

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA

ESCUELA DE POSTGRADO



MAESTRÍA EN CIENCIAS

MENCIÓN: DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA

TESIS

**“NATURALEZA JURÍDICA DE LA TUTELA DE DERECHOS
PREVISTA EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL”**

Presentado por:

RUTH ELIZABETH AZAÑERO ALFARO

Asesor:

M. Cs. RICARDO SÁENZ PASCUAL

Cajamarca – Perú

2015

COPYRIGHT © 2015 by
RUTH ELIZABETH AZAÑERO ALFARO
Todos los derechos reservados

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA

ESCUELA DE POSTGRADO



MAESTRÍA EN CIENCIAS

MENCIÓN: DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA

TESIS

**“NATURALEZA JURÍDICA DE LA TUTELA DE DERECHOS
PREVISTA EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL”**

Presentado por:

RUTH ELIZABETH AZAÑERO ALFARO

Comité Científico:

M.Cs. Ricardo Sáenz Pascual
Asesor

Dr. Elfer Miranda Valdivia
Presidente

Dr. Glen Serrano Medina
Primer miembro titular

M.Cs. José Grandez Odiaga
Segundo miembro titular

M.Cs. Juan Carlos Tello Villanueva
Miembro accesitario

Cajamarca – Perú

2015

A:

A mis padres por ser el pilar fundamental en todo lo que soy, en toda mi formación tanto académica como de vida, por su incondicional apoyo perfectamente mantenido a través del tiempo.

«Una sociedad en la cual no se asegura la garantía de los derechos ni se determina la separación de los poderes está privada de una constitución».

Art. 16° de la Declaración de los
Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

AGRADECIMIENTOS

Un sincero agradecimiento al M. Cs. Ricardo Sáenz Pascual, por aceptar que esta tesis se realice bajo su dirección. Su apoyo y confianza en mi trabajo y su capacidad para guiar mis ideas ha sido un aporte invaluable, no solamente en el desarrollo de esta tesis, sino también en mi formación como investigador.

CONTENIDO

	Pág.
DEDICATORIA	iv
AGRADECIMIENTO	vi
INDICE	vii
RESUMEN	xii
ABSTRACT	xiii
INTRODUCCIÓN	1
PRIMERA PARTE:	
PLANTEAMIENTO METOLÓGICO	8
CAPÍTULO I:	
MARCO METODOLÓGICO	9
1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN	9
1.1.1. Planteamiento del Problema.....	9
1.1.2. Formulación del Problema.	13
1.1.3. Delimitación.....	14
1.1.4. Justificación de la Investigación.	14
1.1.5. Limitaciones.....	15
1.2. OBJETIVOS	15
1.2.1.General:.....	15
1.2.2. Específicos:	15
1.3. HIPÓTESIS.	16
1.3.1. Hipótesis	16
1.4. MARCO TEORICO PROYECTADO	16
1.4.1. Antecedentes Teóricos de la Investigación.....	16
1.4.2. Marco Teórico o Bases Teóricas	17
1.4.2.1. Fundamentación del paradigma de investigación	17
1.5. METODOLOGÍA	18
1.5.1. Diseño Metodológico	18
1.5.1.1. Enfoque.....	18
1.5.1.2. Alcance	18
1.5.1.3. Diseño	19
1.5.1.4. Tipo de investigación.....	19
1.5.2. Material.....	20

1.5.2.1 Cuerpos normativos.....	20
1.5.2.2 Libros.....	20
1.5.2.3 Revistas y artículos.....	20
1.5.2.4 Expedientes.....	21
1.5.3. Métodos	21
1.5.3.1 Dogmático - Teórico.....	21
1.5.3.2 Dogmático – Normativo	21
1.5.3.3 Analítico – sintético.....	22
1.5.3.4 Inductivo – deductivo	22
1.5.4. Población	22
1.5.5. Muestra	22
1.5.6. Unidad de Análisis	23
1.5.7. Técnicas e Instrumentos	23
1.5.7.1. Técnicas	23
1.5.7.2. Instrumentos.....	23
SEGUNDA PARTE:	
ANTECEDENTES DE LAS BASES FUNDAMENTALES DE LA TUTELA DE DERECHOS.....	25
CAPÍTULO I:	
PRIMER TRAMO DE LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LAS BASES FUNDAMENTALES.....	26
1.1. POSIBILIDAD DE LA TUTELA DE DERECHOS DESDE UNA ÓPTICA <i>IUSNATURALISTA</i>	27
1.1.1. Sustrato afín con el tema específico	28
1.2. PASO DEL <i>IUSNATURALISMO</i> AL <i>IUSPOSITIVISMO</i>	31
1.3. APLICABILIDAD DE LA TUTELA DE DERECHOS DESDE LA PERSPECTIVA <i>IUSPOSITIVISTA</i>	37
CAPÍTULO II:	
PASO DEL POSITIVISMO AL CONSTITUCIONALISMO	40
2.1. EL CONSTITUCIONALISMO COMO DESAFÍO AL POSITIVISMO JURÍDICO.....	40
2.2. FUNDAMENTOS DEL CONSTITUCIONALISMO	45
2.2.1. Sobre la relación Derecho-moral.....	49
2.3. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO	50
TERCERA PARTE:	
TUTELA DE DERECHOS Y CONSTITUCIONALISMO	54

CAPÍTULO I:	
CONSTITUCIONALISMO Y DERECHOS HUMANOS	55
1.1. Cobertura organizativa.	57
1.2. La Supremacía de la Constitución.....	58
1.3. Autosuficiencia del reconocimiento de los derechos de la libertad.	59
1.4. NEOCONSTITUCIONALISMO O ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO	60
1.5. CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL PROCESO PENAL	64
1.6. LOS TRATADOS INTERNACIONALES SOBRE DERECHOS HUMANOS Y EL DERECHO PROCESAL PENAL.....	66
CUARTA PARTE:	
CONTRASTACIÓN DE LAS HIPÓTESIS Y DISCUSIÓN	70
CAPÍTULO I:	
SOBRE LA NATURALEZA DE LA TUTELA DE DERECHOS.....	71
1.1. EL NUEVO SISTEMA PROCESAL PENAL	71
1.2. EL IMPUTADO Y EL NUEVO PROCESO PENAL	76
1.2.1. El Imputado y la Investigación Preparatoria.....	77
1.2.1.1. La Función Fiscal.	82
1.2.1.2. La Función Judicial.	84
1.3. LA AUDIENCIA DE TUTELA DE DERECHOS Y LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA	85
1.3.1. PROCEDENCIA DE LA TUTELA DE DERECHOS COMO INSTRUMENTO CONSTITUCIONAL DE PROTECCIÓN DE DERECHOS....	86
1.4. PROTECCIÓN AMPLIA DE LOS DERECHOS DEL IMPUTADO MEDIANTE LA TUTELA DE DERECHOS	91
1.4.1. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA TUTELA DE DERECHOS	97
CAPÍTULO II:	
SUJETOS LEGITIMADOS PARA INVOCAR LA TUTELA DE DERECHOS	99
2.1. LA LEGITIMACIÓN DE LA VÍCTIMA A LA TUTELA DE DERECHOS.....	101
CAPÍTULO III:	
LA TUTELA DE DERECHOS Y LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES	106
3.1. PROCESO DE HÁBEAS CORPUS	107
3.1.1. EFICACIA DE LA TUTELA DE DERECHOS EN RELACIÓN AL HÁBEAS CORPUS	110
3.2. PROCESO DE AMPARO	114
3.2.1. EFICACIA DE LA TUTELA DE DERECHOS EN RELACIÓN AL PROCESO DE AMPARO	117

3.3. EFICACIA DE LA TUTELA DE DERECHOS EN EL ÁMBITO DE LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA	117
CAPÍTULO IV:	
ANÁLISIS CONJUNTO DE LAS RESOLUCIONES EMITIDAS EN LA AUDIENCIA DE TUTELA DE DERECHOS.....	120
4.1. PROCESOS PENALES	120
4.2. ELABORACIÓN DE LOS INSTRUMENTOS PARA OBTENER LA INFORMACIÓN	121
4.3. EVALUACIÓN O VALIDEZ DE LOS INSTRUMENTOS	121
4.4. RECOJO DE INFORMACIÓN	121
4.1.1. INDICADORES PARA LA OBTENCIÓN DE INFORMACIÓN DE LAS ACTAS Y RESOLUCIONES JUDICIALES.....	121
CAPÍTULO V:	
INTERPRETACIÓN DE LA INFORMACIÓN	128
5.1. PROCEDIMIENTO PARA LA INTERPRETACIÓN DE LAS SENTENCIAS JUDICIALES.....	128
5.1.1. SOLICITUD ACORDE CON EL INCISO 2° DEL ARTÍCULO 71° DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL.....	128
5.1.2. SOLICITUD CONFORME AL FUNDAMENTO 17 DEL ACUERDO PLENARIO N° 4-2010/CJ-116	130
5.1.3. SOLICITUD ACORDE CON LA PARTE FINAL DEL INCISO 4° DEL ARTÍCULO 71° DEL NCPP.....	131
5.1.4. SOLICITUD CONFORME CON LOS PRESUPUESTOS ESTABLECIDOS EN EL ACUERDO PLENARIO N° 04-2010/CJ-116.....	133
5.1.5. SOLICITUD QUE ATENTA CONTRA EL PRINCIPIO DE RESIDUALIDAD.....	134
5.1.6. RESOLUCIÓN QUE DECLARAR IMPROCEDENTE POR NO CORRESPONDER A LA VIA	135
5.1.7. RESOLUCIÓN QUE DECLARA IMPROCEDENTE POR CUESTIONES INCIDENTALES	136
5.1.8. RESOLUCIÓN QUE DECLARA INFUNDADA DEBIDO A QUE LA SOLICITUD NO CORRESPONDE A DERECHO	138
5.1.9. RESOLUCIÓN QUE DECLARA FUNDADA A PESAR DE QUE SE TRATABA DE UNA SOLICITUD IMPROCEDENTE	139

5.1.10.RESOLUCIÓN QUE ANALIZA EN FONDO DEL ASUNTO A PESAR DE QUE NO CORRESPONDE ELLO POR SER IMPROCEDENTE	140
CAPÍTULO VI:	
ANÁLISIS DE LA INFORMACIÓN OBTENIDA	142
6.1. DETALLE DEL ANÁLISIS DE LAS ACTAS	143
6.1.1. SOLICITUD ACORDE CON EL INCISO 2 DEL ARTÍCULO 71° DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL.....	144
6.1.2. SOLICITUD CONFORME AL FUNDAMENTO 17 DEL ACUERDO PLENARIO N° 4-2010/CJ-116	145
6.1.3. SOLICITUD ACORDE CON LA PARTE FINAL DEL INCISO 4 DEL ARTÍCULO 71° DEL NCPP.....	146
6.1.4. SOLICITUD CONFORME CON LOS PRESUPUESTOS ESTABLECIDOS EN EL ACUERDO PLENARIO N° 04-2010/CJ-116.....	146
6.1.5. SOLICITUD QUE ATENTA CONTRA EL PRINCIPIO DE RESIDUALIDAD.....	147
6.1.6. RESOLUCIÓN QUE DECLARA IMPROCEDENTE POR NO CORRESPONDER A LA VIA	148
6.1.7. RESOLUCIÓN QUE DECLARA IMPROCEDENTE POR CUESTIONES INCIDENTALES	149
6.1.8. RESOLUCIÓN QUE DECLARA INFUNDADA DEBIDO A QUE LA SOLICITUD NO CORRESPONDE A DERECHO	150
6.1.9. RESOLUCIÓN QUE DECLARA FUNDADA A PESAR DE QUE SE TRATABA DE UNA SOLICITUD IMPROCEDENTE.....	151
6.1.10. RESOLUCIÓN QUE ANALIZA EN FONDO DEL ASUNTO A PESAR DE QUE NO CORRESPONDE ELLO POR SER IMPROCEDENTE	152
CAPÍTULO VII:	
DISCUSIÓN.....	153
7.1. RESPECTO A LA MALA INTERPRETACIÓN DE LA NORMA	153
CAPÍTULO VIII:	
CONCLUSIONES, RECOMENDACIONES Y PROPUESTA	158
8.1. CONCLUSIONES:	158
8.2. RECOMENDACIONES:	159
8.3. PROPUESTA DE MODIFICACIÓN NORMATIVA:.....	160
LISTA DE REFERENCIAS.....	174

RESUMEN

La defensa de una persona es un elemento clave de la configuración de la tutela procesal efectiva, puesto que un proceso cual fuere su naturaleza, no puede considerarse respetuoso de la persona si no se le brinda la posibilidad de contradecir los cargos atribuidos, presentar sus argumentos, estrategias y elementos de respaldo jurídico necesarios. Así, la defensa, es un derecho-regla de la tutela procesal efectiva. Un mecanismo procesal tendiente a efectivizar este derecho, justamente, es la tutela de derechos, la cual es una facultad exclusiva del imputado, quien puede, por sí mismo o a través de su abogado defensor, hacer valer los derechos que la Constitución Política y las leyes le conceden; recurriendo al Juez de la Investigación Preparatoria, a fin de que subsane la omisión o dicte la medida de corrección o de protección frente a actuaciones u omisiones que limiten sus derechos de forma indebida o ante requerimientos ilegales, desde las primeras diligencias de investigación hasta el término de la investigación preparatoria. Sin embargo, al ser la tutela de derechos una institución jurídica de reciente regulación, ha generado una diversidad de interpretaciones o criterios sobre su real dimensión, determinando que en su aplicación se haya generado multiplicidad de planteamientos, muchas veces divergentes entre sí. Este trabajo trata de desentrañar los aspectos problemáticos e implicancias de ésta institución procesal para lograr su correcta aplicación, ya que la tutela de derechos se erige como una valiosa herramienta para la concreción del principio de igualdad.

ABSTRACT

The defense of a person is a key element of the configuration of effective judicial protection, since a process regardless of their nature, can not be considered respectful of the person if they are not given the opportunity of contradicting those attributed charges, present their arguments, strategies and elements necessary legal backing. Thus, the defense is a right-rule effective judicial protection. A procedural mechanism tending to effectuate this right, exactly, is the protection of rights, which is an exclusive power of the accused, who can, by itself or through his counsel, to assert their rights under the Constitution and laws granted; resorting to the Judge of the preliminary investigation, to remedy the omission or dictate the extent of correction or protection against acts or omissions that limit their rights to improperly or illegal requests, from the first investigative until the end the preliminary investigation. However, as the protection of rights a legal institution of recent regulation has generated a variety of interpretations or judgments about its real dimension, determining that its application has been generated multiplicity of approaches, often conflicting with each other. This work tries to unravel the problematic aspects and implications of this procedural institution to achieve its proper application, since the protection of rights stands as a valuable tool for the realization of the principle of equality.

INTRODUCCIÓN

Existe una muy difundida discusión respecto de la naturaleza del Derecho y lo cierto es que, al tratarse de una ciencia social, inclusive su naturaleza ha ido variando conforme lo ha hecho la sociedad.

Han explicado dicha naturaleza posturas *iusnaturalistas* en la cual se concebía al hombre en un “*estado de naturaleza*” en él disfrutaba de sus derechos de manera anterior a toda forma de organización política, en el cual existía un sistema de normas de conducta intersubjetiva distinto del constituido por las normas establecidas por el Estado (Derecho positivo), y que tiene validez por sí mismo, es anterior y superior al Derecho positivo y, en caso de conflicto con este último, debe prevalecer sobre el mismo. La sociedad se tornó idealista y sus pensadores rendían culto a seres superiores y omnipotentes; cuando dicha ontología resultó insuficiente, se varió la concepción hacia una perspectiva materialista, cuya confianza se depositó en los formalismos y las prescripciones, contrario a lo que sucedía en las épocas del iusnaturalismo en esta etapa histórica, se apostaba por una regulación de normas creadas por hombres, se negó la idea de la fundamentación en un ser superior o divino para apostar por una regulación, el principio de legalidad informaba todo el sistema, se legisló mediante la técnica de la codificación, agrupando leyes, prescribiendo supuestos y “sancionando” con una consecuencia jurídica; sin embargo, este *iuspositivismo* resultó insuficiente para resolver aquellos hechos que no habían sido contemplados en los supuestos; es por ello que contemporáneamente las teorías se orientan hacia el respeto de los principios y valores contenidos en las Constituciones Jurídicas de los Estados o Comunidades, esta nueva visión es el denominado Neoconstitucionalismo. En el cual no basta con una visión

meramente natural, pues con ello como sucedió en el pasado se puede llegar a imponer valores generales en una sociedad a todas vistas plural, con valores y ética distinta en sus grupos, a la vez que la concepción de un “soberano arbitrario” por considerarse de procedencia divina no conviene a los fines de la nueva concepción de Estado Social y Democrático de Derecho. A su vez la cuota que aportó el positivismo en el desarrollo científico de nuestra rama (Derecho) fue asombroso, sobretodo en cuanto hacemos referencia al principio de legalidad, sin embargo, como sucede con todo instrumento mal usado el abuso del mismo y su consideración sin medida provoca una superposición de valores menores a otros fundamentales y a los cuales intenta proteger, nos referimos a los derechos constitucionales, fundamentales o humanos. Así por ejemplo, si bien con las garantías de ley escrita, ley previa, ley cierta y ley estricta, se pretende proteger la libertad de las personas al normar taxativamente los delitos y prohibir la aplicación de la analogía, no debemos ir más allá y señalar, teniendo como pretexto la obligatoria sujeción a las normas del ordenamiento, se dará cumplimiento a cierta disposición legal en atención a este principio sin tomar en consideración las implicancias que ello conllevaría, como la violación o afectación de derechos fundamentales, así si una figura jurídico-penal tiene como fin expreso proteger derechos del imputado en un proceso de investigación del delito no podemos desconocer la igualdad procesal que tanto a víctima como acusado se le reconoce, pues si tal instituto apunta a la protección de derechos fundamentales debería tener igual procedencia o eficacia en ambos casos.

Actualmente lo que se prioriza es la protección y garantía de los derechos fundamentales por encima de otros preceptos legales, estos derechos forman parte de la Constitución y por lo tanto todo su contenido constitucionalmente protegido es informador del resto del ordenamiento jurídico, en esta afirmación nuestra empresa científica adquiere mayor trascendencia ya que es un intento por contribuir con la

garantía, respeto y protección de bienes y valores que nos son propios por el solo hecho de ser quienes somos, personas humanas con consciencia, voluntad, libertad e igualdad con nuestros semejantes.

Ello ha sido, ya por varios años, explicado y discutido dentro de las facultades de Derecho, pero a pesar de haberse desarrollado ya muchas veces esta línea de tiempo y de conocer a la perfección la evolución de instituciones jurídicas, no se ha conseguido comprender sus implicancias.

Nuestros docentes siguen enunciando la vigencia del Estado Constitucional de Derecho y de las garantías constitucionales, pero en la práctica, continúan aplicando y concibiendo dichos fenómenos jurídicos dentro del paradigma positivista, el absoluto *erga omnes*, endiosando a las leyes antes que a las normas en general, estableciendo una sinonimia inexistente entre estas dos concepciones, dejando de lado a los demás tipos de normas y, entre ellas, las de mayor importancia como son los principios y valores.

Esto ocurre en los diferentes campos de aplicación del Derecho, tanto desde la perspectiva del estudiante como del maestro, asimismo, dentro de la perspectiva del litigante como del magistrado, del operador jurídico, jurisdiccional y administrativo. Por otro lado, este fenómeno se presenta también en el campo civil, penal, laboral, etc.

En este contexto, es precisamente tema de nuestra investigación el ejercicio eficaz de la llamada tutela de derechos, regulada en el artículo 71° del Nuevo Código Procesal Penal, que no es una excepción a la regla definida en el anterior párrafo y, penosamente, es una de las aristas del curioso fenómeno que se presenta actualmente en la comunidad jurídica; es decir, somos capaces de leerla, estudiarla, aprenderla, pero no entenderla y mucho menos aplicarla correctamente.

La perspectiva de jueces, fiscales, litigantes, y demás operadores del Derecho, entiende a esta figura del Constitucionalismo desde una óptica Positivista, lo que significa un terrible error por su parte, así como un retraso importante de la práctica del derecho dentro de nuestro país, respecto de las posturas racionalistas de otros ámbitos como el alemán o estadounidense.

Este es el argumento central para el desarrollo de nuestra tesis que tiene como propósito llevar a cabo un análisis dogmático de la figura de la tutela de derechos como una garantía integrante de la novísima teoría del Estado Constitucional de Derecho y, según éste análisis, elaborar los criterios que han de tenerse en cuenta para asegurar su eficacia.

Todo ello, a partir de un estudio histórico de las teorías surgidas con respecto a la naturaleza del derecho, desde el *iusnaturalismo* hasta el Constitucionalismo; deteniéndonos en la transformación del positivismo hacia el constitucionalismo a partir de las doctrinas de Hart y Dworking.

Una vez comprendido el fenómeno evolutivo de las teorías respecto a la naturaleza del Derecho, realizamos una explicación acerca de las nuevas concepciones del Constitucionalismo y su relación con la garantía de la tutela de derechos, la subordinación de los códigos penales y procesales a las normas constitucionales y, por consiguiente la obligación de los operadores jurídicos de tener en cuenta ello para su debida interpretación.

En cuanto al tema específico de la interpretación del artículo 71° del Nuevo Código Procesal Penal, dada la amplia explicación de sus bases, su desarrollo consistirá principalmente en un ejercicio argumentativo orientado hacia la comprensión

teleológica de la figura de la tutela de derechos, sin desligarnos de la dogmática constitucional aplicada en las instituciones del derecho procesal penal.

Concretamente, el nuevo modelo procesal penal que no es más que la afirmación de las garantías de los ciudadanos, tanto desde la perspectiva del imputado como del nuevo rol y estatus de la víctima.

Por lo cual se ha estructurado el presente trabajo de tesis en cuatro partes bien definidas que detallaremos a continuación:

La primera parte ha sido denominada Planteamiento metodológico, y tiene como propósito realizar una explicación de la metodología utilizada para el desarrollo y ejecución de la tesis, cuyo capítulo único contiene el Planteamiento del Problema de Investigación, los objetivos, la hipótesis y variables, el marco teórico proyectado y, lo más resaltante, la metodología utilizada.

La segunda parte titulada “Antecedentes de las bases fundamentales de la Tutela de Derechos”, cuenta con dos capítulos, el primero está referido al primer tramo de la evolución histórica de las bases fundamentales utilizadas para la investigación y, el segundo capítulo está referido a los acontecimientos que dieron paso del positivismo al constitucionalismo, en virtud del cual debe llevarse a cabo el análisis del tema de investigación.

La tercera parte denominada “Tutela de derechos y Constitucionalismo”, consta de un estudio correlacional entre los dos dogmas jurídicos antes señalados y consta de un capítulo único en el que se lleva a cabo un estudio de tallado de la relación entre constitucionalismo y derechos humanos.

La cuarta parte de la investigación ha sido denominada “Contrastación de hipótesis y discusión”, si bien nuestro estudio no ha sido cuantitativo, sí se han recogido datos de la realidad, estos han consistido en el estudio de Actas y Resoluciones en las que se han resuelto asuntos relativos a la tutela de derechos y, en ese contexto, se ha llevado a cabo un análisis sobre la naturaleza de la tutela de derechos en el primer capítulo, en el segundo capítulo se han estudiado quienes han sido los sujetos legitimados para invocar la tutela de derechos, en el tercer capítulo se ha llevado a cabo un estudio de la tutela de derechos y las garantías constitucionales, en el cuarto capítulo se ha llevado a cabo un análisis conjunto de las resoluciones emitidas en la audiencia de tutela de derechos, en el capítulo seis se han interpretado los datos obtenidos de las resoluciones estudiadas y se han analizado dichas resoluciones en el capítulo sexto para, finalmente, arribar a la discusión en el capítulo séptimo de la parte en comento.

Finalmente, con lo disertado, hemos formulado una suerte de criterios que podrán ser tomados en cuenta al momento de interpretar las normas para aplicar la tutela de derechos en el caso específico, ya sea de parte de los órganos jurisdiccionales como de los no jurisdiccionales, llámese administrativos, académicos, etc.

**NATURALEZA JURÍDICA DE LA TUTELA DE DERECHOS
PREVISTA EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL**

PRIMERA PARTE:

PLANTEAMIENTO METOLÓGICO

CAPÍTULO I

MARCO METODOLÓGICO

1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.1.1. Planteamiento del Problema.

No es nuevo sostener que la mayoría de países, como el Perú, buscan la aplicación armónica de las normas de carácter penal a través de un procedimiento constitucionalmente legítimo, esto es, con el respeto irrestricto de los derechos y principios constitucionales que dotan de legitimidad al *ius puniendi* estatal.

En realidad, los principios que rigen para el proceso penal no se han implantado con la vigencia del nuevo Código Procesal Penal de 2004 (CPP de 2004), pues estos estuvieron consagrados desde hace mucho tiempo atrás en las distintas cartas constitucionales que tuvo y tiene nuestro país. Lo único que se ha hecho, es revalorar tales principios y buscarles un medio idóneo para que, ante su eventual vulneración de derechos, las partes procesales, inmersas en una relación jurídico-procesal penal, puedan corregir las acciones u omisiones que lleven a su transgresión.

Es justamente bajo ese lineamiento que se han establecido mecanismos destinados a la protección de los derechos fundamentales, procurándose un proceso penal más humanista.

La tutela de derechos, es precisamente, un mecanismo procesal para hacer realidad la garantía de igualdad de armas en el marco del nuevo proceso

penal; la cual se encuentra íntimamente relacionada con el derecho de defensa y la posibilidad de contradecir, lo que impone que exista una paridad entre las partes a fin de evitar una situación de privilegio o supremacía del agente persecutor del delito; garantizando así, la igualdad efectiva de las posibilidades y cargas del titular de la acción penal y del procesado en la alegación y prueba de los hechos controvertidos (Cubas Villanueva 2006, 76).

La Tutela de Derechos es una institución novísima, sin antecedentes en el código de procedimientos penales (Gaceta Jurídica Editores 2009, 241), consagrada de manera expresa en el artículo 71° inciso 41 del CPP de 2004, cuyo titular es el imputado, tiene como sustento básico el control que realiza el juez penal de garantías de los actos del fiscal y de su órgano de apoyo (Policía Nacional), durante la investigación preparatoria (Gaceta Jurídica Editores 2010, 28).

No podemos negar que existen en el CPP de 2004, problemas de técnica legislativa y de vacíos normativos. En este periodo corto de vigencia, se han planteado cuestiones respecto a la interpretación y sentido de algunas normas que lo integran, referidas al ámbito de aplicación o supuestos en los que según el código procede la tutela de derechos.

Este problema ya ha sido zanjado en parte con el Acuerdo Plenario N° 4-2010/CJ-116 (16/11/2010), el cual establece los siguientes alcances: [...] “a) la tutela protege los derechos recogidos “taxativamente” en el artículo 71° del

¹ Artículo 71°.- Derechos del Imputado.

4. Cuando el imputado considere que durante las Diligencias Preliminares o en la Investigación Preparatoria no se ha dado cumplimiento a éstas 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. *(el subrayado es nuestro)*.

NCPP; b) el juez determina, desde la instancia y actuación de las partes, la vulneración al derecho o garantía constitucional prevista en el artículo 71° del NCPP; c) 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; d) la tutela de derechos es una institución procesal para regular las desigualdades entre perseguidor y perseguido; e) opera siempre que el ordenamiento procesal no especifique un camino determinado para la reclamación de un derecho afectado; f) el juez de la investigación preparatoria está habilitado para realizar una calificación del contenido de la solicitud (control de admisibilidad) y, en su caso, disponer el rechazo liminar, cuidando de no dejar en indefensión al imputado; g) los actos de investigación pueden quedar viciados o excluidos, según sea el caso, si se vulneraron derechos fundamentales recogidos en el artículo 71° del NCPP, h) a través de la audiencia de tutela se podrán cuestionar los elementos probatorios obtenidos mediante procedimientos ilegales o viciosos, y que una vez comprobada su ilicitud el Juez determinara su exclusión, como medida correctiva o de protección y por último i) imposibilidad de cuestionar la Disposición de Formalización de Investigación Preparatoria vía tutela” [...]

Si bien es cierto se ha avanzado en el tema, hay aspectos que merecen un mayor análisis así en el Acuerdo Plenario, en su fundamento jurídico 10 emplea la expresión “los derechos protegidos a través de esta Audiencia son los que se encuentran recogidos taxativamente en el artículo 71° del NCPP”, vale decir, los mencionados en el numeral 2) del indicado artículo, no

compartimos dicha afirmación puesto que es posible incorporar otros derechos del imputado como susceptibles de ser protegidos vía tutela, en la medida que la enumeración de los derechos consignados en el numeral 2) solo se refieren al deber de las autoridades (jueces, fiscales y policía) para hacer saber de manera inmediata y comprensible al imputado los derechos específicos o mínimos que goza al interior del proceso, aparte del hecho incontrastable que en el numeral 1) del aludido artículo se establece 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”. Lo anterior implica que no solo los derechos mencionados en el numeral 2) del artículo 71° serían susceptibles de ser protegidos vía la tutela sino que también cualquier otro derecho que “la Constitución y las Leyes le conceden” al imputado durante la investigación preparatoria y que no tenga vía propia de reclamación.

Ante esta problemática, la tutela debe ser entendida como un mecanismo selectivo (Gaceta Jurídica Editores 2009, 249) de naturaleza subsidiaria y residual (Gaceta Jurídica Editores 2010, 331) para tutelar los derechos del imputado siempre y cuando carezcan de mecanismo procesal de protección o garantía específica, que el juez de investigación preparatoria o de control de garantías debe cautelar en el modelo acusatorio, conforme el artículo 29° del Código Procesal Penal de 2004.

Por otro lado creemos que no solo el imputado estaría facultado para instar la tutela de derechos, sino también el agraviado, el cual también estaría

legitimado atendiendo al artículo 2^o de la Constitución Política del Perú, la cual es una norma que a nuestro entender prevalece sobre la norma que solo facultaría al procesado para acudir en vía de tutela.

Por último la tutela de derechos ha llevado a ignorar la aplicación de otros mecanismos procesales de tutela que trae el nuevo código procesal penal, inclusive se da mayor fuerza protectora de los derechos constitucionales a la tutela de derechos que a las propias garantías constitucionales y es que es en muchos casos un mecanismo más que procesal, de índole constitucional, que se constituye en la vía reparadora del menoscabo sufrido y que incluso puede funcionar con mayor eficiencia y eficacia que otros procesos constitucionales (Gaceta Jurídica Editores 2009, 280). Por eso es necesario conocer las conexiones de la tutela de derechos con los procesos constitucionales de amparo y hábeas corpus.

En esta investigación, se abordarán justamente los aspectos problemáticos de la tutela de derechos.

1.1.2. Formulación del Problema.

¿Cuál es la Naturaleza Jurídica de la Tutela de Derechos prevista en el Código Procesal Penal y cuáles han sido los resultados de su utilización en el Distrito Judicial de Cajamarca (Sede), desde abril de 2010 hasta diciembre de 2011?

² Artículo 2^o.- Derechos fundamentales de la persona.
2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier índole.

1.1.3. Delimitación.

D1: Temática: la investigación se enmarca dentro del Derecho Procesal Penal, ya que se estudiarán los sujetos y derechos involucrados en la tutela de derechos (art. 71°).

D2: Temporal: la investigación se realizó en base a los datos recogidos desde abril de 2010 hasta diciembre de 2011.

D3: Espacial: los datos se recogieron del distrito judicial de Cajamarca, específicamente los Juzgados de Investigación Preparatoria.

D4: Poblacional: las resoluciones emitidas en los Juzgados de Investigación Preparatoria del distrito judicial de Cajamarca desde abril de 2010 hasta diciembre de 2011.

D5: Teórica o de perspectiva: La investigación se realizó a cabo desde la perspectiva del Constitucionalismo y de la naturaleza de la tutela de derechos.

1.1.4. Justificación de la Investigación.

La tutela de derechos concebida como un mecanismo procesal, presenta situaciones problemáticas, sin embargo permite hacer realidad las garantías procesales y sobre todo la garantía de igualdad de armas, por ello es necesario desentrañar los contornos de esta figura a fin de lograr su correcta aplicación.

Asimismo, de conocerse su aplicación en el distrito judicial de Cajamarca, podremos tomar nota de los aciertos y errores del aparato jurisdiccional en la

aplicación de dicho mecanismo garantista, de cara a su naturaleza, lo que nos permitirá sentar las bases para la delimitación de los supuestos en los que debe ser utilizada y el perfeccionamiento de su aplicación.

1.1.5. Limitaciones.

L1: A nivel metodológico.

