen como elementos configurativos del delito contra la propiedad industrial y contra la salud pública, que normativamente constituyen una unidad de acción que realiza ambos tipos penales.
- 6.2. Se descarta el concurso de leyes penales con relación a los tipos penales concurrentes por los distintos bienes jurídicos vulnerados en el caso en cuestión, por un lado la marca como elemento de propiedad industrial, y por otro lado, la salud pública.
- 6.3. No puede estimarse la configuración del concurso real porque no existe pluralidad de acciones, sino sólo una acción normativamente configurada, siendo que las acciones parciales no realizan por sí mismos solamente uno de los tipos penales concurrentes, sino que se orientan como acción única realizando ambos tipos penales.
- 6.4. Las modalidades de conducta comisiva del delito contra la propiedad industrial como almacenar, fabricar, ofertar, vender, distribuir, importar o exportar un producto (o servicio) que utilice una marca no registrada idéntica o similar a una marca registrada en el país, son conductas comisivas que realizan la falsificación marcaria. A su vez, la falsificación constituye unas de las modalidades de conducta comisiva en el tipo penal contra la salud pública que está referida a la elaboración de un medicamento sin autorización del titular o licenciario de la marca; sin embargo, no se excluyen dichos tipos penales por la diferencia de bienes jurídicos que cada uno protege.
- 6.5. Teniendo en cuenta que en el concurso ideal de delitos la pena se determina sobre la base del delito más grave, la competencia fiscal para la investigación penal de los casos de falsificación de medicamentos también debería determinarse en función de la Fiscalía competente para conocer la investigación del delito más grave. Sin embargo, por razones de unidad o de eficiencia de la investigación, podrá determinarse la competencia a favor de otras Fiscalías que pueden ser las Fiscalías Especializadas en Delitos Aduaneros y contra la Propiedad Intelectual, tanto más si en el caso concurren también delitos aduaneros, además de las normas internas para delimitar competencia fiscal que pueda expedir el Ministerio Público.

LA TUTELA DE DERECHOS EN EL PERÚ Y SUS PARADIGMAS EN EL NUEVO PROCESO PENAL PERUANO

Petter Henry Fernández Astete¹⁵⁸

RESUMEN:

A partir de una interpretación amplia de la tutela de derechos, el autor sostiene que el referido instituto procesal no solo es procedente ante la vulneración de los derechos señalados en el artículo 71.2, sino de cualquier derecho consagrado en la Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos.

ABSTRACT:

From a broad interpretation of the protection of rights, the author argues that that institute is not only procedural coming before the violations of the rights set out in Article 71.2, but any right enshrined in the Constitution and international human rights treaties human.

PALABRAS CLAVE:

Estado, derecho de defensa, proceso inquisitivo, tutela de derechos, Ministerio Público, Policía Nacional, Juez de Investigación Preparatoria, imputación, Código Procesal Penal, plazo razonable, sistema acusatorio, coerción personal, petición de tutela, nulidad procesal, abogado defensor, control de plazos, tutela jurisdiccional efectiva, juez de garantías.

158 Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Con estudios concluidos de la Maestría de Derecho con mención en Derecho Procesal por la Escuela de Post-Grado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Desempeñándose en la actualidad como Asistente en Función Fiscal adscrito a la Presidencia de la Junta de Fiscales Provinciales del Distrito Fiscal de Lima Sur.

1.- INTRODUCCIÓN:

En principio, el Estado constitucional de derecho traduce la apuesta fuerte por un «gobierno de las leyes», con vocación de efectividad. Por eso se dota de una Constitución normativa; sujeta todos los poderes a la legalidad; sitúa a los derechos fundamentales en el centro del sistema y prevé para ellos garantías institucionales inéditas. Tal es la representada por una independencia judicial reforzada, *erga omnes*.

Sin embargo, estas afirmaciones, a poco que se quiera profundizar, o mejor dicho, que se observe la realidad del proceso penal vivo, se podrá observar que no son totalmente ciertas.

En efecto, cada vez resulta más evidente que no es suficiente con la plasmación legal de derechos de los ciudadanos sin una regulación correlativa y, necesariamente, casuística, de las consecuencias de todo orden que ha de provocar su infracción.