Al ser el mecanismo procesal novísimo, sin antecedentes en el Código de Procedimientos Penales, no se hallaron pronunciamientos uniformes ni en la doctrina ni en la jurisprudencia.

1.2. OBJETIVOS

1.2.1. General:

Determinar la Naturaleza Jurídica de la Tutela de Derechos prevista en el Código Procesal Penal y cuáles han sido los resultados de su utilización en el Distrito Judicial de Cajamarca (Sede), desde abril de 2010 hasta diciembre de 2011.

1.2.2. Específicos:

E1: Explicar la Naturaleza Jurídica de la Tutela de Derechos prevista en el Código Procesal Penal.

E2: Descubrir los resultados de la utilización de la Tutela de Derechos en el Distrito Judicial de Cajamarca (Sede), desde abril de 2010 hasta diciembre de 2011.

E3: Proponer la modificatoria del artículo 71° del Código Procesal Penal, de conformidad con los resultados y conclusiones obtenidas en la investigación.

1.3. HIPOTESIS

1.3.1. Hipótesis.

La Tutela de Derechos por su esencia y finalidad de corte constitucional es una garantía constitucional, reparadora, residual, autónoma, preclusoria e igualadora.

En el distrito judicial de Cajamarca durante el periodo 2010-2011 la tutela de derechos ha sido invocada, interpretada y calificada de manera errónea por los operadores jurídicos (abogados, jueces y fiscales) debido al desconocimiento de su naturaleza jurídica.

1.4. MARCO TEORICO PROYECTADO

1.4.1. Antecedentes Teóricos de la Investigación

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

La situación anterior originó que se incluyera a la tutela como tema del VI Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanentes y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República del año 2010.

De esta manera, los Jueces Supremos de lo Penal aprobaron en el Pleno Jurisdiccional el Acuerdo Plenario N° 4-2010/CJ-116, Audiencia de Tutela, donde se señalan aspectos generales sobre esta institución.

Pese a ello, existen algunos tópicos que merecen un mayor debate y desarrollo jurisprudencial y doctrinal, tales como los derechos que pueden ser invocados vía tutela, los efectos de la tutela, la tutela y su conexión con los procesos constitucionales.

1.4.2. Marco Teórico o Bases Teóricas

1.4.2.1. Fundamentación del paradigma de investigación

El presente trabajo se desarrolló dentro del análisis de la norma jurídica y su aplicación en la realidad social. Se plantearon modificaciones legislativas relativas a la tutela de derechos y aspectos doctrinales innovadores que se deben tener en cuenta al resolverse jurisdiccionalmente controversias sobre esta materia.

1.5. METODOLOGÍA

1.5.1. Diseño Metodológico

1.5.1.1. Enfoque

Es *cualitativo*, porque se recolectaron datos utilizando técnicas que no pretenden medir ni asociar las mediciones con números, no lleva a cabo análisis estadístico y puede o no probar hipótesis en su proceso de interpretación. Se estudiaron el contenido y las características esenciales de la tutela de derechos en el Nuevo Código Procesal Penal peruano, en base a la legislación y la doctrina pertinente con el fin de comprender un fenómeno social complejo. La investigación se llevó a cabo en atención a un esquema inductivo³, es decir se procedió a explorar y describir, para luego generar perspectivas teóricas, yendo desde lo particular a lo general.

1.5.1.2. Alcance

El alcance de la investigación es explicativo – propositivo.

Explicativa: Ya que, en primer lugar, se realizó un estudio dogmático de la tutela de derechos, es decir, recurriendo a preceptos legales, estudios doctrinales y teorías del Derecho que guardan relación con el tema, con el objetivo de obtener una visión clara de esta figura procesal, de manera que se logró explicar su naturaleza

³ El método inductivo es el procedimiento, en el cual la actividad del pensamiento, en la caracterización de las cosas o fenómenos, va desde un grado menor de generalización hasta un grado mayor de generalización.

como garantía del respeto de derechos fundamentales en el proceso penal.

Propositiva: Por otro lado, es propositiva, ya que la investigación ofrece una nueva visión de la tutela de derechos, poniendo de manifiesto que la interpretación y aplicación actual que se hace de ésta es errónea, lo cual podría verse solucionado si se modifica parcialmente la redacción actual del artículo 71° del Nuevo Código Procesal Penal peruano.

1.5.1.3. Diseño

Nuestra investigación corresponde al diseño *no experimental*, es decir se observó el fenómeno tal y cómo se presenta en su contexto natural, y posteriormente se pasó a analizarlo. No se construyó ninguna situación artificial, sino que se observaron situaciones ya existentes, no provocadas intencionalmente por el investigador. Ahora bien, dentro del diseño no experimental podemos ubicarnos en el tipo *transeccional - exploratorio*, ya que se llevó a cabo una exploración inicial acerca de los conocimientos relativos a la tutela de derechos, en un momento determinado.

1.5.1.4. Tipo de investigación

Se trata de una investigación dogmático - jurídica, ya que se estudiaron las estructuras del Derecho, es decir, la realidad normativa. Ahora bien, dentro de la investigación dogmática se ubica dentro del tipo de investigación teórica, ya que se realizó un estudio

de las instituciones y categorías jurídicas, basándonos principalmente en doctrina. Además, las construcciones lógicas derivadas de esta clase de investigación, buscan no ir en contra de los intereses jurídicos, ni de los Derechos Humanos.

1.5.2. Material

Se ha trabajado con el siguiente material:

1.5.2.1 Cuerpos normativos: Constitución Política del Perú de 1993, Código de Procedimientos Penales de 1940, Código Procesal Penal de 2004. La Declaración Universal de los Derechos Humanos, del 19 de diciembre de 1948. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), del 16 de diciembre de 1966. La Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), del 22 de noviembre de 1969.

1.5.2.2 Libros: Se ha utilizado el conjunto de libros detallado en la lista de referencias, indicando que muchos pasajes de los libros han sido citados textualmente, mientras que otros sólo han servido como fuente de conocimientos para sentar las bases académicas de la presente investigación. Asimismo se han consultado importantes diccionarios enciclopédicos como el de Guillermo Cabanellas y Diccionario de la Lengua Española.

1.5.2.3 Revistas y artículos: Se han consultado diversas revistas y artículos, tanto materiales como virtuales, acerca de temas jurídicos concernientes a la Tutela de Derechos.

1.5.2.4 Expedientes: se ha realizado un análisis de las resoluciones emitidas entre los años 2010 – 2011, en los Juzgados de Investigación Preparatoria del distrito judicial de Cajamarca (Sede), que se hayan pronunciado respecto a la tutela de derechos.

1.5.3. Métodos

1.5.3.1 Dogmático - Teórico

Se estudiaron y analizaron instituciones y conceptos jurídicos materia de la investigación. Según Jhering y Zaffaroni, este método consiste en un análisis de la letra del texto, en su descomposición analítica en elementos (unidades o dogmas), y en la reconstrucción de forma coherente de esos elementos, lo que arroja por resultado una construcción o teoría jurídica (Quiroz Salazar 1998, 50). El método dogmático recurre a la doctrina nacional y extranjera, al derecho comparado y ocasionalmente a la jurisprudencia. Por ello es que su enfoque se desenvuelve sobre bases más amplias que las de la exégesis lineal del texto legislativo (Ramos Nuñez 2000, 74).

1.5.3.2 Dogmático – Normativo

En esta investigación, fueron materia de estudio las normas integrantes del Ordenamiento Jurídico peruano, principalmente el artículo 71° que contiene a la tutela de derechos.

1.5.3.3 Analítico – sintético

Este método fue utilizado para la descomposición de un elemento de la realidad normativa en sus partes integrantes, de tal modo que sea posible el estudio detallado de cada una de estas, las relaciones entre sí y con el todo. La síntesis, por otro lado, fue utilizada para la integración de las partes o elementos esenciales del objeto de estudio, con el fin de obtener sus características principales como un todo.

1.5.3.4 Inductivo – deductivo

La inducción fue utilizada en esta investigación para la obtención de afirmaciones generales a partir del estudio de hechos o realidades particulares y concretas. La deducción, por otro lado, fue utilizada para aplicar los conocimientos aceptados y reconocidos que se tienen acerca de un fenómeno, hacia aquellos otros que pertenecen a esta misma clasificación.

1.5.4. Población

La población se ha obtenido de la totalidad de las resoluciones emitidas en los Juzgados de Investigación Preparatoria del distrito judicial de Cajamarca (Sede).

1.5.5. Muestra

Las resoluciones emitidas durante los años 2010 y 2011, siendo la cantidad de 15.

1.5.6. Unidad de Análisis

Son los cuadernos que contienen las actas emitidas en las audiencias de tutela de derechos.

1.5.7. Técnicas e Instrumentos

1.5.7.1. Técnicas

Observación documental: se ha empleado ésta técnica para captar la información legal y doctrinaria necesaria e idónea para el desarrollo de la investigación, y posteriormente la interpretación de su contenido.

Revisión de expedientes: ha sido utilizada para realizar el estudio de las resoluciones emitidas por los Juzgados de Investigación Preparatoria del distrito judicial de Cajamarca (Sede), que se hayan manifestado acerca de la tutela de derechos.

Exégesis: ha sido utilizada para la interpretación del Derecho a partir del texto legal.

1.5.7.2. Instrumentos

El Fichaje: en el desarrollo del presente trabajo se ha aprovechado las ventajas del uso de las fichas bibliográficas, textuales, de resumen y de comentario, artículos de revistas, de críticas, reflexiones, aportes y comentarios personales.

Fotocopias: mucha de la información utilizada en la presente tesis ha sido recopilada mediante fotocopias.

Cuaderno de notas: en el proceso de investigación, la autora ha ido recogiendo datos significativos y propuestas personales.

SEGUNDA PARTE:
ANTECEDENTES DE LAS BASES FUNDAMENTALES DE LA
TUTELA DE DERECHOS

CAPÍTULO I

PRIMER TRAMO DE LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LAS BASES FUNDAMENTALES

La mayoría de países, como el Perú, buscan la aplicación armónica de las normas de carácter penal a través de un procedimiento constitucionalmente legítimo, esto es, con el respeto irrestricto de los derechos y principios constitucionales que dotan de legitimidad al *ius puniendi* estatal.

Sin embargo, hemos de indicar también que esta práctica no siempre fue la misma, es más, en la mayoría de los casos esta teoría no alcanza a convertirse en práctica, puesto que se encuentra muy enraizado en nuestra comprensión del derecho el paradigma positivista.

Es, por ello, imperativo para cualquier operador jurídico conocer la evolución que han sufrido los paradigmas jurídicos según la sociedad en la que se desarrollaron para poder iniciar con la comprensión del actual paradigma y proceder con su correcta ejecución. Con esto se hace referencia al respeto y protección de los derechos fundamentales por encima de disquisiciones o disposiciones del Derecho positivo ambivalentes o sin fundamento constitucional, así como la sujeción de todo el ordenamiento jurídico de manera jerárquica hacia la Constitución.

Por ello, la primera parte de la tesis tiene como finalidad elaborar una reseña de las discusiones acerca de la naturaleza del Derecho que marcaron los paradigmas que se adecuaban a cada época, cuáles fueron las causas de su adopción y abandono, hasta llegar a las causas de la adopción del último paradigma y la conveniencia de su comprensión y aplicación.

Tengamos en cuenta que la deficiencia en la comprensión de los paradigmas significa el origen de la deficiencia en la concepción que se tenga de las figuras jurídicas, como es el caso de la tutela de derechos, es decir, si pensamos como positivistas, como lo hace César Albán Florián la concebiremos como un mecanismo para hacer efectivos los derechos taxativamente establecidos en el Nuevo Código Procesal Penal (2010); posición con la que guardamos marcada distancia y cuyos argumentos contrapuestos serán esgrimidos en la tercera parte del documento de tesis. A manera de acercamiento a esta crítica podemos adelantar que la protección de los derechos fundamentales acorde con una interpretación sistemática de la Constitución y de las normas internacionales conexas no admite ámbitos o zonas de indefensión, es decir, al igual como la hace la Constitución con la disposición tercera de su texto en el reconocimiento de otros derechos, la protección de los derechos fundamentales en los distintos ámbitos del derecho no puede atenerse a un método literal, simplicista y acomodado.

1.1. POSIBILIDAD DE LA TUTELA DE DERECHOS DESDE UNA ÓPTICA *IUSNATURALISTA*

Las tesis iusnaturalistas se instituyen como el pilar de nuestra investigación, en el extremo aún vigente de sus afirmaciones (explicado en los párrafos anteriores) y que no ha podido ser destruido por los planteamientos positivistas que tanto retraso significaron para la ciencia jurídica y que, para los efectos de nuestra posición, significan la causa del problema de la ineficacia de las normas contenidas en el artículo 71° del Nuevo Código Procesal Penal.

En la actualidad se puede afirmar que el *iusnaturalismo* vigente es una doctrina que pretende establecer principios ideales de justicia como parámetros permanentes, fuente de inspiración y guía del derecho positivo y de la interpretación jurídica.

Claro está, como lo afirma Molina Ochoa (2009), que los problemas típicos del derecho no son resueltos por el debate entre el iusnaturalismo y el positivismo, es más, el legado de estas dos corrientes no es la determinación de la naturaleza del Derecho, sino la formulación de una estructura sistémica que permitió sustentar sustantivamente la práctica jurídica.

Es también claro que la finalidad debió ser siempre la búsqueda de la justicia, pero esto no resultó siendo posible en ninguno de los dos casos y de ello no son responsables las estructuras mismas sino el comportamiento de los seres humanos, quienes en última cuenta somos sus ejecutores.

1.1.1. Sustrato afín con el tema específico

La importancia de la doctrina moderna del derecho natural para efectos de nuestra investigación, es su postulado acerca de la existencia de valores supremos que son el resultado de la propia naturaleza humana, pues a pesar de sus diversas posiciones acerca de la naturaleza del derecho, todos coinciden en la aseveración de que es la naturaleza del ser humano la que origina las máximas que han de ser seguidas por los juristas.

A diferencia de lo que ellos mismos señalan, actualmente se tiene conocimiento de que dichos valores o principios no deben ser interpretados hermenéuticamente sino teleológicamente, es más, haciendo uso de la

dogmática y de la historia, realidad que debe ser asimilada por nuestros magistrados.

Claro está, teniendo siempre presente la unidad del derecho y consecuentemente guardando conciencia de que las subdivisiones del mismo tienen fines prácticos y didácticos, más no diferenciadores; más aún si nos referimos a la relación de subordinación que existe de todas las ramas del derecho hacia el derecho constitucional.

Podemos afirmar, entonces, que éste postulado *iusnaturalista* es conocido por los hombres del derecho de nuestra realidad, todos somos conscientes de la existencia de principios y valores supremos que se fundan en la naturaleza misma del ser humano, pero a pesar de ello, la práctica jurídica no registra gran número de casos con los que se constate el esfuerzo por dotarles de eficacia.

Dichos principios pueden estar contenidos o no en el documento constitucional, pero resulta importante que además de tener conocimiento de su existencia también podamos adquirir, como estudiantes y en general como operarios del Derecho (juez, legislador, doctrinario, etc.), el compromiso de posibilitar su vigencia y eficacia para cuestiones prácticas como el derecho de no ser detenido por más de 24 horas, de no ser objeto de torturas o tratos humillantes en el contexto de una investigación preliminar o preparatoria, de guardar silencio, etc.

La clave está en comprender el contenido sustancial de dichos principios independientemente de su contenido formal; es decir, de nada sirve regular en

un cuerpo legislativo que la detención para delitos comunes tiene como periodo máximo 24 horas, si en la realidad se terminará limitando la libertad del imputado por mayor tiempo bajo otra denominación que no sea la detención; pues la finalidad de establecer este periodo no es para el cumplimiento de las formalidades y, ni siquiera para el aseguramiento de la prueba, sino para evitar lesionar por más tiempo la libertad de una persona que es considerada inocente hasta antes de la emisión de un sentencia condenatoria.

Como éste, existen muchos otros ejemplos que se configuran en la práctica como la actitud inquisitiva del fiscal cuando realiza las investigaciones sin presunción de inocencia y termina elaborando una acusación infundada, el maltrato físico y psicológico en la policía a fin de obtener declaraciones inculpatorias, las detenciones arbitrarias, entre otros; que conforman serias lesiones a los derechos fundamentales de los imputados y que son el resultado de una falta de comprensión del legado iusnaturalista.

Si un policía golpea a un detenido en los lugares en que el fiscal o el juez no lo noten, significa que conoce de la prohibición de tortura o tratos humillantes pero a pesar de ello lleva a cabo la acción con intención de ocultarla, lo que implica que no guarda ningún conocimiento acerca del fundamento de dicha prohibición.

Cuán importante resulta, entonces, que los operadores del derecho sepan que las leyes cuentan con un fundamento superior y anterior a sus regulaciones y que éstas deben ser respetadas a fin de mantener el orden jurídico y que el derecho no se agota en dichos principios sino que únicamente son el punto de

partida, el referente básico, fundamental, que dota de seguridad a la actuación jurídica.

Por tanto, la finalidad de una institución jurídica como la tutela de derechos, no es procesal, sino constitucional, puesto que busca la protección de los derechos fundamentales del ciudadano en el contexto de una investigación delictiva y, según ello, no se restringe a los derechos contemplados taxativamente en el articulado, sino que está referido a todos los contenidos en el texto constitucional, principalmente a los del artículo 2º y la cláusula abierta.

En ese tenor, su eficacia no se encuentra supeditada a cuestiones procedimentales sino a asuntos teleológicos.

1.2. PASO DEL *IUSNATURALISMO* AL *IUSPOSITIVISMO*

Entendemos entonces que la doctrina *iusnaturalista* se preocupó por encontrar y justificar aquel valor teleológico llamado justicia a través del respeto de los derechos naturales que eran obtenidos en base al razonamiento humano; sin embargo, esta concepción cambió radicalmente a partir del planteamiento de nuevas posturas que buscaron reducir el derecho a una fórmula matemática, a simples prescripciones escritas que están por sobre todos los demás institutos, normas de convivencia, ética y valores fundamentales de una sociedad, se realizó una exaltación excesiva de la ley razonando en la aplicación del derecho de una forma fría sin ninguna consideración moral, esta visión se apartó de concepciones religiosas, morales o subjetivas; sin embargo, el derecho no es solo norma (además hecho y valor) y por otra parte el ordenamiento jurídico no es un fin en sí mismo

sino una vía para hacer de la convivencia humana una que apunte a la paz y la justicia. Esta doctrina aún subsiste hasta la actualidad y que, tal y como lo argumentaremos, es la causante de la ineficacia del concepto sustantivo de tutela de derechos.

No podemos dejar de reconocer que estos planteamientos surgidos ya en el siglo XX, dotaron a la ciencia jurídica de cierto orden sistemático con el que no contaba anteriormente con los planteamientos iusnaturalistas, es más, han logrado calar tan hondo que hasta ahora gozan de existencia en el subconsciente de los operadores jurídicos.

Tan es así que los procedimientos civiles y penales principalmente actúan con especial respeto de principios tales como el “principio de legalidad”, “interpretación de la ley”, entre otros, lo que es totalmente válido, siempre y cuando sean ejercidos de conformidad con los principios constitucionales.

Éste es el principal error de los procesalistas penales, magistrados y abogados en general, por lo menos los que se formaron el siglo pasado, anteponen la ley a la constitución, las formalidades a las finalidades, a pesar de contar con artículos expresos que indican lo contrario en el Nuevo Código Procesal Penal.

Por ello, a fin de comprender los postulados vigentes y los que no lo están más de la doctrina positivista, hemos creído conveniente analizar el pensamiento de uno de sus más grandes exponentes: Herbert Lionel Adolphus Hart (1907-1992) quien ofreció una filosofía del Derecho alternativa a la de Kelsen, rechazando muchos de los dogmas o prejuicios que atenazan la obra de éste, tales como el irracionalismo

ético, el esquematismo reduccionista en cuanto a la concepción de las normas jurídicas, y sobre todo, el voto de pureza.

También se proclama positivista, como Kelsen, y nunca renuncia a esta profesión de fe, se inspira en tradiciones propias y distintas pero sus posturas marcadamente distintas, aunque sin habérselo propuesto, son el punto de partida para que años después su propio estudiante, Ronald Dworkin, funde las bases de la corriente constitucionalista como producto de la discusión doctrinaria que mantendría con su maestro.

Dos son las corrientes de pensamiento que influyen y confluyen en la obra de Hart: la primera es la peculiar filosofía del Derecho positivista inglesa, conocida como Jurisprudencia analítica, que tiene su principal precursor en Thomas Hobbes, su fundador en Jeremy Bentham y su sistematizador más conocido en Austin, estos dos últimos filósofos jurídicos reconocidos de proclamada tendencia positivista y, el primero, un ideólogo cuya tendencia no podría ser catalogada como positivista puesto que sus aportes son anteriores al nacimiento de la misma, aunque que sí como un precursor.

Hart, constante admirador y estudioso de la obra de Bentham, concibe su propio pensamiento como una versión corregida y actualizada de aquella vieja escuela positivista, de la que se considera heredero y continuador.

Quizá sea por eso mismo, porque él concibe su misión filosófico-jurídica como una especie de puesta al día de la Jurisprudencia analítica, por lo que mantiene imperturbablemente su fidelidad a la causa positivista pese a que, como lo hemos señalado y sostendremos con mayor detalle en adelante, la lógica interna de su propio pensamiento parece empujarle más allá del positivismo.

La otra gran corriente de pensamiento en la que Hart participa directamente y de la que toma las herramientas conceptuales que le permiten reconstruir críticamente el positivismo jurídico inglés es, como bien se sabe, la filosofía analítica del lenguaje ordinario que tuvo una extraordinaria floración en Inglaterra, sobre todo durante las décadas centrales del pasado siglo [XIX] (Adolphus Hart 1983, 271).

Curiosamente, Hart se introdujo en los cenáculos de esta nueva filosofía durante la Segunda Guerra Mundial y después de ésta, trabajó durante algunos años como profesor de filosofía colaborando estrechamente con John Langshaw Austin, una de las figuras más influyentes en el pensamiento inglés de la post-guerra (Lacey 2004).

Muchos de los conceptos o ideas que Hart extrae de la filosofía analítica del lenguaje y con los que intenta corregir y actualizar el viejo positivismo jurídico inglés son, en el fondo, incompatibles con esta corriente iusfilosófica e introducen en ella una especie de bomba de relojería que explica su crisis posterior.

Así como las *Investigaciones filosóficas* que concordaba en buena medida con el positivismo radical del empirismo lógico, las aportaciones de la filosofía analítica del lenguaje ordinario, que se mueven en la misma línea, difícilmente podían apuntalar y no desmoronar una teoría del Derecho estrictamente positivista e incluso empirista, como la de Bentham y Austin (Orrego 1997, 10).

En aras de la agilidad expositiva, imprescindible cuando se trata de realizar un balance general, destacaremos, como apoyo de la afirmación anterior, sólo tres conceptos, aunque conceptos claves, de la teoría del Derecho de Hart, que permiten

apreciar tanto su trascendencia como sus tensiones y debilidades en cuanto teoría que pretende seguir siendo positivista.

El primero de estos conceptos tomados de la filosofía analítica del lenguaje es el de **la dimensión interna del Derecho**, que para mantenerse en la línea del positivismo, Hart la relaciona con la dimensión típicamente normativa.

Dicha dimensión supone, la distinción entre dos posibles actitudes o puntos de vista frente a las normas, que se reflejan en diferentes formas de hablar.

El punto de vista externo es el adoptado por quienes sólo captan las regularidades de comportamiento provocadas por las normas, es decir, por quienes sólo describen fenómenos empíricamente verificables. Y no se olvide que la teoría del Derecho de Bentham y Austin se construye exclusivamente a partir de este tipo de fenómenos. Fenómenos tales como los de mandato, amenaza, probabilidad de sufrir un castigo, hábito de obediencia, etc.

Desde un punto de vista puramente externo, como éste, es imposible, reconoce Hart, comprender adecuadamente la realidad del Derecho.

El otro punto de vista es el interno, el punto de vista del partícipe en la vida del Derecho, el punto de vista de quien acepta o interioriza las normas como pautas de conducta recíprocamente exigibles entre los miembros del grupo social, y se apoya en ellas para expresar críticas hacia las conductas desviadas o para reclamar a cualquiera el comportamiento correcto.

La reflexión sobre las implicaciones del aspecto interno del Derecho permite a Hart aclarar conceptos o fenómenos jurídicos que el positivismo decimonónico inglés explicaba de manera insatisfactoria, como por ejemplo, la noción del deber

jurídico, concebida como la probabilidad de sufrir los males o castigos previstos por las normas jurídicas en caso de incumplimiento.

Esta concepción confunde, según advierte agudamente Hart, lo que es tener una obligación con lo que es verse obligado (en el sentido de coaccionado).

Para Hart, sólo existe una verdadera obligación cuando está justificada la exigencia y hasta la imposición de una determinada conducta, y lo está porque el grupo social acepta una norma como modelo de comportamiento inter-subjetivamente exigible. Pero ¿qué implicaciones tiene tal aceptación? ¿Qué implicaciones tiene la dimensión interna del Derecho?

Muchos sostienen que implica, entre otras cosas, el reconocimiento de que existe una relación necesaria entre el Derecho y la moral, porque la razón por la cual se acepta el orden jurídico como conjunto de pautas vinculantes no puede ser otra que el reconocimiento de su valor moral.

Relación que el propio positivismo se ha empeñado en negar y vetar, puesto que al ser la moral muy difusa y ser sus principios extraños a la coacción estatal no puede influir de ninguna manera en el círculo jurídico debido a que se correría el riesgo de que tal inestabilidad resulte afectándolo.

Es por ello que Hart, y cualquier otro positivista, rechazan la conclusión de que el derecho y la moral se encuentran íntimamente relacionados, es más, propugnan un divorcio entre estos dos ámbitos sociales, tesis central del positivismo jurídico.

1.3. APLICABILIDAD DE LA TUTELA DE DERECHOS DESDE LA PERSPECTIVA *IUSPOSITIVISTA*

El positivismo jurídico como tal llega a concretarse como una concepción iusfilosófica hegemónica con el advenimiento de los fenómenos históricos-políticos de las revoluciones liberales como con el afianzamiento del Estado moderno, en el cual las premisas fundamentales de su organización era la soberanía nacional, el principio de separación de poderes, un estado de Derecho, la codificación y el endiosamiento de la ley escrita sobre cualquier otra fuente del Derecho. En este contexto el Estado con su omnipotencia reclama para sí el monopolio de la producción jurídica.

La característica de la codificación en esta etapa, tiende el puente del iusnaturalismo racional al positivismo jurídico, así el código aparece como una ley omnicompreensiva, visto como la realización efectiva del Derecho Natural. En este sentido ¿cómo se podría seguir invocando el Derecho natural para criticar al Derecho positivo cuando aquel ya ha sido codificado o positivizado?

No obstante aquel desarrollo doctrinario sufrido del iusnaturalismo al Iuspositivismo, no involucra una total descoordinación, sino que el por el contrario, “lejos de suponer un corte absoluto, constituye él mismo un resultado de la “realización” o “cumplimiento” de la filosofía iusnaturalista” (Vega 2006, 968-969).

Como hemos podido hacer notar un Derecho basado en reglas únicamente nos puede ofrecer una visión sesgada del mismo, incompleta, pues el ser humano no solo se desenvuelve en el plano jurídico en cuanto al cumplimiento de las normas,

pues para obedecerlas o no se guía por su prejuicios y concepciones de lo que según él es moral o inmoral, por ende un ser social, como el hombre, y la conducta del mismo que es lo que intenta regular el Derecho no puede aislarse de los demás campos de su existencia.

En la institución de la tutela de derechos, si partimos del positivismo tendríamos que dejar de lado principios fundamentales y por ende solo aplicar el mentado mecanismo a los derechos taxativamente enumerados en el artículo 71° del CPP.

Una visión positivista de la tutela de derechos implica una posición diezmada en cuanto a la naturaleza del hombre mismo, pues su actuación en los diferentes ámbitos de su vida social no se limita al respeto de reglas escritas sino que su concepción de la realidad y de su sociedad va más allá, fundada en la concepción de principios, valores e intereses supremos inspiradores del ordenamiento jurídico en el que se desenvuelve. Esto está intrínsecamente relacionado con los derechos humanos, informadores de la totalidad sistémica del Derecho.

A lo que toda doctrina filosófica del derecho tiende es a la elevación de la dignidad humana (base de la sociedad), empero en los esfuerzos por llegar afirmaciones acabadas y según su parecer perfeccionistas, se chocan con graves dilemas que lo único que logran es entamar la discusión en temas que desvían nuestra atención de lo realmente importante, la protección y encumbramiento de la persona humana como fin supremo de toda sociedad y Estado moderno.

Por tanto, la finalidad de una institución jurídica como la tutela de derechos, no es procesal, sino fundamental, puesto que busca la protección de los derechos fundamentales del ciudadano en el contexto de una investigación delictiva y, según

ello, no se restringe a los derechos contemplados taxativamente en el articulado, sino que está referido a todos los contenidos en el texto constitucional, principalmente a los del artículo 2º y la cláusula abierta.

En ese tenor, la eficacia de la tutela de derechos no se encuentra supeditada a cuestiones procedimentales sino a asuntos teleológicos, a fines supremos.

CAPÍTULO II:

PASO DEL POSITIVISMO AL CONSTITUCIONALISMO

2.1. EL CONSTITUCIONALISMO COMO DESAFÍO AL POSITIVISMO JURÍDICO

Siguiendo con nuestro estudio además de la influencia del paradigma dworkiniano, otro factor que ha apuntalado la crisis del Derecho visto desde el positivismo jurídico es el ataque frontal de un sector doctrinal conformado por grandes juristas de nuestros tiempos (como Alexy, Zagrebelsky, Ferrajoli, entre otros). Ahora se concibe que las asunciones básicas del positivismo quedan desfasadas frente a las exigencias y estructura del Estado constitucional y democrático imperante. La idea contemporánea de Estado de Derecho surge en el siglo XIX relacionada fundamentalmente a consideraciones formales más que materiales, cuyos requisitos de identificación son la legalidad de la administración, la subordinación de ley solo a la ley, los derechos ciudadanos y la independencia judicial para aplicar la ley y solo ley (el endiosamiento de la ley en el Estado liberal). Empero en un Estado así concebido y en efecto con miras a concretizarse hoy por hoy, la sujeción a las formas de la legalidad no basta pues ella puede alojar contenidos incluso contrarios y depredadores de derechos y principios fundamentales, como sucedió en la Alemania nazi.

A partir de la barbaries que la humanidad sufrió en las guerras mundiales y durante la segunda postguerra, surge una reacción civilizadora, superadora del Estado de Derecho en sentido formal a un Estado “de derechos” o lo que es lo mismo, un Estado de Derecho en sentido material, manifestación de esto hecho lo consignan

las constituciones novas de los países europeos (como la francesa de 1946, italiana de 1947, la alemana de 1949, y demás), propuestas jurídico-políticas más comprometidas con la protección de los derechos humanos y valores democráticos. A esto nos referíamos al expresar que el principio de legalidad resulta poca o nula garantía para la libertad, el fundamento de los derechos fundamentales debe ser más sólido que el conferido por la ley estatal (Zagrebel'sky 1995, 65), sus bases sólidas e indisponibles deben situarse por encima de cualquier cuerpo normativo e incluso del principio democrático, pues como quedó demostrado en la historia, hasta las mayorías pueden ser violadoras de derechos y dignidad humanas, como aconteció con los alemanes que votaron por elevar al poder a los nazis. “[E]l Derecho debía recuperar algo de indiscutible, algo que pudiera tomarse como punto de partida, “natural” y no controvertido, del que nadie pudiera separarse” (Zagrebel'sky 1995, 68).

El punto de partida al que hacemos alusión pues no debía ser ya el Derecho natural (aunque tuvo sus cultivadores en aquel tiempo), sino que la cuestión debía ir por la constitucionalización de los derechos, con esto expresamos que ese espacio o ámbito fundamental (los Derechos Humanos) debería estar vedado y por lo tanto ser indisponible para el legislador y las mayorías políticas. Esta proposición se aparta de las tradicionales propuestas del Estado de Derecho decimonómico y de las que caen bajo la luz de la influencia iusnaturalista. No obstante lo dicho, puede sugerirse cierta semejanza entre la concepción de supremacía de la Constitución con el antiguo Derecho natural, tenido éste por indisponible a la discrecionalidad del legislador. En este último sentido, el constitucionalismo moderno ha rescatado gran parte de los valores de justicia exaltados por las corrientes iusnaturalistas, así pues, “el constitucionalismo, en la medida en que afirma la exigencia de dotar de

superioridad y hacer inmodificables las normas superiores, no hace sino retomar un motivo propio de la tradición iusnaturalista” (Matteucci 1963, 1046).