Esta conclusión no es una afirmación sin base empírica o fruto de una impresión particular. Antes al contrario, es manifestación de una realidad que día a día se opera en los juzgados y que tiene su base en dos razones muy concretas: la primera, el carácter cultural respecto al sistema inquisitivo que aún influye en la mentalidad de mucho de nuestros magistrados y la segunda, el surgimiento de formas refinadas de vulneración de los derechos fundamentales no tan llamativas como las ya erradicadas y propias de regímenes procesales inquisitivos y caducos, pero peligrosas porque producen los mismos efectos, esto es, y en lo referido al tema que nos ocupa, limitar el derecho de defensa del imputado y no circunscribir la investigación desde el principio a un concreto acontecimiento de la vida. Para muestra, el Tribunal Constitucional es enfático cuando señala en el caso del Exp. 03631-2013-PA/TC:

“Que en el presente caso, el pronunciamiento judicial del rechazo liminar de la demanda resulta impertinente, toda vez que, a diferencia de lo considerado por las instancias judiciales, este Tribunal considera que el presente caso no trata de una pretensión de mera legalidad -consistente en la correcta interpretación legal del Código Procesal Penal- sino que se trataría de una interpretación restringida de dicho Código, atentatoria del derecho a la igualdad de armas entre las partes, que le impediría al actor acudir al órgano jurisdiccional en caso de que el Ministerio Público atente contra sus derechos en el marco de la investigación preparato-

ria que describe, lo que no configura una causal de improcedencia manifiestamente improcedente que habilite el rechazo liminar de la presente demanda”.

No cabe duda, y han sido muchas las voces doctrinales que han manifestado el carácter retrogrado de algunos operadores jurídicos tendientes a generar esta clase de atropellos contra los derechos fundamentales, lo cual da lugar a que, en muchas ocasiones, más que investigar un delito con sus circunstancias favorables y adversas, se produzca una actuación parcial desde un principio y una investigación, de este modo, incompleta e insuficiente para estar dirigida directamente a lograr la condena del sujeto a un procedimiento penal.

Así sucede siempre que se limita al derecho de defensa de una persona imputada, dado que el juez no podrá contar con otros medios de constatación que los simplemente tendentes a su condena. Una actuación así, parcial por tanto, no ofrece garantías de hallazgo de la verdad, pues es evidente que la verdad sólo puede surgir del choque de pretensiones y resistencias o, lo que es lo mismo, de versiones contrapuestas.

A su vez, la investigación de un hecho sin sujetar al proceso a la persona sospechosa -es decir, el retraso en la puesta en conocimiento de la imputación, da lugar a que la investigación se lleve adelante sin límite objetivo alguno generando una circunstancia sumamente peligrosa, la cual es una forma de investigar similar a la “pesquisa general” propia del proceso inquisitivo, dado que se somete a control e indagación la totalidad de la vida de una persona.

En ese sentido, la tutela de derechos de los sujetos procesales, a propósito de la actuación del Ministerio Público está refrendada por el Art. 71, inc.4 del NCPP del 2004, el cual establece textualmente:

“4. Cuando el imputado considere que durante las Diligencias Preliminares o en la Investigación Preparatoria no se ha dado cumplimiento a estas disposiciones, o que sus derechos no son respetados, o que es objeto de medidas limitativas de derechos indebidas o de requerimientos ilegales, puede acudir en vía de tutela al Juez de la Investigación Preparatoria para que subsane la omisión o dicte las medidas de corrección o de protección que correspondan. La solicitud del imputado se resolverá inmediateamente, previa constatación de los hechos y realización de una audiencia con intervención de las partes”.

Tal intervención, en buena cuenta, constituye el desarrollo legislativo de la función de garantía.

2.- ANTECEDENTES JURÍDICOS DE LA TUTELA DE DERECHOS

La tutela de derechos representa 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 antecedentes¹⁵⁹.

Uno de los fundamentos que da sentido a la incorporación de este instituto procesal radica principalmente en el otorgamiento, al Ministerio Público como titular de la persecución penal, es decir, como director de la investigación preparatoria y responsable—con el auxilio de la Policía Nacional—, de la búsqueda y recolección de los elementos de convicción y las pruebas que habrán de servir para el esclarecimiento del caso¹⁶⁰; poder éste que le da al fiscal la posibilidad de una serie de injerencias—en ocasiones con autorización legal directa¹⁶¹ y, en otras, previa resolución judicial autoritativa¹⁶²—en los derechos constitucionales y legales de las personas sin las cuales su labor sería ineficaz.

Es evidente que en la aplicación de todos estos procedimientos, tanto el Ministerio Público como la Policía Nacional puede incurrir en excesos que lesionen los derechos fundamentales del imputado por lo que éste queda perfecta-

159 “No se puede establecer una relación de antecendencia con los procesos de hábeas corpus y amparo; con los que coinciden en ser mecanismos de protección de derechos, en razón a su distinta naturaleza. Estos últimos son mecanismos constitucionales y extraordinarios; en cambio, el primero es un mecanismo legal y ordinario”. (Acuerdo Plenario N° 4-2010/CJ-116).

160 Prescribe el artículo IV de su Título Preliminar: “1. El Ministerio Público es titular del ejercicio público de la acción penal en los delitos y tiene el deber de la carga de la prueba. Asume la conducción de la investigación desde su inicio. / 2. El Ministerio Público está obligado a actuar con objetividad, indagando los hechos constitutivos de delito, los que determinen y acrediten la responsabilidad o inocencia del imputado. Con esta finalidad conduce y controla jurídicamente los actos de investigación que realiza la Policía Nacional”.

161 Por ejemplo: para la videovigilancia que se realiza al externo de inmuebles o lugares cerrados; para la intervención corporal urgente o la intervención corporal que implique pequeñas extracciones de sangre, piel o cabello que no provoquen riesgo o perjuicio para su salud; para la incautación de bienes por peligro en la demora, entre otros.

162 Por ejemplo: para el allanamiento de domicilios fuera de situaciones de flagrancia; para la intervención de comunicaciones y telecomunicaciones; para acceder a información cubierta por los derechos al secreto bancario y la reserva tributaria, entre otros.

mente habilitado de acudir al Juez de la Investigación Preparatoria al que se la ha asignado funciones de garantía de los derechos de los justiciables¹⁶³ acudir al Juez de Investigación Preparatoria “para que controle judicialmente la legitimidad y legalidad de los actos de investigación practicados por el Ministerio Público y repare, de ser el caso, las acciones u omisiones que generaron el quebrantamiento del derecho de las partes procesales, siempre y cuando esta vía de tutela se haga efectiva durante las diligencias preliminares y en la investigación preparatoria propiamente dicha”¹⁶⁴.

3.- DEFINICIÓN DE TUTELA DE DERECHOS

La doctrina no ofrece una definición respecto a la tutela de derechos. Algunos referentes, no obstante, como el de Somocurcio Quiñones ha intentado definir su configuración normativa, señalando que: “(...) La tutela de derechos debe ser entendida, de aquí en adelante, como la concreción legal—en el marco del proceso penal— del derecho fundamental reconocido en el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (...)”¹⁶⁵.

El artículo 25.1 de la CADH establece que: “*Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que le ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención*”.

163 Prescribe el artículo IV de su Título Preliminar: “1. El Ministerio Público es titular del ejercicio público de la acción penal en los delitos y tiene el deber de la carga de la prueba. Asume la conducción de la investigación desde su inicio. / 2. El Ministerio Público está obligado a actuar con objetividad, indagando los hechos constitutivos de delito, los que determinen y acrediten la responsabilidad o inocencia del imputado. Con esta finalidad conduce y controla jurídicamente los actos de investigación que realiza la Policía Nacional”.

164 Acuerdo Plenario N° 4-2010/CJ-116, Audiencia de tutela, 16 de noviembre de 2010. Esta necesidad no se advertía, por ejemplo, en el C de PP de 1940; no solo porque la ideología que gobernó su construcción fue previa a la de la universalización de los derechos humanos, sino porque el director de la primera etapa del proceso—a la que se denominó instrucción— y responsable del esclarecimiento de los hechos era el propio juez.

165 SOMOCURCIO QUIÑONES cita la STC Exp. N° 2704-2004-AA, que establece: “(...) Conforme a lo dispuesto por la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución Política vigente, la Convención Americana sobre Derechos Humanos forma parte de nuestro Derecho y, en tal sentido, su artículo 25.1 establece que: ‘Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que le ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención’; tal recurso es el amparo, entre otros procesos constitucionales (...)”.

Así, el citado autor señala que la tutela de derechos debe ser entendida como aquel recurso sencillo y rápido que provee nuestro ordenamiento legal para combatir situaciones de indefensión y abuso, que redundan en la vulneración de los derechos fundamentales y en el resquebrajamiento del principio de legalidad. Sin embargo, llega a esta conclusión basado en la afirmación de que tanto el amparo como el hábeas corpus no cumplen a cabalidad este compromiso internacional. Autores como Víctor Cubas Villanueva¹⁶⁶, Gonzalo Gómez Mendoza¹⁶⁷, Jorge Rosas Yataco¹⁶⁸ y Rosa Mavila León¹⁶⁹, se limitan a citar en sus trabajos el artículo 71.4 del CPP de 2004.