Ahora bien, la crisis reconocida del positivismo jurídico está ciertamente ligada, con la decadencia de lo que encumbraban como fuente jurídica hegemónica, la ley. El centralismo monopólico que dentro del ordenamiento jurídico había apartado para sí la ley ahora se ve mermado por el traspaso de competencias legislativas tanto en orientación ascendente como descendente, esto es la creación de instituciones supranacionales y la sustitución de leyes parlamentarias por disposiciones reglamentarias y administrativas. Aunque lo dicho en este párrafo constituye un punto en contra del centralismo de la ley, lo que verdaderamente cuestiona tal cualidad es la “omnipresencia de la Constitución” (Alexy 1994, 160) que pretende, por un parte, condicionar la validez de la leyes a lo compatible que sean con ella, y por otra, a informar de manera directa toda la actividad estatal. Entonces ya no basta un sistema jerarquizado de normas, sino que aquel debe encuadrarse en el marco de los preceptos constitucionales que irradian de manera ubica todo el ordenamiento jurídico. En tal punto, el constitucionalismo pone en tela de juicio aquella separación ideal entre Derecho y moral, importantísima tesis del positivismo jurídico. La reformulación del Derecho por medio de las constituciones contemporáneas constituye una moralización del Derecho, porque con ellas se han incorporado una cantidad notable de valores éticos y morales, como lo son la democracia, la soberanía popular, la igualdad y los demás derechos fundamentales, entre otros principios. Este alzamiento justificado de la ética en vida jurídica concuerda con las conjeturas de Dworkin, quien postulaba un jurista creyente de los valores que subyacen en su Constitución y a la vez comprometido con el respeto y protección de la misma.

Como podemos observar, la tendencia es hacia el descarte de la distancia y la casualidad de la relación atribuida por el positivismo al Derecho y la moral. La veneración que en su momento se le dio a la ley ahora es tributada hacia la norma suprema reconocedora de principios, valores y derechos fundamentales, así entonces, “si la Constitución incorpora definitivamente valores éticos indiscutibles, ¿cómo regatearle nuestra obediencia?” (Prieto Sanchís, Constitucionalismo y positivismo 1997), este cuestionamiento surge sobre todo frente a lo relacionado con nuestra investigación, cuando el artículo 71° el CPP prescribe que “**los derechos que la Constitución** y las leyes le conceden” (resaltado nuestro) son los que el mecanismo procesal-constitucional de la tutela de derechos protege, pues si el objeto de protección es amplio como amplio es el reconocimiento de derechos dentro de la Constitución (que incluso cuenta con una cláusula abierta, en su artículo 3°, de posterior reconocimiento a futuros derechos), el fin protector de la figura bajo estudio no debe ser vedado injustificadamente (aunque razones de coyuntura, como la sobrecarga procesal entren al debate), sino que debe corresponderse con una visión de universalidad y supremacía de los derechos fundamentales, ya que ellos no solo vienen constituidos por los que la normas e incluso la Constitución recojan sino que su presencia y trascendencia está vinculada con la concepción actual de que su vigencia es anterior a la del mismo Estado.

Por los demás, el pensamiento constitucionalista se configura como el triunfo definitivo de los principios sobre las normas entendidas como simples reglas, ajenas a toda creencia moral. La mayoría de preceptos constitucionales apuntan hacia el modelo de principios, los cuales carecen ni supuesto de hecho ni consecuencia jurídica aplicable, por lo que piden una necesario proceso de

ponderación, razonamiento y argumentación. Esto por ejemplo sucede con el artículo 2, incisos 2, 3, 4 y 17 de nuestra Carta Magna, que consagran el principio de igualdad ante la ley, libertad de religión y pensamiento, así como de libre participación ciudadana en la vida política, económica, social y cultural, respectivamente. Con esta caracterización del constitucionalismo se debilita las propuestas positivistas de la interpretación subsuntiva y mecánica, y de discrecionalidad judicial. Respecto a lo primero los valores, principios y derechos fundamentales así como la omnipresencia de la Constitución nos hacen preguntarnos si a un supuesto por más aparentemente factible que se muéstrele posibilidad de realizarle una subsunción mecánica le sería aplicable los principios constitucionales, y en cuyo caso que consecuencias acarrearía, para llegar a una respuesta acorde con el principio de búsqueda de la justicia, el operador jurídico deberá realizar operaciones que lo convenzan de la proporcionalidad, razonabilidad y argumentación que le caso merezca. El tema de los principios en este aspecto, en definitiva contribuye a un debate mayor frente a los recordados “casos difíciles”, proyectando más complicada su resolución. Empero, por otra parte, en relación a la discreción del juez en caso de vacíos o lagunas legales, tal atribución se ve entredicha, pues el operador no puede justificar su actuar “innovador” (y a veces arbitrario) en lo incompleto del Derecho ya que los principios y valores constitucionales, debido a su fuerza directa de influencia, son en potencia aplicables a toda situación que en la realidad pueda darse, volviendo más fácil la resolución de los “casos difíciles”.

2.2. FUNDAMENTOS DEL CONSTITUCIONALISMO

Hemos ido llevando a cabo un repaso por las teorías filosóficas que “nutrieron” el desarrollo del derecho y avivaron los debates sobre “que es” y “que debería ser”, relacionado esto en un inicio a la concepción de la ley natural, venida de un ser superior, pasando luego a un gobierno de pensamiento en el que se concebía al Derecho como el conjunto de reglas moralmente neutrales, hasta el punto en que se reconoce que el Derecho no es solo “norma” (entendida en un sentido cerrado solamente como ley) sino que además está influido por los hechos de la realidad y valores y principios que una sociedad cultiva en el marco de su convivencia.

Llegados a este punto de nuestra investigación, el constitucionalismo se posiciona como la base que sostiene nuestros postulados enunciados en nuestro proyecto de investigación sobre la tutela de derechos. Así, de principio podemos enunciar que la esencia del constitucionalismo moderno reside en dos principios básicos e íntimamente relacionados. Por un lado, una organización del poder político que limite y controle la actuación del mismo frente a cualquier posible arbitrariedad o abuso. Y, por otro lado, el reconocimiento, la defensa y la garantía de los derechos del hombre.

El constitucionalismo de nuestros días viene a partir del “boom” de reconocimiento de derechos y exaltación de principios de orden fundamental en una sociedad organizada político y jurídicamente. Y significaría según muchos una revancha del iusnaturalismo sobre el positivismo jurídico, aunque hay quienes conciben al constitucionalismo no como el debilitamiento del iuspositivismo o la contaminación del mismo por iusnaturalismo, sino como su complemento o reforzamiento, o en pocas palabras el constitucionalismo vendría a ser su forma

más acabada y extrema.. Así, respecto a la teoría iuspositivista esta cobra su mayor auge la segunda mitad del siglo XIX, mientras que la teoría del Estado constitucional se difunde en la época de la segunda postguerra (e incluso antes con las proclamaciones constitucionales llevados a cabo en Estados Unidos).

No obstante esto, resulta incierto en dónde o en qué momento se tienen las primeras manifestaciones “constitucionales”, esto es, desde cuándo la metáfora naturalista evocada por la palabra “constitución” pierde su originaria significación descriptiva para pasar a designar un acto normativo que cumple con ciertas características especiales en comparación con otras expresiones del Derecho.

Al respecto podemos mencionar distintas posturas, unos que asumen el inicio del constitucionalismo en el *Instrument of Government* de Oliver Cromwell (1653). Por otra parte, algunos apuntan a años atrás (1639), señalando que el primer documento constitucional en sentido moderno es los *Fundamental Orders de Connecticut* elabora por colonos ingleses en los años 1635 y 1636. Por último hay quienes consideran como iniciales declaraciones constitucionales a las *Royal Charters*, instrumentos mediante los cuales la Corona británica daba autorización para la fundación de colonias en el Nuevo mundo y además regulaba el ejercicio del poder en ellas.

Otro aspecto realmente vinculado sobremanera con el constitucionalismo, los Derechos Humanos, tienen su antecedente remoto en la bastante conocida Carta Magna (o Magna Charta) del año 1215.

El decurso del tiempo nos muestra que toda innovación tanto social como científica necesita plazos de anidación y posterior florecimiento, aunque en el ámbito jurídico el avance no necesariamente está en función cronológica, pues las distintas

manifestaciones de las teorías vertidas son bastas y difuminadas en distintas épocas, por eso mismo no es prudente solo recurrir a una sola (por más que en una determinada se halle el auge de tal o cual corriente) para hallarle el sentido correcto a los aportes que los estudiosos del Derecho nos presentan.

Sobre el tema de este acápite, podemos señalar que la crítica dura y sin medidas al positivismo ha constituido un revulsivo vigoroso del conocimiento jurídico y la práctica forense, excesivamente formalistas, autosuficientes, basados en un modelo de Estado liberal decimonónico, particularmente alejados de ciencias sociales, como lo es la filosofía moral.

De este modo, si el positivismo coincide con un modelo de organización jurídica y política bastante preciso, como lo es el postrevolucionario Estado de derecho basado en conceptos dotados de mayor peso como la soberanía, la separación de poderes, la codificación y el imperio de la ley, además de la figura de un juez autómatas, entre otros; contando con vertientes ideológicas, teóricas y metodológicas. Por su parte el constitucionalismo abraza una visión superadora del Estado de derecho legislativo (Estado constitucional de derecho en sentido fuerte), en la que la noción más importante radica en la existencia de un procedimiento efectivo de constitucionalidad de las leyes. En este sentido, la constitución es considerada como un sistema de normas meta-legales dirigidas a los poderes públicos y de manera especial al legislador, pues la constitución es el acuerdo democrático sobre lo no disponible, además de que contiene preceptos sustanciales que condicionan la validez sustancial de las leyes. De esta manera, si bien una norma puede ser formalmente válida, existente en el ordenamiento, puede a la vez ser sustancialmente inválida porque su contenido contradice las normas, principios

o derechos constitucionales sustanciales que son quienes marcan los objetivos y la razón social del moderno artificio denominado Estado constitucional de Derecho. Dentro de este contexto sucede un cambio de paradigma en ciencia jurídica, expresada en una función crítica y de proyecto, por el hecho de que la incoherencia, falta de plenitud, antinomias, lagunas dentro del ordenamiento jurídico son, hasta cierto punto, inevitables debido a los desniveles de la estructura formal que se sigue. Estos inconvenientes del sistema se vuelven con efectos positivos (con esto no hacemos alusión al positivismo) ofreciendo actuación al papel crítico y de proyecto del Derecho, cuestión que es ajena a la razón jurídica que impera en el viejo iuspositivismo formalista. Lo dicho, se traduce a su vez en la tarea científico-política, de detectar y denunciar las antinomias, lagunas y demás defectos, como proponer desde adentro (tomando en cuenta el punto de vista interno de Derecho) soluciones previstas por las garantías técnicas de las que el mismo ordenamiento está dotado, e incluso una tarea elaboradora y de sugerencia exterior, de nuevas formas garantistas ideales para reforzar los ya existentes mecanismos de autocorrección del sistema.

Ahora bien, los rasgos de carácter fundamental que identifican a un Estado constitucional contemporáneo son; el valor en vez de norma, ponderación en vez de subsunción; omnipresencia de la Constitución en lugar de independencia del derecho ordinario; así también, omnipresencia judicial apoyada en la Constitución en reemplazo de la autonomía del legislador democrático dentro del marco constitucional. Los rasgos constitucionales descritos se concretizan en la realidad a tres aspectos, las fuentes del Derecho, el problema de la interpretación y la existencia de una ciencia jurídica comprometida (tesis que cuestiona la separación derecho-moral). Aspectos que expondremos a continuación.

2.2.1. Sobre la relación Derecho-moral

El jurista del Estado constitucional debe reconocer los contenidos morales que las disposiciones constitucionales prescriben, lo que a la vez supone un deber moral de obediencia hacia los mismos. La moral crítica permite enjuiciar al ordenamiento jurídico-constitucional desde una doble vía, la primera es aquella que examina y critica las incongruencias y defectos del mismo texto constitucional, mientras que la segunda, denuncia la separación entre las previsiones constitucionales y la realidad del proceso político-institucional.

Para el jurista el valorar y acatar las disposiciones constitucionales se convierte en un función prima facie, justificatoria del imperio de la Constitución. Esta función crítica inherente a todo jurista constitucional debe estar presente tanto frente al propio texto constitucional como a la realidad constitucional. En este sentido, toda la gama de saber jurídico, (teórico o práctico) no puede ser neutral, pues desde cualquier visión adquiere sentido moral, ya sea que obedezcamos y apliquemos el texto constitucional (en el cual seguimos una moral socialmente aceptada, al menos según el principio democrático); o si llevamos a cabo la crítica del conocimiento ya generado. Reduciendo el tema, la moral crítica enjuicia el estado actual de cosas en el ordenamiento jurídico para luego proponer cambios, ya sean teóricos o prácticos.

2.3. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

El paradigma del Estado constitucional de Derecho fue alumbrado en la segunda mitad del siglo XIX, desde ese momento las constituciones ya no fueron concebidas como simples instrumentos organizadores del poder estatal y además una declaración de libertades básicas, para pasar a configurarse como normas con operatividad directa, que contienen reconocimiento de garantías exigibles jurisdiccionalmente. Como ya hicimos alusión en acápites anteriores las crueles lecciones dejadas por el segundo mayor enfrentamiento bélico de la historia, provocó en el derecho occidental una transformación radical, esto es, la rematerialización de las cartas constitucionales, en las que a los derechos fundamentales se les incorporó las características de universales, inalienables e indisponibles.

Antes al acontecimiento histórico señalado, los países solían contener constituciones formales, más no normativas, cuyo efectivización fuese real. Toda norma constitucional, indistintamente de su contenido y estructura, es una norma genuina, vinculante y susceptible de producir efectos jurídicos. Por ende, si la constitución es norma suprema del ordenamiento jurídico, la totalidad de éste debe interpretarse en conformidad con aquella.

Los valores materiales son los que informan las normas, ya no se atiende a características formales. La esencia que fundamenta al constitucionalismo es el reconocimiento, defensa y protección de la dignidad y derechos humanos. Para este fin es indispensable dotar a los poderes públicos de potestades que permitan cumplir con su misión (art. 1º y 44º de la Constitución), pero a la vez limitar su actuación para que el ejercicio no trasgreda o viole lo que, con tanto tesón, se le

encargó proteger. De este modo, la constitucionalización del Derecho, encarnado en la supremacía constitucional se muestra o se hace efectiva en todos los niveles normativos y todo tipo de decisiones emanadas de los órganos del Estado. Esto es, lo que llamamos sometimiento del ordenamiento jurídico a la Constitución.

En nuestra Constitución Política de 1993, los postulados de primacía constitucional e interpretación de las normas de menor rango conforme a las disposiciones constitucionales, se desprenden del artículo 51°. El reflejo de los principios y normas constitucionales en la normatividad ordinaria puede ser de manera directa o indirecta, pero en ningún caso las normas infra-constitucionales pueden mediatizar su ejecución. Por esta razón, un fenómeno que también acompaña a toda esta transformación jurídica es la reestructuración del sistema jurídico (que en nuestro país implicó derogación, reinterpretación y armonización de las normas con los nuevos valores y principios), reestructuración en la cual los derechos fundamentales forman un eje duro e indisponible que irradian su fuerza vinculante en todos los sentidos y aspectos.

Recapitulando, la Norma Fundamental en la época del neo-constitucionalismo, trasciende a una visión de sencilla nómina de derechos así como su papel descriptivo de los órganos y funciones del Estado, a un enfoque de norma estructuradora del ordenamiento jurídico entero, sometiéndolo a la observancia de los derechos y principios fundamentales (bases de nuestra sociedad democrática), y por otro lado, dotando de los medios eficaces para censurar cualquier tipo de vulneración de los mismos. Ahora las más profundas reflexiones sobre la persona humana no solo están fundamentadas en disquisiciones filosóficas, sino que ello está acentuado y regulado en una Norma Fundamental de carácter vinculante para

todas las demás y para las actuaciones de particulares e instituciones públicas. Así, la Constitución asume el papel de fuente primera de derechos y obligaciones.

El antiguo paradigma positivista de la supremacía de la ley y el método legalista, que proponía la validez de los derechos fundamentales en el ámbito de la ley, han sido reemplazados por la propuesta neoconstitucionalista que propugna que las leyes tienen valía en cuanto se ajusten a los derechos fundamentales.

Por la revaloración de la Constitución, ésta ha asumido la característica de norma inmediatamente vinculante para el Estado y sus órganos, y asimismo reconoce derechos que también tienen la misma característica, es decir, inmediatamente operativos, con eficacia plena, aun si no existiese regulación sobre ellos. No obstante la sumisión de la ley a la Constitución, ello no significa que la ley haya perdido todo sentido dentro de nuestro sistema, sino que debe, en todos los casos, haber una interacción previa entre Constitución, derechos fundamentales y ley, para lograr producir un sistema legal acorde con las exigencias de un Estado constitucional de Derecho, con principios democráticos y sociales, que apunten hacia la persona como fin supremo, tal y como la concibió el constituyente de 1993.

En este contexto, brevemente reseñado, pues se desarrollará más adelante, la tutela de derechos dentro del proceso penal, específicamente en la etapa de la investigación preparatoria (diligencias preliminares y la investigación propiamente dicha), ejerce o desempeña un papel fundamental, pues su carácter no solo atiende a un mecanismo procesal de protección, sino a un nivel aun mayor (aunque su desenvolvimiento se realice a nivel procesal), el constitucional, en cuanto atiende a un fin superior, consagrado en la Constitución, en su artículo 44º, esto es,

“[...]garantizar la plena vigencia de los derechos humanos[...]”, en nuestro caso, dentro del nuevo proceso penal instaurado en el 2004, en el cual la resguardo de los derechos, tanto de imputado como víctima, ha sido estructurado en función a las disposiciones constitucionales imperantes en nuestro sistema.

TERCERA PARTE:

TUTELA DE DERECHOS Y CONSTITUCIONALISMO

CAPÍTULO I:

CONSTITUCIONALISMO Y DERECHOS HUMANOS

La sección primera de la presente tesis ya hacía referencia al constitucionalismo desde la perspectiva histórica de sus orígenes y su evolución, por lo que en este capítulo nos limitaremos a describir la relación entre el constitucionalismo, neoconstitucionalismo y los derechos humanos.

Si bien con respecto al origen del constitucionalismo existen diversas propuestas, existe unanimidad en relación a la trascendencia del siglo XVIII para el fortalecimiento del mismo, primordialmente debido a las dos revoluciones que tuvieron lugar en esa época: la Revolución Americana y la Revolución Francesa, las cuales tuvieron como consecuencia, la Constitución de los Estados Unidos de América de 1787 y la Constitución francesa de 1791 respectivamente. Ambos documentos de importante contenido humanista, a pesar de que su centro de atención recae sobre la parte organizativa y reguladora del poder. Por otro lado, usualmente se hace coincidir estos acontecimientos con el surgimiento del Estado de Derecho.

Antonio D'Atena afirma que “otro punto que no admite controversias es que las constituciones modernas (y el constitucionalismo, como movimiento que ha determinado su difusión) mantienen una relación constitutiva con los derechos fundamentales; encontrando en la exigencia de la tutela de estos últimos su más profunda razón de ser” (La Vinculación entre Constitucionalismo y Protección de los Derechos Humanos 2004). Como ejemplo de ello, tenemos a la Constitución Francesa de 1791°, que dedicaba el art. 1 del Título I al tratamiento de las libertades: la libertad

personal, la libertad de circulación, la libertad de manifestación del pensamiento y la libertad de reunión.

Otro documento de suma importancia viene a ser la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789 en Francia, el cual si bien no se encontraba incluido en el texto constitucional constituye un importante avance en la protección de los derechos humanos y la construcción del Estado de Derecho. Los franceses argumentaban que el carácter iusnaturalista de los derechos del hombre podía verse trastocado si se los incluía en la Constitución, pues el ser reconocidos por esta implicaba que también podían ser reducidos o excluidos por la misma. “De ahí se había concluido que, en esta materia, era oportuno que el Estado se limitase al reconocimiento de los derechos preexistentes, mediante una especie de catálogo -precisamente, una «declaración»- con un valor no ya constitutivo sino meramente de reconocimiento” (D'Atena 2004)

Por su parte, las trece colonias ya emancipadas de la patria inglesa habían elaborado una serie de constituciones ricas en materia de derechos fundamentales, como rasgo de ello y dato que guarda profunda relación con el tema de la presente tesis, la Constitución de North Carolina de 1776 contenía una disciplina sobre el *justo proceso*, según la cual “*en los procesos penales, toda persona tiene el derecho de ser informada de lo que se le acusa y de confrontar las declaraciones de los acusadores y de los testigos con la de los otros testigos*”.

Una vez presentada la relación histórica entre el constitucionalismo y la protección de los derechos fundamentales, pasaremos a analizar lo que Antonio D'Atena ha convenido en llamar “la relación constitutiva entre la Constitución y los derechos fundamentales”, respecto a la cual afirma que “no se resuelve simplemente constatando que entre las materias reguladas por la primera se encuentran los derechos

fundamentales o comprobando que la Constitución se configura como una técnica de protección de los derechos fundamentales” (D’Atena 2004) Sino que con ella alude a una situación mucho más compleja, que parte del carácter jurídico que alcanzan los derechos fundamentales en virtud de su reconocimiento constitucional. Continuando en la misma línea, el autor plantea el ejemplo de la libertad, la cual existía antes de su reconocimiento en las primeras constituciones, en efecto los ciudadanos del *ancien régime* gozaban de sus libertades personales: podían andar libremente, tomaban decisiones propias, etc. sin embargo, esta libertad era meramente fáctica, es decir, no era el contenido de un derecho subjetivo que representaba un límite para el poder soberano, a tal punto era esto cierto que el soberano bien podía enviar a cualquier ciudadano al aislamiento de la Bastilla. De allí que el verdadero aporte del constitucionalismo a la defensa de los derechos fundamentales, se lo encontremos en la categoría de *derechos* que les otorga; no obstante ha sido necesario recorrer un largo camino de evolución y de inclusión de técnicas jurídicas para alcanzar este punto, por lo que a continuación pasaremos a describir algunas de estas en base a lo dicho por Antonio D’Atena:

1.1. Cobertura organizativa.

D’Atena manifiesta que la tutela constitucional de los derechos fundamentales no se agota con el reconocimiento de los mismos a manera de un listado muy bien elaborado, sino que se hace necesaria la confluencia de dos aspectos que hasta hoy se consideran básicos para el espíritu de la Constitución, y que son: por un lado, el reconocimiento de derechos y deberes, y por otro, la regulación de la actividad del poder soberano.

Podemos apreciar esta dualidad en el art. 16° de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789, donde se afirma que para la existencia de una Constitución (entendida, evidentemente, en sentido ideológico) eran necesarios tanto el reconocimiento de los derechos como la división de los poderes:

«Una sociedad en la cual no se asegura la garantía de los derechos ni se determina la separación de los poderes está privada de una constitución».

Respecto a ello ha manifestado la filosofía política que “un Estado puede llamarse constitucional, o provisto de Constitución, si y, solo si, satisface dos condiciones (disyuntivamente necesarias y conjuntivamente suficientes): 1) por un lado, que estén organizados los derechos de los ciudadanos en sus relaciones con el Estado, y 2) por otro, que los poderes del Estado estén divididos y separados” (Guastini s.f., 30 - 31).

1.2. La Supremacía de la Constitución.

El segundo elemento es de orden formal y podría ser sintetizado en la llamada supremacía de la Constitución, la cual se presente como una garantía frente a la ley ordinaria. Antonio D’Atena expresa respecto a ello, “que la Constitución, en el momento de su aparición histórica, ha privado al poder soberano de la absoluta libertad de acción de la que gozaba originariamente; sometiéndolo a límites de orden jurídico y modificando, de esta manera, su propia naturaleza” (D’Atena 2004).

Importante también en este punto, es el *Sistema de control de la constitucionalidad de las normas*, el cual como sabemos ha seguido dos modelos: el control difuso y el control concentrado. El primero de estos concede a todos los magistrados la potestad de inaplicar en un caso particular, una ley que consideren inconstitucional; mientras el segundo, recae exclusivamente sobre el Tribunal Constitucional.

1.3. Autosuficiencia del reconocimiento de los derechos de la libertad.

Con este tercer elemento, D'Atena hace referencia a la eficacia que alcanzan los derechos fundamentales mediante el reconocimiento constitucional, a la cual denomina "eficacia sustancial".

Se había entendido erróneamente, e incluso se cree hasta ahora, que la mejor forma de hacer eficaz la protección a los derechos fundamentales era mediante el reenvío al legislador, es decir, encargándole a este la creación de una abundante normatividad que prohibiera los ultrajes y trasgresiones a los derechos y libertades humanas. Empero, estas decisiones no revelan la verdadera supremacía de la constitución, sino que la conciben en un rol meramente pragmático. En este punto, lo que resulta correcto y útil es que las normas se abstengan de normar en contra de los derechos fundamentales. En palabras de Carlos Esposito durante la clase inaugural de Università degli Studi di Roma "La Sapienza", "el reconocimiento de una libertad jurídica no requiere de una actividad legislativa específica para su actuación, sino (...) que las leyes se abstengan de disponer contra tal libertad"; y ello en atención a que las mismas -continuaba explicando el maestro - "no requieren (...) una específica regulación, sino una ausencia de regulación".

A manera de conclusión, es válido lo manifestado por Cerda San Martín y Felices Mendoza: “El constitucionalismo y la teoría que él propugna tienen como razón de ser el reconocimiento y promoción, defensa y protección de la dignidad de la persona y los derechos humanos. El constitucionalismo plantea simultáneamente dotar a la autoridad pública de potestades para cumplir esa finalidad, pero también imponerle restricciones que debe respetar con relación a tales derechos y a su ejercicio” (Cerda San Martín 2011, 10). Así, el medio más eficaz para alcanzar dichos objetivos viene a ser el reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales, lo cual los dota de carácter jurídico, eficaz y vinculante.

1.4. NEOCONSTITUCIONALISMO O ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

El llamado Estado Constitucional de Derecho o neoconstitucionalismo, refleja la influencia de la vertiente iusnaturalista al afirmar que los derechos humanos son anteriores y superiores al Estado, y que este se limita a reconocerlos. Así, con el objetivo de reivindicar el papel del Estado en la protección de la dignidad del hombre, la cual se vio sumamente vulnerada en los hechos históricos de la Primera y Segunda Guerra Mundial, surge una nueva concepción del constitucionalismo, según la cual, la norma constitucional no debe ser concebida como un simple pacto entre gobernantes y gobernados que plasma los derechos fundamentales y la estructura del Estado, sino que debe ser asimilada y aceptada por todos como una norma jurídica y fundamental, jurídica debido a la vinculación que tiene tanto con las autoridades estatales como con los particulares, y fundamental ya que se presenta como eje fundamental del Ordenamiento Jurídico. Respecto a este último punto, resulta relevante lo dicho

por Castillo Córdova en relación a la vinculación entre la Constitución y sus destinatarios, así, afirma que “lo importante es preguntarse por los elementos jurídicos que se pueden predicar de la Constitución de modo que jurídicamente se pueda exigir su cumplimiento efectivo. Y esos elementos son al menos los dos siguientes: la consideración de la Constitución como una norma fundamental, base de todo el Ordenamiento Jurídico de un Estado; y la consideración de la Constitución como una realidad que nace y está destinada a normar efectivamente las relaciones entre particulares y poder político, y entre los particulares entre sí” (Castillo Córdova, El carácter normativo fundamental de la Constitución peruana 2006, 879 - 880).

Andrea Meroi citada por Cerda San Martín, apunta que “la segunda mitad del siglo XX dio a luz un nuevo paradigma jurídico, a saber, el Estado Constitucional de Derecho o también llamado neoconstitucionalismo, conforme al cual la Carta Fundamental ya no es un mero instrumento de organización del poder y de declaración de unas libertades básicas sino, antes bien, una norma directamente operativa que contiene el reconocimiento de garantías – positivas y negativas – exigibles jurisdiccionalmente” (Cerda San Martín 2011, 9).

En el pasado, bajo la autoridad del iuspositivismo, el Estado de Derecho se manifestaba únicamente en la normatividad del mismo, es decir, la Constitución venía a ser un listado de derechos fundamentales, libertades básicas, etc; que no trascendía más allá del formalismo y que no se esmeraba en implementar mecanismos que viabilizarán la materialización de aquel contenido normativo, todo lo contrario sucede en el actual Estado Constitucional de Derecho, el mismo que pone énfasis en la vinculación y eficacia de la norma constitucional. “En

estricto, toda norma que quiera llamarse realmente Constitución debe ser concebida como un instrumento jurídico dirigido a delimitar efectivamente el ejercicio del poder, en particular del poder político. Esta finalidad puede alcanzarse a través de dos medios. El primero es evitando la concentración del poder político en unas solas manos y, por tanto, previendo facultades a órganos constitucionales distintos, como pueden ser el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial. El segundo es reconociendo o garantizando a través de una lista cerrada o abierta, los derechos de las personas en cuanto persona” (Castillo Córdova, El carácter normativo fundamental de la Constitución peruana 2006, 185 - 186).

Sin embargo, este no es el único aporte de la evolución histórica del constitucionalismo, sino que abriga también un contenido valorativo de incalculable trascendencia, nos referimos a la dignidad del hombre vista no sólo como la esencia de los derechos fundamentales sino como margen de actuación de cualquier poder del Estado y de todo particular, los cuales están obligados a respetarla aun cuando no exista norma positiva específica o cuando esta sea ambigua. Al respecto, Comanducci, citado por Alejandro Medici, afirma que “el neoconstitucionalismo como ideología, se diferencia parcialmente del constitucionalismo clásico por acentuar mucho más el objetivo de garantizar los derechos fundamentales, que el de limitar el poder estatal. Este cambio de énfasis se debe a que el estado democrático contemporáneo, a diferencia de aquél al que se oponía el constitucionalismo clásico, no es más visto con temor y sospecha”. Medici manifiesta que esta diferencia se debe al empeño que pone el constitucionalismo moderno en el proceso de constitucionalización de todo el Ordenamiento Jurídico, “exigiendo que las actividades del legislativo y del

judicial estén directamente encaminadas a la concretización, la actuación y la garantía de los derechos fundamentales previstos en la constitución” (Medici s.f.)

Por último, Medici señala que el (neo) constitucionalismo exige activamente la fuerza normativa de la constitución, como punto de conexión entre el derecho internacional de los derechos humanos y los ordenamientos jurídicos positivos nacionales (...) exige el filtrado constitucional de todas las decisiones legislativas, gubernamentales, administrativas y judiciales para lograr la eficacia de los derechos fundamentales que hacen a la dignidad y libertad de las personas. (Medici s.f.).

En base a lo manifestado por Jaime Cárdenas citado por Gil Rendón, anotaremos aquellas características del neoconstitucionalismo que guardan relación con la protección de los derechos fundamentales y son principalmente (Gil Rendón s.f.):

- Se admite que el derecho está conformado no sólo por reglas sino por principios y otro tipo de normas.
- La legalidad se supedita a la constitucionalidad en un sentido fuerte
- No hay neutralidad ni avaloratividad en el Derecho.

En conclusión, la protección de los derechos humanos desde una perspectiva neoconstitucionalista es amplia y no restringida, pues no se limita a lo descrito en el texto legal sino que se remite siempre a la Constitución, y claro está, encuentra en ella una amplia protección, pues es rasgo fundamental de las constituciones modernas el evidente empeño que vierten en la defensa y protección de los derechos fundados en la dignidad humana. Este rasgo lo encontramos plasmado en el artículo 3° de la Constitución Política del Perú, que a la letra dice:

“La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de Derecho y de la forma republicana de gobierno”.

Para concluir este capítulo, presentaremos un breve acercamiento a la experiencia neconstitucionalista del caso Mexicano y la opinión que se emite respecto a las reformas constitucionales que tuvieron lugar el 10 de junio de 2011. Así, López González y Murillo Escalante han manifestado en una reciente ponencia, que “el nuevo panorama del Derecho y su desarrollo en el siglo XXI se nos presenta en un cambio estructural de la sistemática jurídica, modificando el orden de la Pirámide de Kelsen para presentarnos una transformación de la misma; ejemplo de ello es el cambio sustancial en la jerarquía de las leyes, cambio que observamos en la elevación al rango constitucional de los Tratados Internacionales, los cuales deberán ser respetados al igual que la Constitución Política de México; en virtud de ello, nuestras leyes han tenido que ser cambiadas, modificadas o añadidas con los motivos y los supuestos jurídicos contenidos en dichos Tratados (...) En este nuevo constitucionalismo sostenido por la corriente Iusnaturalista, se afirma que los Derechos Humanos son superiores y anteriores al Estado y este se limita a reconocerlos”.

1.5. CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL PROCESO PENAL

En el capítulo anterior pudimos comprender la evolución que ha sufrido el Ordenamiento Jurídico en atención a la necesaria materialización de las cartas fundamentales. Así, reconocida y aceptada la Constitución como norma suprema, su contenido debe verse reflejado en toda disposición normativa; por ello, el Nuevo

Código Procesal Penal ha incluido una serie de instituciones dedicadas a la garantía y protección de los derechos fundamentales, al ser estos eje principal de un Estado Social y Democrático de Derecho. Rodríguez Hurtado citado por Cerda San Martín, afirma que “La fortuna del Proceso Penal depende del equilibrio que alcancen los extremos atendidos en permanente tensión: la seguridad y la eficacia ante el delito para restablecer la paz y la tranquilidad, por un lado, y las garantías o derechos fundamentales del inculcado, por el otro”. (Cerda San Martín 2011, 15)

Al igual que este, muchos estudiosos del Derecho coinciden en que una de las manifestaciones más importante del constitucionalismo en el Derecho Procesal Penal, es la protección de los derechos humanos del imputado. Sabemos que frente a un hecho delictuoso que trasgrede la norma y vulnera bienes jurídicos protegidos, encontramos por un lado el interés de la sociedad y el de la víctima, constituyendo ambos prioridades para el Estado en su labor de promotor de un ambiente saludable y seguro, empero, en la otra cara de la moneda encontramos el interés del imputado, un personaje que a pesar de verse involucrado en un proceso, no pierde su calidad de ser humano ni su dignidad; es por estas razones que un procesal penal debe ser tomado con mucha precaución.

La constitucionalización del proceso penal, cuya principal causa ha sido el auge de los derechos fundamentales, ha traído como consecuencia la inclusión y modificación de una serie de instituciones jurídicas, las cuales reflejan hoy la limitación de la potestad del Estado para administrar justicia. En el caso peruano, los artículos 1° y 44° de la Constitución constituyen el fundamento de aquellos cambios, pues están referidos a la defensa de la dignidad humana como fin supremo del Estado, y su rol como protector de los mismos. Es en este contexto

que nace la Tutela de Derechos como un mecanismo de contenido eminentemente constitucionalista designado a la protección de los derechos constitucionales del imputado.

Afirma Richard Llacsahuanga Chávez que, actualmente “la noción de proceso penal está en relación con el grado de efectividad en la protección de los derechos fundamentales”, de tal forma que ninguna norma adjetiva que trasgreda los derechos del imputado o de la víctima, puede tener cabida en el Ordenamiento Jurídico. Si bien hemos hecho alusión a ambos personajes involucrados en el hecho delictivo, es la situación del imputado la que ofrece mayor discusión y controversia, debido al estado vulnerable en el que se encuentra frente a la ley, al estar siendo debatida en el proceso penal la posibilidad de restringir su libertad, es por ello que mecanismos como la *tutela de derechos*, han sido elaborados exclusivamente para la figura del imputado, empero a lo largo de la presente tesis sustentaremos nuestra postura divergente respecto a este punto.

1.6. LOS TRATADOS INTERNACIONALES SOBRE DERECHOS HUMANOS Y EL DERECHO PROCESAL PENAL

Se ha venido diciendo hasta el momento que estamos en una era de auge de los derechos fundamentales, una época de la historia en la que toda actividad estatal o particular se legitima en base al respeto hacia los mismos. Este afortunado fenómeno ha traído como consecuencia su reconocimiento y protección no sólo constitucional y legal, sino fundamentalmente internacional, esto es, mediante tratados internacionales, los cuales, según prescribe el art. 55° de la Constitución peruana forman parte del derecho nacional al ser suscritos por el Estado. De igual forma, la cuarta disposición final y transitoria, postula que “las normas relativas a

los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificadas por el Perú”.

El carácter legal, constitucional o supraconstitucional de los tratados internacionales no es materia de la presente tesis, lo importante radica en la calidad de fuente del derecho que se les ha sido reconocida, así como la función de criterio de interpretación que cumple. Estos aspectos contribuyen al proceso de humanización de los diversos dispositivos legales que conforman el Ordenamiento Jurídico nacional.

Así, “podemos decir que la constitucionalización del Derecho Procesal Penal tiene su fuente en importantes tratados internacionales sobre derechos humanos, como” (Cerdeza San Martín 2011):

- La Declaración Universal de los Derechos Humanos, de del 19 de diciembre de 1948, aprobado por resolución legislativa N° 13282, del 9 de diciembre de 1959.
- El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), del 16 de diciembre de 1966, aprobado por Decreto Ley N° 22128, del 28 de marzo de 1978.
- La Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), del 22 de noviembre de 1969, aprobada por Decreto Ley N° 22231, del 11 de junio de 1978.

Estos tres tratados incluyen disposiciones relativas a la Administración de Justicia, con el objetivo de encaminar las diversas fases que constituyen un proceso por la senda de la justicia y del respeto a los derechos fundamentales con base en la dignidad. Para una mejor comprensión de estos dispositivos, pasaremos a continuación a resaltar la parte de su contenido que guarda relación con el tema y que refleja la humanización del Proceso Penal a la que venimos haciendo referencia, basándonos para ello en lo dicho por Cerda San Martín y Felices Mendoza:

- La cláusula octava de la Declaración Universal de Derechos Humanos, establece que “toda persona tiene derecho a un recurso ante los tribunales competentes que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley”, asimismo la cláusula décima señala que “toda persona tiene derechos en condiciones de plena igualdad a ser oído públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones y para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”.
- El artículo 14°, numeral 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, reconoce “el derecho a la igualdad, el derecho de juez natural, independencia, imparcialidad, publicidad”, en el numeral 2, el derecho de presunción de inocencia; en el numeral 3, el derecho a las garantías mínimas: a ser informado sin demora, de las causas de la acusación formulada contra ella, derecho a la defensa, a ser juzgado sin dilaciones indebidas, hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un abogado de su elección, a que se le nombre abogado defensor de oficio gratuitamente,

interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo, el derechos de no autoinculpación, derecho a la pluralidad de instancias, derecho a la indemnización por los errores judiciales, derecho a no ser juzgado dos veces ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país.

- El artículo 8° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos reconoce los mismos derechos a los que hace alusión el artículo 14 del PIDCP, bajo el título de Derecho a las garantías judiciales del procesado en todo proceso.

Vemos pues que los tratados internacionales han sido enfáticos en la protección de los derechos fundamentales involucrados en el proceso y la función del Estado como administrador de justicia.

CUARTA PARTE:

CONTRASTACIÓN DE LAS HIPÓTESIS Y DISCUSIÓN

CAPÍTULO I:

SOBRE LA NATURALEZA DE LA TUTELA DE DERECHOS

1.1. EL NUEVO SISTEMA PROCESAL PENAL

El legislador nacional ha creído conveniente (luego de la experimentación con varios sistemas, como el inquisitivo, mixto, etc.) adoptar un sistema respetuoso de los derechos fundamentales, basado en los avances de la ciencia jurídica.

El sistema acusatorio contradictorio ha sido la respuesta al afán protector de los derechos individuales de los involucrados en un proceso penal, en tal sentido, el sistema contradictorio, se basa en la negociación individual y en el individuo como ostentador de derechos (muchos de ellos fundamentales).

Según Neyra Flores (Manual del Nuevo Proceso Penal y de Litigación Oral 2010, 112), entre las características de este sistema, las fundamentales son: “la **separación de las funciones procesales**, pues en el inquisitivo se confunden y se reúnen en la persona del Juez, en el sistema acusatorio se separan los papeles y se los encomienda a sujetos procesales distintos e independientes entre sí, para garantizar el equilibrio procesal y el juicio sereno por medio de la contradicción de las partes adversas (acusación y defensa) frente a un tribunal imparcial, de esto se deriva la segunda característica: el **inicio del proceso por sujeto distinto del Juez** (nemo iudex sine adoré) y la tercera: la **carga de la prueba la tiene la parte acusadora**, pues en el sistema inquisitivo la carga de la prueba de exculpación pesa sobre el acusado, pues este sistema está diseñado como una lucha entre el procesado y el investigador” (subrayado nuestro). Y adicionalmente, caracteriza a

este sistema, la vigencia del principio contradictorio, razón por la cual se admite que estamos ante un sistema adversarial.

La información que recauda el juez le sirve para resolver en orden a la justicia un determinado caso, y la calidad de esa información están en función del principio de contradicción. La contradicción orienta el juicio oral y demás audiencias previas al mismo, y como tal, permite la adecuada actuación probatoria, favoreciendo a la defensa contradecir las pruebas de cargo (la contradicción es la manifestación central del derecho de defensa), y la defensa en su función debe aspirar y hacer todo lo posible por falsear o quitar relevancia a los medios probatorios. Contrariamente, de no efectivizarse la contradicción, una prueba recogida de manera unilateral, sin el respectivo examen de la parte contraria, la información que el juez recibe es de mala calidad y adicionalmente no da garantías de fidelidad.

La extensión del principio contradictorio a la etapa investigadora y su conformidad con el derecho de defensa, apunta a la precisión y naturaleza circunstanciada de la imputación e inalterabilidad de su continencia objetiva. Es decir, en cada momento, lugar y modo del proceso, se debe hacer de conocimiento del imputado el hecho que se le atribuye.

No obstante lo dicho, dentro del proceso penal adquieren especial relevancia otros principios, así por ejemplo, tenemos el principio de preclusión dirigido a evitar dilaciones innecesarias. Por otra parte también se contempla el principio de inmediación, según el cual se requiere una información sin intermediarios para el juez, en otras palabras, que nadie medie entre el juez y la percepción de la prueba hecha de forma directa por él mismo, pues, prueba obtenida sin su intervención no tiene validez y eficacia, no tiene legitimidad.

Asimismo, entra en acción el principio de oralidad, concebido como ingénito al proceso penal acusatorio, de acuerdo a éste, prima la concentración, o lo que es lo mismo, realización en audiencia de todos los alegatos de las partes, actuaciones de pruebas, y cualquier otra actividad procesal. Esta última consideración, en comunión con la brevedad de los términos procesales, arrastra la celeridad del proceso.

De igual manera, se presenta en el proceso penal, el principio de publicidad, el cual nos señala que todo debate y audiencia serán realizados de manera pública, esto se expresa en el hecho de que cualquiera e incluso medios de comunicación tienen libre acceso.

Por último (Neyra Flores 2010, 115), y no por eso menos importante, tenemos la característica del nuevo proceso penal respetuoso de los derechos fundamentales, en todo el transcurrir del proceso penal. Consecuencia de esto, es que toda reflexión e interpretación en la rama procesal penal debe estar en función a la Constitución.

Lo anterior, es de amplia aceptación, incluso por el máximo intérprete de la Constitución y controlador de la constitucionalidad de las leyes, el Tribunal Constitucional, que conforme al artículo 51° de la Constitución, afirma que los jueces deben interpretar y aplicar las leyes o normas, con el mismo o inferior rango, en atención exclusiva a los preceptos y principios constitucionales, además de tener presente las interpretaciones que de ellos haga tal tribunal. Con estas aclaraciones, se entiende mejor, que el aplicador de las normas procesales debe aplicar el método de interpretación anterior, y así otorgarle significados a las normas, luego confrontarlos con los disposiciones y principios de rango constitucional, para después decidir, cuál de ellos guarda mayor conformidad o cercanía con los

mismos. De este modo, la interpretación literal en este ámbito debe estar vedada, ya que agota indebidamente interpretaciones que desde otro punto de vista, como el constitucional, tendrían mayor trascendencia y significación.

Lo dicho, es resultado de lo que ya comentábamos líneas arriba, en donde la Constitución ya no es concebida como simple norma política, enunciadora de derechos sin contenido en la realidad y de orientaciones de la labor de los distintos órganos estatales, sino que la supremacía legislativa, que colocaba a la ley como máxima expresión del ordenamiento jurídico, ahora se ve subordinada a nueva Norma Suprema, la Constitución (principio de supremacía constitucional), que limita e informa a todos los poderes constituidos (entre ellos el legislativo y judicial) y lógicamente sus actuaciones. El Tribunal Constitucional en su sentencia N° 00005-2007-PI/TC (Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Decano del Colegio de Abogados de Lambayeque en contra de la Ley N° 28934 2008), refirió que, intérpretes de la Constitución pueden ser los jueces ordinarios (intérpretes especializados) y el Tribunal Constitucional (Supremo Intérprete), ello se desprende del artículo 201° del texto constitucional, además reafirma el sentido del artículo 138°, con el cual se establece que frente a una incompatibilidad normativa dentro del proceso, los jueces preferirán la norma constitucional. “Entonces lo que se hace no es siempre un control difuso de la Constitución sobre la normativa procesal penal (pues este tiene sus propios postulados y reglas), sino hacer lo que es función del juez: interpretar de la mejor forma el código procesal penal y no puede ser de otra manera que respetando la Constitución y orientando hacia ella la interpretación que se haga” (Neyra Flores 2010, 117).

Como se dijo al inicio de este acápite no solo tenemos un sistema acusatorio, sino que por el principio de contradicción podemos decir que en nuestro país se encuentra vigente el sistema acusatorio contradictorio, denominación que, la única implicancia que importa, es acentuar el papel de las partes dentro del proceso penal. El principio aludido marca claro distanciamiento entre los roles del Fiscal, acusado y el juez o tribunal (relación triangular del proceso: acusación, defensa y tercero o supra-partes).

Así, tenemos que el Fiscal, como representante del Ministerio Público estará llamado a formular oralmente la acusación y a probarla, para ello reunirá información, pruebas y testigos que apoyen la teoría del caso que tiene construida, la cual debe lograr convencer al juez o tribunal. En segundo término, el acusado, en compañía de su abogado, estará en condición de contradecir la imputación fiscal (aunque no se encuentra obligado a probar su inocencia), y en todo caso, reunir testigos y otros medios probatorios que causen, en el juzgado, suficiente duda como para resolver a su favor. Por su parte, el juzgador (unipersonal o colegiado), como tercero imparcial, tendrá por función de observación, dirección y control del debate entre los sujetos procesales, garantizando en todo momentos los derechos fundamentales y a las garantías procesales, como el debido proceso tanto del imputado. Dentro de este planteamiento, se entiende la función del juez de la investigación preparatoria o juez de Garantías, que por más que no intervenga en el proceso de investigación si lo hace de manera garantista de los principios, derechos y valores, vigilando su fiel cumplimiento en todas las actuaciones del fiscal en busca de los indicios que aseguren la comisión del ilícito penal y la identidad del posible autor o responsable. Es ante este juez, que se pedirá la tutela de derechos

frente a cualquier exceso u omisión por parte del Ministerio Público o Policía Nacional del Perú.

1.2. EL IMPUTADO Y EL NUEVO PROCESO PENAL

Este es uno de los sujetos procesales que componen la relación jurídica procesal. Es el sujeto pasivo dentro de esta relación, contra quien se dirige pretensión punitiva estatal, este sujeto es a quien se le atribuye la supuesta comisión de un ilícito penal o delito. En el imputado reside el poder de resistencia frente a la acusación penal realizada por el órgano persecutor del delito, el Ministerio Público. La denominación de imputado obedece a la reciente reforma procesal del 2004, pues en el anterior sistema se le conocía como inculcado, el cambio obedece a cuestiones re-valorativas de su condición, así el imputado es capaz de ejercitar sus derechos desde el inicio del proceso penal o de cualquier actuación de persecución que busque incriminarlo, para poder satisfacer tales pretensiones, el imputado debe contar con atribuciones y sujeciones que lo coloquen en una condición, verdaderamente, de parte procesal. Repercusión de esta aseveración, es las disposiciones del artículo 71° del Nuevo Código Procesal Penal (NCP).

Un consecuente análisis de la posición del imputado, hace ver que esta proscrita su consideración como “objeto del proceso”, porque, como se dijo, ahora es admitido como un sujeto procesal protagonista de la relación acusación – defensa – tercero imparcial. Por ejemplo, su declaración se convierte en un medio de defensa más que en un medio de obtención de información. En tal sentido no se le puede compeler mediante la utilización de cualquier medio coercitivo, intimidatorio o contrario a su dignidad, a declarar en contra suyo o en contra de su voluntad. Así mismo, abstenerse de declarar constituye un derecho fundamental, parte de su

derecho de defensa. En todo caso, a quien le compete la carga procesal de la prueba es al Ministerio Público, quien debe esclarecer los hechos y recabar y brindar la información necesaria para ello.

Otra facultad ligada al derecho fundamental de defensa está integrado por el derecho (también fundamental) de contar con un abogado que ejerza la defensa, pues dentro de un Estado constitucional de Derecho, se entiende que proceso penal legítimo ha de estar en función del ejercicio debido del derecho de defensa del imputado, que implica la defensa de todos los demás derechos que como persona le asisten.

En el contexto de reconocimiento y protección de los derechos del imputado, el artículo 71º, que en su última parte regula la institución de tutela de derechos cobra mayor importancia y vigencia, pues es a través de ella que el imputado podrá hacer valer sus derechos ante el Juez de la investigación preparatoria o Juez de Garantías, frente el desconocimiento de cualquiera de sus facultades o derechos dentro del proceso, ya sea por parte del Ministerio Público o Policía Nacional. Esta arma procesal hace referencia a una jurisdicción preventiva, en la cual el Juez, a pesar de no tener dominio de la etapa investigatoria, vela por el respeto de los derechos y garantías del debido proceso, corrigiendo cualquier irregularidad en el decurso de la investigación que provoque un desmedro en el imputado

1.2.1. El Imputado y la Investigación Preparatoria.

La tendencia acusatorio garantista del NCPP, trae consigo la exigencia de separación entre las distintas funciones de investigación y juzgamiento. Así, el Ministerio Público será el encargado de la primera, mientras, que el Poder

Judicial (a través de los jueces) desempeña la función jurisdiccional en la etapa concerniente al juzgamiento. No obstante aquella clara distribución de roles en el proceso, ambos órganos son controladores de la vigencia y respeto de los derechos fundamentales y garantías procesales. De tal manera, el fiscal controlará la actuación de la Policía Nacional, órgano que en la etapa de investigación se encuentra sujeto a sus órdenes, del mismo modo, el juez, a pesar de no tener mayores atribuciones dentro del proceso de recojo de información, indicios y prueba que contribuyan a esclarecer la comisión del delito, esto es, la investigación preparatoria, tanto en su fase de diligencias preliminares como de investigación preparatoria propiamente dicha, lo que si puede y debe realizar es el control de la legitimidad de la investigación, ello en atención a la protección de los derechos fundamentales (tanto de la víctima como del imputado) inmersos en la investigación y a la vez tiene poder decisorio sobre las medidas cautelares que podrán imponer.

La función investigativa del juez en la denominada etapa de instrucción está proscrita (pues lo que se pretende es separar roles para una mayor imparcialidad). Por otro lado, el fiscal, conductor o director de la investigación preparatoria debe guiarse por los principios legalidad y objetividad en su actividad procesal. Y será que, solo, después de la realización de la investigación el Estado ejercerá su *ius puniendi*, esto quiere decir, que la investigación se convierte en base de las decisiones de los magistrados en el país, por ende esa debe ser en todo momento y sentido respetuosa y garantista de los derechos fundamentales involucrados si lo que planteamos en nuestro sistema es un ideal justicia, el cual debe estar en función, de la igualdad de armas de las partes, debido proceso, tutela

jurisdiccional efectiva y demás principios del nuevo proceso penal, y sobre todo en la plena vigencia y protección de los derechos constitucionalmente protegidos.

Si bien, la investigación preparatoria tiene funciones vitales dentro del proceso, por cuanto contribuye a la justificación de la acusación penal del fiscal, no tiene mérito definitivo dentro del mismo, pues con las actuaciones realizadas en ella no se puede fundamentar la decisión o contenido de la sentencia del poder jurisdiccional. En tal razón, la sentencia solo puede estar basada en actos del debate respetuosos de los distintos principios (publicidad, inmediación, concentración, entre otros), aunque excepcionalmente ciertos actos de la investigación preparatoria pueden tener condición de prueba siempre y cuando se haya satisfecho los requisitos legales para tal incorporación dentro del debate oral.

Siguiendo con el tema, respecto a las características de la investigación preparatoria podemos apuntar las siguientes, por considerarse esenciales (Gálvez Villegas, Rabanal Palacios y Castro Trigo 2010, 652):

C1: No tiene carácter jurisdiccional.- esta característica se desprende del hecho de que los elementos recabados en la investigación no tiene mérito para ser considerados como base de la decisión judicial, salvo como vimos ciertas excepciones.

C2: PROTEGE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.- tanto del procesado o imputado como de la víctima. Los mismos están consagrados en la Constitución, tratados internacionales y en los artículos 71° y 95° del NCPP. En ese orden, “una lectura sistemática de la

Constitución y una aplicación integral de las normas relativas a los derechos fundamentales de la persona no admiten “zonas de indefensión” (STC Exp. N° 2409-2002-AA/TC), lo cual no puede obviar al proceso penal en su etapa de investigación del delito.

C3: Tiene finalidad preparatoria.- del artículo 321° del NCPP se desprende que esta etapa persigue reunir los elementos de convicción, de cargo y de descargo, que permitan al Fiscal decidir si formula o no la acusación penal. Además pretende determinar si la conducta incriminada es delictuosa, las circunstancias o móviles de la perpetración, la identidad del autor o partícipe y de la víctima, así como la existencia del daño causado.

C4: Es flexible.- por tanto no es necesario cumplir estrictamente con las fases de la Investigación Preparatoria, diligencias preliminares e investigación propiamente dicha. En este sentido, diligencias preliminares realizadas en un inicio no pueden volverse a repetir, excepto que el fiscal fundamente el requerimiento de complementación de las mismas siempre y cuando resulte indispensable, se advierta defecto grave en su actuación (artículo 337°, NCPP). Por otra parte, los plazos de cada fase de investigación (a pesar de estar fijados legalmente) pueden ser moldeados por el fiscal e incluso no observados, pues si aquel considera suficiente la información recogida, puede formular inmediatamente acusación, ya sea en momento de las diligencias preliminares o en la investigación en estricto.

C4: Es eficaz.- Gálvez Villegas, Rabanal Palacios y Castro Trigoso citando a Talavera Elguera (EL CÓDIGO PROCESAL PENAL Comentarios descriptivos, explicativos y críticas 2010) expresan que el Código procesal apuesta por un modelo de investigación no solo acorde con la Constitución y las garantías reconocidas por los Tratados y los Convenios Internacionales sobre Derechos Humanos, sino también con la eficacia y eficiencia que debe tener un sistema de justicia penal. En consecuencia, para la eficacia de la persecución penal el Fiscal y la Policía están dotados de instrumentos, entre otros, figuran el control de identidad, las pesquisas, el agente encubierto, etc.

C5: Es racional.- pues no se apunta a un desarrollo estrictamente ceñido a pautas temporales, en razón a que existen mecanismos procesales que permiten abreviar el proceso, así tenemos el Principio de Oportunidad, Acuerdos Reparatorios, y Terminación anticipada.

La investigación constituye una averiguación, lo que es, la búsqueda de la verdad hasta develarla, la información que se recaude con esta actividad será la base de las obligaciones que el Proceso Penal tiene actualmente. En esta tarea básica, las autoridades intervinientes no solo tienen el deber de dar valor a las circunstancias contrarias a los intereses del imputado, sino que además deben consignar los elementos favorables que existan, esto es acorde con los señalamientos del Código adjetivo, “persigue reunir los elementos [...], de cargo y de descargo [...]” (artículo 321º, primer párrafo), consecuentemente el fiscal tendrá la facultad de archivar el caso o formular acusación.

La finalidad de esta etapa de acuerdo al artículo citado es la determinación de si la conducta incriminada constituye delito según el tipo penal previsto, las circunstancias y móviles de su perpetración, la identidad del autor o partícipe y de la víctima, así como la existencia del daño causado. Los elementos de convicción recogidos podrán acreditar el llevar a juicio al imputado o, en su defecto, impedir tal acontecimiento (archivando o sobreseyendo el caso, dependiendo en qué fase nos encontremos). Para la finalidad apuntada, el fiscal tiene a su disposición la actividad de distintas instituciones, quienes tienen la obligación de colaborar con la investigación. Pero también, se puede recurrir a instituciones distintas de las legalmente establecidas para lograr sus fines; y en ciertos casos, incluso, encargar la investigación a un grupo multidisciplinario, pues la complejidad de los hechos así lo aconseja.

1.2.1.1. La Función Fiscal.

A quien le corresponde llevar a cabo la dirección de esta etapa del proceso es al fiscal (artículo 322, NCPP), a éste se le asignado poderes de investigación y de impulso del proceso en esta etapa con el fin de indagar en el ejercicio de la acción penal. Al actuar con independencia, el Ministerio Público debe reglar su intervención o actuación dentro del margen de la Constitución y las leyes, y por otra parte, quien se encarga de ejercer el control correspondiente es el Juez de la Investigación Preparatoria.

Por otra parte, la Policía también puede ejercer la dirección en sentido técnico por cuanto apoya el ejercicio de las funciones del fiscal, e incluso puede realizar dirección directa (pero dando cuenta

de ello al fiscal). El fiscal en desarrollo de sus atribuciones tiene bajo sus órdenes a la institución policial, sin embargo, no se convierte en el jefe de esta. Pues como sabemos la Policía tiene formación en criminalística, y en ese sentido es que colabora con el fiscal, y este lo que hace es guiar la actuación policial acorde con los objetivos de la investigación y particularmente con las garantías procesal y personales que corresponden a la víctima y al imputado. En este orden de ideas el artículo 322° del NCPP se corresponde o refleja las disposiciones del artículo 159° de la Constitución, cuyo texto hace referencia a que la conducción de la investigación desde un inicio corresponde al fiscal, y que para tal fin el mismo cuenta con el apoyo obligado de la Policía Nacional. Esto, a su vez, tiene plena concordancia con el artículo 166° del mismo texto constitucional, pues entre las funciones de la Policía están el investigar y combatir la delincuencia. Entonces la función policial se limita a las directivas que exprese el representante del Ministerio Público.

Adicionalmente a la dependencia funcional de la Policía, el fiscal puede requerir la cooperación de otras entidades y funcionarios públicos en el ámbito que les corresponda, emitiendo los requerimientos y pedidos que les pida. Además, en función a su calidad de director de la investigación, el fiscal puede realizar actos tendientes a la conservación y aislamiento de indicios materiales del delito.

1.2.1.2. La Función Judicial.

Ahora bien, dentro de este contexto de la investigación preparatoria guiada y direccionada por el fiscal de conformidad con las disposiciones procesales (art. 322º, NCPP) y constitucionales (arts. 159º), aparece la figura del Juez de Garantías que desempeña su rol dentro de esta etapa del proceso, cuyo fin esencial es establecer un contrapeso a la actuación fiscal (ejercicio de la acción penal e investigación del delito), pues en la búsqueda de la verdad y en el transcurso del esclarecimiento de los hechos se pueden llegar a realizar alteraciones o violaciones a los derechos del imputado e incluso la misma víctima, o vejar principios y/o garantías que informan el nuevo proceso penal antes expuesto.

El juez de la investigación preparatoria garantiza la constitucionalidad (en primer término) y la legalidad de las actuaciones y, de hecho, los derechos fundamentales (no solo, como a primera vista pareciera, los del imputado, sino también y de igual manera, los derechos de la víctima).

Gálvez Villegas, Rabanal Palacios y Castro Trigos citan a San Martín (2010, 657), precisan que lo fundamental no es quien asume la titularidad de la investigación, sino qué controles se instauran para evitar la utilización del poder arbitrario del poder público, consistente en el avasallamiento de la persona y de sus derechos fundamentales. De manera concluyente, el Juez de Garantías en esta etapa (al ser un sujeto procesal imparcial) asume el papel de

guardián del debido proceso y en igual medida de los derechos fundamentales de las partes en contienda. En tal orientación, se encuentra facultado para (art. 323, NCPP) autorizar la constitución de las partes, pronunciarse sobre medidas limitativas de derechos, resolver excepciones, cuestiones previas y prejudiciales; realizar los actos de prueba anticipada; y, controlar el cumplimiento de plazos en la investigación.

En este marco es que entra a tallar la importancia constitucional de la Tutela de Derechos, pues al apuntar hacia la conservación del status quo de los derechos vulnerados en esta etapa, adquiere rapidez expeditiva el pronunciamiento del juez, pues en estos casos lo que se requiere no es un trámite engorroso como sucede con las garantías constitucionales de Hábeas Corpus y Amparo, sino un tutela rápida y efectiva en el momento, para que el avance del proceso sea acorde con las exigencias de una justicia a tiempo y el principio de oportunidad.

1.3. LA AUDIENCIA DE TUTELA DE DERECHOS Y LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA

De la interpretación del artículo 71º, inciso 4 del Nuevo Código Procesal Penal del 2004 se puede deducir que los sujetos legitimados (según nuestra postura, tanto víctima como imputado) para ejercitar la tutela de derechos la pueden efectivizar, justamente, en la etapa de investigación del proceso penal, que está compuesta, por las diligencias preliminares y la investigación propiamente dicha. Como consecuencia lógica de esto, en las demás etapas del proceso, intermedia,

juzgamiento, impugnación y ejecución ya no podrá ser utilizada, pues su vigencia y eficacia está pensada para la etapa investigatoria.

La petición que los sujetos legitimados realizan debe ser atendida de manera inmediata (última parte del inciso 4 del artículo en comento), previa constatación de los hechos y la realización de una audiencia de tutela de derechos. La inmediatez de atención al pedido de tutela, es eco de la disposición disciplinaria que realiza el Reglamento de Organización y Funciones de la Fiscalía Suprema de Control Interno del Ministerio Público, en el artículo 23º, se consideran infracciones sujetas a sanción disciplinaria las siguientes: d) Incumplir las disposiciones legales, normas complementarias y de carácter interno por la Fiscalía de la Nación o la Junta de Fiscales Supremos del Ministerio Público; por ello los fiscales que incumplan con el respeto y protección a los derechos fundamentales tendrán responsabilidad administrativa.

El órgano que tiene competencia para conocer de la interposición o pedido de tutela de derechos es el Juez de Garantías designado en la Investigación Preparatoria. Éste “es quien tiene 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” (Salazar Araujo s.f., 10).

1.3.1. PROCEDENCIA DE LA TUTELA DE DERECHOS COMO INSTRUMENTO CONSTITUCIONAL DE PROTECCIÓN DE DERECHOS

- **Incumplimiento de las disposiciones del artículo 71º (incisos 1 y 2).**-
en este dispositivo legal se expresan los derechos que conciernen al

imputado conforme a la Constitución (reconocidos expresamente y los de futuro desarrollo de acuerdo al artículo 3° del cuerpo normativo supremo), las leyes (y los tratados que sobre el particular haya suscrito nuestro Estado), además de los taxativamente recogidos en el artículo 71° del NCPP, derechos que debe ser informados a la persona del imputado ya sea por jueces, fiscales o policía. En el mismo sentido (reconocimiento amplio de derechos) se expresa la jurisprudencia, “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” (Exp.1139-2010-34 de la Corte Superior del Cusco).

- **No respeto de derechos del imputado.-** a los derechos que se hace alusión es a la totalidad de aquellos que corresponde al imputado independientemente de, en qué instrumento jurídico estén regulados, como la Constitución, leyes, pactos y tratados internacionales. La única

excepción de no aplicación de la Tutela de Derechos, es cuando dentro del proceso, el derecho tal cuenta con un instrumento predeterminado distinto de la tutela de derechos, para hacer valer su vigencia y eficacia (derecho al plazo razonable = “Control de Plazos”; frente a medidas restrictivas de derechos = “Reexamen Judicial”, entre otros mecanismo procesales específicos). Por lo demás el único límite de aplicación que tiene el instrumento procesal (de carácter constitucional) es temporal, pues solo se ajusta a la etapa de Investigación Preparatoria en el proceso penal. Es por ello que uno de nuestros postulados esenciales es que la Tutela de Derechos también podría ser un mecanismo eficiente para garantizar los derechos del imputado, y no solo algunos sino que todos aquellos que en igual manera que en el caso del imputado no cuenten con un mecanismo especial de protección. “Ante diferentes interpretaciones de un dispositivo legal, se debe optar por aquella que conduzca a una mejor protección de los derechos fundamentales, descartando así las que restrinjan o limiten su ejercicio. Vale decir, el principio pro homine impone que, en lugar de asumirse la interpretación restrictiva, se opte por aquella que posibilite a los recurrentes el ejercicio de dicho derecho” (STC Exp. N° 0075-2004-AA/TC). Vale recalcar que como sucede con una interpretación literal del artículo 71°, conforme al cual los únicos derechos protegidos serían los recogidos expresamente en el, sin embargo, si bien los derechos del imputado están, también, recogidos en NCPP, artículo 95°, conforme a una interpretación sistemática guiada por el principio de igualdad procesal, los derechos que la institución procesal-constitucional de Tutela de Derechos protegería no sólo serían

los del mentado artículo, sino y mejor aún todos los que le reconozcan la Constitución, tratados suscritos y leyes vigentes.