Sánchez Velarde expresa que: “(...) *Es necesario señalar que el nuevo Código obliga a los jueces, fiscales y a la policía que deben de hacer conocer al imputado, de manera inmediata y comprensible, sus derechos. En consecuencia, habrá que dejar de lado los tecnicismos para hacer que el imputado comprenda—utilizando los términos más sencillos, de ser el caso—no solo la investigación o proceso penal en su contra y los cargos de imputación, sino también y, sobre todo, sus derechos (...)*”¹⁷⁰.

Gálvez Villegas, William Rabanal Palacios y Hamilton Castro Trigoso comentan: “(...) *Merece especial atención lo dispuesto en la última parte del artículo 71 del nuevo texto legal, el que reconoce al imputado una serie de derechos de los cuales puede hacer uso desde que se le atribuye la comisión de un hecho delictivo. Ante el desconocimiento de estas facultades por parte del Ministerio Público o la Policía Nacional, el imputado puede recurrir a la vía jurisdiccional y hacerlos valer. Puesto que el Código ha introducido la jurisdicción preventiva, a través de la cual el juez penal, si bien no tiene a cargo la investigación, puede controlar la legalidad de la misma, velando porque los derechos y las garantías del debido proceso se respeten (artículo 70.4). De*

166 CUBAS VILLANUEVA, Víctor. El nuevo proceso penal peruano. Teoría y práctica de su implementación. Palestra, Lima, 2009, p. 209.

167 GÓMEZ MENDOZA, Gonzalo. Instituciones en el Derecho Procesal Penal peruano. MFC Editores, Lima, 2007, pp. 386-387.

168 ROSAS YATACO, Jorge. Derecho Procesal Penal con aplicación al nuevo Código Procesal Penal. Jurista Editores, Lima, 2009, p. 312.

169 MAVILA LEÓN, Rosa. El nuevo sistema procesal penal. Jurista Editores, Lima, 2005, pp. 48-50.

170 SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. Introducción al nuevo proceso penal. Idemsa, Lima, 2006, pp. 34-35.

este modo, cualquier irregularidad de la investigación en agravio del imputado, será corregida por el juez (...)”¹⁷¹.

Alonso Peña Cabrera Freyre señala que el CPP de 2004 establece “(...) El derecho del imputado a acudir a la tutela jurisdiccional efectiva del juez de la investigación preparatoria, cuando considere que durante las diligencias preliminares o en la investigación preparatoria no se ha dado cumplimiento a las disposiciones antes comentadas (artículo 71.4). Si bien es cierto que es el fiscal quien asume la dirección por completo de la investigación preparatoria, no es menos cierto que el juez de la misma se constituye en un ente fiscalizador de la legalidad de las actuaciones que en esta etapa se realizan. En tal virtud, es una prescripción razonable que se le confiera al juez esta facultad, a modo de ejercer un equilibrio entre las partes confrontadas, pues, en puridad, es el imputado el lado más débil de la relación jurídico-procesal. Ciertamente, la tutela jurisdiccional efectiva implica que el procedimiento penal se desarrolle de conformidad con las normas consagradas en este nuevo cuerpo adjetivo, esto es, que se cumplan con los plazos procesales, que la prisión preventiva no exceda del tiempo razonable, en suma, el control del debido proceso (due process of law) es una labor que le compete esencialmente a la función jurisdiccional (...)”¹⁷².

4.- LA PETICIÓN DE TUTELA

El INCPP del 2004, en el Libro Primero, Sección IV [El Ministerio Público y los demás sujetos procesales], Título II [El imputado y el abogado defensor], artículo 71.4 [Derechos del imputado] regula una figura novísima sin antecedentes en el Código de Procedimientos Penales de 1940, denominada Petición de Tutela de Derechos, y que luego de diez años de la entrada en vigencia progresiva del CPP del 2004, ha sido limitadamente utilizada por el imputado o la defensa pública o privada.

171 GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino / RABANAL PALACIOS, William / CASTRO TRIGOSO, Hamilton. El Código Procesal Penal. Comentarios descriptivos, explicativos y críticos. Jurista Editores, Lima, 2009, p. 245.

172 PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso. Exégesis del nuevo Código Procesal Penal. Rodhas, Lima, 2007, p. 351. El mismo autor al referirse al “imputado” y al “derecho de defensa”, no hace mención a la tutela de derechos; vide Manual de Derecho Procesal Penal. Teoría, práctica y jurisprudencia con arreglo al nuevo Código Procesal Penal. Rodhas, Lima, 2008, pp. 210-214.

A la fecha existen posiciones discrepantes sobre los alcances de su aplicación, por lo que procederemos a efectuar una interpretación jurídica, que permita el mayor rendimiento del texto normativo:

El primer numeral del artículo 71 del CPP del 2004 está referido a los derechos que la Constitución y las leyes reconocen al imputado desde el inicio de las primeras diligencias de investigación hasta la culminación del proceso, es decir, durante todas las etapas del procesopenal.