- **Medidas limitativas de derechos indebidas.-** en la posibilidad de realización de estas medidas dentro del proceso penal, específicamente en la etapa de investigación, es necesario recordar que su aplicación está supeditada a la autorización del juez o autoridad judicial y excepciones previstas en la Constitución, tanto en el modo como en la forma, con la debida observancia de las garantías previstas en los dispositivos jurídicos. Esto es así, porque la limitación va dirigida a derechos fundamentales, entre este tipo de medidas están el bloqueo de cuentas, el embargo, allanamiento, control de comunicaciones, detención preliminar, etc. Las medidas limitativas de derechos por las implicancias que acarrea dentro del proceso deben sustentarse en elementos de convicción, basados en la naturaleza y finalidad de la propia medida como del derecho fundamental que pretende limitar, esto constituye una clara introducción del principio de proporcionalidad.

Por estas razones la Tutela de Derecho emerge como un mecanismo eficaz de control difuso de la constitucionalidad de estas medidas, con ello nos referimos a la observancia del principio de supremacía constitucional e interpretación conforme a estipulaciones constitucionales, pues están implicados derechos fundamentales cuya protección y vigencia está reconocida, garantizada y protegida por la Norma Suprema (artículos 1º, 2º, 3º, 44º, 51º, por solo mencionar algunos).

➤ **Requerimientos ilegales.-** El fiscal, conforme a lo expuesto, es director de la investigación, pero sujeto a ciertas limitaciones y contrapesos que el nuevo sistema le impone. Del mismo modo, es titular de la acción penal (artículo 159º, inc. 5 de la Constitución), acusador, y cumple un rol dispositivo, de parte y requirente. Por estos motivos, es que puede acudir, mediante requerimientos, ante el juez de la investigación preparatoria para que dicte actos jurisdiccionales (por ej. constitución de partes y demás previstos en el artículo 323º, inciso 2 del NCPP) u otorgue la autorización para la realización de actos restrictivos de derechos (ej. videovigilancia, incautación de bienes, entre otros). Supuestos como estos, en el que el requerimiento o pedido de autorización al juez son ilegales, legitiman la procedencia del pedido de la Tutela de Derechos.

De lo señalado en estas líneas se colige que la Tutela de Derechos, concebida como tal, fue pensada como instrumento idóneo a favor del imputado, pues son sus derechos los que en mayor amenaza, peligro o afectación se encuentra en la fase investigatoria del proceso; sin embargo, si este instrumento es considerado de eficacia pronta, por qué prohibirle o limitarle el uso de la misma al agraviado, pues él, de igual manera podría sufrir abusos por parte del Ministerio Público, órgano director de la investigación, o de la Policía Nacional, órgano auxiliar. Un claro ejemplo de dicha posibilidad constituirían los delitos contra la libertad sexual, como la violación, en los que el fiscal requiriera obligatorio examen médico legista de la víctima para acreditar la veracidad de la imputación penal, aun cuando la agraviada o agraviado esté en un estado de shock o extrema afectación psicológica por la

brutalidad tanto física como psíquica del acto de violación, ¿no sería procedente la tutela de derechos?, así como en cualquier otro supuesto en el que la víctima como el imputado no cuenten con medio distinto de defensa de sus derechos.

1.4. PROTECCIÓN AMPLIA DE LOS DERECHOS DEL IMPUTADO MEDIANTE LA TUTELA DE DERECHOS

El esquema que venimos siguiendo hasta el momento en la presente tesis, tiene dentro de sus objetivos, el ofrecer los argumentos que nos llevan a afirmar que la Tutela de Derechos al ser manifestación del Constitucionalismo y por ende, de la Constitucionalización del Ordenamiento Jurídico en general, tiene como fin principal la defensa de los derechos fundamentales y el control del poder soberano para prevenir los posibles ultrajes que podrían darse en contra de aquellos.

“El constitucionalismo y la teoría que él propugna tienen como razón de ser el reconocimiento y promoción, defensa y protección de la dignidad de la persona y los derechos humanos. El constitucionalismo plantea simultáneamente dotar a la autoridad pública de potestades para cumplir esa finalidad, pero también imponerle restricciones que debe respetar con relación a tales derechos y a su ejercicio” (Cerdeza San Martín 2011). Además, desde la perspectiva del neoconstitucionalismo, al que se hizo referencia, la legalidad se subordina a la constitucionalidad, lo que implica que la legitimidad de la norma jurídica no se deriva de la validez de su proceso formativo, sino de su correspondencia con el texto constitucional. En base a estos criterios, consideramos que la Tutela de Derechos no puede ser reducida al texto legal y al listado taxativo de los derechos que se enumeran en el apartado 2 del art. 71º, pues de ser así se estaría afectando la protección amplia de derechos

fundamentales a la que aspira un Estado Constitucional de Derecho. Algo similar sucede cuando se niega la legitimidad de la víctima para recurrir a la Tutela de Derechos, pues siendo este el mecanismo más rápido y efectivo para la protección de los derechos fundamentales no puede ser negado a ninguna persona que requiera de su asistencia.

Respecto al tema que propuesto en el apartado presente es necesario recordar que, el imputado es el sujeto al que se acusa de haber cometido un delito, y sobre quien pesa toda la potestad persecutoria del Estado, contra él se dirigen el procedimiento y la pretensión penal. Todas estas características conducen a afirmar que el imputado es el sujeto débil de la relación procesal y que en atención a dicha desventaja se ponen a su disposición una serie de instrumentos procesales que buscan equilibrar la situación.

Actualmente ya no es objeto de discusión la calidad del imputado como sujeto procesal, es decir, “con plena capacidad para ser titular de derechos y obligaciones procesales y, especialmente, el derecho de defensa y sus instrumentales, medio necesario para hacer valer el también fundamental derecho a la libertad personal” (Mellado Asencio 1993, 59). Queda así sepultada la idea de que el imputado es un objeto procesal, al que se lo puede someter a tratos desconsiderados e indignantes con el único fin de descubrir la existencia o ausencia de un delito, todo lo contrario, el Nuevo Código Procesal de corte acusatorio contradictorio, promueve un procedimiento imparcial y respetuoso de los derechos fundamentales, tanto de la víctima como del imputado, los cuales se ven resguardados por una serie de garantías constitucionales.

Por otro lado “El NCPP supone que todo este conjunto de garantías constitucionales ya no sean una proclama garantista vacía de contenido, sino de hacerlas efectivas y, lo más importante, se erigen en cláusulas de imperativo cumplimiento por parte de los órganos estatales encargados de la persecución penal. En consuno, la realización del proceso penal en el marco del Estado de Derecho, exige una serie de limitaciones a los órganos públicos y prescribe la observancia de una serie de garantías, en este caso garantías de las cuales se encuentra revestida la figura del imputado” (Salazar Araujo, Alerta Informativa - LOZA AVALOS ABOGADOS s.f., 4).

Una vez definida la figura del imputado, entraremos a hablar acerca de los derechos que le pertenecen y específicamente, de aquellos que se ven resguardados mediante la institución procesal de la Tutela de Derechos.

Si bien el Acuerdo Plenario N° 4 – 2010/CJ – 116 señala en el punto número diez que los derechos protegidos por la Audiencia de Tutela son los que se encuentran recogidos taxativamente en el artículo 71° del NCPP, no compartimos esta idea, fundamentalmente debido a que dicha interpretación reduce la protección de los derechos fundamentales y niega el valor constitucional que encierra la Tutela de Derechos, dicho de otro modo, antepone la legalidad a la constitucionalidad.

Mediante un análisis más detallado, se aprecia que el apartado 2 del art. 71° solo se refiere al deber de las autoridades (jueces, fiscales y policía) para hacer saber de manera inmediata y comprensible al imputado los derechos específicos o mínimos que goza al interior del proceso, lo cual reduce considerablemente el campo de actuación de la Tutela de Derechos, negando así la oportunidad de atender de

manera rápida y eficaz una serie de circunstancias tan o más importantes que aquellas.

En suma a ello, el apartado 1 del artículo en mención, señala 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”, lo cual reafirma la postura de que la Tutela de Derechos ha sido creada no sólo para la defensa de un número reducido de derechos, sino para todos aquellos que gozando de amparo legal o constitucional, no cuentan con una vía propia.

Sin embargo, ello no posibilita a los usuarios del aparato jurisdiccional a activar este mecanismo bajo cualquier circunstancia y, aun cuando la protección del derecho ya tuviere una vía idónea, bajo esta circunstancia debe remarcarse el carácter residual de esta figura jurídica.

Desde esta perspectiva la Tutela de Derechos procede tanto para los derechos enumerados en el apartado 2 del artículo 71° del Nuevo Código Procesal Penal, como para aquellos derechos del imputado que no cuentan con una vía procesal propia para ser protegidos y reclamados. Con respecto a los primeros, el texto legal es el siguiente:

Art. 71°, 2: Los Jueces, Fiscales o la Policía Nacional deben hacer saber al imputado de manera inmediata y comprensible, que tiene derecho a:

- Conocer los cargos formulados en su contra y, en caso de detención, a que se le exprese la causa o motivo de dicha medida, entregándole la orden de detención girada en su contra.

- Designar a la persona o institución a la que debe comunicarse su detención y que dicha comunicación se haga en forma inmediata.
- Ser asistido por un abogado defensor desde los actos iniciales de investigación; debe ser asistido por un abogado defensor de su elección. En caso que no pueda tenerlo, el Estado le proporcionará gratuitamente un Defensor de Oficio.
- 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.
- 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 ser examinado por un médico legista o por otro profesional de la salud, cuando su estado de salud así lo requiera.

Con respecto al segundo grupo, los derechos “surgen de las garantías procesales reconocidos en nuestra Carta Política y los Tratados de Derechos Humanos” (Cubas Villanueva 2009, 210 - 211) y de la redacción misma de la última parte del artículo 71°, inciso 4° del Código Procesal Penal; empero, estos podrán ser defendidos mediante la Tutela de Derechos, siempre que no cuenten con una vía procesal propia. Dentro de los derechos del imputado en términos generales, tenemos:

- **Derecho a la presunción de inocencia.** Solo será considerado culpable cuando medie una resolución judicial que pone fin a un proceso penal (artículo 2.24.e Constitución).

- **Derecho a un juicio previo.** Nadie puede ser penado sin previo juicio, entendiéndose por juicio la etapa procesal de juzgamiento, público y contradictorio (artículo 139 incisos 4 y 10 Constitución)
- **Derecho al debido proceso.** Es decir, a ser juzgado con respeto escrupuloso de los procedimientos y garantías procesales previstas en la Constitución y en las leyes (artículo 139 inciso 3 Constitución)
- **Derecho a ser juzgado por un juez imparcial y predeterminado por la ley;** juez legal, es decir, debe ser juzgado por un juez designado con anterioridad a la comisión del delito (artículo 139 inciso 1 Constitución)
- **Derecho a no ser condenado en ausencia** (artículo 139 inciso 12 Constitución). El procesado deberá estar presente físicamente para ser juzgado, de tal manera que el juez pueda tener una vivencia real de su personalidad, los móviles de la comisión del delito, etc.
- **Derecho a no ser juzgado dos veces por la misma causa.** Garantía de la cosa juzgada y la imposibilidad de revivir procesos ya sentenciados (artículo 139 inciso 13 Constitución)
- **Derecho a la instancia plural.** Las decisiones judiciales pueden ser impugnadas para que sean revisadas y eventualmente modificadas por un tribunal superior (artículo 139 inciso 6 Constitución)
- **Derecho a no ser víctima de violencia moral, psíquica o física, ni sometido a tortura o a tratos inhumanos o humillantes,** están proscritas todas las formas de trato vejatorio (artículo 2.24.g Constitución)

Si bien al principio de esta sección manifestamos nuestro desacuerdo con lo dicho en el Acuerdo Plenario N° 4 – 2010/CJ – 116 con respecto al listado taxativo de los derechos que pueden ser incoados mediante la Tutela de derechos, sí consideramos

acertado su criterio con respeto al carácter residual de este mecanismo, es decir, “opera siempre que el ordenamiento procesal no especifique un camino determinado para la reclamación por un derecho afectado”. En armonía con ello, Jaime Coágula afirma que “tajantemente no es aplicable respecto de las demás disposiciones fiscales atentatorias de derechos fundamentales con una vía propia para su respectivo control, como sucede con los mecanismos procesales de las nulidades procesales, el control de plazos y la recalificación de admisión de medios de prueba” (2013, 21).

1.4.1. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA TUTELA DE DERECHOS

Si bien ya tratamos este tema es necesario, por razones metodológicas recalcar y hacer incidencia en ciertos puntos que contribuyen con la postura expuesta en esta investigación. Los posibles efectos jurídicos a los que la defensa puede aspirar en vía tutela de derechos son los que a su vez determinan el marco de actuación del Juez de Garantías, entre ellos Cupe Calcina citado por Salazar Araujo (s.f., 12) precisa:

- Subsanan omisión.
- Dictar las medidas de corrección.
- Dictar las medidas de protección.

Adicionalmente a lo que referimos en párrafos anteriores, sobre estas posibilidades, el juez de la investigación preparatoria, (además de poder subsanar, corregir o proteger) podrá anular o excluir actuaciones policiales o fiscales que vulneren derechos fundamentales, pues como actos de órganos estatales de la persecución del delito (uno como principal y director, y el otro como auxiliar) están sujetos, al igual que toda la actividad estatal, a control de

su legalidad, y en especial tono al control de constitucionalidad, pues, es de manera general en esta Norma Suprema en donde se consagran los derechos, y es por ello que adquieren la calidad de fundamentales.

En tal sentido, es incorrecto, lo que el Acuerdo Plenario N° 4-2010/CJ-116, en su fundamento jurídico número 19 establece, “[...] que la Tutela de Derechos, es una garantía de específica relevancia procesal penal, que puede ser usar el imputado cuando ve afectado y vulnerado uno o varios derechos **establecidos** específicamente en el artículo 71° del NCPP [...]” (resaltado nuestro).

Los derechos fundamentales, incluso por el propio texto constitucional, no pueden ser establecidos, sino que lo se configura es su reconocimiento como base del sistema político-social del país. Sabemos que estamos en la era el neoconstitucionalismo, por ende no podemos apegarnos a una interpretación legalista de los instrumentos jurídicos ni mucho menos pensar que el reconocimiento, protección y garantía de los derechos fundamentales está en función a la ley y a la aplicación automática de la misma por el juez.

Por el contrario, el juez como sujeto imparcial comprometido con los valores, principios y derechos que informan todo el ordenamiento jurídico, tiene la facultad, es más, el deber de pensar y razonar antes de aplicar el Derecho, consecuentemente a ello, no podemos reducir el ámbito de su actuación a simplismos positivistas de aplicación automática de la ley, sino que en el desarrollo de su función deberá apuntar a la conservación de los mandatos constitucionales, en cuanto principios, valores y derechos fundamentales.

CAPÍTULO II:

SUJETOS LEGITIMADOS PARA INVOCAR LA TUTELA DE DERECHOS

En apartados anteriores ya habíamos abordado superficialmente el tema propuesto en este capítulo y que se constituye como uno de los pilares de nuestra investigación.

Al respecto existen opiniones encontradas, pues algunos consideran legitimada a la víctima para solicitar tutela de derechos, mientras que otros consideran dicha institución procesal-constitucional como exclusiva de una de las partes, el imputado (muestra de ello son los Fundamentos Jurídicos del VI Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanentes y Transitorias).

Así por ejemplo, en alguna jurisprudencia (Tercer Juzgado Penal de Investigación Preparatoria de Trujillo, Exp. 749-2008-11) se ha señalado lo siguiente:

*“El cuestionamiento de los denunciantes (ahora solicitantes) a la decisión de la señora Fiscal Provincial de archivar la denuncia de autos, resulta totalmente ajeno a la naturaleza procesal del control de tutela de derechos, la misma que **en rigor** está habilitada ante la vulneración de alguno de los derechos del imputado reconocidos taxativamente en el artículo 71°, numeral 2° del Código Procesal Penal, máxime si la decisión de archivar una denuncia representa el ejercicio regular de sus funciones como titular de la acción penal pública”.*

En sentido contrario a lo señalado por algunos autores y por la jurisprudencia, se manifiesta nuestra posición. Si bien es correcto, que solo la figura de imputado es mencionada en el artículo 71° del NCPP como autorizado para emplear la Tutela de Derechos como medio de defensa de sus derechos fundamentales, dentro de la etapa

investigatoria, ante el Juez de Garantías; no consideramos exista alguna razón suficiente y de derecho que prohíba el uso de este mecanismo por las víctimas en la fase de investigación penal, no hay que distinguir donde la norma no lo hace.

Una posición bastante difundida es que la Tutela de Derechos tiene como principal fin la equiparación de posibilidades en el proceso entre el órgano acusador y la defensa del imputado, que por estar en situación de desventaja material, como es notorio entre la relación órgano estatal y particular (imputado) debe contar con instrumentos que tiendan a la equiparación en el marco de la investigación, que es donde se “juegan” de manera decisiva las libertades y derechos del imputado (pues de aquí depende la continuación de las demás etapas del proceso), ya que de no obtener elementos de convicción e información suficiente que sustente las acusación la penal, el fiscal deberá archivar el caso (si estamos en el punto final de las Diligencias Preliminares) o pedir el sobreseimiento al juez (luego de dar por finalizada la investigación preparatoria).

En este orden de cosas, cabe preguntarnos, reconocerle legitimidad al agraviado para efectivizar su respeto y protección mediante la Tutela de Derechos ¿merma en algún sentido las ventajas que este mecanismo ofrece al imputado?

La respuesta lógica a ello es que no, pues el encargado de llevar a cabo la investigación preparatoria, el fiscal, y por ende las actuaciones del mismo y de otros órganos intervinientes son las que en definitiva pueden ocasionar el desmedro a los derechos de los sujetos procesales más vulnerables, el imputado en primer lugar y seguidamente la víctima (aun cuando su papel es de coadyuvante del fiscal). Por lo tanto, la Tutela de Derechos adquiere un papel relevante por su eficacia y prontitud en la resolución de posibles violaciones de los derechos fundamentales en la Fase de Investigación Preparatoria del proceso penal. Máxime nuestra posición gira en torno a la igualdad de

armas o igualdad procesal que es uno de los principios inspiradores del NCPP (Artículos I –numeral 3– y X del Título Preliminar,) y por lo tanto del sistema que se implantó en nuestro país. Por otra parte nuestra posición es concordante con principios y derechos constitucionales, como el de igualdad (artículo 2, inciso 2, Constitución) que se refleja en el quehacer procesal, de manera especial, en la igualdad de armas e igualdad procesal; así mismo, nuestra proposición hace eco de los mandatos constitucionales de Supremacía de la Constitución (artículo 55°, Constitución) frente a las demás leyes del sistema jurídico, así como de la obligación estatal de garantizar, promover y proteger los derechos humanos (artículos 44°, Constitución).

2.1. LA LEGITIMACIÓN DE LA VÍCTIMA A LA TUTELA DE DERECHOS

La víctima es aquella persona que ha sufrido menoscabo físico o moral a raíz del presunto delito que se encuentra en investigación, en términos jurídicos, viene a ser el sujeto pasivo, mientras que el imputado sería el sujeto activo, claro está, en la fase de investigación preparatoria ambos roles son tan sólo una suposición. Existen dispositivos legales de trascendencia internacional, dedicados a la protección de la víctima, así, el más importante es la Declaración sobre Principios Fundamentales de la Justicia para las Víctimas de Delitos y Abuso de Poder, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el año 1985, en correlación con el art. 25° del Pacto de San José de Costa Rica que reconoce como una obligación del estado proveer de una debida protección judicial a sus ciudadanos cuando alguno de sus derechos constitucionalmente reconocidos ha sido lesionado.

Este creciente interés por la víctima se debe, entre otros factores, a la influencia del Neoconstitucionalismo y el auge de los derechos fundamentales, de allí que se ponga énfasis en la protección e implementación de su derecho fundamental de

acceder al proceso y de lograr una respuesta adecuada y eficaz a su pretensión. El Nuevo Código Procesal Penal peruano incluye en el Título IV el tema relativo al tratamiento de la víctima, haciendo alusión a la figura del agraviado, del actor civil y del querellante particular.

Un tema que ha traído polémica en relación al Nuevo Código Procesal Penal es el de la legitimidad de la víctima para hacer uso de la Tutela de Derechos, al respecto existen dos posturas: la Tutela de derechos como una institución exclusiva del imputado y la Tutela de derechos como una vía legítima también para la víctima. Nosotros apostamos por la segunda, pues consideramos que es la que más se condice con la perspectiva constitucionalista y la creciente protección de derechos fundamentales a la que aspira cualquier Estado Constitucional de Derecho.

Dentro de la postura que niega la legitimidad de la víctima, encontramos a la legalidad como el argumento de más peso, empero, sabemos ya en atención a lo estudiado con anterioridad, que actualmente la legalidad tiene que ceder ante la constitucionalidad y principalmente ante el fin supremo del Estado, que es, la protección de la dignidad del hombre. Los argumentos en los que sustentamos nuestra postura derivan principalmente de esta última afirmación, pues en nuestra opinión no puede negársele a la víctima la oportunidad de defender sus derechos mediante una vía rápida y eficaz como lo es la Tutela de Derechos, todo lo contrario, en un Estado Constitucional de Derecho todas las instituciones del Ordenamiento Jurídico que tengan como fin la protección de derechos fundados en la dignidad, deben ser optimizados y promovidos. Esto además, es reflejo de la llamada constitucionalización del Proceso Penal.

Empecemos entonces hablando del principio de igualdad procesal, reflejo del derecho constitucional a la igualdad, el cual a la letra dice:

Art. 2º, inciso 2:

Toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por razón de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole.

Así mismo, el apartado 3 del Art. I del Título Preliminar del Código Procesal Penal, señala:

Art. I, 3:

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.

Esta igualdad que tiene relevancia para el proceso penal, puede ser definida como la igualdad de armas entre las partes así constituidas en la etapa de investigación preparatoria, y es característica del modelo acusatorio que ha adoptado en Nuevo Código Procesal Penal Peruano. Una interpretación restringida del art. 71º conllevaría a la contradicción de este importante principio y derecho constitucional, ya que estaría negando a la víctima la posibilidad de recurrir a un mecanismo procesal del que sí gozaría el imputado, cuando en realidad lo que debería propugnarse es un conjunto de derechos destinados a la promoción de un debido proceso y una tutela jurisdiccional efectiva que beneficie a ambas partes en igual medida, pues tanto imputado como víctima gozan de derechos fundamentales que se sustentan en la dignidad que los caracteriza por el simple hecho de ser personas.

Desde esta perspectiva no pueden existir tratos discriminatorios o exclusivos cuando se trate de proteger derechos fundamentales, lo cual se acomoda perfectamente a la Tutela de derechos, una vez comprobada su naturaleza constitucional.

Por último, consideramos que en un Estado Constitucional de Derecho no se pueden colocar trabas u obstáculos para la defensa eficaz de los derechos fundamentales, lo cual estaría sucediendo si se le niega a la víctima la posibilidad de recurrir a la Tutela de derechos, al ser esta una de las vías más rápidas y eficaces para reparar las acciones u omisiones generadas por el quebrantamiento del derecho de las partes.

Al respecto, Neyra Flores ha manifestado que “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 [...] en tanto buscan respetar la vigencia de la norma, y dotar de instrumentos que permitan el pleno respeto de los derechos de todos sujetos procesales acorde con un modelo Constitucional” (Neyra Flores, Revista de la Maestría en Derecho Procesal - PUCP 2010, 18).

La posición que sustenta el solo uso de la Tutela de Derechos por parte del imputado, es defendible desde un punto de vista legalista-positivista mediando el uso del método de interpretación literal, pero tal como lo reconoce el VI Pleno Jurisdiccional en materia penal “La Constitución [se ha convertido] en el referente por antonomasia, no solo del legislador procesal sino de toda actuación de los encargados de la persecución penal, y de las personas que de una u otra manera se ven vinculadas a un caso penal”. Esta afirmación, propugnada por el

neoconstitucionalismo, es el fundamento que legitima a la víctima, además de su aludida centralidad dentro del proceso penal, para solicitar protección mediante la institución de Tutela de Derechos. Corolario de nuestra fundamentación, “[n]o todo proceso penal es un sistema de garantías, sino que solamente lo es aquel que cumple con el catálogo de principios y reglas reconocidas en la Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos ratificados por nuestro país” (Neyra Flores 2010).

CAPÍTULO III:

LA TUTELA DE DERECHOS Y LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

El concepto de garantías individuales suele confundirse con el de derechos fundamentales. Del mismo modo sucede con el concepto de garantías individuales y garantías constitucionales. En este sentido, para una mejor especificación en nuestro trabajo, es bueno hacer una distinción puntual entre estas dos últimas instituciones jurídicas. Las garantías individuales están destinadas a proteger los derechos fundamentales, que tienen carácter constitucional en tanto parte integrante del texto constitucional. Mientras que las garantías constitucionales están constituidas por mecanismos de defensa (predominantemente de carácter procesal), no solamente de derechos, sino también de la propia Constitución.

La palabra garantía implica una función de asegurar, proteger, defender y salvaguardar. Es así, que en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789), en su artículo 16° se expresa:

“Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no esté asegurada ni la separación de poderes establecida no tiene Constitución”.

De los puntos expuestos, es presumible la relación inmediata y necesaria que surge entre garantías individuales y derechos humanos. Así los derechos del hombre son ideas generales y abstractas, y las garantías, son individuales y concretas. Consecuentemente, la garantía tiene por fin asegurar y proteger, ergo, los derechos fundamentales son el “objeto” que la garantía pretende proteger y asegurar.

Desde cierto punto de vista, los derechos humanos no tienen vigencia positiva mientras no se les reconozca por las normas del derecho vigente. Al unísono, dichas normas no podrían existir si no existiesen previamente las exigencias de la persona humana, estas son los derechos fundamentales. En orden expositivo, las garantías individuales, son el primer elemento de tutela jurídico-constitucional de los derechos individuales. Extendida resulta la idea de que la Constitución en ningún caso establece derechos, sino que los reconoce a la vez que implanta un medio de tutela, esta es la función que corresponde al poder estatal, es decir, reconocer, garantizar y defender los derechos de las personas. Bajo este punto de vista, las garantías representan límites al ejercicio del poder con relación a los gobernados, en tal sentido son parte importante de toda constitución.

3.1. PROCESO DE HÁBEAS CORPUS

De conformidad con el artículo 200° de la Constitución Política del Perú de 1993, el Hábeas Corpus, procede ante el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza la libertad individual o derechos constitucionales conexos.

Además de su concepción como proceso, el Hábeas Corpus también es entendido como el derecho que asiste a todo ciudadano, a comparecer inmediata y públicamente ante un juez o tribunal para que, oyéndolo, resuelva si su arresto fue o no legal, y si debe alzarse o mantenerse. El órgano encargado de conocer de las resoluciones denegatorias de Hábeas Corpus (y Amparo) es el Tribunal Constitucional.

El procedimiento para presentar la demanda que dé inicio al proceso de Hábeas Corpus puede ser hecha por la misma persona perjudicada o cualquier otra, sin necesidad de otorgamiento de poder, pago de tasas, o firma del letrado o formalidad alguna (artículo 26º, 27º del Código Procesal Constitucional, Ley N°28237). Además la acción puede ser ejercitada por escrito o verbalmente. Respecto al juez competente el artículo 28º (el art. 29º establece la competencia especial del Juez de Paz) del Código Procesal Constitucional establece los criterios:

“La demanda de hábeas corpus se interpone ante cualquier Juez Penal, sin observar turnos”.

Algunos de los derechos protegidos por esta garantía constitucional, están regulados en el artículo 25º del Código antes aludido:

Procede el hábeas corpus ante la acción u omisión que amenace o vulnere los siguientes derechos que, enunciativamente, conforman la libertad individual

- 1) La integridad personal y el derecho a no ser sometido a tortura o tratos humillantes, ni violentado para obtener declaraciones.*
- 2) El derecho a no ser obligado a prestar juramento ni compelido a declarar o reconocer culpabilidad contra sí mismo, contra su cónyuge, o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.*
- 3) El derecho a no ser exiliado o desterrado o confinado sino por sentencia firme.*
- 4) El derecho a no ser expatriado ni separado del lugar de residencia sino por mandato judicial o por aplicación de la Ley de Extranjería.*

- 5) *El derecho del extranjero, a quien se ha concedido asilo político, de no ser expulsado al país cuyo gobierno lo persigue, o en ningún caso si peligrase su libertad o seguridad por el hecho de ser expulsado.*
- 6) *El derecho de los nacionales o de los extranjeros residentes a ingresar, transitar o salir del territorio nacional, salvo mandato judicial o aplicación de la Ley de Extranjería o de Sanidad.*
- 7) *El derecho a no ser detenido sino por mandato escrito y motivado del Juez, o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito; o si ha sido detenido, a ser puesto dentro de las 24 horas o en el término de la distancia, a disposición del juzgado que corresponda, de acuerdo con el acápite “f” del inciso 24) del artículo 2 de la Constitución sin perjuicio de las excepciones que en él se consignan.*
- 8) *El derecho a decidir voluntariamente prestar el servicio militar, conforme a la ley de la materia.*
- 9) *El derecho a no ser detenido por deudas.*
- 10) *El derecho a no ser privado del documento nacional de identidad, así como de obtener el pasaporte o su renovación dentro o fuera de la República.*
- 11) *El derecho a no ser incomunicado sino en los casos establecidos por el literal “g” del inciso 24) del artículo 2 de la Constitución.*
- 12) *El derecho a ser asistido por un abogado defensor libremente elegido desde que se es citado o detenido por la autoridad policial u otra, sin excepción.*
- 13) *El derecho a retirar la vigilancia del domicilio y a suspender el seguimiento policial, cuando resulten arbitrarios o injustificados.*

- 14) *El derecho a la excarcelación de un procesado o condenado, cuya libertad haya sido declarada por el juez.*
- 15) *El derecho a que se observe el trámite correspondiente cuando se trate el procedimiento o detención de las personas, a que se refiere el artículo 99 de la Constitución.*
- 16) *El derecho a no ser objeto de una desaparición forzada.*
- 17) *El derecho del detenido o recluso a no ser objeto de un tratamiento carente de razonabilidad y proporcionalidad, respecto de la forma y condiciones en que cumple el mandato de detención o la pena.*

También procede el hábeas corpus en defensa de los derechos constitucionales conexos con la libertad individual, especialmente cuando se trata del debido proceso y la inviolabilidad del domicilio.

3.1.1. EFICACIA DE LA TUTELA DE DERECHOS EN RELACIÓN AL HÁBEAS CORPUS

Del análisis realizado hasta este punto, se desprende que la Tutela de Derechos es un mecanismo de naturaleza y contenido constitucional, pero creado específicamente para la protección de los derechos del imputado y de la víctima al interior de un proceso penal. De este hecho se desprenden las características que convierten a la Tutela de Derechos en el mecanismo idóneo para la protección de los derechos fundamentales en el contexto de la investigación preparatoria de un proceso penal, siendo aún más eficaz que un proceso de Hábeas Corpus, dada su mayor especificidad y mayor rapidez.

En cuanto al primero de los aspectos, vale señalar que el juez encargado de resolver un proceso de Tutela de Derechos, es el llamado Juez de Garantías o Juez de Investigación preparatoria, el cual tiene como labor vigilar que el fiscal lleve a cabo sus actuaciones de investigación en concordancia con los derechos y garantías que se le reconocen al procesado y a la víctima; así, se diría que su rol en relación a la Tutela de Derechos es solo una manifestación más de su tarea como juez de investigación preparatoria. Derivándose de esta circunstancia una ventaja en relación al proceso de Hábeas Corpus, ya que el juez que conocerá en este proceso será uno totalmente ajeno al proceso, en cuya etapa de investigación tuvo origen la presunta vulneración de derechos, restándole este hecho familiaridad y experiencia en el manejo de la misma.