El segundo numeral del referido precepto es una norma imperativa a manera de estatuto jurídico del detenido, donde se indica que los jueces, fiscales y Policía Nacional deben hacer saber a los imputados, de manera inmediata y comprensible, que tienen derecho a:

- 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 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.

El tercer numeral del artículo 71 del CPP del 2004, precisa que el cumplimiento de lo prescrito en los numerales anteriores debe constar en acta, ser firmado por el imputado y la autoridad correspondiente. Cuando el imputado se rehúse a firmar el acta se deberá hacer constar la abstención, y se consignará el motivo si aquel lo expresare. Cuando la negativa se produce en las primeras diligencias de investigación, previa intervención del fiscal se dejará constancia de tal hecho en el acta. Al efecto el Ministerio Público, a través de la Comisión de Implementación del Código Procesal Penal y con la finalidad de estandarizar

la documentación fiscal ha establecido el Formato de Información de Derechos y Deberes del imputado, al que denomina formato A-11.

Es en el cuarto numeral del artículo 71 del CPP del 2004, donde se desarrolla la denominada petición de tutela, la que tiene las siguientes características:

- a) Legitimidad: Su titular es el imputado, es el sujeto de quien se presume ha vulnerado mediante su acción u omisión una norma de carácter penal, lesionando o poniendo en peligro bienes jurídicos protegidos. Producido el delito, afirma Del Valle Randich, existe el derecho de la persona ofendida para reclamar al Estado la acción punitiva correspondiente, pero para el autor del hecho delictuoso aparece desde el mismo momento de su comisión un deber, este no es otro que la sumisión a los efectos que se han producido o puedan producirse con el hecho incriminado y en tono a todo ello van surgiendo deberes y derechos dentro del proceso producto de la relación jurídico-penal¹⁷³. Entonces por el solo hecho de atribuírsele en cualquiera de sus formas la presunta comisión de un delito, en calidad de autor o de partícipe, se le legitima pasivamente en el proceso, convirtiéndose en parte y reconociéndosele el derecho de defensa.
- b) Oportunidad: Es restringida a las diligencias preliminares y durante la Investigación Preparatoria; es decir no procede durante la Etapa Intermedia ni en la Etapa de Juzgamiento, en la Etapa Impugnatoria, ni en la Ejecución de Sentencia.
- c) Procedencia: La tutela procede bajo siguientes supuestos:
 - Cuando no se da cumplimiento a las disposiciones, contenidas en el artículo 71 inciso 1 (derechos del imputado reconocidos en la Constitución y en la Ley) y artículo 71.2 (los derechos que deben ser informados de manera inmediata y directa al imputado por los jueces, fiscales y la Policía)¹⁷⁴.

173 PEÑA CABRERA, Alonso Raúl. Manual de Derecho Procesal Penal. Editorial Rodhas, p. 210.

174 Código Procesal Penal

Artículo 71.- Derechos del imputado: 1. El imputado puede hacer valer por sí mismo, o a través de su Abogado Defensor, los derechos que la Constitución y las Leyes le conce-

- Cuando sus derechos no son respetados: Está referido a todos los derechos del imputado en la Constitución y dispersos en el Código Procesal Penal excepto donde existan los mecanismos procesales para su protección como por ejemplo: en el Derecho a un plazo razonable no procede una Tutela de Derechos, ya que el Código ha diseñado el Control de Plazos, previsto en sus artículos 334.2 y 343.3 del CPP. En el caso de las medidas restrictivas de derechos existen los mecanismos de garantías como el reexamen judicial tipificado en los artículos 225.5, 228.2, 229, 231.4 y 204.2. En todos los demás casos procede una Tutela de Derechos, teniendo como límite estacional la conclusión de la Investigación Preparatoria.
- Cuando es objeto de medidas limitativas de derechos indebidas: En principio, las medidas que limitan derechos fundamen-

den, desde el inicio de las primeras diligencias de investigación hasta la culminación del proceso. 2. Los Jueces, los Fiscales o la Policía Nacional deben hacer saber al imputado de manera inmediata y comprensible, que tiene derecho a: a) Conocer los cargos formulados en su contra 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 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. 3. El cumplimiento de lo prescrito en los numerales anteriores debe constar en acta, ser firmado por el imputado y la autoridad correspondiente. Si el imputado se rehúsa a firmar el acta se hará constar la abstención, y se consignará el motivo si lo expresare. Cuando la negativa se produce en las primeras diligencias de investigación, previa intervención del Fiscal se dejará constancia de tal hecho en el acta. 4. Cuando el imputado considere que durante las Diligencias Preliminares o en la Investigación Preparatoria no se ha dado cumplimiento a estas disposiciones, o que sus derechos no son respetados, o que es objeto de medidas limitativas de derechos indebidas o de requerimientos ilegales, puede acudir en vía de tutela al Juez de la Investigación Preparatoria para que subsane la omisión o dicte las medidas de corrección o de protección que correspondan. La solicitud del imputado se resolverá inmediatamente, previa constatación de los hechos y realización de una audiencia con intervención de las partes.