En cuanto a la rapidez, la eficacia del proceso de Hábeas Corpus exige como requisito un procedimiento sumario en juicio no contradictorio, esto constituye una desventaja en relación con la única audiencia de la Tutela de Derechos (tomando en cuenta que si el juez lo considera necesario, puede llevarla a cabo por las circunstancias del caso), otorgándole a este último una mayor eficacia y rapidez en cuanto a la protección que el imputado o víctima hayan solicitado, evitando dilaciones, que por las circunstancias del contexto (investigación preparatoria) deben ser evitadas en orden a los plazos razonables del proceso y a la consecución de una justicia a tiempo, pues aquella que llega retardada en última razón pueden significar la resolución de un conflicto jurídico, pero no solución en justicia y paz.

Si el imputado pretendiera la protección de sus derechos constitucionales ligados a la libertad personal mediante el proceso Hábeas Corpus, tendría que

realizar una serie de actos y procedimientos adicionales de los que, en comparación con la Tutela de Derechos, tendría que realizar en la etapa de investigación preparatoria del proceso penal. Esto concuerda con los propios principios informadores del nuevo sistema penal peruano, así por ejemplo, en el Título Preliminar del NCPP, se prescribe lo siguiente:

Artículo I, 1:

*“la justicia penal es gratuita, salvo el pago de las costas procesales establecidas conforme a este Código. Se imparte con imparcialidad por los órganos jurisdiccionales competentes y en un **plazo razonable**”*

En un nivel aún mayor (es decir, internacional) que el anterior, las manifestaciones de instrumentos internacionales de consagración de derechos, así, la Convención Americana sobre Derecho Humanos señala:

Artículo 8º,1:

*“toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un **plazo razonable**”*

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:

Artículo 14º,3:

*“Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: c) A ser juzgado **sin dilaciones indebidas**”*

Al respecto, Neyra Flores expresa que, “el principio de legalidad que establece la necesidad que el Estado proceda al enjuiciamiento penal de todos los delitos, no justifica que se dedique un periodo de tiempo ilimitado a la resolución de un asunto penal porque se asumiría de manera implícita que el

Estado siempre enjuicia a culpables y que es irrelevante el tiempo que se utilice para probar la culpabilidad. Por tanto, el derecho a un proceso dentro de un plazo razonable es un derecho subjetivo constitucional que asiste a todos los sujetos que hayan sido parte en un procedimiento penal de carácter autónomo, aunque instrumental del derecho a la tutela, y que se dirige frente a los órganos del Poder Judicial (aun cuando en su ejercicio han de estar comprometidos todos los poderes del Estado), creando en ellos la obligación de actuar en un plazo razonable el ius puniendi o de reconocer y en su caso restablecer inmediatamente el derecho a la libertad”. (Neyra Flores 2010, 148).

Por último, es importante analizar el inciso 2 del artículo 5° del Código Procesal Constitucional, que prescribe:

Artículo 5°.- No proceden los procesos constitucionales cuando:

2. Existan vías procedimentales específicas igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado, salvo cuando se trate del proceso de hábeas corpus.

En el artículo citado se prevén diversas hipótesis que dan lugar a la improcedencia de un proceso constitucional, dentro de estas encontramos la existencia de una vía procedimental específica que satisfaga en igual medida lo solicitado por el agraviado, salvo el caso del Hábeas Corpus, que procede aun existiendo vías igualmente satisfactorias. En este contexto es válido preguntarnos ¿Por qué si el Hábeas Corpus procede sin excepción frente a la vulneración del derecho a la libertad y derechos conexos durante la

investigación preparatoria, se ha previsto la posibilidad de recurrir a la Tutela de Derechos para proteger los mismos derechos?

Consideramos que la respuesta a esta interrogante se haya en las características especiales de la Tutela de Derechos, las cuales la convierten en el medio idóneo para reclamar protección frente a la vulneración de derechos fundamentales al interior de una investigación preparatoria. De no ser así no se entendería por qué el legislador ha previsto la Tutela de Derechos existiendo ya el Hábeas Corpus, la única posibilidad es que la primera de estas haya sido concebida como una alternativa más eficaz, rápida y específica.

3.2. PROCESO DE AMPARO

Esta garantía procede contra el hecho u omisión por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los demás derechos reconocidos por la Constitución, con excepción de los derechos protegidos por los demás procesos constitucionales. No procede contra normas legales ni contra Resoluciones Judiciales emanadas de procedimiento regular.

La acción se ejerce por la persona afectada por la vulneración de sus derechos, quien solicita al órgano jurisdiccional la protección urgente (sumaria). Los derechos de la persona pueden estar en peligro o en concreta afectación tanto por una autoridad pública como por cualquier particular. Así mismo, el afectado puede comparecer mediante representante procesal, e incluso, en ciertos casos (como lo prevé el artículo 41° del Código Procesal Constitucional), cualquier persona podrá comparecer en su nombre.

El amparo procede cuando no existe otro camino legal para hacer valer el derecho violado o amenazado. De esta manera, cuando el ejercicio de un derecho reconocido por la Constitución, tratados internacionales o por las leyes, esté en condiciones de ser amenazado, restringido o alterado de forma actual y eminente por cierto acto u omisión de los órganos del poder estatal o por las actuaciones de otro particular, será necesaria esta figura del amparo.

Los derechos que este mecanismo constitucional protege son:

Artículo 37°

El amparo procede en defensa de los siguientes derechos:

- 1) De igualdad y de no ser discriminado por razón de origen, sexo, raza, orientación sexual, religión, opinión, condición económica, social, idioma, o de cualquier otra índole;*
- 2) Del ejercicio público de cualquier confesión religiosa;*
- 3) De información, opinión y expresión;*
- 4) A la libre contratación;*
- 5) A la creación artística, intelectual y científica;*
- 6) De la inviolabilidad y secreto de los documentos privados y de las comunicaciones;*
- 7) De reunión;*
- 8) Del honor, intimidad, voz, imagen y rectificación de informaciones inexactas o agraviantes;*
- 9) De asociación;*
- 10) Al trabajo;*
- 11) De sindicación, negociación colectiva y huelga;*

- 12) *De propiedad y herencia;*
- 13) *De petición ante la autoridad competente;*
- 14) *De participación individual o colectiva en la vida política del país;*
- 15) *A la nacionalidad;*
- 16) *De tutela procesal efectiva;*
- 17) *A la educación, así como el derecho de los padres de escoger el centro de educación y participar en el proceso educativo de sus hijos;*
- 18) *De impartir educación dentro de los principios constitucionales;*
- 19) *A la seguridad social;*
- 20) *De la remuneración y pensión;*
- 21) *De la libertad de cátedra;*
- 22) *De acceso a los medios de comunicación social en los términos del artículo 35 de la Constitución;*
- 23) *De gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida;*
- 24) *A la salud; y*
- 25) *Los demás que la Constitución reconoce.*

La competencia para conocer de estos procesos, corresponde al Juez Civil o Mixto del lugar donde se afectó el derecho. Una vez interpuesta la demanda, el juez notifica al presunto autor de la infracción para que conteste las alegaciones del demandante, luego de ello con o sin contestación resolverá. La apelación de la resolución tiene como plazo máximo tres días.

3.2.1. EFICACIA DE LA TUTELA DE DERECHOS EN RELACIÓN AL PROCESO DE AMPARO

El proceso de Amparo resulta relevante al interior de un proceso penal, ya que resulta un medio de protección de los derechos ya no del imputado sino de la víctima, es decir, distintos al derecho a la libertad, por ejemplo en el caso de que se vea vulnerada su integridad psicológica al ser expuesta a actos de investigación vulneratorios de su dignidad, dando lugar a situaciones de sobrevictimización. Sin embargo, por los mismos argumentos que sostienen la mayor eficacia de la Tutela de Derechos frente al proceso de Hábeas Corpus, recapitulando: la mayor especificidad, la rapidez y la eficacia, consideramos que la Tutela de Derechos se mantiene como el medio más idóneo en cuanto a la protección de derechos fundamentales de la víctima al interior del proceso penal en su etapa de investigación preparatoria.

Un aspecto a resaltar es el relativo al Juez que conoce el proceso de Amparo, el cual pertenece al gremio civil, esta circunstancia alejaría aún más al proceso de amparo de ser un instrumento con aptitud para hacer frente ante la vulneración de los derechos fundamentales de la víctima en el curso de una investigación delictiva.

3.3. EFICACIA DE LA TUTELA DE DERECHOS EN EL ÁMBITO DE LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA

En los dos apartados anteriores hemos expuesto ya las principales razones que perfilan a la Tutela de Derechos como el medio más idóneo y eficaz para la protección de los derechos fundamentales del imputado y de la víctima en la

investigación preparatoria de un proceso penal, por lo que en este acápite nos limitaremos a elaborar un breve resumen de las mismas. Así, diríamos que la Tutela de Derechos se presenta como el mecanismo más específico y más rápido para proteger y reparar los derechos fundamentales del imputado y de la víctima, incluso en comparación con los procesos constitucionales de Hábeas Corpus y Amparo.

En cuanto a la mayor especificidad habíamos dicho ya que la Tutela de Derechos se presenta como un mecanismo de contenido y naturaleza constitucional, dados los derechos que pretende proteger y las medidas que adopta para ello; sin embargo, a diferencia del Hábeas Corpus y del Amparo que son de carácter general, la Tutela de Derechos ha sido prevista por el legislador para proteger exclusiva y específicamente los derechos fundamentales del imputado y de la víctima en la etapa de investigación preparatoria de un proceso penal. Esta circunstancia se manifiesta en muchos de los aspectos que caracterizan a la Tutela de Derechos, como es el hecho de que sea el Juez de Investigación Preparatoria ya familiarizado con la causa quien asuma su conducción, y no un juez penal cualquiera como sería si se opta por iniciar un proceso de Hábeas Corpus, o peor aún, un juez civil si se opta por el Proceso de Amparo. En cuanto a la mayor rapidez, el propio Código Procesal Penal señala que la Audiencia de Tutela de Derechos es única y se resuelve de manera inmediata, lo cual implica una ventaja en relación a los procesos constitucionales.

Por otro lado, para afirmar el poder de la Tutela de Derechos frente a las garantías constitucionales en la etapa de Investigación Preparatoria se requiere de mayor reglamentación de la figura procesal-constitucional, que nos permita una visión mejorada de lo que actualmente se entiende por ella. Pues aún existe confusión

doctrinal y a nivel de la jurisprudencia en lo concerniente a su admisión y aplicabilidad a mayores ámbitos de protección de derechos fundamentales. La Tutela de Derechos tiene en potencia características que la hacen más eficaz en la protección de derechos fundamentales: actúa en plazo razonable en atención a la consecución de la justicia, esto a su vez se desdobra en dos aspectos, uno la prontitud de la resolución del pedido y la no dilación innecesaria del proceso en etapa investigatoria por motivos de esperar a que en proceso distinto se solucione el pedido que el imputado o víctima puedan solicitar mediante el hábeas corpus o amparo. Esto deberá ser consecuencia de los potestades que a esta figura se le otorgue por su connotación constitucional, pues tiende a la defensa de derechos fundamentales frente a actuaciones u omisiones indebidas, intransigentes o ilegales, y más aún inconstitucionales, de los órganos que intervienen en la investigación del delito. Así mismo, si tendemos a la especialización en la protección de los derechos fundamentales, esta vía, rápida y especial en la investigación preparatoria nos los puede brindar.

CAPÍTULO IV:
ANÁLISIS CONJUNTO DE LAS RESOLUCIONES EMITIDAS EN LA
AUDIENCIA DE TUTELA DE DERECHOS

De las quince 15 resoluciones emitidas 10 corresponden al año 2010 y 05 al año 2011.

4.1. PROCESOS PENALES

Como lo hemos señalado en el proyecto de investigación, nuestra unidad de análisis está definida por los procesos penales de la sede del distrito judicial de Cajamarca en los cuales se ha ventilado un asunto referido a la tutela de derechos; determinados el universo y la muestra, se ha revisado un total de 15 expedientes, los cuales representan la totalidad de casos presentados durante los dos años designados para el estudio y por la naturaleza del mecanismo en revisión, han sido extraídos de los archivos de los cuatro Juzgados Penales de Investigación Preparatoria existentes hasta la fecha en Cajamarca, según el siguiente cuadro:

N°	NÚMERO DE EXPEDIENTE
8.1.	00056-2011-2-0601-JR-PE-01
8.2.	00691-2010-62-0601-JR-PE-01
8.3.	01536-2010-30-0601-JR-PE-01
8.4.	01617-2010-63-0601-JR-PE-02
8.5.	01718-2010-84-0601-JR-PE-03
8.6.	01589-2010-76-0601-JR-PE-01
8.7.	01557-2010-0-0601-JR-PE-03
8.8.	01931-2010-21-0601-JR-PE-02
8.9.	01590-2010-57-0601-JR-PE-03
8.10.	01320-2010-31-0601-JR-PE-01
8.11.	01937-2010-79-0601-JR-PE-01
8.12.	00288-2011-27-0601-JR-PE-03
8.13.	00304-2011-56-0601-JR-PE-01
8.14.	00215-2011-83-0601-JR-PE-03
8.15.	00465-2011-29-0601-JR-PE-03

4.2. ELABORACIÓN DE LOS INSTRUMENTOS PARA OBTENER LA INFORMACIÓN

El instrumento pertinente para la obtención de datos para efectos de la parte empírica de nuestra investigación es el siguiente:

INSTRUMENTO N° 03: FICHA DE OBSERVACIÓN DE LOS EXPEDIENTES JUDICIALES.

Este instrumento ha sido debidamente elaborado y aplicado, por lo que dicho trabajo de ejecución se adjunta al presente documento.

4.3. EVALUACIÓN O VALIDEZ DE LOS INSTRUMENTOS

Llevada a cabo por el asesor de tesis; el mismo que ha otorgado la validez correspondiente a los mismos.

4.4. RECOJO DE INFORMACIÓN

4.1.1. INDICADORES PARA LA OBTENCIÓN DE INFORMACIÓN DE LAS ACTAS Y RESOLUCIONES JUDICIALES

En un primer momento de la Investigación, se creyó conveniente analizar únicamente las autos judiciales para corroborar, del total de expedientes de la muestra, en cuántos de ellos se alcanzó una correcta aplicación de la figura de la tutela de derechos para la efectiva protección de los derechos fundamentales desarrollados tanto legislativamente como jurisprudencialmente; sin embargo, al encontrarse estos datos inmersos en las actas de audiencia de tutela de derechos por tratarse de resoluciones dictadas oralmente, decidimos analizar dichas actas de registro que se explicarán en el siguiente acápite.

Los indicadores para el recojo de datos de las actas de audiencia de tutela de derechos, fueron codificados siguiendo las letras del alfabeto español “OB” y enumerados desde el 1 al 10, significando cada uno de los códigos lo siguiente:

OB1: SOLICITUD ACORDE CON EL INCISO 2° DEL ARTÍCULO 71° DEL NCPP

Dicho dato servirá para corroborar si del total de solicitudes presentadas referidas a la tutela de derechos, existe un alto porcentaje en las que se haya fundamentado la solicitud en virtud de los derechos protegidos por alguno de los literales que componen el inciso 2° del artículo 71° del Nuevo Código Procesal Penal y, además, si dicha fundamentación corresponde realmente a lo prescrito en los dispositivos legales ya señalados.

OB2: SOLICITUD CONFORME AL FUNDAMENTO 17 DEL ACUERDO PLENARIO N° 4-2010/CJ-116

Otro de los presupuestos formalmente aceptados para incoar el trámite correspondiente a la tutela de derechos es el contenido en el fundamento 17 del Acuerdo Plenario N° 01-2010/CJ-116, según el cual es posible accionar por la vía de tutela de derechos en los casos en que se busque excluir del proceso material probatorio obtenido ilícitamente, en los casos en que éste sea la base de sucesivas medidas o diligencias; siempre que no exista vía previa para alcanzar este propósito.

En ese sentido, del análisis de cada uno de los casos se ha identificado si las solicitudes se han fundamentado en este desarrollo jurisprudencial y si dicha fundamentación realmente se subsume en el contenido del mismo.

OB3: SOLICITUD ACORDE CON LA PARTE FINAL DEL INCISO 4° DEL ARTÍCULO 71° DEL NCPP

Con este indicador comprobaremos si existen casos en que los abogados han considerado que, además de las prescripciones establecidas en el inciso 2° del artículo 71° del Código Procesal Penal, también puede accionarse en vía de tutela de derechos según lo regulado en la parte final del inciso 4° del referido artículo, tomándola como una cláusula abierta que permite la protección de derechos diferentes de los taxativamente establecidos en el primero de los dispositivos legales señalados.

OB4: SOLICITUD CONFORME CON LOS PRESUPUESTOS ESTABLECIDOS EN EL ACUERDO PLENARIO N° 04-2010/CJ-116

El referido acuerdo plenario, ha desarrollado o detallado los presupuestos legalmente establecidos, el mismo que, legítimamente, pueden ser invocados en el caso de las solicitudes de tutela de derechos, el propósito de este indicador es registrar cuántas de las solicitudes se han fundamentado en estos sub presupuestos y cuantas realmente corresponden a los mismos.

OB5: SOLICITUD QUE ATENTA CONTRA EL PRINCIPIO DE RESIDUALIDAD

Es verdad que el presente trabajo se encuentra a favor de que el catálogo de derechos que han de ser invocados por la vía de la tutela de derechos no puede ser restringido a los taxativamente señalados por la legislación o la jurisprudencia, dado que dicho mecanismo ha sido ideado para la protección de los derechos fundamentales en el ámbito penal y ello implica que incluso puede surgir un derecho innominado que requiera de protección en ese contexto y la tutela constituye la vía más idónea para ello; sin embargo, esto no nos lleva a desconocer el carácter residual de la misma, es decir, en los casos en que existan vía legalmente establecidas y que sean más idóneas que la tutela, deberán ser éstas las que se activen y no la segunda; por otro lado, la tutela tampoco puede ser utilizada como medio para subsanar omisiones en cuanto a la presentación de un recurso encubierto por vencimiento del plazo, entre otras circunstancias similares.

En ese sentido, mediante el presente indicador buscamos dilucidar en cuántos de los casos se ha intentado utilizar la vía de la tutela de derechos aun cuando no se trata de la vía idónea para ello, faltando al principio de residualidad.

**OB6:RESOLUCIÓN QUE DECLARA IMPROCEDENTE POR NO
CORRESPONDER A LA VIA**

Ahora, desde la perspectiva del órgano jurisdiccional, hemos observado si es que el órgano jurisdiccional ha cumplido con realizar un análisis detallado de la solicitud de tutela de derechos y, en los casos en los que se ha incoado esta vía a pesar de no corresponder, se ha declarado o no improcedente dicha solicitud. Indicador sumamente importante, debido a que demuestra la responsabilidad de órgano jurisdiccional al momento de calificar las solicitudes y resolver.

**OB7:RESOLUCIÓN QUE DECLARA IMPROCEDENTE POR
CUESTIONES INCIDENTALES**

De la observación de las actas, también hemos podido notar que existen otros casos en los que el Juez ha caído en la cuenta de que existen motivos que no tienen nada que ver con la procedencia o la fundabilidad misma de la solicitud, sino que por efecto de una cuestión incidental como la sustracción de la materia, de ha tenido que declarar la solicitud improcedente, lo que evidentemente no es correcto formalmente hablando pero ha sido aplicado de este modo.

**OB8:RESOLUCIÓN QUE DECLARA INFUNDADA DEBIDO A QUE LA
SOLICITUD NO CORRESPONDE A DERECHO**

Este es el caso que debiera presentarse normalmente, es decir, una solicitud debidamente encaminada, que formalmente corresponda a la vía y que del análisis de fondo se obtenga que efectivamente se ha vulnerado uno de los

derechos preestablecidos para esta vía, debiendo declararse fundada la misma.

En este tenor, el presente indicador busca establecer en cuántos casos se ha cumplido con lo anteriormente señalado.

OB9: RESOLUCIÓN QUE DECLARA FUNDADA A PESAR DE QUE SE TRATABA DE UNA SOLICITUD IMPROCEDENTE

En cambio, existen otros casos en los que las solicitudes no cumplen con los requisitos de forma ni de fondo para ser tramitadas en vía de tutela de derechos y, aun así, el operador jurisdiccional decide admitirla y hasta las declara fundadas, sin corresponder a derecho.

OB10: RESOLUCIÓN QUE ANALIZA EN FONDO DEL ASUNTO A PESAR DE QUE NO CORRESPONDE ELLO POR SER IMPROCEDENTE

Finalmente, se presentan otros casos en los que, a pesar de tratarse de una solicitud que no corresponde ser tramitada en vía de tutela de derechos, el Juez decide analizar el fondo. En este tipo de casos se observa si existe el análisis del fondo cuando no corresponde, independientemente si finalmente es declarada procedente, improcedente, fundada o infundada la referida solicitud.

2.1. INFORMACIÓN OBTENIDA DE LAS ACTAS JUDICIALES

Para efectos de llevar a cabo una tabulación de los datos obtenidos y procesarlos a través del programa estadístico SPSS, los datos a ser recogidos han sido

codificados de la manera indicada en el acápite anterior y, a su vez, sub codificados de acuerdo a su presencia en las actas revisadas; es decir, si el indicador OB1 se encuentra presente en la primera acta revisada, obtendrá en valor 1; si no se encuentra presente, obtendrá en valor 2 y; en caso de que sea imposible obtener dicho dato del acta revisada, obtendrá un valor de 99 (valor perdido). Así, se han recogido los siguientes datos:

Tabla 1: DATOS OBTENIDOS

N° de Cuaderno	OB1	OB2	OB3	OB4	OB5	OB6	OB7	OB8	OB9	OB10
00056-2011-2-0601-JR-PE-01	99	99	99	99	99	99	99	99	99	99
00691-2010-62-0601-JR-PE-01	2	2	2	1	2	2	1	2	2	2
01536-2010-30-0601-JR-PE-01	2	2	2	2	1	2	2	2	1	1
01617-2010-63-0601-JR-PE-02	2	2	2	2	1	2	2	2	1	1
01718-2010-84-0601-JR-PE-03	2	2	2	2	1	2	2	2	2	1
01589-2010-76-0601-JR-PE-01	2	2	2	2	1	2	1	2	2	2
01557-2010-0-0601-JR-PE-03	2	1	2	2	2	2	2	1	2	1
01931-2010-21-0601-JR-PE-02	2	2	1	2	1	2	2	2	1	1
01590-2010-57-0601-JR-PE-03	2	2	2	2	1	2	1	2	2	1
01320-2010-31-0601-JR-PE-01	2	2	2	2	1	1	2	2	2	1
01937-2010-79-0601-JR-PE-01	2	2	2	2	1	1	2	2	2	1
00288-2011-27-0601-JR-PE-03	99	99	99	99	99	99	99	99	99	99
00304-2011-56-0601-JR-PE-01	99	99	99	99	99	99	99	99	99	99
00215-2011-83-0601-JR-PE-03	2	2	2	2	1	2	1	2	2	1
00465-2011-29-0601-JR-PE-03	1	2	2	2	2	2	2	1	2	2

CAPÍTULO V:

INTERPRETACIÓN DE LA INFORMACIÓN

5.1. PROCEDIMIENTO PARA LA INTERPRETACIÓN DE LAS SENTENCIAS JUDICIALES

Una vez recabada la información de las sentencias, hemos procedido con el estudio y sistematización de las mismas, utilizando, en un primer momento, el programa estadístico SPSS, con el cual han sido ordenados según las frecuencias y porcentajes obtenidos en tablas y gráficos, tal y como se observa a continuación:

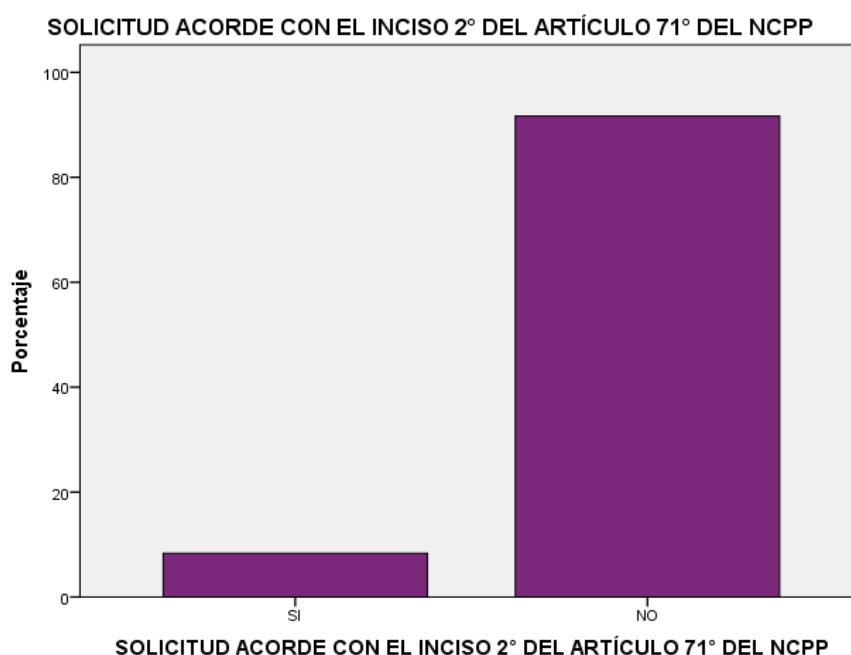
5.1.1. SOLICITUD ACORDE CON EL INCISO 2º DEL ARTÍCULO 71º DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL

Como ha sido señalado en el acápite correspondiente a la descripción de los indicadores, el presente, es uno de los más relevantes, debido a que se trata de un primer informante de la naturaleza de la Tutela de Derechos, pues, la regulación al respecto consigna los supuestos taxativos por los que podrá ser invocada; en el particular, nos estamos refiriendo a: a) Conocer los cargos formulados en su contra y, en caso de detención, 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 las que se requiera su

presencia; e) Que no se emplee en su contra medios coactivos, intimidatorios o contrarios a su dignidad, ni ser sometido a métodos o técnicas 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. Todos estos supuestos taxativamente señalados en la norma, deben ser interpretados de una forma tal que no tergiversen las posibilidades alcanzadas por esta regulación; en este sentido, tenemos que de la totalidad de expedientes revisados, solamente se ha invocado este supuesto en el 8.3% de ellos, siendo que en un 91.7% de expedientes se han invocado supuestos diversos, que no se subsumen en el inciso y artículo mencionados. Ello implica que existe un bajo índice de procesos en los cuales se solicita la Tutela de Derechos por los supuestos anteriormente señalados.

TABLA 2: SOLICITUD ACORDE CON EL INCISO 2° DEL ARTÍCULO 71° DEL NCPP					
		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos	SI	1	6,7	8,3	8,3
	NO	11	73,3	91,7	100,0
	Total	12	80,0	100,0	
Perdidos	99	3	20,0		
Total		15	100,0		

GRÁFICO 1



5.1.2. SOLICITUD CONFORME AL FUNDAMENTO 17 DEL ACUERDO PLENARIO N° 4-2010/CJ-116

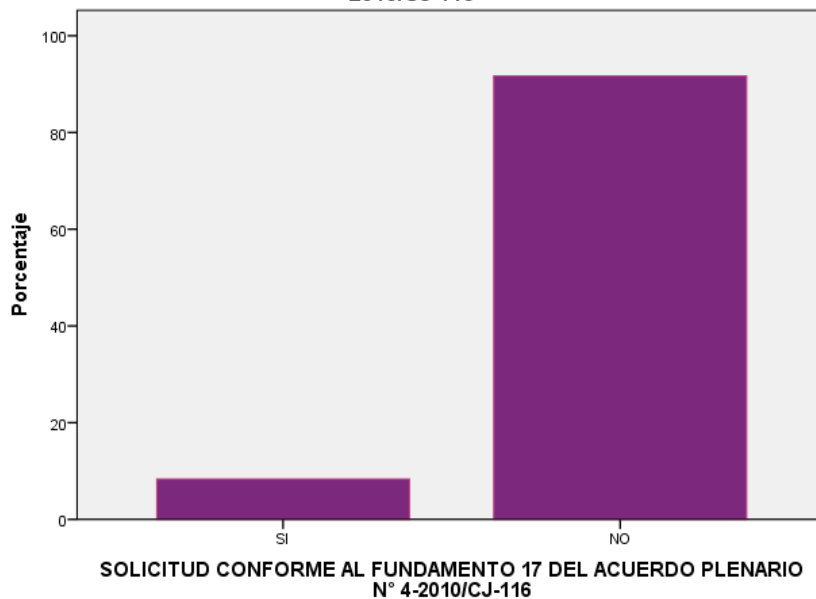
De manera supletoria, al existir multiplicidad de casos en los que se ha invocado la protección de una diversidad de derechos que no corresponden a través de la Tutela de Derechos, el Acuerdo Plenario N° 04-2010/CJ-116, desarrolla otros supuestos por los que es posible incoar una solicitud de Tutela, específicamente, en el fundamento 17, en el cual admite la exclusión de material probatorio que genere o sea la base para la obtención de más material probatorio y que, haya sido obtenido ilícitamente; todas las características anteriormente señaladas, necesariamente deben estar presentes para poder invocar este supuesto; en ese sentido, las solicitudes que no recojan estas características factuales devienen o deberían considerarse improcedentes. Así tenemos que en el caso particular existe un porcentaje válido de 8.3% de procesos en los que se cumple con consignar todos los requisitos anteriormente señalados para invocar este

supuesto, frente a un 91.7% en el que no se ha invocado este supuesto o no ha sido debidamente invocado.

TABLA 3: SOLICITUD CONFORME AL FUNDAMENTO 17 DEL ACUERDO PLENARIO N° 4-2010/CJ-116					
		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos	SI	1	6,7	8,3	8,3
	NO	11	73,3	91,7	100,0
	Total	12	80,0	100,0	
Perdidos	99	3	20,0		
Total		15	100,0		

GRÁFICO 2

SOLICITUD CONFORME AL FUNDAMENTO 17 DEL ACUERDO PLENARIO N° 4-2010/CJ-116



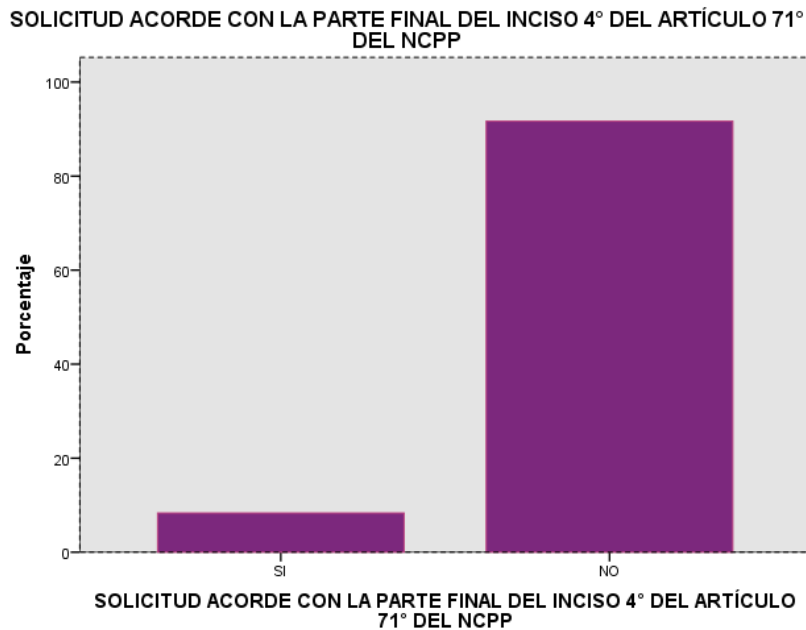
5.1.3. SOLICITUD ACORDE CON LA PARTE FINAL DEL INCISO 4° DEL ARTÍCULO 71° DEL NCPP

Por otro lado, tal y como hemos indicado en el marco referencial de la presente tesis y en el primer capítulo de esta parte del documento, existe la posibilidad de invocar la tutela de derechos en caso de la vulneración de derechos innominados

en el contexto de un proceso penal, siempre que no cuenten con una vía más idónea o específica para ello; según esto, en el presente acápite se buscaba dilucidar si han existido solicitudes referidas a la protección de dichos derechos y que no hayan contado con otras vías más idóneas para ello. Ocurre que, de la observación documental hemos obtenido que únicamente el 8.3% de expedientes presenta una solicitud acorde con este fundamento, contra un 91.7% en los que no ocurre tal situación que pueden abarcar a las dos situaciones anteriormente descritas o que, por descarte, corresponden a una mala invocación del derecho o a la afectación del principio de residualidad.