tales (bloqueos de cuentas, embargos, incautaciones o secuestro de bienes delictivos, inmovilización de activos, registros domiciliarios, allanamientos, control de comunicaciones, identificación o ubicación del producto de los bienes o los instrumentos de la comisión de un delito; la detención preliminar, el impedimento de salida etc.), salvo las excepciones previstas en la Constitución, solo podrán dictarse por la autoridad judicial, en el modo, forma y con las garantías previstas por la ley; las que se impondrán mediante resolución motivada, a instancia de la parte procesal legitimada. Asimismo, la orden judicial 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 Código Procesal Penal.

- Requerimientos ilegales: El Ministerio Público, con la puesta en vigencia del Código Procesal Penal, asume el rol de ser el director de la investigación, con todas las implicancias que ello plantea con relación a la policía y a la Preparación de la Acusación, pero bajo las limitaciones y contrapesos que el sistema acusatorio adoptado por el Código supone. Así, asume los roles de titular de la acción penal, de conductor de la investigación, de acusador. El Fiscal mediante requerimientos insta al juez de investigación preparatoria durante toda la investigación preparatoria, incluyendo los actos preliminares de la investigación, el dictado de actos jurisdiccionales (constitución de partes, limitación de derechos mediante coerción personal o real etc., o la autorización para la realización de determinados actos restrictivos de derechos (videovigilancia, incautación de bienes, control de comunicaciones y de documentos y registro de personas en circunstancias de allanamiento, etc. Se está refiriendo a los requerimientos que formula el Ministerio Público como conductor de la investigación preparatoria, al practicar los actos de investigación conforme a los artículos 64, 122, 322.2 y 323 del Código Procesal Penal.

- d) Competencia: Es del juez de investigación preparatoria (juez de garantía) y no el juez unipersonal, Juzgado Colegiado, o la Sala Penal de Apelaciones. La función general del juez de investigación preparatoria es fundamentalmente de control judicial y de garantía. En este sentido, el juez de la investigación preparatoria es el magistrado que va tener una relación directa con el fiscal en este estadio del proceso, dicho magistrado, además de cumplir un rol de filtro en el proceso penal, en el sentido de que es quien evaluará la acusación del Fiscal, también realiza una función de vigilancia de la investigación. Ante él podrán concurrir las partes a fin de que dicte las medidas necesarias que permitan, asegurar un mejor desarrollo de la investigación, facultándose a dicho magistrado a dictar medidas coercitivas, a pronunciarse sobre medios de defensa y sobre todo controlar el cumplimiento de los plazos. Ello es debido a que el fiscal, al no contar con facultades coercitivas, necesita de un órgano jurisdiccional que resuelva las medidas de coerción con la finalidad de asegurar la prueba¹⁷⁵.
- e) Objeto: La petición de tutela es para que subsane la omisión o se dicten las medidas de corrección o protección que correspondan. Opera como un mecanismo propio del proceso penal, excluyendo, por lo tanto, las acciones constitucionales. La nulidad procesal opera como un mecanismo correctivo de protección de garantías, cuando la infracción que la motiva ha impedido el pleno ejercicio de las garantías y de los derechos reconocidos en la Constitución y la Leyes.
- f) Trámite: La solicitud del imputado, se resolverá inmediatamente, previa constatación de los hechos, y la realización de una Audiencia de Tutela de Derechos. Es de advertirse del artículo 71 del Código Procesal en comentario, que si bien no establece expresamente que la inobservancia acarrea responsabilidad administrativa, eventualmente el fiscal podría estar incurso en infracciones sujetas a sanción conforme al artículo 23 del Reglamento de Organización y Funciones de la Fiscalía Suprema de Control Interno del Ministerio

175 CÁCERES J., Roberto E. y IPARRAGUIRREN., Ronald D. Código Procesal Penal comentado. Jurista Editores, p. 372.

Público¹⁷⁶, resultando por tanto un criterio discrecional del juez de garantías, el remitir copias de los actuados al citado órgano de control para el pronunciamiento correspondiente.