TABLA 4: SOLICITUD ACORDE CON LA PARTE FINAL DEL INCISO 4° DEL ARTÍCULO 71° DEL NCPP					
		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos	SI	1	6,7	8,3	8,3
	NO	11	73,3	91,7	100,0
	Total	12	80,0	100,0	
Perdidos	99	3	20,0		
Total		15	100,0		

GRÁFICO 3



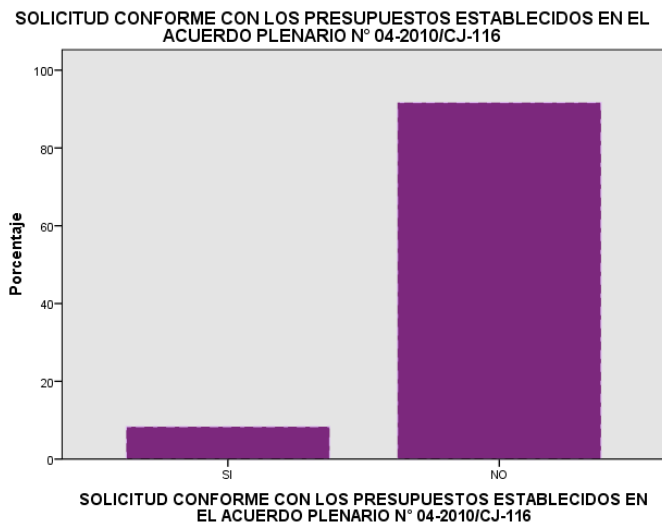
5.1.4. SOLICITUD CONFORME CON LOS PRESUPUESTOS ESTABLECIDOS EN EL ACUERDO PLENARIO N° 04-2010/CJ-116

Otra de las circunstancias analizadas es si las solicitudes han cumplido con alguno de los requisitos o presupuestos establecidos en el Acuerdo Plenario N° 4-2010/CJ-116, que desarrollan lo prescrito en el artículo 71°, inciso 2° del Código Procesal Penal. Sobre el particular se tiene que únicamente el 8.3% de los procesos presenta solicitudes en las que se cumple con este requisito o supuesto y un 91.7% en los que no se presenta el mismo, lo cual indica que el resto de procesos puede estar referido a las tres situaciones anteriormente señaladas o a solicitudes que lesionan el principio de residualidad.

TABLA 5: SOLICITUD CONFORME CON LOS PRESUPUESTOS ESTABLECIDOS EN EL ACUERDO PLENARIO N° 04-2010/CJ-116

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos	SI	1	6,7	8,3	8,3
	NO	11	73,3	91,7	100,0
	Total	12	80,0	100,0	
Perdidos	99	3	20,0		
Total		15	100,0		

GRÁFICO 4

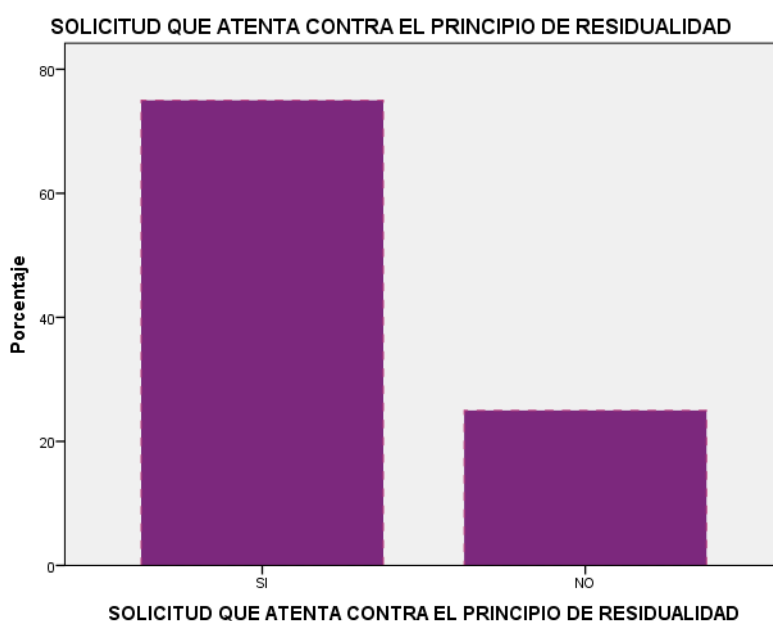


5.1.5. SOLICITUD QUE ATENTA CONTRA EL PRINCIPIO DE RESIDUALIDAD

Como hemos podido observar anteriormente, del total de solicitudes presentadas para hacer efectiva una tutela de derechos, existe un porcentaje del 33.2% de procesos en los que se ha invocado correctamente uno de los presupuestos establecidos para solicitar tutela de derechos, lo que nos llevaría a una conclusión *a priori* de que el 66.8% de procesos restantes han sido invocados sin respetar el principio de residualidad; sin embargo, dado el margen de error establecido y la eventualidad de que en los casos aparentemente debidamente invocados, finalmente se haya afectado el referido principio, se tiene que en el 75% de casos se ha terminado por afectar el principio de residualidad, lo que indica que existen un alto porcentaje de solicitudes en las que se debió proteger el derecho utilizando una vía más idónea que la tutela de derechos.

TABLA 6: SOLICITUD QUE ATENTA CONTRA EL PRINCIPIO DE RESIDUALIDAD					
		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos	SI	9	60,0	75,0	75,0
	NO	3	20,0	25,0	100,0
	Total	12	80,0	100,0	
Perdidos	99	3	20,0		
Total		15	100,0		

GRÁFICO 5

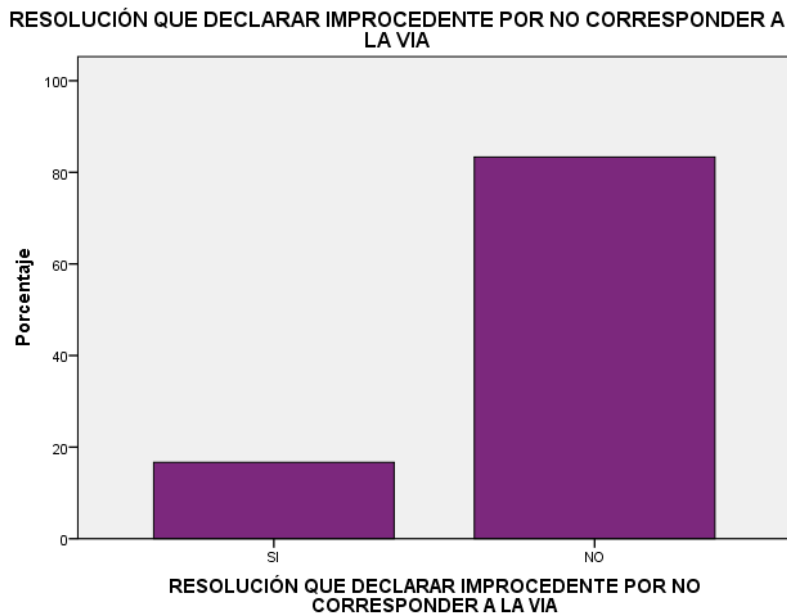


5.1.6. RESOLUCIÓN QUE DECLARAR IMPROCEDENTE POR NO CORRESPONDER A LA VIA

Ahora, desde la perspectiva del órgano jurisdiccional, corresponde analizar si los juzgadores han advertido o no la afectación del principio de residualidad o si han sido rigurosos al analizar si la solicitud cumple con los requisitos de fondo y forma para ser tramitada; es así que, en el caso de la identificación de los procesos que deben ser declarados improcedentes por no corresponder a la vía de tutela de derechos, existe únicamente un 16.7% en las que se ha resuelto en este sentido; lo que al ser contrastado con el 75% de solicitudes que realmente atentan contra el referido principio, podemos concluir que no ha existido responsabilidad en el juzgador al momento de calificar la referida solicitud.

TABLA 7: RESOLUCIÓN QUE DECLARAR IMPROCEDENTE POR NO CORRESPONDER A LA VIA					
		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos	SI	2	13,3	16,7	16,7
	NO	10	66,7	83,3	100,0
	Total	12	80,0	100,0	
Perdidos	99	3	20,0		
Total		15	100,0		

GRÁFICO 6



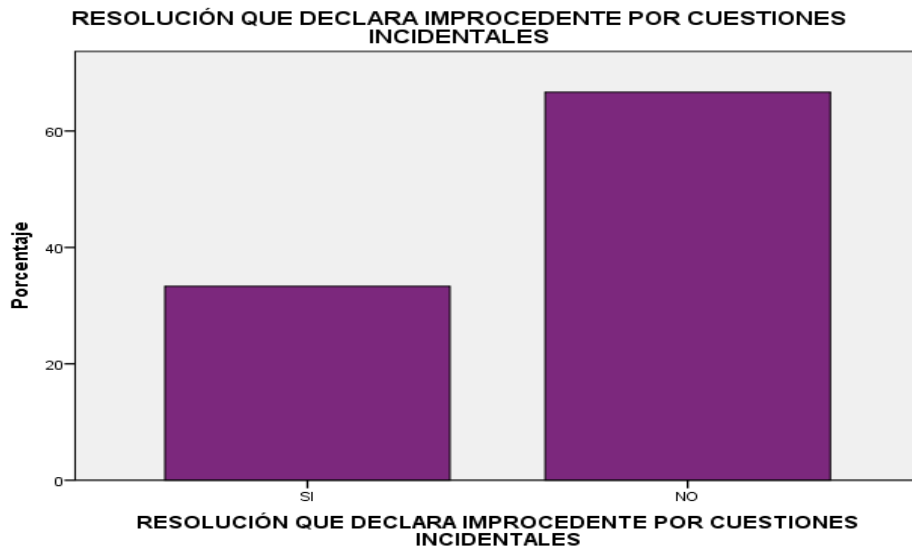
5.1.7. RESOLUCIÓN QUE DECLARA IMPROCEDENTE POR CUESTIONES INCIDENTALS

Una circunstancia curiosa se presenta en los casos en los que la resolución que declara improcedente la solicitud, aun cuando debiera hacerlo por no corresponder a la vía, analiza el fondo y termina por declarar la improcedencia pero basados en cuestiones incidentales como la sustracción de la materia, este tipo de casos se han presentado en un porcentaje de 33.3%, que a pesar de no

sobrepasar el 50% de casos, resulta preocupante respecto de la delimitación o comprensión en los órganos jurisdiccionales de la naturaleza de la tutela de derechos.

TABLA 8: RESOLUCIÓN QUE DECLARA IMPROCEDENTE POR CUESTIONES INCIDENTALES					
		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos	SI	4	26,7	33,3	33,3
	NO	8	53,3	66,7	100,0
	Total	12	80,0	100,0	
Perdidos	99	3	20,0		
Total		15	100,0		

GRÁFICO 7



5.1.8. RESOLUCIÓN QUE DECLARA INFUNDADA DEBIDO A QUE LA SOLICITUD NO CORRESPONDE A DERECHO

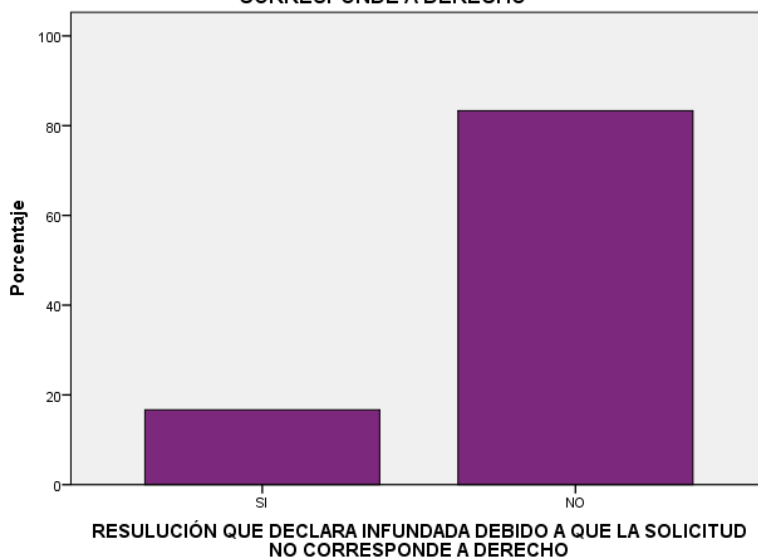
De la misma forma que en el primer acápite de este capítulo, hemos buscado establecer si las resoluciones emitidas por el órgano jurisdiccional luego de que la solicitud ha pasado el análisis de procedibilidad con éxito, han estudiado la correspondencia del derecho a partir del fondo del asunto.

Según esto, hemos obtenido que únicamente el 16,7% de resoluciones han declarado infundada una solicitud por no corresponderle la protección del derecho invocado; esto no significa que el 83.3% restante haya declarado fundadas las solicitudes, sino que las han declarado infundadas por otros motivos, improcedentes o fundadas, según el caso.

TABLA 9: RESOLUCIÓN QUE DECLARA INFUNDADA DEBIDO A QUE LA SOLICITUD NO CORRESPONDE A DERECHO					
		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos	SI	2	13,3	16,7	16,7
	NO	10	66,7	83,3	100,0
	Total	12	80,0	100,0	
Perdidos	99	3	20,0		
Total		15	100,0		

GRÁFICO 8

RESOLUCIÓN QUE DECLARA INFUNDADA DEBIDO A QUE LA SOLICITUD NO CORRESPONDE A DERECHO



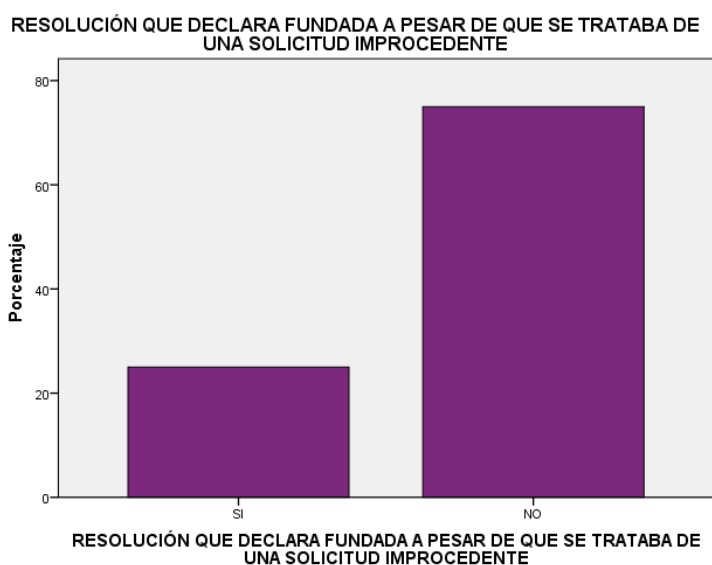
5.1.9. RESOLUCIÓN QUE DECLARA FUNDADA A PESAR DE QUE SE TRATABA DE UNA SOLICITUD IMPROCEDENTE

En cuanto a las resoluciones que declaran fundada la demanda a pesar de que ésta estaba referida a una solicitud que debió ser declarada improcedente, ocurre que en un 25% de los casos, se ha analizado el fondo del asunto aun cuando no corresponde ser analizado en vía de tutela de derechos y, peor aún, han declarado fundada la demanda. Lo que constituye una grave lesión a la figura jurídica estudiada.

TABLA 10: RESOLUCIÓN QUE DECLARA FUNDADA A PESAR DE QUE SE TRATABA DE UNA SOLICITUD IMPROCEDENTE

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos	SI	3	20,0	25,0	25,0
	NO	9	60,0	75,0	100,0
	Total	12	80,0	100,0	
Perdidos	99	3	20,0		
Total		15	100,0		

GRÁFICO 9

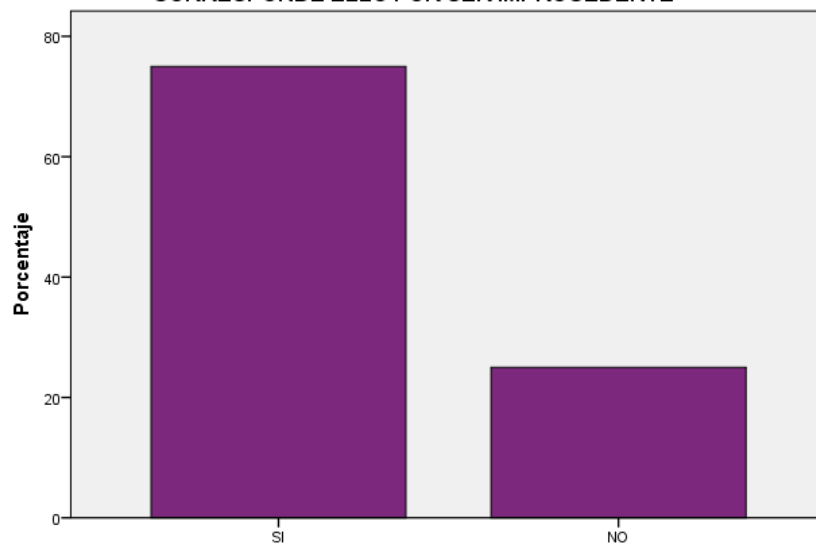


5.1.10. RESOLUCIÓN QUE ANALIZA EN FONDO DEL ASUNTO A PESAR DE QUE NO CORRESPONDE ELLO POR SER IMPROCEDENTE

En este grupo se encuentran contenidas aquellas resoluciones que independientemente de declarar fundada o infundada la solicitud, han analizado el asunto de fondo aun cuando no correspondía; es decir, que han analizado si corresponde o no la protección de un derecho en vía de tutela de derechos cuando éste tiene una vía propia para su protección. Este tipo de casos representa la alarmante cifra de 75% del total.

TABLA 11: RESOLUCIÓN QUE ANALIZA EN FONDO DEL ASUNTO A PESAR DE QUE NO CORRESPONDE ELLO POR SER IMPROCEDENTE					
		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos	SI	9	60,0	75,0	75,0
	NO	3	20,0	25,0	100,0
	Total	12	80,0	100,0	
Perdidos	99	3	20,0		
Total		15	100,0		

**RESOLUCIÓN QUE ANALIZA EN FONDO DEL ASUNTO A PESAR DE QUE NO
CORRESPONDE ELLO POR SER IMPROCEDENTE**



**RESOLUCIÓN QUE ANALIZA EN FONDO DEL ASUNTO A PESAR DE QUE NO
CORRESPONDE ELLO POR SER IMPROCEDENTE**

CAPÍTULO VI

ANÁLISIS DE LA INFORMACIÓN OBTENIDA

Como es de notarse, de lo interpretado en cada uno de los cuadros anteriores, la función que los Jueces están realizando no es la más adecuada ni eficaz, debido a que en la mayoría de procesos al emitir sus resoluciones omiten revisar la equivalencia entre los presupuestos establecidos para acceder a la Tutela de Derechos, los Derechos mismos que están involucrados en este procedimiento y los principios que orientan su función, así como también lo establecido en la normatividad procesal penal y la jurisprudencia al respecto.

Es decir, la labor que realiza el órgano jurisdiccional es deficiente por los siguientes motivos: a) existe una omisión general de revisar con detenimiento los requisitos de procedibilidad de las solicitudes de tutela de derechos presentadas, b) en lo que concierne a su función de controladores de la jurisdiccionalidad; no están cumpliendo correctamente con su deber de constatar lo regulado en los artículos en el artículo 71° del Código Procesal Penal ni en el Acuerdo Plenario N° 04-2010/JR-116, y c) tampoco expresan, en su mayoría, los fundamentos de la aplicación de la figura de la tutela de derechos, únicamente resuelven el fondo independientemente de su corresponde o no hacerlo.

Por lo tanto, como conclusión general podemos decir que la función controladora de la legalidad en las solicitudes de tutela de derechos que están realizando los Jueces no es la más adecuada puesto que no valoran ni fundamentan aquellas circunstancias que podrían llevar a denegar la aplicación del mecanismo en un caso concreto y simplemente hacen mención del articulado sin el más mínimo análisis.

Respecto a la labor que están realizando los fiscales, con relación a la correspondencia o no de los solicitado por los abogados defensores y la normatividad relativa a la tutela de derechos; es igual de deficiente que la realizada por los Jueces, debido a que hemos observado de la muestra analizada que un alto porcentaje de las actas revisadas, no se exponen los motivos, ni mucho menos se toma en cuenta los preceptos legales relacionados con la tutela de derechos, procediéndose con un análisis de fondo que no debiera hacerse, con absoluta pasividad de parte de la Fiscalía; causando con ello un perjuicio al actual sistema procesal penal.

6.1. DETALLE DEL ANÁLISIS DE LAS ACTAS

Como hemos detallado ya en el Capítulo I, de esta parte de la tesis, se ha llevado a cabo un estudio de las actas y las resoluciones emitidas con motivo del acceso al mecanismo de la tutela de derechos en un total de 15, de las mismas que se ha buscado conocer si la solicitud se encuentra basada en lo prescrito en el artículo 71°, incisos 2° y 4°, en el Acuerdo Plenario N° 04-2010, si existe o no debida actuación como controlador de la legalidad y la normatividad por parte del juez y si su resolución ha sido debidamente motivada.

Todos estos requisitos contenidos en prescripciones legales y en la jurisprudencia consensuada y que puede ser tenida en cuenta por parte de los Jueces al momento de calificar y resolver en el contexto de una tutela de derechos, que además involucran regulaciones legales específicas para cada uno que han sido ya señaladas descriptivamente en el Capítulo III de esta parte de la tesis.

6.1.1. SOLICITUD ACORDE CON EL INCISO 2 DEL ARTÍCULO 71° DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL

Respecto al cumplimiento de los prescrito en el segundo inciso del artículo 71° del Código Procesal Penal - a) Conocer los cargos formulados en su contra y, en caso de detención, 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 las que se requiera su presencia; e) Que no se emplee en su contra medios coactivos, intimidatorios o contrarios a su dignidad, ni ser sometido a métodos o técnicas 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 – hemos obtenido que solamente se ha invocado este supuesto en el 8.3% de ellos, siendo que en un 91.7% de expedientes se han invocado supuestos diversos, que no se subsumen en el inciso y artículo mencionados. Ello implica que existe un bajo índice de procesos en los cuales se solicita la Tutela de Derechos por los supuestos anteriormente señalados.

Es decir que, del cien por ciento de las solicitudes presentadas, sólo un 8.3% de ellas han sido debidamente justificadas con el inciso y artículo en

mención; pues, ocurre que nominativamente existieron otras solicitudes en las que se aseguraba que los hechos se subsumían en este artículo pero de la revisión detallada se ha constatado que no es así.

En ese sentido, el resto de casos han presentado mínimos porcentajes del 8.3% que han cumplido con invocar los supuestos consignados formalmente en el inciso cuarto del mismo artículo, así como en las formulaciones del Acuerdo Plenario; siendo el porcentaje mayoritario el de las solicitudes que no cumplen con este requisito y que debieron ser declaradas improcedentes, pero ello no ha ocurrido.

Por tanto, de este primer resultado obtenido referente del primer indicador estudiado, tenemos que existe poco conocimiento de parte de los abogados de los supuestos que deben ser tenidos en cuenta para invocar la protección de la tutela de derechos y, en ese sentido, existe una mínima frecuencia de casos en los que se invoca debidamente la regulación del artículo 71°, inciso 2°, del Código Procesal Penal.

6.1.2. SOLICITUD CONFORME AL FUNDAMENTO 17 DEL ACUERDO PLENARIO N° 4-2010/CJ-116

De igual manera ocurre respecto de las solicitudes basadas en el fundamento 17 del Acuerdo Plenario N° 04-2010/CJ-116, puesto que existe un porcentaje válido de 8.3% de procesos en los que se cumple con consignar los requisitos contemplados en dicho requisito. Ello nos lleva a concluir nuevamente que respecto de dichos requisitos no existe conocimiento de parte de los abogados de los presupuestos concretos que deben ser subsumidos en dicha norma directriz.

6.1.3. SOLICITUD ACORDE CON LA PARTE FINAL DEL INCISO 4 DEL ARTÍCULO 71° DEL NCPP

Por otro lado, tal y como hemos indicado en el marco referencial de la presente tesis y en el primer capítulo de esta parte del documento, existe la posibilidad de invocar la tutela de derechos en caso de la vulneración de derechos innominados; sin embargo, de la observación documental hemos obtenido que únicamente el 8.3% de expedientes presenta una solicitud acorde con este fundamento. Lo que podría ser interpretado como que tampoco existe un debido conocimiento de parte de los abogados solicitantes de las posibilidades de sustentar su pedido en virtud de este artículo con el respeto del principio de residualidad de la tutela de derechos, lo que los conduce a efectuar una mala fundamentación de su solicitud o simplemente a omitir la utilización de dicho fundamento.

6.1.4. SOLICITUD CONFORME CON LOS PRESUPUESTOS ESTABLECIDOS EN EL ACUERDO PLENARIO N° 04-2010/CJ-116

Otra de las circunstancias analizadas es si las solicitudes han cumplido con alguno de los requisitos o presupuestos establecidos en el Acuerdo Plenario N° 4-2010/CJ-116, que desarrollan lo prescrito en el artículo 71°, inciso 2° del Código Procesal Penal. Sobre el particular se tiene que únicamente el 8.3% de los procesos presenta solicitudes en las que se cumple con este requisito o supuesto; situación que nuevamente nos da cuenta de la disociación existente entre los fundamentos esgrimidos por los letrados en la solicitud y la correcta subsunción de los hechos en los

supuestos ya mencionados. De lo que podemos concluir que tampoco en este extremo se está direccionando como es debido las solicitudes de tutela de derechos.

6.1.5. SOLICITUD QUE ATENTA CONTRA EL PRINCIPIO DE RESIDUALIDAD

Con lo detallado anteriormente, podemos obtener un primer resultado acumulativo respecto de los errores incurridos por los abogados al momento de solicitar la tutela de derechos, los cuales realizan una subsunción indebida de los hechos invocados en los derechos supuestamente lesionados, siendo que éstos no corresponden ser invocados en vía de tutela puesto que cuentan con vías idóneas para eso, circunstancia que se presenta en un porcentaje acumulado del 66.8% de procedimientos que han sido iniciados sin respetar el principio de residualidad; sin embargo, dado el margen de error establecido y la eventualidad de que en los casos aparentemente debidamente invocados, finalmente se haya afectado el referido principio, se tiene que en el 75% de casos se ha terminado por afectar el principio de residualidad, lo que indica que existen un alto porcentaje de solicitudes en las que se debió proteger el derecho utilizando una vía más idónea que la tutela de derechos.

Esto puede ser interpretado, finalmente como una lesión directa al artículo 71° del Código Procesal Penal y a los presupuestos establecidos en el Acuerdo Plenario N° 04-2010/CJ-116.

Por lo que se termina afectando al fin último para el cual ha sido ideado el procedimiento de la tutela de derechos, entorpeciendo la acción de la justicia y, se corre en riesgo de tutelar derechos que no fueron invocados en su momento en la vía pertinente.

6.1.6. RESOLUCIÓN QUE DECLARA IMPROCEDENTE POR NO CORRESPONDER A LA VIA

Respecto al análisis de si los juzgadores han advertido o no la afectación del principio de residualidad o si han sido rigurosos al analizar si la solicitud cumple con los requisitos de fondo y forma para ser tramitada, tenemos que en el caso de la identificación de los procesos que deben ser declarados improcedentes por no corresponder a la vía de tutela de derechos, existe únicamente un 16.7% en las que se ha resuelto en este sentido; lo que al ser contrastado con el 75% de solicitudes que realmente atentan contra el referido principio, podemos concluir que no ha existido responsabilidad en el juzgador al momento de calificar la referida solicitud.

En detalle, podemos indicar que, ante una solicitud mal planteada de parte de los abogados que sustentan el requerimiento de tutela de derechos, se debería contar con la garantía de que el juez al momento de calificar la misma, debe declararla improcedente por no corresponder a la vía pertinente, esta situación se presenta en un porcentaje mínimo de casos, por lo que podemos concluir que los jueces no cumplen a cabalidad su rol de controladores de la legalidad y el cumplimiento del derecho los casos referentes a la tutela de derechos.

Ello puede ser justificado en el hecho de que los expedientes en estudio corresponden a los primeros años de aplicación del Código Procesal Penal en los cuales se empezaban a implementar los procedimientos y, valgan verdades, a conocer las figuras en él consignadas.

Ad empero, estas fallas admisibles en esta etapa, pueden servir para efectos de construir una regulación más detallada y más comprensiva de los supuestos que han de ser tenidos en cuenta para iniciar y tramitar una tutela de derechos en el proceso penal; esta labor, se viene realizando en la práctica diaria y también es pasible de ser realizada en el ramo académico a través de trabajos como éste.

6.1.7. RESOLUCIÓN QUE DECLARA IMPROCEDENTE POR CUESTIONES INCIDENTALES

Una circunstancia curiosa se presenta en los casos en los que la resolución que declara improcedente la solicitud, aun cuando debiera hacerlo por no corresponder a la vía, analiza el fondo y termina por declarar la improcedencia pero basados en cuestiones incidentales como la sustracción de la materia, este tipo de casos se han presentado en un porcentaje de 33.3%, que a pesar de no sobrepasar el 50% de casos, resulta preocupante respecto de la delimitación o comprensión en los órganos jurisdiccionales de la naturaleza de la tutela de derechos.

Lo anteriormente descrito nos podría llevar a concluir que existe un desconocimiento, también de parte de los jueces de los supuestos bajo los

que debe ser invocada la tutela de derechos, lo que sería sumamente peligroso, aunque dicha circunstancia se presente en menor porcentaje.

Pues, hemos de recordar que se termina lesionando al debido proceso de admitirse revisar en vía de tutela de derechos, solicitudes referidas a recursos que no fueron planteados a tiempo, a excepciones o defensas que cuentan con vía propia.

Debido a esto es necesario que los jueces y demás operadores jurisdiccionales procedan con mucha cautela al momento de la admisión a trámite de una solicitud de este tipo, debiendo constatarse primero si el derecho invocado puede ser accionado en esta vía, no solamente revisando las frases cliché que acostumbran a redactar los abogados, sino además, realizando la debida subsunción de los hechos narrados en los supuestos planteados por la norma como paso previo al análisis de la correspondencia o no de la tutela.

6.1.8. RESOLUCIÓN QUE DECLARA INFUNDADA DEBIDO A QUE LA SOLICITUD NO CORRESPONDE A DERECHO

De la misma forma que en el primer acápite de este capítulo, hemos buscado establecer si las resoluciones emitidas por el órgano jurisdiccional luego de que la solicitud ha pasado el análisis de procedibilidad con éxito, han estudiado la correspondencia del derecho a partir del fondo del asunto.

Según esto, hemos obtenido que únicamente el 16,7% de resoluciones han declarado infundada una solicitud por no corresponderle la protección del derecho invocado; esto no significa que el 83.3% restante haya declarado

fundadas las solicitudes, sino que las han declarado infundadas por otros motivos, improcedentes o fundadas, según el caso.

Ello implica, también, que existe un mínimo índice de procesos en los que el órgano jurisdiccional ha advertido la falta de correspondencia entre los hechos y el derecho invocado, lo que nos lleva a asegurar lo indicado en el acápite anterior, existió en este primer periodo desconocimiento de los presupuestos obligatorios para invocar tutela de derechos, lo que nos exige actuar con más cautela al momento de calificar una solicitud referida al particular.

6.1.9. RESOLUCIÓN QUE DECLARA FUNDADA A PESAR DE QUE SE TRATABA DE UNA SOLICITUD IMPROCEDENTE

Este apartado representa uno de los problemas más preocupantes identificados en cuanto a la revisión de las actas, puesto que está referido a las resoluciones que declaran fundada la solicitud que debió ser declarada improcedente, ocurre que en un 25% de los casos, se ha analizado el fondo del asunto aun cuando no corresponde ser analizado en vía de tutela de derechos y, peor aún, han declarado fundada la demanda. Lo que constituye una grave lesión a la figura jurídica estudiada.

Resulta sumamente preocupante constatar que existen casos en los que se busca ejercer control de plazos a través de la tutela jurisdiccional efectiva, o la exclusión de elementos de convicción que podrían ser material probatorio, pero sin cumplir con los requisitos establecidos en el acuerdo plenario.

Sin embargo, lo más preocupante es que los jueces, lejos de declarar la improcedencia de los requerimientos, terminan analizando los asuntos de fondo e, incluso, declarando fundados los mismos.

Esta circunstancia sí puede ser interpretada como un grave desconocimiento de parte de los operadores jurisdiccionales de los presupuestos necesarios para solicitar una tutela de derechos, generando inseguridad jurídica y una grave afectación al debido proceso y a la propia tutela jurisdiccional efectiva.

6.1.10. RESOLUCIÓN QUE ANALIZA EN FONDO DEL ASUNTO A PESAR DE QUE NO CORRESPONDE ELLO POR SER IMPROCEDENTE

En este grupo se encuentran contenidas aquellas resoluciones que independientemente de declarar fundada o infundada la solicitud, han analizado el asunto de fondo aun cuando no correspondía; es decir, que han analizado si corresponde o no la protección de un derecho en vía de tutela de derechos cuando éste tiene una vía propia para su protección. Este tipo de casos representa la alarmante cifra de 75% del total.