5.- LA TUTELA DE DERECHOS ¿UNA INSTITUCIÓN TAXATIVA CON RESPECTO A LOS DERECHOS CAUTELADOS?

Conforme al artículo 71.4 del CPP de 2004 (supuestos de tutela de derechos), el imputado puede acudir al juez de investigación preparatoria cuando considere que durante las diligencias preliminares o en la investigación preparatoria: i) no se ha dado cumplimiento a estas disposiciones; ii) sus derechos no son respetados; iii) es objeto de medidas limitativas de derechos indebidas; y, iv) es objeto de requerimientos ilegales.

A nuestro entender, el supuesto i) se refiere al cumplimiento de la obligación de los fiscales o de la Policía Nacional de hacer saber al imputado de manera inmediata y comprensible, los derechos que tiene y que están previstos en el artículo 71.2 del CPP de 2004; asimismo, a que dicho acto de comunicación debe constar en un acta a ser firmada por la autoridad correspondiente y el imputado, o que en ella se haga constar su abstención y se consigne el motivo si lo expresa.

Respecto al supuesto ii), parte de la doctrina nacional considera que, en rigor, solo puede ser planteado cuando no es respetado alguno de los derechos del imputado reconocidos taxativamente en el artículo 71.2 del CPP de 2004. Este tema es merecedor del análisis central del presente ensayo.

En primer término, los derechos explícitamente señalados en el inc. 2 del Art. 71 del NCPP emergen a su vez de otros derechos cuyo radio es mucho más amplio que los allí declarados. Esto es importante señalar, a fin de entender que no puede tratarse este tema de una manera restringida ni taxativa como lo entienden algunos investigadores jurídicos, máxime, como apunta Neyra Flores, “*si el nuevo modelo procesal penal propugna la igualdad de armas y condiciones entre los sujetos procesales*”.¹⁷⁷

176 Resolución N° 071-2005-MP-FN-JFS. 3 de Noviembre del 2005. Artículo 23: 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.

177 NEYRA FLORES, Las Garantías en el Nuevo Proceso Penal, Ver: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoprocesal/article/view/2399>

Visto así, es totalmente lícita la posibilidad de que la víctima recurra a través de este instituto para invocar derechos no explicitados en el inc. 2 del Art. 71 a partir de una interpretación sistemática y armónica con los principios constitucionales¹⁷⁸. Pues como lo expresa de manera muy clara el inc. 3 del art. I del Título Preliminar del NCPP, “*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*”.

San Martín Castro expresa en ese sentido, que el derecho de defensa es el primer ámbito específico de control jurisdiccional en el CPP de 2004 y la tutela de derechos el mecanismo jurídico procesal específico para su resguardo, corresponde delimitar el ámbito de aplicación de la tutela de derechos a partir del contenido esencial del derecho de defensa y circunscribirlo en forma restringida a lo regulado por el inc. 2 del Art. 71.

El artículo 139 inciso 14 de la Constitución Política establece que es principio y derecho de la función jurisdiccional: “El principio de no ser privado de defensa en ningún estado del proceso. Toda persona será informada inmediatamente y por escrito de las causas o razones de su detención. Tiene derecho a comunicarse personalmente con un defensor de su elección y a ser asesorada por este desde que es citada o detenida por cualquier autoridad”. Asimismo, en el inciso 15 del citado artículo se establece: “El principio de que toda persona debe ser informada, inmediatamente y por escrito, de las causas o razones de su detención”.

A partir de este mandato constitucional, San Martín Castro señala: “*El derecho de defensa, según la Constitución, se integra con todo un catálogo de derechos también fundamentales, concretándose:*

- 5.1. *En el derecho de designar un abogado de su elección o, en su defecto, a uno de oficio.*
- 5.2. *En el derecho a comunicarse previamente con él para contestar la imputación o realizar algún acto procesal.*

178 ALVA FLORIAN, César. Cuestiones referidas a la tutela de derechos y al control de plazos en el nuevo Código Procesal penal. (en) Gaceta Penal y Procesal Penal. Gaceta Jurídica. T. 11 Mayo de 2010. pp 18-19.

5.3. *En el derecho a conocer en su integridad los cargos y pruebas existentes en su contra*¹⁷⁹.

De lo expuesto, se deduce como los derechos –también fundamentales– que forman parte del contenido esencial del derecho de defensa previsto en el artículo 139 incisos 14 y 15 de la Constitución Política se encuentran recogidos en el artículo 71.2 del CPP de 2004¹⁸⁰.