Así obtenemos la última conclusión de nuestro trabajo por la cual es posible avisorar que existe un alto índice de trámites iniciados en la vía de tutela de derechos que han sido admitidos, tramitados y resueltos sin tener en cuenta que no se trataba de la vía idónea para tal fin.

CAPÍTULO VII

DISCUSIÓN

La discusión en el presente trabajo de investigación tendrá como punto medular el desarrollo de los indicadores consignados en el proyecto de investigación, para finalmente dar respuesta a la pregunta de investigación. En ese sentido, es pertinente desarrollar uno a uno los indicadores contrastándolo con los resultados obtenidos del estudio empírico:

7.1. RESPECTO A LA MALA INTERPRETACIÓN DE LA NORMA

Según los resultados obtenidos no podemos aseverar que exista una mala interpretación de la norma, pero sí que existe una deficiente interpretación de las normas involucradas con la tutela de derechos, puesto que, como ya ha sido señalado en la interpretación de los resultados, en principio, se aplica en una gran mayoría la figura en estudio sin tener pleno conocimiento de la norma involucrada y más aún, cuando éstas son interpretadas hermenéuticamente, más no se hace uso de la teleología y la sistemática o la interpretación integral del ordenamiento jurídico.

En ese sentido, efectivamente se argumenta en virtud del artículo 71°, inciso 2° y 4° del Código Procesal Penal y el Acuerdo Plenario N° 04-2010 para llevar a cabo el procedimiento consignado para efectos de alcanzar una tutela de derechos; sin embargo, al hacerse una interpretación literal del artículo, el Juez omite llevar a cabo el control del cumplimiento de los requisitos, lo que conlleva a que la resolución de la solicitud no cumpla con los parámetros legales establecidos a subsumirse según el caso concreto, perjudicando así, tanto

al ordenamiento jurídico en su conjunto, puesto que se dejan de aplicar o se mal aplican normas imperativas, como eventualmente, al propio Ministerio Público en su función de persecutor del delito o al imputado al no respetarse las garantías procesales que le asisten.

En conclusión, este indicador contemplado a instancias preliminares de la investigación ha sido comprobado parcialmente, debido a que se interpretan las normas específicas referidas a la aplicación de la tutela de derechos pero se omite interpretarlas de manera sistemática e integral con las demás normas del ordenamiento penal.

En ese sentido, el Decreto Legislativo N° 957°, hace referencia a la Tutela de Derechos someramente, produciendo ello una interpretación errónea del mismo respecto a su eficacia dentro del ordenamiento jurídico y específicamente en el nuevo proceso penal con tendencia acusatoria instaurado en el años 2004..

En la época del nuevo constitucionalismo, del cual una de las exigencias básicas es la protección de la Dignidad Humana (artículo 1° de la Constitución Política del Perú) y los Derechos Fundamentales (reconocidos en diversos artículos a través de la Constitución, Tratados internacionales ratificados y leyes peruanas) que por tener la calidad de tales, es decir, de personas, les corresponde a todos los seres humanos sin distinción o discriminación alguna.

Conforme a esta tendencia el imperativo para considerar que una norma, interpretación o aplicación de esta, está acorde con la totalidad del sistema jurídico vigente, es la constitucionalidad de las mismas, criterio que se erige como superior frente a la tradicional legalidad que se exige.

Asimismo, la constitucionalización del Ordenamiento Jurídico, es decir, el reconocimiento abierto de Derechos Fundamentales dentro de los diferentes ámbitos jurídicos, se configura como otra exigencia de la nueva corriente constitucionalista, de amplia acogida en el mundo jurídico actual.

El artículo 71° del Nuevo Código Procesal Penal (NCP) prevé una respuesta jurídica en caso el Estado en su papel de persecuidor de delito vulnere los derechos constitucionales y legales de imputado, posteriormente en el apartado cuatro señala que el imputado, ya sea por sí mismo o a través de su abogado defensor, puede acudir en vía de tutela al Juez de Investigación preparatoria para que subsane la omisión o para que dicte las medidas de corrección o de protección que correspondan.

Así mismo, señala que la solicitud del imputado se resolverá inmediatamente, previa constatación de los hechos y realización de una audiencia con intervención de las partes.

No obstante, la institución de Tutela de Derechos dentro de la fase de Investigación Preparatoria en el nuevo Proceso Penal está mal concebida, pues se la considera (por parte de la doctrina como por la jurisprudencia) un instrumento procesal. Empero, las características que ostenta así como los fines que persigue dentro del proceso la perfilan como una institución jurídica de eminente carácter constitucional.

Así, sirve para salvaguardar el principio de legalidad, las garantías y derechos que corresponde al imputado y, a su vez, mitigar las desigualdades entre

perseguidor y perseguido; del mismo modo, permite 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, resulta esto conforme al garantismo que ofrece el nuevo sistema penal, en el cual siempre existe un vigilante de la constitucionalidad, en este caso el Juez de Garantías.

Conforme a lo dicho, sería una expresión de realismo ingenuo presumir que la Tutela de Derechos por encontrarse en un cuerpo legal procesal tenga tal característica, sino que su naturaleza debe ser resultado de un profundo examen de sus distintas implicancias, es por esto que resulta ser un instrumento tuitivo de Derechos Fundamentales de carácter constitucional dentro del proceso penal.

Una consecuencia del carácter constitucional de la comprendida institución y de la constitucionalización del proceso penal es que su protección no solo se restringe a los derechos que taxativamente se declaren en la norma infraconstitucional sino que su poder tuitivo se expande a todos los Derechos Fundamentales consagrados en la Constitución, leyes y Tratados Internacionales de los cuales forma parte nuestro país, que pueden encontrarse en condición vulnerable o ser violados dentro del proceso penal.

Otro punto, dudoso dentro de la interpretación del actual artículo 71° del NCPP, es la legitimación activa en la Tutela de Derechos. Al respecto cabe mencionar que el carácter fundamental de la Tutela de Derechos, le otorga como fin la protección de la Dignidad Humana que se puede encontrar en riesgo de trasgresión durante el desarrollo del proceso penal. En tal sentido, no solo el

imputado puede ver vulnerados sus derechos, sino que el agraviado puede estar susceptible a tal vulneración, por ende, y en atención al principio de igualdad de armas, resonancia de la igualdad ante y en la ley consagrado en la Constitución, debe permitírsele el uso de la Tutela de Derechos en igual medida que al imputado y en cuanto exista una vulneración real de los derechos que dentro del Proceso Penal y específicamente dentro de la Investigación Preparatoria le correspondan.

El poder protector de la Tutela de Derechos y la eficacia y eficiencia con que ella actúa en la etapa de investigación del Proceso Penal hace necesaria su regulación precisa y ajena a interpretaciones que rebajen su fin supremo, la defensa de la Dignidad Humana y la protección de los derechos que a ella son inmanentes.

CAPÍTULO VIII

CONCLUSIONES, RECOMENDACIONES Y PROPUESTA

8.1. CONCLUSIONES:

- C1: La tutela de derechos por su esencia y finalidad de corte constitucional es una garantía constitucional reparadora, residual, autónoma, preclusoria e igualadora.
- C2: La tutela de derechos cuenta con los atributos de especificidad y rapidez que la hacen el medio más idóneo para la protección de derechos fundamentales durante la Investigación Preparatoria.
- C3: La protección que ofrece la tutela de derechos no se limita a lo prescrito en el artículo 71° del Código Procesal Penal, sino que es válido afirmar que alcanza a los demás derechos que las leyes, documentos internacionales y la Constitución reconocen siempre y cuando no tengan una vía de reclamación propia, dado su carácter residual.
- C4: Si bien el artículo 71° señala expresamente que el imputado es quien se encuentra legitimado para invocar la tutela de derechos, por el principio de igualdad procesal la víctima también cuenta con el sustento constitucional para acudir a esta figura de protección en cuanto sean vulnerados sus derechos por actuaciones de los órganos o sujetos que intervienen en la etapa de Investigación Preparatoria.
- C5: La protección de los derechos fundamentales es una exigencia fundamental dentro de un Estado Constitucional de Derecho, por ende, los mecanismos

que protejan dichas instituciones deben estar acorde con los principios y valores que consagra nuestra Norma Fundamental.

C6: En el distrito judicial de Cajamarca durante el periodo 2010-2011 la tutela de derechos ha sido invocada, interpretada y calificada de manera errónea por los operadores jurídicos (abogados, jueces y fiscales) debido al desconocimiento de su naturaleza jurídica.

8.2. RECOMENDACIONES:

R1: La institución de tutela de derechos en el ámbito de la investigación preparatoria no debe restringirse a los derechos taxativamente previstos en el segundo inciso del artículo 71° del Código Procesal Penal, sino que su protección debe entenderse conforme a la amplitud de derechos del imputado y agraviado reconocidos en el ámbito nacional e internacional.

R2: Considerando que estamos bajo el paradigma del neoconstitucionalismo, no podemos estancarnos en una interpretación legalista de los instrumentos jurídicos ni mucho menos pensar que el reconocimiento, protección y garantía de los derechos fundamentales está en función a la ley y a su aplicación automática por el juez, por el contrario, el juez como sujeto imparcial comprometido con los valores, principios y derechos del ordenamiento jurídico, tiene la facultad y el deber de razonar antes de aplicar el Derecho, consecuentemente, no podemos reducir el ámbito de su actuación a simplismos positivistas, sino que en el desarrollo de su función deberá apuntar a la conservación de los mandatos constitucionales.

R5: Si bien en el punto número diez del Acuerdo Plenario N° 4–2010/CJ–116 se señala que los derechos protegidos por la Audiencia de Tutela son los que se encuentran recogidos taxativamente en el artículo 71° del NCPP, no compartimos esta idea, fundamentalmente debido a que dicha interpretación reduce la protección de los derechos fundamentales y niega el valor constitucional que encierra la tutela de derechos. Por esta razón es que los criterios de tal pleno no resultan constitucionalmente válidos (aunque se asuma su legalidad), por ende debe llevarse a cabo nuevos acuerdos sobre el tema que sean respetuosos de las garantías y derechos constitucionales a favor del imputado y agraviado.

8.3. PROPUESTA DE MODIFICACIÓN NORMATIVA:

Con los fundamentos esgrimidos en la discusión y en virtud de las conclusiones arribadas, se propone la modificatoria del artículo 71° del Nuevo Código Procesal Penal:

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

A. ANTECEDENTES

Como antecedente de la regulación requerida, es pertinente considerar a la denominada relación constitutiva entre la Constitución y los derechos fundamentales, respecto de la cual se afirma que “no se resuelve simplemente constatando que entre las materias reguladas por la primera se encuentran los derechos fundamentales o comprobando que la Constitución se configura como una técnica de protección de los derechos fundamentales” (D'Atena, 2004, p. 140).

De allí que el verdadero aporte del constitucionalismo a la defensa de los derechos fundamentales, se lo encontremos en la categoría de *derechos* que les otorga; no obstante ha sido necesario recorrer un largo camino de evolución y de inclusión de técnicas jurídicas para alcanzar este punto, por lo que a continuación pasaremos a describir algunas de estas en base a lo dicho por Antonio D'Atena:

Cobertura organizativa

D'Atena manifiesta que la tutela constitucional de los derechos fundamentales no se agota con el reconocimiento de los mismos a manera de un listado muy bien elaborado, sino que se hace necesaria la confluencia de dos aspectos que hasta hoy se consideran básicos para el espíritu de la Constitución, y que son: por un lado, el reconocimiento de derechos y deberes, y por otro, la regulación de la actividad del poder soberano.

Podemos apreciar esta dualidad en el art. 16° de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789, donde se afirma que para la existencia de una Constitución (entendida, evidentemente, en sentido ideológico) eran necesarios tanto el reconocimiento de los derechos como la división de los poderes:

«Una sociedad en la cual no se asegura la garantía de los derechos ni se determina la separación de los poderes está privada de una constitución».

Respecto a ello ha manifestado la filosofía política que “un Estado puede llamarse constitucional, o provisto de Constitución, si y, solo si, satisface dos condiciones (disyuntivamente necesarias y conjuntivamente suficientes): 1) por

un lado, que estén organizados los derechos de los ciudadanos en sus relaciones con el Estado, y 2) por otro, que los poderes del Estado estén divididos y separados” (Guastini, 2006, ps. 30 - 31).

La Supremacía de la Constitución

El segundo elemento es de orden formal y podría ser sintetizado en la llamada supremacía de la Constitución, la cual se presente como una garantía frente a la ley ordinaria. Antonio D’Atena expresa respecto a ello, “que la Constitución, en el momento de su aparición histórica, ha privado al poder soberano de la absoluta libertad de acción de la que gozaba originariamente; sometiéndolo a límites de orden jurídico y modificando, de esta manera, su propia naturaleza” (D’Atena, 2004).

Importante también en este punto, es el *Sistema de control de la constitucionalidad de las normas*, el cual como sabemos ha seguido dos modelos: el control difuso y el control concentrado. El primero de estos concede a todos los magistrados la potestad de inaplicar en un caso particular, una ley que consideren inconstitucional; mientras el segundo, recae exclusivamente sobre el Tribunal Constitucional.

Autosuficiencia del reconocimiento de los derechos de la libertad

Con este tercer elementos, D’Atena hace referencia a la eficacia que alcanzan los derechos fundamentales mediante el reconocimiento constitucional, a la cual denomina “eficacia sustancial”.

Se había entendido erróneamente, e incluso se cree hasta ahora, que la mejor forma de hacer eficaz la protección a los derechos fundamentales era mediante el reenvío al legislador, es decir, encargándole a este la creación de una abundante normatividad que prohibiera los ultrajes y trasgresiones a los derechos y libertades humanas. Empero, estas decisiones no revelan la verdadera supremacía de la constitución, sino que la conciben en un rol meramente pragmático. En este punto, lo que resulta correcto y útil es que las normas se abstengan de normar en contra de los derechos fundamentales. En palabras de Carlos Esposito durante la clase inaugural de *Università degli Studi di Roma "La Sapienza"*, “el reconocimiento de una libertad jurídica no requiere de una actividad legislativa específica para su actuación, sino (...) que las leyes se abstengan de disponer contra tal libertad”; y ello en atención a que las mismas **-continuaba** explicando el maestro – “no requieren (...) una específica regulación, sino una ausencia de regulación”.

A manera de conclusión, es válido lo manifestado por San Martín y Felices Mendoza: “El constitucionalismo y la teoría que él propugna tienen como razón de ser el reconocimiento y promoción, defensa y protección de la dignidad de la persona y los derechos humanos. El constitucionalismo plantea simultáneamente dotar a la autoridad pública de potestades para cumplir esa finalidad, pero también imponerle restricciones que debe respetar con relación a tales derechos y a su ejercicio” (Cerdeña San Martín, 2011, pág. 10). Así, el medio más eficaz para alcanzar dichos objetivos viene a ser el reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales, lo cual los dota de carácter jurídico, eficaz y vinculante.

B. RESPECTO DE LA POSIBILIDAD DE ESTABLECER EL *NÚMERUS APERTUS* PARA QUE LA TUTELA DE DERECHOS PROTEJA OTROS DERECHOS FUNDAMENTALES EN VIRTUD DE SU EFICACIA

La Tutela de Derechos es el medio más idóneo y eficaz para la protección de los derechos fundamentales del imputado y de la víctima en la investigación preparatoria de un proceso penal en comparación con los procesos constitucionales existentes, por lo que es posible que se instituya como un nuevo mecanismo de protección de derechos fundamentales vulnerados dentro de un proceso penal, siempre teniendo como limitación la residualidad del procedimiento.

Así, diríamos que la Tutela de Derechos se presenta como el mecanismo más específico y más rápido para proteger y reparar los derechos fundamentales del imputado y de la víctima, incluso en comparación con los procesos constitucionales de Hábeas Corpus y Amparo.

En cuanto a la mayor especificidad habíamos dicho ya que la Tutela de Derechos se presenta como un mecanismo de contenido y naturaleza constitucional, dados los derechos que pretende proteger y las medidas que adopta para ello; sin embargo, a diferencia del Hábeas Corpus y del Amparo que son de carácter general, la Tutela de Derechos ha sido prevista por el legislador para proteger exclusiva y específicamente los derechos fundamentales del imputado y de la víctima en la etapa de investigación preparatoria de un proceso penal.

Esta circunstancia se manifiesta en muchos de los aspectos que caracterizan a la Tutela de Derechos, como es el hecho de que sea el Juez de Investigación Preparatoria ya familiarizado con la causa quien asuma su conducción, y no un juez penal cualquiera como sería si se opta por iniciar un proceso de Hábeas Corpus, o peor aún, un juez civil si se opta por el Proceso de Amparo.

En cuanto a la mayor rapidez, el propio Código Procesal Penal señala que la Audiencia de Tutela de Derechos es única y se resuelve de manera inmediata, lo cual implica una ventaja en relación a los procesos constitucionales.

Por otro lado, para afirmar el poder de la Tutela de Derechos frente a las garantías constitucionales en la etapa de Investigación Preparatoria se requiere de mayor reglamentación de la figura procesal-constitucional, que nos permita una visión mejorada de lo que actualmente se entiende por ella pues aún existe confusión doctrinal y a nivel de la jurisprudencia en lo concerniente a su admisión y aplicabilidad a mayores ámbitos de protección de derechos fundamentales.

La Tutela de Derechos tiene en potencia características que la hacen más eficaz en la protección de derechos fundamentales:

- a) Actúa en plazo razonable en atención a la consecución de la justicia,
- b) Esto a su vez se desdobra en dos aspectos, uno la prontitud de la resolución del pedido y la no dilación innecesaria del proceso en etapa investigatoria por motivos de esperar a que en proceso distinto se solucione el pedido que el imputado o víctima puedan solicitar mediante el hábeas corpus o amparo.

Esto deberá ser consecuencia de las potestades que a esta figura se le otorgue por su connotación constitucional, pues tiende a la defensa de derechos fundamentales frente a actuaciones u omisiones indebidas, intransigentes o ilegales, y más aún inconstitucionales, de los órganos que intervienen en la investigación del delito. Así mismo, si tendemos a la especialización en la protección de los derechos fundamentales, esta vía, rápida y especial en la investigación preparatoria nos los puede brindar.

C. RESPECTO A LA POSIBILIDAD DE AMPLIAR LA TUTELA DE DERECHOS A LA VÍCTIMA

Los argumentos en los que sustentamos la posibilidad derivan principalmente de esta última afirmación, pues no puede negársele a la víctima la oportunidad de defender sus derechos mediante una vía rápida y eficaz como lo es la Tutela de Derechos, todo lo contrario, en un Estado Constitucional de Derecho todas las instituciones del Ordenamiento Jurídico que tengan como fin la protección de derechos fundados en la dignidad, deben ser optimizados y promovidos. Esto además, es reflejo de la llamada constitucionalización del Proceso Penal.

Empecemos entonces hablando del principio de igualdad procesal, reflejo del derecho constitucional a la igualdad, el cual a la letra dice:

Art. 2º, inciso 2:

Toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por razón de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole.

Así mismo, el apartado 3 del Art. I del Título Preliminar del Código Procesal Penal, señala:

Art. I, 3:

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.

Esta igualdad que tiene relevancia para el proceso penal, puede ser definida como la igualdad de armas entre las partes así constituidas en la etapa de investigación preparatoria, y es característica del modelo acusatorio que ha adoptado en Nuevo Código Procesal Penal Peruano. Una interpretación restringida del art. 71° conllevaría a la contradicción de este importante principio y derecho constitucional, ya que estaría negando a la víctima la posibilidad de recurrir a un mecanismo procesal del que sí gozaría el imputado, cuando en realidad lo que debería propugnarse es un conjunto de derechos destinados a la promoción de un debido proceso y una tutela jurisdiccional efectiva que beneficie a ambas partes en igual medida, pues tanto imputado como víctima gozan de derechos fundamentales que se sustentan en la dignidad que los caracteriza por el simple hecho de ser personas. Desde esta perspectiva no pueden existir tratos discriminatorios o exclusivos cuando se trate de proteger derechos fundamentales, lo cual se acomoda perfectamente a la Tutela de derechos, una vez comprobada su naturaleza constitucional.

Por último, consideramos que en un Estado Constitucional de Derecho no se pueden colocar trabas u obstáculos para la defensa eficaz de los derechos

fundamentales, lo cual estaría sucediendo si se le niega a la víctima la posibilidad de recurrir a la Tutela de derechos, al ser esta una de las vías más rápidas y eficaces para reparar las acciones u omisiones generadas por el quebrantamiento del derecho de las partes.

Al respecto, Neyra Flores ha manifestado que “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 [...] en tanto buscan respetar la vigencia de la norma, y dotar de instrumentos que permitan el pleno respeto de los derechos de todos sujetos procesales acorde con un modelo Constitucional” (Neyra Flores, Revista de la Maestría en Derecho Procesal - PUCP, 2010, pág. 18).

La posición que sustenta el solo uso de la Tutela de Derechos por parte del imputado, es defendible desde un punto de vista legalista-positivista mediando el uso del método de interpretación literal, pero tal como lo reconoce el VI Pleno Jurisdiccional en materia penal “La Constitución [se ha convertido] en el referente por antonomasia, no solo del legislador procesal sino de toda actuación de los encargados de la persecución penal, y de las personas que de una u otra manera se ven vinculadas a un caso penal”. Esta afirmación, propugnada por el neocosntitucionalismo, es el fundamento que legitima a la víctima, además de su aludida centralidad dentro del proceso penal, para solicitar protección mediante la institución de Tutela de Derechos. Corolario de nuestra fundamentación, “[n]o todo proceso penal es un sistema de garantías, sino que solamente lo es aquel que cumple con el catálogo de principios y

reglas reconocidas en la Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos ratificados por nuestro país” (Neyra Flores, 2010).

D. EFECTO DE LA VIGENCIA DE LA NORMA SOBRE LA LEGISLACIÓN NACIONAL

Dado que el proyecto de ley que busca modificar el artículo 71 del Código procesal Penal está referido a una ley ordinaria, no es necesaria la aprobación de este Proyecto de Ley cumpliendo con las exigencias del Artículo 106 de la Constitución Política del Perú; sino, del trámite regular ante el Congreso de la República.

La ley a aprobarse es una modificatoria del texto original, no tiene efectos derogatorios sobre la totalidad del artículo en mención.

E. ANALISIS COSTO BENEFICIO

Por tratarse de un proyecto que incide acerca de la ampliación de mecanismos que coadyuven a la protección de los derechos fundamentales de las partes intervinientes en el Proceso Penal que, para su implementación no requiere de la concurrencia de material humano y logístico extra, no genera ningún costo al Presupuesto de la República y trae el beneficio de realzar los principios de economía y celeridad procesal sin afectar la seguridad jurídica al momento de posibilitar dicha protección.

F. FÓRMULA LEGAL

LEY N°

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

POR CUANTO:

El Congreso de la República.

Ha dado la Ley siguiente:

LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 71° DEL DECRETO LEGISLATIVO 957 QUE PROMULGA EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL, LA TUTELA DE DERECHOS NO SE LIMITA A PROTEGER LOS DERECHOS ENUMERADOS TAXATIVAMENTE EN EL INCISO 2 DEL ARTÍCULO 71° TENIENDO EN CUENTA LA RESIDUALIDAD DEL PROCEDIMIENTO, ADEMÁS EL AGRAVIADO POR EL PRINCIPIO DE IGUALDAD ESTA LEGITIMADO PARA INVOCARLA

Artículo 1.- Objeto de la ley.

La presente iniciativa legislativa tiene por objeto modificar el artículo 71° Decreto Legislativo 957 a fin de coadyuvar a la protección de los derechos fundamentales de las partes intervinientes en el proceso penal.

Artículo 2.- Modificación del artículo 71° del Decreto Legislativo 957 que promulga el Nuevo Código Procesal Penal.

Artículo 71°.- Derechos de las partes procesales

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 conceden, 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. Los derechos enumerados en el numeral anterior, no agotan el catálogo de derechos fundamentales que pueden ser protegidos a través de Tutela de Derechos, teniendo en cuenta la residualidad del procedimiento.**
- 4. El cumplimiento de lo prescrito en los numerales anteriores, protege además a la víctima en todo cuanto sea pertinente, para todos los casos, 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.**
- 5. Cuando el imputado, o en su caso el agraviado, consideren 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 se resolverá inmediatamente, previa constatación de los hechos y realización de una audiencia con intervención de las partes.***

Artículo 3.- Vigencia de la Ley.

La presente Ley entrará en vigencia al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial “El Peruano”.

LISTA DE REFERENCIAS

- Adolphus Hart, Herbert Lionel. «¿Hay derechos naturales?» *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*, 1962: 62-70.
- Adolphus Hart, Herbert Lionel. «“Thering’s Heaven of Concepts and Modern Analytical Jurisprudence”» *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, 1983: 270-290.
- Adolphus Hart, Herbert Lionel. «El concepto de Derecho.» *Ensayos en la Filosofía moral*, 1958: 155-169.
- . *El nuevo desafío al positivismo jurídico*. Traducido por L. Hierro, F. Laporta y J.R. y Páramo. Sistema, 1980.
- Adolphus Hart, Herbert Lionel. «El Positivismo y la separación del Derecho y la Moral.» *Modern analytical Jurisprudence*, 1984: 69-82.
- Adolphus Hart, Herbert Lionel. «Entre el Principio de utilidad y los Derechos Humanos.» *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 1980: 7-28.
- . *Law, Liberty and Morality*. Oxford: OUP, 1963.
- Adolphus Hart, Herbert Lionel. «Natural Rights: Bentham and J. S. Mill.» *Essays on Bentham*, 1984: 96-113.
- Adolphus Hart, Herbert Lionel. «Obligación legal o moral.» *Essays in Moral Philosophy*, 1958: 49-62.
- . *The Concept of law*. Oxford: Oxford University Press, 1988 [1961].
- Adolphus Hart, Herbert Lionel. «Utilitarismo y derechos naturales.» *Anuario de derechos humanos*, 1981: 158-170.
- Alexy, R. *El concepto y la validez del Derecho*. Traducido por Gedisa J. Malem. Barcelona, 1994.
- Alva Florián, César. *La tutela de derechos en el Código Procesal Penal de 2004*. Lima: Grijley, 2010.
- Bobbio, Norberto. *El positivismo jurídico*. Traducido por de R. de Asís y A. Greppi. Madrid: Debate, 1993.
- . *El problema del positivismo jurídico*. Traducido por E. Garzón Valdés. México DF: Fontamara, 1992.
- Bobbio, Norberto; Bovero, Michelangelo. «El Carácter del Iusnaturalismo.» En *Sociedad y Estado en la Filosofía Moderna*, de Norberto Bobbio y Michelangelo Bovero, 272-280. México: FCE, 1986.

- Castillo Córdova, Luis. «El carácter normativo fundamental de la Constitución peruana.» En *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 879 - 901. 2006.
- . *Los derechos constitucionales: elementos para una teoría general*. Lima: Palestra Editores, 2007.
- Cerda San Martín, Rodrigo y Felices Mendoza, Esther. *El Nuevo Proceso Penal: Constitucionalización, principios y racionalidad probatoria*. Lima: GRIJLEY, 2011.
- Coáguila Valdivia, Jaime. *Los derechos del imputado y la tutela de derechos en el Nuevo Código Procesal Penal*. Lima: Gaceta Jurídica Penal & Procesal Penal, 2013.
- Cubas Villanueva, Víctor. *El Nuevo Proceso Penal peruano: Teoría y práctica de su implementación*. Lima: Palestra Editores, 2009.
- . *El Proceso Penal - Teoría y Jurisprudencia Constitucional*. sexta. Lima: Editorial Palestra, 2006.
- D'Atena, antonio. «La Vinculación entre Constitucionalismo y Protección de los Derechos Humanos.» *ReDCE*, 2004: 293-306.
- Delgado Pinto, J. «El deber jurídico y la obligación de obedecer al Derecho.» *XII Jornadas de Filosofía*. Oviedo: Obligatoriedad y Derecho, 1991. 36-7.
- Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Decano del Colegio de Abogados de Lambayeque en contra de la Ley N° 28934*. 00005-2007-PI/TC (Tribunal Constitucional, 26 de Agosto de 2008).
- Dworkin, R. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 1984.
- Dworkin, Ronald M. «Hard Cases.» En *Taking Rights Seriously*, de Ronald M. Dworkin. Londres: Duckworth, 1978.
- Dworkin, Ronald M. «Introduction.» En *Taking Rights Seriously*, de Dworkin, Ronald M. Londres: Duckworth, 1978.
- . *Law's Empire*. Londres: Harvard University Press, 1986.
- Gálvez Villegas, Tomás Aladino, William Rabanal Palacios, y Hamilton Castro Trigoso. *EL CÓDIGO PROCESAL PENAL Comentarios descriptivos, explicativos y críticas*. Lima: JURISTA EDITORES E.I.R.L., 2010.
- Gil Rendón, Raymundo. «Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.» s.f.
<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/qdiuris/cont/12/cnt/cnt3.pdf>
 (último acceso: 12 de abril de 2013).

- González Pérez, Jesús. *El derecho a la tutela jurisdiccional*. Madrid: Civitas Ediciones, 2001.
- Guastini, Ricardo. «Sobre el Concepto de Constitución.» 29 - 45. s.f.
- Kelsen, H. *Teoría pura del Derecho*. México: UNAM, 1979.
- . *Teoría Pura del Derecho*. 1953. Traducido por Eudeba M. Nilve. Buenos Aires, 1989.
- Lacey, N. *La vida de H. L. A. Hart. La pesadilla y el noble sueño*. Oxford: OUP, 2004.
- Mack, E. «Hart on Natural and Contractual Rights.» *Philosophical Studies*, 1976: 279-290.
- Matteucci, N. «Positivismo giuridico e costituzionalismo.» *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1963.
- Medici, Alejandro. «Derecho Político. UNPALM.» s.f.
<http://www.google.com.pe/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=1&ved=0CCsQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.eco.unlpam.edu.ar%2Fobjetos%2Fmaterias%2Fabogacia%2F1-ano%2Fderecho-politico%2Faportes-teoricos%2FNeoconsti%5B1%5D...doc&ei=Y8VwUd26Nq6s4APmkYHwCw&u> (último acceso: 12 de abril de 2013).
- Mellado Asencio, José María. «El Imputado en el Proceso Penal Español.» En *Cuaderno de Derecho Judicial*. 1993.
- Neyra Flores, José Antonio. *Manual del Nuevo Proceso Penal y de Litigación Oral*. Lima: IDEMSA, 2010.
- . «Revista de la Maestría en Derecho Procesal - PUCP.» *Revista de la Maestría en Derecho Procesal - PUCP*. 2010.
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoprocesal/article/view/2399> (último acceso: 12 de abril de 2013).
- Nozick, R. *Anarquía, Estado y utopía*. México: F.C.E., 1988.
- Orrego, C. H. L. A. *Hart. Abogado del positivismo jurídico*. Pamplona: EUNSA, 1997.
- Prieto Sanchís, Luis. *Constitucionalismo y positivismo*. México DF: Fontamara, 1997.
- Quiroz Salazar, William. *La investigación Jurídica*. Lima: INSERGRAF, 1998.
- Ramos Nuñez, Carlos. *Cómo hacer una tesis de derecho y no envejecer en el intento*. Lima: Gaceta Jurídica Editores, 2000.
- Ramos Pascua, José A. *La regla de reconocimiento en la teoría jurídica de H. L. A. Hart*. Madrid: Tecnos, 1989.

- Rawls, J. «Obligación legal y el deber de juego limpio.» *Derecho y Filosofía*, 1964: 210-222.
- Salazar Araujo, Rodolfo Arturo. *Alerta Informativa - LOZA AVALOS ABOGADOS*. s.f. <http://www.lozavalos.com.pe/alertainformativa> (último acceso: 17 de abril de 2013).
- San Martín Castro, César. *Derecho Procesal Penal*. Lima: Grijley, 2003.
- Somocurcio Quiñones, Vladimir. *Tutela de Derechos en el Código Procesal de 2004, ¿Sismógrafo del derecho de defensa?* Lima: Gaceta Jurídica Penal & Procesal Penal, 2009.
- Vega, Jesús. «Crisis del positivismo jurídico y fundamentación moral del Derecho.» En *El positivismo jurídico a examen: Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, de J.A. Ramos Pascua y M.A. Rodilla González. Salamanca: Ediciones de la Universidad de Salamanca, 2006.
- Verapinto Márquez, Otto Santiago. *La Tutela de Derechos del Imputado en el Nuevo Código Procesal Penal*. Lima: Gaceta Jurídica Penal & Procesal Penal, 2010.
- Zagrebelsky, G. *El Derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Traducido por M. Gascón. Madrid: Trotta, 1995.