En esa línea, San Martín es enfático en precisar que el artículo 71.1 del NCPP de 2004 al establecer que: “El imputado puede hacer valer por sí mismo, o a través de su abogado defensor, los derechos que la Constitución y las leyes le conceden, desde el inicio de las primeras diligencias de investigación hasta la culminación del proceso”, no hace sino regular el contenido esencial del derecho de defensa –los derechos detallados en el artículo 71.2–, por lo que no corresponde interpretar, a partir de dicho dispositivo, que la tutela de derechos procede ante la vulneración y amenaza de todos los derechos que la Constitución y las leyes reconocen.

Sin embargo, siguiendo a Alva Florián¹⁸¹ y atendiendo al verdadero sentido del sistema penal acusatorio de corte adversarial, que perenniza la constitucionalización del proceso, ello no puede ser cierto. No se debe preferir una inter-

179 SANMARTÍN CASTRO, César. Derecho Procesal Penal. Volumen I. Grijley, Lima, 2006, p. 120.

180 Para una mejor lectura, vuelvo a insertar el texto referido: Artículo 71.2 del CPP de 2004: “Los Jueces, los Fiscales o la Policía Nacional deben hacer saber al imputado de manera inmediata y comprensible, que tiene derecho a: a) Conocer los cargos formulados en su contra 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 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”.

181 ALVA FLORIAN, César. Cuestiones referidas a la tutela de derechos y al control de plazos en el nuevo Código Procesal penal. (en) Gaceta Penal y Procesal Penal. Gaceta Jurídica. T. 11 Mayo de 2010. pp 18-19.

pretación perjudicial a la protección de los derechos fundamentales contenidos en el debido proceso. Así, el artículo I numeral 3 del Título Preliminar del NCPP establece que las partes procesales pueden ejercer las facultades y derechos previstos en la Constitución, norma que, interpretada en concordancia con el artículo X del Título Preliminar del NCPP, adquiere prevalencia frente a cualquier disposición legal o interpretación.

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

Citaré como ejemplo la solicitud de tutela en el supuesto de que el Ministerio Público no actúe con objetividad, tal como lo establece el artículo IV del Título Preliminar del NCPP, cuando producto de esa mala actuación no se han respetado las reglas para la obtención de medios probatorios, quitándoles por lo que estoy en total desacuerdo que este instituto procesal sólo está habilitado a ser planteado cuando no son respetados alguno de los derechos del imputado reconocidos taxativamente en el artículo 71.2 del CPP de 2004.

Por otro lado, los posibles efectos jurídicos a los que la defensa puede aspirar vía tutela de derechos y que, conforme el artículo 71.4, delimitan el marco de actuación del juez de investigación preparatoria, son: i) subsanar la omisión; ii) dictar las medidas de corrección; y iii) 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.

Ahora bien, esto no significa que la defensa haga abuso de este derecho con el fin de buscar la nulificación del proceso lo que deriva en su retraso y complicación al no existir una motivación que lo justifique. Por esta razón, el Acuerdo Plenario N° 2-2012/CJ-116: Acuerdo Plenario en materia penal sobre audiencia de tutela e imputación suficiente, es claro al precisar el procedimiento así como las causales para su adecuada interposición.

6. CONCLUSIONES

La tutela de derechos y el control de plazos son instituciones procesales consagradas 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 la investigación preparatoria).

La tutela de derechos nace como una vía reparadora de las acciones u omisiones que generen un quebrantamiento en el derecho de las partes procesales. En consecuencia, no es una institución que pueda ser utilizada solo por el imputado, sino también por la víctima cuando considere que sus derechos han sido conculcados por los actos del Ministerio Público o la Policía Nacional. De acuerdo con una interpretación armónica e integral del NCPP, las partes tienen igualdad de derechos por lo que tanto imputado como víctima tienen la posibilidad, sobre la base del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, de pedir al juez de garantías que controle los actos de investigación.

Primordialmente, la tutela de derechos puede ser planteada contra los actos u omisiones del fiscal que conduce la investigación preparatoria, pero nada impide que igualmente se interponga contra un fiscal superior, cuando al momento de intervenir –vía queja o consulta– conculque algún derecho de las partes procesales, de modo que tanto los actos del fiscal de la investigación preparatoria como del fiscal superior pueden ser objeto del mencionado control constitucional.

Considero no adecuado el tratamiento taxativo del Art. 71, inc. 2 en cuanto a los presupuestos para la interposición de la tutela de derechos y más bien, debe ser tratado de forma extensiva cuando la valoración del hecho vulneratorio de los derechos fundamentales del imputado así lo ameriten quedando en ese sentido bajo la consideración de un *numerus apertus*.